EL FORO NARIÑÉS

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

Edición Nº 251
San Juan de Pasto
2019 - 2020

PRESIDENTES:	**DR. JUAN CARLOS MUÑOZ (*2019*)** **DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO (*2020*)**
RELATORA:	**PAOLA ANDREA PARADA HERNÁNDEZ**
DISEÑO E IMPRESIÓN:	**EMPRESA DE TECNOLOGÍA, INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE NARIÑO (ETICNAR)**
DISEÑO PORTADA:	**PAOLA ANDREA PARADA HERNÁNDEZ**
FOTOGRAFÍAS INTERNAS Y PANORÁMICA DE PASTO:	**ROBERTO CAICEDO CERÓN**

JUSTICIA DE NARIÑO.

Las diversas edificaciones que ilustran la portada de la edición nº 251 de la revista *El Foro Nariñés,* se integran al paisajismo de las urbes nariñenses para erigirse en las moradas donde habita el espíritu de la justicia, lugares públicos que se yerguen como símbolo del respeto a los derechos, las libertades y la ley.

Son, además, espacios físicos engastados cerca de los ciudadanos que buscan la solución pacífica de sus conflictos y, asimismo, se trata del hogar de los servidores judiciales que abnegadamente y a diario dan lo mejor de sí para que la sociedad avance en favor de un anhelado ámbito, desprovisto de toda iniquidad.

Sus estructuras arquitectónicas variopintas, materializan el reflejo de las múltiples connotaciones que encarnan el laborío de dispensar pronta y cumplida justicia, entre ellas, ética, honestidad, respetabilidad, equidad, paz, armonía social, pero, sobre todo, denotan la permanente proximidad de la Administración de Justicia con las comunidades que conforman nuestro honorable, entrañable e histórico departamento de Nariño, al cual perennemente sirven, a fin de allanarle un camino que le posibilite un futuro con visos de serena esperanza para las vidas de todos.

Empero, los aludidos inmuebles no traslucen toda la grandeza e innegable dignidad públicas que ostenta el poder jurisdiccional. Muchos presentan menoscabos estructurales soslayados por el aparato estatal. Otros, lucen precarios ante los retos contemporáneos: es reducido su espacio para atender a los usuarios de la justicia y acoger a sus servidores públicos; sólo recién son objeto de arreglos y adecuaciones; sus herramientas tecnológicas adolecen de idoneidad; pocos son de propiedad de la administración de justicia. En fin, paradójico es que la infraestructura de la Rama Judicial de Nariño, tan útil para el bienestar social regional, prosiga ciertamente olvidada, constituyendo una tarea pendiente por parte de la Administración Judicial.

El Foro Nariñés

DIGNATARIOS TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

SALA DE GOBIERNO

2019

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
PRESIDENTE
DRA. AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
VICEPRESIDENTA

DR. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ
PRESIDENTE SALA CIVIL – FAMILIA
DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
PRESIDENTA SALA LABORAL
DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
PRESIDENTE SALA PENAL

2020

DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
PRESIDENTA
DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
VICEPRESIDENTA

DRA. AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
PRESIDENTA SALA CIVIL – FAMILIA
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
PRESIDENTE SALA LABORAL
DR. HÉCTOR ROVEIRO ÁGREDO LEÓN
PRESIDENTE SALA PENAL

Tribunal Superior de Pasto

SALA CIVIL-FAMILIA
DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
DRA. AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
DRA. AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

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

SALA PENAL
DR. HÉCTOR ROVEIRO ÁGREDO LEÓN
DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA

DRA. CLARA FRANCIS CÁRDENAS JIMÉNEZ
SECRETARIA GENERAL

DR. NESTOR GABRIEL CABRERA QUENGUAN
SECRETARIO SALA CIVIL-FAMILIA

DRA. IVONNE GÓMEZ MUÑOZ
SECRETARIA SALA LABORAL

DR. JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
SECRETARIO SALA PENAL

DRA. PAOLA ANDREA PARADA HERNÁNDEZ
RELATORA

Honorables Magistrados Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto 2020

PRESIDENTE 2019



DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Sala Laboral

VICEPRESIDENTA 2019



DRA. AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada Sala Civil Familia

PRESIDENTA 2020



DRA. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada Sala Penal

VICEPRESIDENTA 2020



DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada Sala Civil Familia



DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada Sala Laboral



DRA.- AÍDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada Sala Civil Familia



DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Sala Laboral



DR. HÉCTOR ROVEIRO ÁGREDO LEÓN
Magistrado Sala Penal



DR. SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado Sala Penal



DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado Sala Civil Familia



DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado Sala Penal

PRESENTACIÓN.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en cabeza de sus Presidentes de los años 2019 y 2020, presenta ante ustedes la edición nº 251 de la Revista *El Foro Nariñés*, en la cual se publican sus más destacadas decisiones jurisdiccionales, dictadas por los señores Magistrados que integran la Corporación.

En esta oportunidad, este instrumento de difusión ve la luz finalmente, pese a las arduas dificultades que como sociedad venimos atravesando durante los años 2020 y 2021, por causa de la pandemia ocasionada por el virus que azota a la población mundial. Ello deparó que los distintos representantes de la comunidad, incluyendo a los empleados (as) y funcionarios (as) de la Rama Judicial, enfrentáramos los innumerables retos que la situación de anormalidad nos viene planteando.

Solamente a causa de los enormes esfuerzos de toda la familia judicial, logramos salir avante en las tareas propuestas y ello se refleja en esta publicación, que contiene el fruto del arduo trabajo que supone administrar justicia en todo el territorio nariñense.

Enviamos un entrañable mensaje de gratitud y motivación a las operadoras y operadores judiciales y a sus colaboradoras y colaboradores, quienes día a día se enfrentan a los nuevos retos y grandes responsabilidades que comporta ejercer la dignidad del poder judicial nariñense: una fraternal exaltación a su denuedo y sentido de pertenencia.

Agradecemos la colaboración prestada por la Gobernación de Nariño, especialmente en cabeza de quien la preside, el doctor JHON ALEXANDER ROJAS CABRERA, a fin de que esta publicación se constituya en un hecho.

Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ
Presidente Tribunal Superior de Pasto 2019

Dra. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Presidenta Tribunal Superior de Pasto 2020

TITULARES DESPACHOS JUDICIALES DE NARIÑO

CIRCUITO: PASTO



MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA
Juzgado Primero Penal Especializado



JORGE EDMUNDO GONZÁLEZ BASTIDAS
Juzgado Segundo Penal Especializado



NANCY JOSEFINA VILLARREAL CORAL
Juzgado Primero Penal del Circuito



CHRISTIAN LEONARDO PANTOJA ORTIZ
Juzgado Segundo Penal del Circuito



NUBIA ESMERALDA JARAMILLO VALLEJO
Juzgado Tercero Penal del Circuito



GLAUCO IVÁN BENAVIDES HERNÁNDEZ
Juzgado Cuarto Penal del Circuito



MARIA VICTORIA BENAVIDES JURADO
Juzgado Quinto Penal del Circuito



ANA PATRICIA QUIJANO VODNIZA
Juzgado Primero Ejecución Penas y Medidas Seguridad



AÍDA CRISTINA ARTEAGA RAMOS
Juzgado Segundo Ejecución Penas y Medidas Seguridad



ÁLVARO VICENTE ANDRADE RESTREPO
Juzgado Tercero Ejecución Penas y Medidas Seguridad



EDGAR GERADO ROMO LUCERO
Juzgado Primero Penal del Circuito Conocimiento Adolescentes



ANA CRISTINA CIFUENTES CÓRDOBA
Juzgado Primero Civil del Circuito



MARÍA CRISTINA LÓPEZ ERASO
Juzgado Segundo Civil del Circuito



RODRIGO NELSON ESTUPIÑÁN CORAL
Juzgado Tercero Civil del Circuito



JORGE ARMANDO BENAVIDES MELO
Juzgado Cuarto Civil del Circuito



MAURICIO BENAVIDES ZAMBRANO
Juzgado Primero Civil del Circuito Restitución de Tierras



PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Juzgado Segundo Civil del Circuito Restitución de Tierras



LUÍS ANDRÉS ZAMBRANO CRUZ
Juzgado Tercero Civil del Circuito Restitución de Tierras



JOSÉ ALFREDO VALLEJO GOYES
Juzgado Cuarto Civil del Circuito Restitución de Tierras



MERCEDES VICTORIA ORTÍZ NARVÁEZ
Juzgado Primero de Familia del Circuito



MARÍA GENITH ALVAREZ PONCE
Juzgado Segundo de Familia del Circuito



JORGE EFRAIN NAVIA LÓPEZ
Juzgado Tercero de Familia del Circuito



RITA JIMENA PAZOS BARRERA
Juzgado Cuarto de Familia del Circuito



MIGUEL ANTONIO GOYES ANDRADE
Juzgado Quinto de Familia del Circuito



GERMÁN EDUARDO PÉREZ SEPULVEDA
Juzgado Sexto del Familia del Circuito



ABRAHAM HERMES TIMARAN PEREIRA
Juzgado Primero Laboral del Circuito



MARIO RICARDO PAZ VILLOTA
Juzgado Segundo Laboral del Circuito



LUZ AMALIA ANDRADE ARÉVALO
Juzgado Tercero Laboral del Circuito



NOHORA UNIGARRO FIGUEROA
Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento



MARÍA ELENA DÁVILA ORTÍZ
Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento



MARÍA FERNANDA NAVAS GARZÓN
Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento



ÁNGELA MARÍA RUBIO ZAMBRANO
Juzgado Cuarto Penal Municipal de Conocimiento



NATHALIA GONZÁLEZ OBANDO
Juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento



ANGIE MERIHELEN CÓRDOBA REGALADO
Juzgado Primero Penal Municipal Control de Garantías



JHON JAIRO RODRÍGUEZ SALAZAR
Juzgado Segundo Penal Municipal Control de Garantías



ALBEIRO SALOMÓN CUATÍN NAVARRETE
Juzgado Tercero Penal Municipal Control de Garantías



SANDRA MÓNICA VILLOTA INSUASTI
Juzgado Cuarto Penal Municipal Control de Garantías



CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL ARÉVALO
Juzgado Quinto Penal Municipal Control de Garantías



BERNARDO ALFREDO RIASCOS GUERRERO
Juzgado Sexto Penal Municipal Control de Garantías



EVA SOFIA SALCEDO GALVIS
Juzgado Primero Penal Municipal Adolescentes



HILDA RESTREPO SANCHEZ
Juzgado Segundo Penal Municipal Adolescentes



ROSALBA PASCUAZA RODRÍGUEZ ALVARO
Juzgado Tercero Penal Municipal Adolescentes



MAGDA LORENA BELALCÁZAR REVELO
Juzgado 2º Penal Municipal Control Garantías Ambulante



MARTHA LIDA ROSERO HERNÁNDEZ
Juzgado Primero Civil Municipal



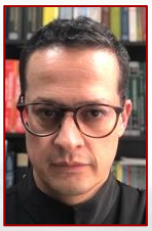
NIDIA LILIA PANTOJA DOMÍNGUEZ
Juzgado Tercero Civil Municipal



MARTHA YANET VALENCIA SALAS
Juzgado Cuarto Civil Municipal



DEISSY DANEYI GUANCHA AZA
Juzgado Séptimo Civil Municipal



JORGE DANIEL TORRES TORRES
Juzgado Primero Pequeñas Causas y Competencia Múltiple



MARCELA DEL PILAR DELGADO
Juzgado Segundo Pequeñas Causas y Competencia Múltiple



JULY PAULINE OBANDO PAZ
Juzgado Laboral Pequeñas Causas

ADRIANO ROBERTO ACOSTA VALLEJO	*Juzgado Segundo Penal del Circuito Conocimiento Adolescentes*
ÁLVARO JAIME CAICEDO GUZMÁN	*Juzgado Primero Penal Municipal Control Garantías Ambulante*
RICARDO ESTUPIÑÁN CORAL	*Juzgado Segundo Civil Municipal*
SANTIAGO ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO	*Juzgado Quinto Civil Municipal*
DORIS GUADALUPE ARTEAGA DE MAYA	*Juzgado Sexto Civil Municipal*

JUEZAS Y JUECES PROMISCUOS DEL CIRCUITO DE PASTO



ROCIO DEL CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ
Juzgado Promiscuo Municipal Buesaco



EYVAR RICARDO CIFUENTES CÓRDOBA
Juzgado Promiscuo Municipal El Tambo



MARÍA ISABEL ORTIZ MERA
Juzgado Promiscuo Municipal El Tablón de Gómez



MARIO ERNESTO LÓPEZ GARCÉS
Juzgado Promiscuo Municipal La Florida



GILBERTO BAYARDO CASTRO MAYA
Juzgado Promiscuo Municipal Sandoná



MIGUEL ANDRÉS BENAVIDES HERNÁNDEZ
Juzgado Promiscuo Municipal El Peñol



MARÍA CRISTINA ROSAS VALENCIA
Juzgado Promiscuo Municipal Tangua



JESÚS ARMANDO BETANCOURT ZAMBRANO
Juzgado Promiscuo Municipal Yacuanquer



CARLOS ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ
Juzgado Promiscuo Municipal Taminango



ELIZABETH ADARME RODRÍGUEZ
Juzgado Promiscuo Municipal El Rosario



YUDI CRISTINA MARCILLO OBANDO
Juzgado Promiscuo Municipal Leiva



MARCELA GÓMEZ MUÑOZ
Juzgado Promiscuo Municipal Chachaguí



MARÍA TERESA PAZ ÁLAVA
Juzgado Promiscuo Municipal Nariño



ROGELIO HERNANDO VANEGAS TORRES
Juzgado Promiscuo Municipal Ancuya

MARTHA LUCÍA JURADO SANTACRUZ — *Juzgado Promiscuo Municipal Consacá*

LUPE MARLY LEGARDA ROMÁN — *Juzgado Promiscuo Municipal Policarpa*

CIRCUITO: IPIALES



GERMÁN EDUARDO ORDÓÑEZ OSEJO
Juzgado Primero Penal del Circuito



MAGDA XIMENA VITERI NOGUERA
Juzgado Segundo Penal del Circuito



VÍCTOR HUGO RODRÍGUEZ MORÁN
Juzgado Primero Civil del Circuito



EDMUNDO VICENTE CAICEDO VELASCO
Juzgado Segundo Civil del Circuito



CARMEN ALICIA SALAZAR MONTENEGRO
Juzgado Laboral del Circuito



JORGE LUÍS MUÑOZ CAICEDO
Juzgado Segundo Penal Municipal



WILLIAM ELIGIO MEJÍA
Juzgado Tercero Penal Municipal



HILDA ISABEL CHAMORRO MORALES
Juzgado Segundo Civil Municipal



ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTÍNEZ
Juzgado Primero Promiscuo de Familia



AMILCAR HERNÁN RODRÍGUEZ REINA
Juzgado Segundo Promiscuo de Familia



LEANDRO JAVIER MEJIA ORDOÑEZA
Juzgado Promiscuo Municipal Guachucal



MARÍA EUGENIA LÓPEZ LEÓN
Juzgado Promiscuo Municipal Potosí



RICARDO GERMAN CHAVES BUSTOS
Juzgado Promiscuo Municipal Aldana



CARLOS ALEXANDER CORAL CUATÍN
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbal



MARÍA ELENA DELGADO ORDÓÑEZ
Juzgado Promiscuo Municipal Funes



RAMÓN ANDRÉS PALACIOS LÓPEZ
Juzgado Promiscuo Municipal Carlosama



CARLOS ALBERTO REVELO RISUEÑO
Juzgado Promiscuo Municipal Pupiales



LUÍS ENRIQUE CORAL ERASO
Juzgado Promiscuo Municipal Córdoba



DIANA MARCELA ÁLVAREZ ECHEVERRY
Juzgado Promiscuo Municipal Puerres



CARLOS OSWALDO GONZÁLEZ INSUASTI
Juzgado Promiscuo Municipal Gualmatán



OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI
Juzgado Promiscuo Municipal Iles

MARÍA ALEXANDRA RUIZ CABRERA	*Juzgado Primero Penal Municipal*
CAMPO ELÍAS CÓRDOVA ARIAS	*Juzgado Primero Civil Municipal*
MANUEL ORLANDO CASTRO CALDERÓN	*Juzgado Promiscuo Municipal El Contadero*

CIRCUITO: TUMACO



SANDRA MILENA MACIAS SILVA
Juzgado Segundo Penal Circuito Especializado



JORGE ROBERTO ALVARADO VILLARREAL
Juzgado Primero Penal del Circuito



EDUARDO ARTURO VELASCO CÓRDOBA
Juzgado Segundo Penal del Circuito



MARTHA LUCÍA CERÓN FERNÁNDEZ
Juzgado Ejecución Penas y Medidas Seguridad



LUIS ALIRIO SAMUDIO GARCÍA
Juzgado Primero Civil del Circuito



PABLO JOSÉ GÓMEZ RIVERA
Juzgado Segundo Civil del Circuito



LORENA DEL CARMEN PÉREZ ROSERO
Juzgado Primero Penal Municipal



MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA
Juzgado Segundo Penal Municipal



DAYRA JENNY AGUILAR LÓPEZ
Juzgado Segundo Penal Municipal Adolescentes



JAIRO ESTEBAN ENRÍQUEZ GÓMEZ
Juzgado Primero Civil Municipal



EDWIN LEONARDO MORÁN
Juzgado Promiscuo Municipal El Charco



OSCAR JAVIER MORA MORENO
Juzgado Promiscuo Municipal Mosquera



JHON ESTEBAN ORTEGA PUERTAS
Juzgado Tercero Penal Municipal



RUBEN FERNANDO DAVID CÓRDOBA
Juzgado Promiscuo Municipal Olaya Herrera



MANUEL WILSON VILLARREAL ARÉVALO
Juzgado Promiscuo Municipal Francisco Pizarro



ERNESTO RODRÍGUEZ MURILLAS
Juzgado Promiscuo Municipal La Tola

OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ	*Juzgado Primero Penal Circuito Especializado*
TEÓFILO FRANCISCO FIGUEROA GÓMEZ	*Juzgado Laboral del Circuito*
MARIBEL SILVA BRAVO	*Juzgado Promiscuo de Familia*
DEYANIRA MUÑOZ CALVACHE	*Juzgado Primero Penal Municipal Adolescentes*
MARIO ALEJANDRO GÓMEZ MONTUFAR	*Juzgado Segundo Civil Municipal*

CIRCUITO: TÚQUERRES



JOSÉ ELIAS PIARQUIZAN TOBAR
Juzgado Penal del Circuito



ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ
Juzgado Civil del Circuito



CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito



AURA LUZ RUBIO NARVAÉZ
Juzgado Primero Penal Municipal



HARLEY BERNARDO PORTILLO ESTRADA
Juzgado Segundo Penal Municipal



SANDRA MILENA MOLINA REALPE
Juzgado Primero Civil Municipal



OSCAR GABRIEL QUIJANO MELO
Juzgado Segundo Civil Municipal



SARA MEJÍA RODRÍGUEZ
Juzgado Promiscuo Municipal Mallama



ESPERANZA DEL ROSARIO CÓRDOBA
Juzgado Promiscuo Municipal Guaitarilla



NIDIA MARLENY ROSERO MELO
Juzgado Promiscuo Municipal Imués



MARIO ALEJANDRO ARIAS MERA
Juzgado Promiscuo Municipal Ospina



STELLA JOHANNA DELGADO CADENA
Juzgado Promiscuo Municipal Sapuyes



JONATHAN EDUARDO OBANDO GUERRERO
Juzgado Promiscuo Municipal Santacruz Guachavés



HUGO HERNÁN ROJAS NAVIA
Juzgado Promiscuo Municipal Ricaurte



CÉSAR ALIRIO NAVARRETE VEGA Juzgado Promiscuo Municipal Providencia

CIRCUITO: LA UNIÓN



WILLYAN MAURICIO MOLINA ESPAÑA
Juzgado Penal del Circuito



ORLANDO SILVIO JAMAUCA RAMOS
Juzgado Civil del Circuito



MIGUEL ALIRIO PÉREZ YELA
Juzgado Promiscuo de Familia



GLADYS ALEXANDRA ERAZO MONTENEGRO
Juzgado Primero Promiscuo Municipal



ÁNGELA MARÍA BOTINA BENAVIDES
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal



MARIO GERMÁN ARCINIEGAS TORO
Juzgado Promiscuo Municipal San Lorenzo



FERNANDO ANDRÉS ORTEGA MONCAYO
Juzgado Promiscuo Municipal Berruecos



YOHANA ELIZABETH RUANO MEJÍA
Juzgado Promiscuo Municipal San Pedro de Cartago

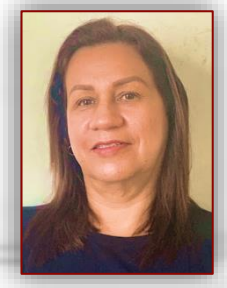
CIRCUITO: LA CRUZ



JUAN CAMILO ARTEAGA MORENO
Juzgado Promiscuo del Circuito



SANDRA MILENA MUÑOZ BASTIDAS
Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito



AIDÉ VANEGAS TORRES
Juzgado Promiscuo Municipal



ROMEL FERNANDO ACOSTA RANGEL
Juzgado Promiscuo Municipal San Pablo



SOLEDAD DEL SOCORRO SOLARTE SOLARTE
Juzgado Promiscuo Municipal Belén



LUÍS DISRAELÍ ERAZO ORTIZ
Juzgado Promiscuo Municipal San José de Albán



OSCAR HERNANDO GÓMEZ LUNA
Juzgado Promiscuo Municipal Colón Génova



GERMÁN GUSTAVO BASTIDAS ACOSTA
Juzgado Promiscuo Municipal San José de Albán

CIRCUITO: SAMANIEGO



JOSE VICENTE BENAVIDES RAZZA
Juzgado Promiscuo del Circuito



LUZ AMPARO CHAMORRO CALVO
Juzgado Promiscuo de Familia



ÁNGELA DANIELA ARAUJO REGALADO
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal



PATRICIA MARÍA ISABEL ERAZO INSUASTY
Juzgado Promiscuo Municipal Cumbitara

ANA MILENA RAMÍREZ ESPINOZA	*Juzgado Primero Promiscuo Municipal*
JOHANA NATALY BURBANO DE LOS RIOS	*Juzgado Promiscuo Municipal Linares*
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA	*Juzgado Promiscuo Municipal Sotomayor*
OSCAR ERNESTO BUCHELLI DELGADO	*Juzgado Promiscuo Municipal La Llanada*

CIRCUITO: BARBACOAS



MENANDRO JESÚS LÓPEZ RODRÍGUEZ
Juzgado Promiscuo del Circuito



PILAR PATRICIA TOVAR HEREDIA
Juzgado Promiscuo de Familia de Circuito



RICARDO IVÁN PÁEZ VITERI
Juzgado Primero Promiscuo Municipal



ARGEMIRO CAICEDO MONDRAGÓN
Juzgado Segundo Promiscuo Municipal



JIMMY ORLANDO ORTEGA CORAL
Juzgado Promiscuo Municipal Roberto Payán



MARÍA ELENA ROSALES ASCUNTAR
Juzgado Promiscuo Municipal Santa Bárbara-Iscuandé

JESÚS MANUEL QUIÑONEZ CABEZAS *Juzgado Promiscuo Municipal Magüí Payán*

...

JURISPRUDENCIA SALA CIVIL-FAMILIA

...



Magistrados:

- Dr. Gabriel Guillermo Ortíz Narváez.
- Dra. Aída Mónica Rosero García.
- Dra. Marcela Adriana Castillo Silva.
- Dra. Aída Victoria Lozano Rico.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO CONCURRENTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES: REQUISITOS.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO CONCURRENTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS: Análisis de la incidencia que dentro de la causación del daño tuvo el ejercicio de cada una de las actividades peligrosas.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO CONCURRENTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - CAUSA EXTRAÑA: Debe acreditarse para que exonere de responsabilidad.

Del análisis en conjunto del material probatorio obrante, se establece que no obstante los dos conductores desarrollaban actividades peligrosas, fue el actuar negligente del conductor del vehículo de servicio público, la causa determinante del accidente de tránsito en el que resultó lesionado el demandante, al omitir los deberes de cuidado que correspondía desplegar al estacionar el automotor en vía pública y siendo que el actor logró acreditar los presupuestos que exige este tipo de responsabilidad. Por el contrario no se verificó la ocurrencia de causales de exoneración como la fuerza mayor, caso fortuito o culpa exclusiva de la víctima, hay lugar a condenar al pago de perjuicios en forma solidaria al propietario del vehículo y a la empresa a la cual éste se encuentra afiliado, acudiendo para su tasación a los criterios fundantes de la ponderación judicial y a los parámetros jurisprudenciales aplicables.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - El propietario de la cosa que transfirió su tenencia en virtud de un título jurídico, no está obligado a responder por los daños que se causen con la misma.

No hay lugar a declarar civilmente responsable a la propietaria del vehículo encartado en el accidente, toda vez que para el día en que éste ocurrió, ya no ejercía la "guarda de la actividad", al no tener el poder efectivo de dirección, control y manejo sobre el automotor, siendo que había suscrito un contrato de compraventa, no obstante éste no se registró en la oficina de tránsito correspondiente.

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Responsabilidad Civil Extracontractual No.: 2017-00112 (167-02)

Pasto, veintitrés (23) de julio de dos mil diecinueve (2019)

Se procede a proferir por escrito la sentencia que resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso declarativo de la referencia, propuesto por Wilmer Alveiro Ortiz Cárdenas contra Transportadores de Ipiales S.A. y otros.

I. ANTECEDENTES

1. El demandante Wilmer Alveiro Ortiz Cárdenas, a través de mandatario judicial, solicitó se declare a los demandados civilmente responsables de las lesiones que sufrió con ocasión de un accidente de tránsito acaecido el 11 de julio de 2015 a la altura del Kilómetro 26 + 250 metros de la vía Tumaco – Junín, por lo que reclama se paguen a su favor los perjuicios sufridos a raíz del daño material –daño emergente y lucro cesante-, moral y fisiológico.

Como sustento de sus pretensiones indicó que el 11 de julio de 2015 mientras se transportaba en su motocicleta por la vía que conduce de Tumaco a Junín colisionó con un vehículo de transporte público adscrito a la empresa TransIpiales S.A. que estaba mal estacionado en vía pública, sin avisos ni señalizaciones, lo que le causó múltiples lesiones las cuales han venido siendo tratadas hasta la presentación de la demanda, generándole una calificación de pérdida de capacidad laboral de 23,85%.

2. El demandado Juan Pablo Velásquez Ortiz –conductor-, propuso como excepciones de mérito la "*inexistencia del accidente*", "*culpa exclusiva de la víctima*", "*compensación de culpas*", "*falta de presupuestos para solicitar la condena en los montos pedidos*" y "*la genérica*", basándose principalmente en que el accidente no ocurrió, y de haber acaecido, se debió a la impericia del demandante quien no atendió las normas de tránsito pertinentes, pues de haberlo hecho hubiera evitado el siniestro.

La aseguradora QBE Seguros S.A., elevó como medios de defensa "*fuerza mayor o caso fortuito*", "*carencia de prueba del supuesto perjuicio y su cuantía*", "*ausencia de responsabilidad civil de QBE Seguros S.A.*", "*reducción de indemnización*", "*exclusiones de amparo expresamente previstas en las condiciones generales de la póliza integral de responsabilidad civil para transporte de pasajeros*", "*limites expresamente previstos en las condiciones generales de la póliza de responsabilidad civil para transporte de pasajeros, invocada como fundamento de la demanda*", "*ausencia de cobertura del lucro cesante por cuenta de la póliza responsabilidad civil transporte de pasajeros No. 000705235936 invocada como fundamento de la demanda*" y la innominada, fundadas principalmente en que se desconocía de la ocurrencia del siniestro dado que previo al mismo se presentó otro accidente; anota que el actor no fue cuidadoso cuando se transportaba en la vía, aludiendo adicionalmente que las cargas que eventualmente se le impongan deben enmarcarse en las condiciones de la póliza suscrita.

La empresa Transportadores de Ipiales S.A. presentó como medios exceptivos "*inexistencia del accidente*", "*culpa exclusiva de la víctima*", y "*la innominada*", reiterando que el siniestro objeto del presente asunto no ocurrió y en caso de demostrarse lo contrario, se originó por la imprudencia del demandante.

La señora Dalis Eliana Cortés Chamorro –propietaria-, excepcionó la "*falta de legitimación en la causa por activa*", "*no estar llamada a responder por no ostentar la calidad de propietaria, poseedora*", "*no estar llamada a responder por no ostentar la calidad de guardiana del bien causante del accidente*" y "*no estar llamada a responder por no obtener ningún tipo de beneficio lucrativo ni de ninguna índole*", las cuales se basan principalmente en que el 6 de agosto de 2013 vendió el vehículo automotor, por lo que no ostenta calidad alguna sobre el mismo.

3. Posterior al trámite legal, en sentencia de 21 de febrero de 2019, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto negó las pretensiones de la demanda al considerar que si bien se encontraban acreditados los elementos de daño y culpa, no se demostró el nexo causal entre aquellos, dado que existe indeterminación frente a las condiciones en que ocurrió el accidente y que las mismas sean imputables a los demandados.

4. La parte demandante apeló el fallo de primera instancia, fundada en los siguientes argumentos: (i) Falencia en la apreciación probatoria y fáctica, porque sí hay elementos documentales y testimoniales que evidencian la ocurrencia del hecho causado por un vehículo mal estacionado en vía pública. (ii) Falta de coherencia entre lo probado y decidido, (iii) Vulneración de principios constitucionales, sin tener en cuenta conceptos como la cadena de causalidad y la noción general de responsabilidad, y (iv) Prevalencia de lo meramente formal sobre lo sustancial.

II. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Corresponde a esta Sala determinar si dentro del asunto bajo estudio se demostraron, o no, los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual, con el fin de establecer si la causa del daño sufrido por el actor, es imputable al extremo pasivo de la *litis*, y por lo tanto susceptible de ser indemnizado por este. En caso afirmativo, se procederá a evaluar el tipo de perjuicios causados al demandante y el monto de la indemnización a imponer a los demandados.

Tesis de la Corporación

Considera esta Corporación que los elementos probatorios recaudados en el proceso permiten determinar la ocurrencia del accidente como consecuencia de la omisión en los deberes de cuidado que correspondía desplegar al responsable del vehículo al parquearlo en vía pública. De allí que se encuentren estructurados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual que da lugar a la condena en perjuicios. De otra parte se excluirá de la

declaratoria de responsabilidad a la propietaria del vehículo, toda vez que ya no ejercía la guarda sobre el mismo, razón por la cual la aseguradora tampoco está llamada a responder.

ESTUDIO DEL CASO

1. Para que nazca a la vida jurídica la obligación resarcitoria emanada de la responsabilidad aquiliana, se exige la concurrencia de tres elementos, a saber: ***(i)*** El daño ***(ii)*** la culpa, y ***(iii)*** la relación de causalidad entre aquellos; de ahí que proceda esta judicatura a la verificación de tales requisitos, abordando cada uno de los reparos concretos que sobre la sentencia de primera instancia han sido formulados a través de la alzada.

1.1 El daño.

El daño, es uno de los presupuestos sine qua non, en materia de responsabilidad civil extracontractual; y de contera la intensidad y características del mismo requieren del trasegar probatorio no solo para constatar su ocurrencia, sino también para su cuantificación pecuniaria. Ciertamente, la jurisprudencia ha entendido este presupuesto como: "*[e]n términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio*." (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014 de 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.)

De acuerdo con lo expuesto en la demanda el daño consistió en las lesiones físicas con que quedó afectado el señor Wilmer Albeiro Ortiz, como consecuencia de la colisión que sufrió con el vehículo de placas SOW-097, ocurrido el 11 de julio de 2015, al ir conduciendo la motocicleta de placas KDC-84A, a la altura del Km. 26+ 250 en la vía Tumaco-Junín del Departamento de Nariño, y las derivaciones del mismo.

La pruebas que evidencian el daño causado, son las siguientes: *(i) certificado de atención médica para víctimas de accidente de tránsito*[1] elaborado el 12 de julio de 2015 en el Hospital San Andrés de Tumaco, en el cual se señaló que el paciente Wilmer Ortiz sufrió "*fractura de (ilegible) del fémur*". En el informe pericial de clínica forense, de fecha 5 de noviembre de 2015[2], se consignaron apartes pertinentes de la historia clínica que aportó el paciente, elaborada en la institución clínica a la cual fue remitido desde Tumaco (N.), de la que se destaca: "*es valorado el día 13 de Julio del 2015, por accidente de tránsito, quien presenta trauma en rodilla y cadera derecha, con posterior dolor y limitación funcional es valorado por el Hospital de Tumaco donde remite, ingresa a esta institución donde toman imágenes diagnósticas encontrando fractura de techo acetabular y de platillos tibiales derechos por lo que llevan a procedimientos quirúrgico osteosíntesis de platillos tibiales y remplazo de cadera(…)*". Finalmente en documento similar al que se acaba de relacionar[3], se anotó: "*Al examen presenta lesiones actuales consistentes con el relato inicial de los hechos. Mecanismo traumático de lesión: Contundente. Incapacidad médico legal DEFINITIVA CIENTO VEINTE (120) días. Secuelas médico legales: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de miembro inferior derecho de carácter permanente*". En adición, a la demanda se anexó formulario de calificación de la pérdida de capacidad laboral y ocupacional del demandante en el que se registró: "*paciente que en julio de 2015 presentó Fractura de cadera-techo acetabular y rodilla platillos tibiales derechos en accidente de tránsito, requiriendo artoplastia de cadera y reducción abierta a osteosíntesis (…)"*[4].

Igualmente, en prueba del daño se acompañó al libelo de demanda copia de epicrisis y de historia clínica del centro médico Valle de Atriz[5], en las que se apuntó la atención médica recibida por el demandante con ocasión de las lesiones sufridas en accidente de tránsito por el que fue atendido inicialmente en el Hospital San Andrés de Tumaco, y remitido a la citada institución hospitalaria. También se radicaron con la demanda, las autorizaciones de servicio

[1] Folio 119, Cdno. 1
[2] Folio 75, Cdno. 1
[3] Folio 76 por ambas caras, Cdno. 1.
[4] Folios 89 a 94 Cdno. 1
[5] Folios 60 a 74 Cdno. 1

médico que requirió durante el tratamiento de las dolencias originadas en el accidente de tránsito, y las valoraciones de los especialistas por su caso.

Las mencionadas pruebas permiten concluir que sí existe evidencia del daño, consistente en las lesiones físicas que sufrió el demandante Wilmer Alveiro Ortiz Cárdenas, de las cuales se derivan los perjuicios reclamados en esta acción.

1.2 El hecho dañoso.

Con relación a la ocurrencia del hecho dañoso que sirve de fundamento a la pretensión indemnizatoria, tema frente al cual los demandados aseguran que el accidente no existió, o, si ocurrió se debió a culpa exclusiva de la víctima, considera el Tribunal que se cuenta con material probatorio suficiente para deducir que la motocicleta de placas KDC 84A colisionó la noche del 11 de julio de 2015, con la buseta de placas SOW 097 afiliada a TransIpiales -la cual se encontraba varada en la vía y había sido causante de un accidente previo al que ahora ocupa la atención de la Sala-, resultando lesionado el demandante Wilmer Ortiz. Veamos:

1. Se aportó al plenario el informe policial de accidentes de tránsito de fecha 11 de julio de 2015[6], día en que acaeció el insuceso, en el que el agente de tránsito Carlos Marquez Rivas, consignó que en la vía Junín-Tumaco km.26 + 250 ocurrió un siniestro en el que resultó involucrada la motocicleta de placa KDC 84A conducida por el señor Wilmer Alveiro Ortiz Cárdenas y el vehículo de servicio público conducido por Juan Velásquez Ortiz, de placa SOW 097, adscrito a la empresa Transipiales, que se encontraba estacionado a un lado de la vía. En el espacio de "*observaciones*" del citado documento se indicó que el croquis no había sido elaborado porque los vehículos y el lesionado fueron movilizados, resultando una persona fracturada; y en otro espacio se señaló que el motociclista había sido atendido en el Hospital San Andrés de Tumaco, atención que se corroboró con los documentos médicos a los que ya se hizo referencia en el aparte correspondiente al "daño", según los cuales el aquí demandante sí arribó con lesiones derivadas de un accidente de tránsito al mencionado Hospital, el 12 de julio en la mañana y luego fue remitido en ambulancia al Centro Médico Valle de Atriz de la ciudad de Pasto.

Para el mismo efecto se aportó un oficio suscrito por el señor Basilio Sevillano Ortiz, dirigido al Fiscal de turno, con fecha Julio 12 de 2015, informando el accidente de tránsito ocurrido el día anterior en el Km 26 vía Tumaco-Junín, entre la motocicleta de placas KDC84A, conducida por Wilmer Alveiro Ortiz, y el vehículo de servicio público afiliado a la empresa Transipiales, ya mencionado; reseña en la que se puntualizó que el conductor de la moto sufrió múltiples fracturas al colisionar con el otro automotor que se encontraba mal estacionado.

Es necesario recalcar el valor probatorio del Informe de Tránsito del accidente en cuestión, elaborado por Carlos Márquez Rivas (folios 120 y 121 C. Ppal.), pues si bien en su contenido se anuncia que "*el croquis no fue elaborado porque los vehículos (…) fueron movilizados*", tal aspecto no puede restarle alcance demostrativo sobre la existencia del percance, pues allí se identificaron los vehículos y las personas involucradas, dejando constancia de que el demandante había sufrido lesiones, lo que se acompasa con la llegada del demandante al hospital para atención de las mismas, el 12 de julio de 2015, habiendo ocurrido el choque en las horas de la noche del día anterior.

Cabe resaltar que la empresa demandada y llamada en garantía QBE Seguros aportó con la contestación de demanda un documento de fecha 21 de junio de 2017, dirigido al Representante legal de TransIpiales, suscrito por Gustavo Andrés Barragán, Director de la Unidad de Tránsito y Transporte de Tumaco, que pone en duda la veracidad de los documentos que se acaban de reseñar, pues en él se menciona que el 11 de julio de 2015 en el tramo de la vía Tumaco-Junín se presentó una colisión entre los vehículos de placas SOW-097 y ATE-963, reseñando erróneamente este último como de propiedad del aquí demandante, y precisando que no había noticia de accidente de la motocicleta KDC-84A[7].

En principio dicho documento serviría para avalar la tesis de algunos de los demandados respecto a la inexistencia del accidente de la moto, por lo menos en las circunstancias narradas en la demanda. Sin embargo, ante derecho de petición que presentara el demandante, la misma autoridad reconoció en documento que obra a folio 348 del

[6] Folios 120 y 121, Cdno. 1
[7] Folios 120 y 121, Cdno. 1

cuaderno 1, que "*en los archivos de accidentalidad no se encuentra registro de los hechos que usted manifiesta, sin embargo se encuentra informe con fecha, lugar y vehículos que coinciden, teniendo en cuenta de que fue un accidente triple, el cual fue asistido por dos de los agentes contratados en ese entonces, entre ellos, HAROL ENRRIQUE AVILA GUEVARA y CARLOS LEONCIO MARQUEZ RIVAS. (…)*" y puntualiza "*El informe que reposa en las instalaciones de tránsito, es el realizado por el señor HAROL ENRRIQUE AVILA GUEVARA*"

Este último documento se acompasa con los escritos que obran a folios 149 a 163 del C1, en los que el agente Ávila Guevara, pone en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, oficina de asignaciones de Tumaco, el informe de accidente de tránsito ocurrido el 11 de julio de 2015 a las 19:20- antes del que ahora nos ocupa- entre la buseta de placas SOW 097, que se encontraba varada en la vía pública Junín-Tumaco, y el vehículo Renault ATE 963, en el que se detalla que según versiones de las personas que se encontraban en el lugar de los hechos "*en la vía se encontraba una buseta de placa SOW-097 afiliada a la empresa de Transipiales, varada sobre la calzada con deficientes señales de precaución (…)*". En este legajo también se destaca que "***en el mismo lugar hubo más accidentes***"[8].

De lo que se acaba de mencionar, puede deducirse que si bien en principio se certificó que no existía en la oficina de Tránsito de Tumaco, rastro documental del incidente que aquí se estudia, con posterioridad se determinó que se encontró informe del accidente triple, en el que sí aparecía involucrada la motocicleta tantas veces mencionada.

También se tiene como prueba de la ocurrencia del accidente, la declaración de Basilio Sevillano Ortiz (Min 11:00, Aud. 2), agente de tránsito de Tumaco, quien había suscrito la nota dirigida a la Fiscalía informando del accidente, e indicó que a pesar de no estar de servicio el 12 de julio de 2015, acompañó al agente de turno Carlos Marques Rivas, que suscribió el informe de policía encontrado en los archivos de la oficina de Transito de Tumaco, para atender un "*múltiple accidente*". Afirma que en la zona donde ocurrieron los hechos encontraron un bus de TransIpiales, y un carro blanco, y de acuerdo con versiones de moradores del lugar había una motocicleta negra marca Susuki "*que también había sido involucrada en el accidente*", y que fue llevada hasta una vivienda, por lo que se dirigieron hacia ese lugar, encontrando una moto totalmente destrozada. Aclaró que el informe de accidente dirigido a la fiscalía lo suscribió él a pesar de no estar de turno, para colaborarle a su compañero Carlos Márquez, quien sí estaba de servicio. Agregó que en dicha zona se presentaba una alta criminalidad y por ello solo pudieron acudir al lugar el día siguiente en horas de la mañana para realizar sus respectivas labores, las cuales complementaron con versiones de habitantes del lugar quienes les informaron que previamente ocurrió un accidente del bus con un automóvil y posteriormente el siniestro con la motocicleta.

Complementando este acervo probatorio de la ocurrencia del accidente entre la buseta y la moto ya referidas, los testigos Bolívar Quiñonez Castillo y su esposa Olga Lucía Peña, testificaron que el 11 de julio de 2015 aproximadamente a las 3 de la mañana, recibieron una llamada del señor Wilmer Ortiz, quien se encontraba accidentado, por lo que se dirigieron hasta ese lugar hallando un bus que estaba en medio de la vía del trayecto a Tumaco y al señor Ortiz mal herido, pero solo hasta las 6 a.m. pudieron transportarlo al hospital de Tumaco, pues ese es un sitio despoblado y peligroso por el que no pasan carros sino hasta que amanece. Narraron haber llevado la moto hasta la casa de ellos, pero negaron conocer que las autoridades de tránsito hubieran llegado al sitio del accidente o que verificaran el estado de la misma.

Las diferentes probanzas acopiadas, avalan la ocurrencia del accidente, teniendo en cuenta que por las circunstancias específicas en que acontecieron los hechos, solo la prueba de indicios permite llegar a determinar que el mismo sí acaeció, y que ese fue el origen de las lesiones del demandante Wilmer Ortiz, única persona que tuvo posibilidad de presenciar el siniestro, dado que el accidente ocurrió cuando ya había oscurecido en la vía Junín- Tumaco, sitio reconocido por todos los declarantes como de alta peligrosidad, lo que explica que no hubiesen testigos directos, y que solo hasta que el demandante pudo recuperar el conocimiento pidió ayuda a conocidos que habitaban cerca del sitio, quienes sí observaron la presencia de la buseta de TransIpiales en la carretera, el choque de un automóvil contra ella, y la motocicleta a un lado de la vía, misma en la cual se encontraba semi inconsciente el señor Wilmer Alveiro Ortíz, siendo uno de ellos quien lo condujo hasta el Hospital de Tumaco a recibir atención médica.

[8] Folio 162, Cdno. 1

1.3 Concurrencia de actividades peligrosas

Quien causa un daño debe resarcirlo, y si éste se origina en el ejercicio de una actividad peligrosa -como lo es la conducción de automotores-, a la víctima le basta acreditar el perjuicio que se le ocasionó y su nexo causal con la conducta desplegada por su demandado, para que se abra paso la pretensión indemnizatoria, toda vez que, en esa hipótesis, debe presumirse la culpa por un daño que es imputable a la negligencia o imprudencia de otra persona. Sin embargo, dentro del presente caso nos encontramos frente a la concurrencia de la actividad de dos actividades peligrosas el juez debe analizar la incidencia se debe analizar la incidencia que dentro de la causación del daño tuvo el ejercicio de cada una esas actividades peligrosas. Es menester analizar el curso causal de las conductas y actividades recíprocas para determinar cuál fue relevante y determinadora del daño y cuál no, para así precisar su grado de contribución y participación. Sin que el asunto pueda de manera específica remitirse a un análisis sobre el elemento culpa, cuando el daño se produce por el ejercicio concurrente de actividades peligrosas, por lo que se apreciará las circunstancias en que se produjo el daño, la equivalencia entre las actividades peligrosas que concurren, sus características, el grado de riesgo o peligro inherente a cada una de esas actividades, y concretamente el fallador determinará la incidencia causal de cada una de esas actividades para así encontrar cuál fue la determinante para la producción del daño, conforme lo señala la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de 21 de agosto de 2009 Rad. 2001-01054-1.

Y es que si bien se encuentra plenamente acreditado que la buseta no se encontraba en movimiento, sino parqueada en la vía, el análisis corresponde hacerlo desde la perspectiva de las actividades peligrosas concurrentes ya explicadas, como lo decantó la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en un caso similar, analizado en Sentencia SC2107-2018 M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

El artículo 77 del Código Nacional de Tránsito establece que "*En autopistas y zonas rurales, los vehículos podrán estacionarse únicamente por fuera de la vía colocando en el día señales reflectivas de peligro, y en la noche, luces de estacionamiento y señales luminosas de peligro", por su parte el artículo 79 del mismo instrumento señala que "En caso de reparaciones en vía pública, deberán colocarse señales visibles y el vehículo se estacionará a la derecha de la vía en la siguiente forma: En los perímetros rurales, fuera de la zona transitable de los vehículos, colocando señales de peligro a distancia entre cincuenta (50) y cien (100) metros adelante y atrás del vehículo*".

Tomando en consideración dichas premisas legales y jurisprudenciales, es necesario analizar la actuación del conductor del vehículo de servicio público demandado Juan Pablo Velásquez, quien declaró que el 11 de julio de 2019 mientras cubría una ruta de transporte Pasto-Tumaco, a las 9: 30 de la mañana el autobús quedó varado, lo que lo obligó a orillarlo, sin que en el transcurso de todo ese día contara con asistencia técnica o hubiera podido quitar de la vía el vehículo. Añádase a lo ya explicado, que a pesar de que el conductor de la buseta la estacionó a un lado de la vía, en todo caso obstaculizaba el trafico normal, pues basta ver el croquis elaborado para graficar el primero de los accidentes ocurrido[9], y las fotografías arrimadas al expediente, para concluir que la buseta aún orillada ocupaba una parte importante del carril, circunstancia que aumentó cuando el automóvil de placas ATE-963, chocó contra ella. Hechos atribuibles a la empresa demandada y al conductor del automotor de servicio público, por causa de las cuales se produjeron los accidentes posteriores, pues se incumplieron las normas de tránsito aplicables para tal evento, habiendo previsto el legislador especiales requerimientos referentes a la señalización de los vehículos estacionados en vía pública, determinando como medidas preventivas aquellas necesarias para que los demás motoristas en la vía puedan avizorar la situación con suficiente antelación para reaccionar y evitar accidentes.

Por demás, el conductor del vehículo no describe en su declaración que haya activado las luces de estacionamiento como exige la norma, ni hay prueba alguna de que haya existido una señal adecuada, que indicara a las demás personas que transitaran la carretera, la presencia de un obstáculo en la vía; es más la ocurrencia del primer siniestro es un indicio de una señalización inadecuada, pues si bien se ha hablado que el conductor del automotor estrellado contra la buseta, estaba en estado de embriaguez, sobre tal arista no existe prueba.

En punto de la existencia o no de señalización, tenemos en el expediente el informe del primer accidente de tránsito se anotó "*falta de señalización*" (Fl. 161, Cdno. Ppal), aspecto que se corrobora con las versiones que ante la Fiscalía

[9] Folios 160 a 163 del C.1

rindieron Marino Antonio Checa Jurado (Fl. 158 a 160, Cdno 6), Carlos Leoncio Márquez Rivas (Fl. 165 y 166, ib.), María Irene Quiñones Landazury (Fl. 161 y 162, ib.) y Harol Enrique Avila Guevara (Fl. 169 y 170, ib.), quienes de forma unánime reiteran la ausencia de señalización por parte del automotor varado; y si bien en las fotografías aportadas a folio 265 del cuaderno principal se enfocaron unas ramas y un cono tirados, lo cierto es que tal señalización, de haberla, era del todo insuficiente y no cumplía los requerimientos legales aplicables, como anuncio de precaución en horas de la noche en una carretera que para el momento se encontraba sin iluminación y húmeda, siendo exigible un actuar mucho más diligente al conductor del vehículo de servicio público que con su omisión generó los múltiples accidentes en la zona.

Bajo tales supuestos, se evidencia un actuar negligente por parte del conductor del vehículo demandado y de la empresa a la que estaba vinculado, al no adoptar todas las medidas a su alcance para evitar los accidentes que ocurrieron, por lo que debe procederse a analizar el restante elemento configurador de la responsabilidad civil extracontractual en litigio.

1.4 Nexo de causalidad

Así las cosas, se debe entrar a estudiar si existió nexo de causalidad entre la actividad que ejerció indebidamente la parte pasiva que recae en la parte pasiva y el daño que sufrió el señor Ortiz Cárdenas.

Para demostrar lo anterior, adicional a lo ya dicho, al plenario concurrieron a declarar Olga Lucía Peña y Bolívar Quiñonez Castillo, quienes acudieron al lugar del siniestro para auxiliar al demandante, luego que este los llamó a su celular, encontrándolo accidentado a la orilla de la vía, a unos metros del autobús parqueado; observaron además el otro vehículo que se había chocado contra la buseta; ello coincide con los informes de accidente de tránsito allegados al expediente en los que se indica la poca visibilidad de la zona y que la carretera se encontraba húmeda. Además, el señor Carlos Armando López (Min 1:57:00, Aud. 2) indicó conocer del accidente porque el propio afectado le contó que colisionó con un vehículo de Transipiales que derivó en las lesiones de un pierna y cadera.

De igual forma, se debe apreciar el interrogatorio de parte del señor Ortiz Cárdenas (Min 11:20, Aud. 1) que concuerda con las restantes versiones frente a la escena de un bus varado en la calzada intermunicipal, contra el que con antelación había colisionado un automóvil, quedando ambos vehículos obstruyendo la vía pública, sin señalización, en una carretera oscura que para el momento se encontraba húmeda, lo que se acompasa con el informe presentado por el Auxiliar Administrativo Harold Enrique Ávila Guevara fechado el 16 de julio de 2015 donde se indica que la buseta de placas SOW 097 estaba "*varada sobre la calzada, con deficientes señales de precaución*" (Fl. 149 y 150, Cdno Ppal), aunado a los propios informes de accidente de tránsito de los siniestros relacionados donde se indicó como causa el código 141 relativo a "*vehículo mal estacionado*".

Lo expuesto permite concluir que se cuenta con medios de prueba suficientes para deducir que ocurrido en ese lugar un primer siniestro con el automóvil de placas ATE 963, se dio a un segundo incidente con el ahora demandante, quien llegó herido al hospital de Tumaco el 12 de julio a las 6 a.m.

Ahora, el aspecto de mayor debate se relaciona con las condiciones en que ocurrió el siniestro, por cuanto la única persona que lo presenció fue el demandante, pues como se reseñó por todos los declarantes, no había más personas en el lugar de los hechos, dadas las particulares circunstancias en que acaeció.

No obstante ello, es innegable la ocurrencia del accidente entre la motocicleta y el obstáculo en la vía constituido por el autobús varado y el carro que previamente había chocado contra él, pudiendo deducirse en este caso, aplicadas las reglas de la experiencia, que el conductor de la moto se desplazaba en las horas de la noche en la vía Tumaco-Junín, rozando o embistiendo la buseta de placas SOW 097, al no poder frenar a tiempo por las condiciones de iluminación, inseguridad de la zona y la falta de señalización de advertencia de los automotores estacionados en la vía pública.

Y es que las circunstancias de modo, tiempo y lugar en las que sucedió el hecho, permiten deducir la concatenación de los acontecimientos que dieron lugar a la ocurrencia del insuceso, pues es perfectamente atendible que al vararse la buseta y quedar -aún orillada-, obstaculizando el paso de otros vehículos y personas durante la mayor

parte del día, causó la colisión del automóvil de placas ATE-963, con lo que aumentó el tamaño del escollo, de tal manera que el carril quedó ocupado en su totalidad, sobredimensionando la posibilidad de accidentes, en una vía que, se itera, estaba oscura, húmeda y quedaba ubicada en una zona conocida por sus moradores como de altísima peligrosidad, lo que explica que no hubiese testigos del momento en que el conductor de la moto se accidentó.

De otra parte, y tomando como fundamento la declaración del agente Basilio Sevillano Ortiz se pretendió por parte del extremo activo de la litis endilgar presuntas irregularidades al informe oficial del accidente objeto de estudio (Fl. 120 y 121, Cdno Ppal); no obstante, no se concretó ninguna en específico, pues tal testigo aclaró que sí acompañó al funcionario de tránsito que suscribe el documento público –Carlos Márquez-, sin embargo no era el encargado del mismo, sino que se limitó a ayudarlo por la cercanía del lugar del siniestro con su residencia y su experticia en este tipo de sucesos, además que tales actos no pueden ser imputables al propio lesionado, quien para el momento de su realización se encontraba internado en el centro asistencial.

Es pertinente resaltar que conforme se señaló en los reparos de la alzada, la juez de primera instancia utilizó como base probatoria el informe del siniestro realizado por Potencial Asesores para QBE Seguros S.A., obrante a folios 286 y siguientes del cuaderno principal, empero dicho documento no cumple el requisito establecido en el artículo 262 del Código General del Proceso[10], pues la parte demandante en el escrito mediante el cual se pronunció sobre los medios exceptivos solicitó la ratificación de tal documento y así se decretó la prueba en el marco de la audiencia inicial, pero lo cierto es que el señor Wilmer Alexander García López, quien rindió el informe, se sustrajo de asistir a la diligencia de instrucción y juzgamiento a la que fue convocado, por lo que en consecuencia tal documento se encuentra desprovisto de fuerza demostrativa y no puede servir para edificar una decisión judicial.

En consecuencia, el dejar el bus varado a un lado de la vía ocupándola parcialmente, e indebidamente señalizado, ocasionó los daños aquí reclamados por el demandante y por consiguiente deben responder por los mismos, los llamados como pasiva que resulten culpables, ya que fue el ese primer vehículo el que causó el choque del otro automóvil –R9 ATE 963-, que como se explicó, aumentó el tamaño del obstáculo en la vía, y originó también el accidente posterior que involucró la motocicleta conducida por la parte actora.

Ahora bien, mal podría afirmarse que a la ocurrencia del accidente confluyó la conducta del demandante en el ejercicio de su actividad peligrosa –conducción de motocicleta-, pues no existe prueba respecto a exceso de velocidad o que su actuar contrariara las normas de tránsito en carretera, por el contrario, en aplicación a las reglas de la sana crítica y la experiencia, de haber conducido imprudentemente, las consecuencias del accidente hubieran podido ser ostensiblemente mayores e incluso fatales, por lo que esta Judicatura no encuentra demostrado el actuar reprochable al actor que permite determinar concurrencia de culpas en el ejercicio de actividades peligrosas, en especial, se itera, teniendo en cuenta que el hecho dañoso se produjo exclusivamente por el actuar descuidado y negligente del conductor del bus de servicio público y de la empresa afiliadora, pues en caso contrario no habría ocurrido el accidente.

2. EXCEPCIONES

En relación con los medios exceptivos, cabe señalar que esta Judicatura ya abordó los elementos estructurales de la responsabilidad civil extracontractual haciendo especial énfasis en la culpa, con referencia al actuar de las personas involucradas en el siniestro. Ahora, le correspondía a los demandados probar que el accidente se produjo por una causa extraña, a saber, fuerza mayor, caso fortuito, culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero, para romper el nexo de causalidad y eximirse de responsabilidad, no obstante omitieron desplegar la carga demostrativa que en su cabeza reposaba, pues si bien propusieron medios de defensa, no allegaron pruebas con el propósito de acreditar su existencia o brindar elementos a esta judicatura para desvirtuar las aseveraciones que realizó su contraparte; al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que "*es un deber procesal demostrar en juicio el hecho o acto jurídico de donde procede el derecho o de donde nace la excepción invocada. Si el interesado en dar la prueba no lo hace, o la da imperfectamente, o se descuida, o se equivoca en su papel de probador,*

[10] **ARTÍCULO 262. DOCUMENTOS DECLARATIVOS EMANADOS DE TERCEROS.** Los documentos privados de contenido declarativo emanados de terceros se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación.

necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones" (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de junio de 2009. Exp. 2009-01044 M.P. César Julio Valencia Copete).

Así las cosas, y dada la ausencia de actividad probatoria desplegada por las demandadas mencionadas se desestima los medios exceptivos elevados dentro del presente juicio.

A su tuno la señora Dalis Eliana Cortés Chamorro se defendió, en lo central, señalando que el 6 de agosto de 2013 vendió el vehículo automotor de servicio público, por lo que no es responsable del siniestro y no es posible realizar condenas en su contra. Al respecto *prima facie* el propietario de un vehículo automotor es responsable de los daños que ocasione el mismo, sin embargo tal presunción legal es susceptible de desvirtuarse cuando se demuestra que aquel que detenta tal derecho real sobre la actividad peligrosa no tiene ningún poder de dirección y control sobre el automotor, por lo que no es dable extender la responsabilidad hasta su patrimonio. En tal sentido la doctrina ha señalado:

> "*si el propietario no participa para nada en los beneficios que produce el automotor o por cualquier motivo se desentiende completamente de su explotación, mantenimiento y administración, no vemos cómo pueda ser responsable en caso de incumplimiento del contrato o en caso de daños a terceros*" (Javier Tamayo Jaramillo, Tratado de Responsabilidad Civil. Tomo I).

En el mismo sentido, en inveterada jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se ha señalado:

> "*el propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que " ... la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener ... ", agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la "guarda de actividad", puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (..) o que fue despojado inculpablemente de la misma, como en el caso de haberle sido robada o hurtada ... " (G.l. T CXLIl, pág. 188).*" (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4750-2018 de 31 de octubre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco, que reitera entre otras sentencias del 17 de mayo de 2011, rad. 2005-00345; 4 de abril de 2013, rad. 2002-09414; SC4428-2014 de 8 abril de 2014).

Tomando en consideración dichas premisas para aplicarlas al asunto bajo estudio, es posible afirmar que no existió responsabilidad alguna por parte de la señora Cortés Chamorro, dado que si bien ostenta la calidad de propietaria del vehículo con placas SOW 097, no ejercía la posesión, pues celebró contrato de compraventa del mismo, el 6 de agosto de 2013 con el señor Juan Pablo Velásquez Ortiz (Fl. 284, Cdno. Ppal.), acuerdo de voluntades que si bien no se registró en la oficina de tránsito correspondiente, sí permite dilucidar de forma clara que la primera dejó de hacer las veces de guarda de la actividad peligrosa.

Aunado a que el mismo conductor Juan Pablo Velásquez en su interrogatorio de parte reafirmó la compraventa no se pudo registrar por problemas de comparendos, sin embargo desde el 6 de agosto de 2013 ha sido el único que percibe las ganancias y utilidades del vehículo, medios de convicción con la suficiente potencialidad de desvirtuar la responsabilidad de la propietaria el bien mueble, que dan paso a que se declare la responsabilidad recae exclusivamente en quien de manera real detentaba la posesión del vehículo.

Bajo tales argumentos, se declararán prósperos los medios de defensa propuestos por la señora Cortés Chamorro, excluyéndosela de condena alguna en su contra a raíz del accidente de tránsito demandado.

La aseguradora QBE Seguros S.A., elevó diferentes medios de defensa, unos relativos a desestimar la existencia de nexo causal, los cuales corren la misma suerte de los ya analizados, dado que carecen de respaldo demostrativo para ser reconocidos por esta Corporación; mientras los restantes se dirigen a la desestimar la cobertura de la póliza de seguros que se adquirió con la entidad, que no es necesario analizar por confluir una circunstancia eximente de responsabilidad.

De la póliza No. 000705235936 que suscribió la empresa transportadora con QBE Seguros S.A. (Fl. 27 a 36, Cdno. 2), se constata que si bien el vehículo involucrado en el siniestro se encuentra enlistado en la cobertura del contrato (Fl. 27 reverso, ib.), el mismo aparece como de propiedad de la señora Dalis Eliana Cortés Chamorro, quien como se refirió previamente para el momento del accidente ya no estaba ejerciendo como dueña del mismo, lo que constituye un incumplimiento de las condiciones particulares del contrato que señalaron que "*el tomador y/o asegurado, se comprometen con QBE Seguros S.A. a mantener actualizada la información correspondiente al formulario único de vinculación de la Superintendencia financiera o cualquier otra que la modifique, para lo cual se compromete a reportar por lo menos una vez al año, los cambios que se haya generado respecto a la información*" (Fl. 30, ib. Énfasis fuera del texto). Adicionalmente se pactó que "*la venta del vehículo asegurado producirá automáticamente la extinción del contrato de seguro, a menos que subsista interés asegurable en cabeza del asegurado. En este último caso, subsistirá el contrato en la medida necesaria para proteger ese interés, siempre que el Asegurado informe esta circunstancia a la Compañía dentro de los 10 días siguientes a la fecha de la venta*" (Fl. 34, ib.), sin que dentro del plenario se haya demostrado que efectivamente se haya realizado notificación alguna que la modificación de la persona amparada por el seguro.

Entonces, conforme a lo señalado por el artículo 1060 del Código de Comercio "*El asegurado o el tomador, según el caso, están obligados a mantener el estado del riesgo. En tal virtud, uno u otro deberán notificar por escrito al asegurador los hechos o circunstancias no previsibles que sobrevengan con posterioridad a la celebración del contrato y que, conforme al criterio consignado en el inciso 1º del artículo 1058, signifiquen agravación del riesgo o variación de su identidad local*", aspecto que permite concluir que dado el incumplimiento de la carga que se encontraba en cabeza de Transipiales S.A. o del nuevo propietario del vehículo de notificar el cambio de titular del vehículo, lo que acredita el medio de defensa denominado "*venta del vehículo*" propuesta por QBE Seguros S.A., pues la aseguradora llamada a juicio no se encuentra llamada a responder por los daños generados por un automotor que cambió de propietario, circunstancia que modifica el estado de riesgo asegurado, sin que tuviera conocimiento de ello, lo que la exime de responsabilidad.

3. TASACIÓN DE PERJUICIOS

Para tasar el monto de los perjuicios, una vez acreditados los presupuestos de la responsabilidad aquiliana y al no haber prosperado las excepciones presentadas por los demandados, es menester acudir a los criterios fundantes de la ponderación judicial en éste ámbito, como los parámetros jurisprudenciales aplicables.

3.1 Daño Emergente

Dentro del libelo de postulación se enlistaron dos elementos para su demostración (i) la factura No. 001 realizada por la IPS Rehabilitarte S.A.S. de 4 de abril de 2017 por concepto de terapia física integral que asciende al valor de $660.000.oo (Fl. 107, Cdno. 1) y el contrato de transporte celebrado entre el demandante y el señor Juan Bosco Cárdenas Castillo el 25 de agosto de 2015 por un valor total de $2.450.000.oo (Fl. 108 a 112, ib.), dada su incapacidad de movilizarle, por lo que al carecer de medios de prueba que desvirtúen su veracidad se tendrán en cuenta integralmente por esta Corporación.

Dichos valores, se indexarán desde su causación hasta el mes de junio de 2019, -último periodo del IPC reportado por el Banco de la República-. Entonces al aplicar la fórmula según la cual el valor histórico se multiplica por el IPC actual y luego se divide por el IPC histórico, se obtiene las sumas de $701.182 y $2.910.137 para un total de $3.611.319, por daño emergente indexado.

3.2 Lucro Cesante

A efectos de la determinación del valor correspondiente a este aspecto, acudimos a los parámetros jurisprudenciales establecidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[11], para lo cual es necesario precisar como primer aspecto el valor de ingresos del demandante, pues dentro del libelo introductorio se afirmó que para la época del accidente ascendían a $3.875.480, de acuerdo a las certificaciones obrantes a folios

[11] Ver Sentencia SC2107-2018 de 12 de junio de 2018 (M.P. Luis Armando Tolosa Villabona)

114 a 116 del cuaderno principal. Documentos que hacen prueba del ingreso, al no haberse presentado prueba alguna que rebatiera su veracidad:

Frente a la certificación de ingresos expedida por la empresa DeltaGral, se constata que si bien la misma está fechada el 13 de noviembre de 2015[12] es decir aproximadamente 4 meses después de ocurrido el accidente, se puede inferir que refiere a los emolumentos corresponden a los percibidos con anterioridad al siniestro, dado que al actor para tal data se encontraba incapacitado, razón por la cual se tiene por demostrado que para diciembre de 2016[13] dejó de percibir los conceptos de "*promedio otros ingresos salariales*" y "*promedio otros ingresos no salariales*" que sumaban $1.661.480, los cuales, se itera, no fueron desvirtuados por la parte pasiva de la *litis*, por lo que hacen plena prueba de su causación.

Ahora, frente a la certificación de unos ingresos adicionales expedida por el contador público Freddy Alexander Rodríguez Díaz el 11 de abril de 2017 (Fl. 116, ib.), se considera que no ofrece mayor valor demostrativo pues se limita a indicar unos ingresos del demandante a raíz de "*asesorías técnicas*" desde 1 de julio de 2014 hasta 30 de junio de 2015, sin embargo va en ostensible contradicción con los documentos relativos a los emolumentos percibidos por el actor en DeltaGral, pues limita sus ingresos a la suma de $7.200.000 anuales o $600.000 sin explicación alguna de por qué excluye aquellos y solo refiere estos, por lo que no será aceptado al momento de liquidar los perjuicios causados.

3.2.1 En lo referente a **lucro cesante consolidado**, se partirá de las incapacidades que tuvo el demandado a raíz del accidente de tránsito, teniendo en cuenta para ello lo consignado en las certificaciones realizadas por Cafesalud y Colpensiones obrante a folios 102 a 106 del cuaderno principal.

Frente al periodo de 13 de julio de 2015 a 10 de octubre de 2015 -90 días- se encuentra que recibió la suma de $3.928.675 por concepto de incapacidades canceladas por Cafesalud EPS, que frente a los $9.826.440 que debió recibir por esos meses de trabajo, arroja una diferencia de $5.897.765, los que indexados corresponden a la suma de $6.908.534.

Respecto a las incapacidades recibidas de 11 de octubre de 2015 hasta 4 de septiembre de 2016, las cuales suman $14.678.998, que frente a los $39.305.760 que debió percibir para tal periodo, se tiene una diferencia de $24.626.762, que actualizándose asciende a $27.074.988.

Para complementar el lucro cesante consolidado que se debe liquidar a favor del demandado, se partirá del 5 de septiembre de 2016 al 23 de julio de 2019, data de esta sentencia, correspondiente a 35 meses, debiendo cubrir la diferencia de los emolumentos dejados de percibir, consistente en un total de $58.151.800.

Por lo que por concepto de lucro cesante consolidado, sumando los anteriores conceptos se tiene un gran total de $92.135.322.

3.2.2 Concerniente al **lucro cesante futuro**, como aquellos montos que se dejarán de percibir desde el respectivo pronunciamiento en adelante, se tiene en cuenta que para la fecha de esta sentencia, esto es, el 23 de julio de 2019, el demandante tiene 44 años y 10 meses de edad, siendo la edad de jubilación para hombres de 62 años, conforme al artículo 36 de la Ley 100 de 1993, faltándole entonces un total de 206 meses para acceder a tal derecho, lo que habrá de multiplicarse por el valor dejado de percibir de $1.661.480 mensuales, arrojando un total de $342.264.880 por concepto de lucro cesante consolidado.

3.2.3 En torno a los **perjuicios morales**, atendido el tipo de daño sufrido y con base en el *arbitrio juris* se determinarán en diez (10) salarios mínimos legales mensuales vigentes, que a la fecha corresponden a la suma de $8.281.160.

3.2.4 Respecto al **daño fisiológico**, referente a "*esas dificultades que una persona padece en su desenvolvimiento en la vida en sociedad por la lesión física derivada de daños corporales a él inferidos*" (Corte Suprema de Justicia. Sala

[12] Folio 114, Cdno Ppal.
[13] Folio 116, Cdno Ppal.

de Casación Civil. Sentencia SC5686-2018 de 19 de diciembre de 2018. M.P. Margarita Cabello Blanco), dado que la reparación debe ser integral, cuando compete la naturaleza del bien jurídico afectado, se calcularán en cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes, los cuales ascienden en esta anualidad a $4.140.580.

4. Atendiendo los argumentos expuestos, esta Sala procederá a revocar la sentencia de primera instancia, accediendo a las pretensiones de la demanda pero en los montos establecidos dentro de la presente providencia, denegando en lo restante lo solicitado en el libelo de postulación, condenando en costas de ambas instancias a la parte demandada.

En mérito de lo expuesto la **SALA DE DECISIÓN 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 los numerales segundo a sexto de la sentencia de 21 de febrero de 2019, proferida por el Juzgado Segundo del Circuito de Pasto, dentro del proceso declarativo de la referencia, y en su lugar disponer:

> "***SEGUNDO.- DECLARAR*** *civil y solidariamente responsable a la Empresa de Transportes de Ipiales – Transipiales S.A., y Juan Pablo Velásquez Ortiz, por el accidente del señor Wilmer Alveiro Ortiz Cárdenas.*
>
> ***TERCERO.- DECLARAR*** *probadas la excepción de mérito propuesta por la Compañía de Seguros QBE S.A. denominada "venta del vehículo", por lo que se encuentra exenta de cubrir las sumas de dinero consignadas dentro del contrato de seguro por el cual fue convocada. Tener por no probadas las excepciones de mérito restantes elevadas por la parte demandada, salvo lo dispuesto en relación con la señora Dalis Eliana Cortés Chamorro, a quien en primera instancia ya había reconocido la prosperidad de su excepción.*
>
> ***CUARTO****.- En consecuencia, CONDENAR a la Empresa de Transportes de Ipiales – Transipiales S.A. y Juan Pablo Velásquez Ortiz, al pago a favor de Wilmer Alveiro Ortiz Cárdenas, por los siguientes conceptos:*
> - *Por daño emergente la suma de $3.611.319*
> - *Por lucro cesante consolidado la suma de $92.135.322*
> - *Por lucro cesante futuro la suma de $342.264.880*
> - *Por daño moral la suma de $8.281.160.*
> - *Por daño fisiológico la suma de $4.140.580.*
>
> *Las anteriores sumas deberán cancelarse dentro de los cinco (5) días posteriores a la ejecutoria de este providencia, so pena de generar intereses civiles del 6% anual.*
>
> ***QUINTO****.- Denegar en lo restante las pretensiones elevadas por la parte demandante*".

SEGUNDO.- Confirmar en lo restante la sentencia apelada.

TERCERO: Condenar en costas de ambas instancias a las demandadas Empresa de Transportes de Ipiales – Transipiales S.A., y Juan Pablo Velásquez Ortiz a favor del demandante. La magistrada sustanciadora fija como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Sin lugar en condenar en costas a la parte demandante frente a Dalis Eliana Cortés Chamorro y QBE Seguros S.A., por haberse decretado a su favor amparo de pobreza

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA	**GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ**	**AIDA VICTORIA LOZANO RICO**
Magistrada	**Magistrado**	**Magistrada**

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA –
Las personas jurídicas responden de manera directa por los perjuicios derivados de los actos u omisiones de sus agentes o subordinados.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA DE INSTITUCIONES DE LA IGLESIA CATÓLICA Y DE SUS MIEMBROS: La diócesis debe responder civilmente por los perjuicios derivados de los actos u omisiones de los párrocos encargados de las iglesias ubicadas en el territorio pastoral de aquella.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – ELEMENTOS: Se configuran.

Encuentra esta Corporación que dentro del presente asunto se configuran los elementos que estructuran la responsabilidad endilgada a las dos entidades demandadas, pues la diócesis de Pasto como persona moral que actúa por medio de las parroquias en los diferentes territorios, está llamada a responder por los actos culposos o dolosos de sus agentes. Además en el caso concreto se probó que el accidente que causó la muerte al niño JCHD ocurrió como consecuencia de un actuar negligente del encargado de la parroquia al no haber adoptado las medidas adecuadas que impidieran el acceso al lugar donde finalmente acaeció el suceso, pudiendo y debiendo prever aquel riesgo y adoptar las medidas necesarias para evitarlo.

Magistrada Sustanciadora: Marcela Adriana Castillo Silva

Ref.: Responsabilidad Civil Extracontractual Rad. 2019-00030 (455-01)

Pasto, veinte (20) de enero de dos mil veinte (2020)

Se procede a proferir por escrito la sentencia que resuelve el recurso de apelación presentado por la parte demandada contra la sentencia proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso de responsabilidad civil extracontractual de la referencia, propuesto por CHA y otros, frente a la diócesis de Pasto y a la Parroquia Nuestra Señora de las Mercedes.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda. Los señores CHA, MLDM, MCMO, CAM, BSCA y MDM, y la menor YAHD solicitaron que se declarara que la diócesis de Pasto y la Parroquia Nuestra Señora de las Mercedes son responsables del fallecimiento del niño JCHD, por lo que están llamadas a pagar los perjuicios morales padecidos por la parte demandante.

En sustento de las pretensiones se adujo que el niño JCHD se encontraba haciendo el curso de preparación para la primera comunión y fungía como acolito en la Parroquia Nuestra Señora de las Mercedes, del municipio Tablón de Gómez; dentro de las funciones que cumplía atendiendo órdenes del párroco estaba la de repicar las campanas del templo, por lo que el día 8 de abril de 2017, cuando iba a desarrollar tal labor junto a otros compañeros, sufrió un caída desde el techo de la iglesia, lo que le causó serias heridas y posteriormente la muerte.

2. Contestación de la parte demandada. A las pretensiones se opusieron las entidades demandadas, así: la diócesis de Pasto esgrimió como excepciones de mérito "*culpa exclusiva de la víctima*", "*falta de imputación causal*", "*falta de legitimación en la causa por activa y por pasiva*", "*carencia de derecho para demandar*", "*inexistencia de las obligaciones demandadas*" y "*la innominada*", fundadas principalmente en que no existe prueba suficiente de la configuración de los elementos estructurantes de la responsabilidad civil, pues la diócesis demandada no realizó acción alguna que le pueda ser imputada como causa del deceso del niño, tampoco asumió su cuidado o custodia, lo que solo correspondía a sus padres quienes fallaron en su tarea de cuidado, acompañamiento y orientación; añade en su defensa que la parroquia y la diócesis son entidades eclesiásticas disimiles, en tanto cada una cuenta con autonomía financiera y administrativa y personería jurídica propia, sin que le sea imputable a una de ellas cualquier acción u omisión que realice la otra, porque la relación que las une no va más allá del campo espiritual y pastoral.

Por su parte, el apoderado judicial de la Parroquia Nuestra Señora de las Mercedes concretó su defensa en las excepciones que denominó: "*ausencia de nexo causal y de título de imputación*" e "*imposibilidad de alegar su propia culpa en su favor*", las cuales se fundaron en que el cuidado y vigilancia del niño correspondía a sus padres y no a los funcionarios de la iglesia, dado que el menor no desempeñaba funciones de acolito y que cuando subió al campanario nunca se hizo por mandato del párroco. Agregó que no es admisible alegar en su favor la propia culpa, y dada la inadecuada custodia de las actividades del niño, este ingresó indebidamente por un pequeño espacio que dejan los perfiles y ángulos en la estructura de panel yeso que cerraba el ingreso al cielo raso desde el cual cayó. Afirmó además que .las instalaciones de la iglesia ofrecen condiciones normales de seguridad, pero no cuentan con medidas de protección extremas para niños que han sido descuidados por sus padres.

3. Sentencia de primera instancia. Agotada la etapa probatoria y los alegatos de conclusión, el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto profirió sentencia en la que acogió las pretensiones del memorial de demanda, al encontrar demostrados los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual en cabeza de las dos entidades demandadas, por lo que procedió a condenarlas por los perjuicios morales reclamados.

4. Impugnación. Contra la decisión de primer grado se alzó la Parroquia demandada, quien la tachó de errada por no haber realizado una adecuada valoración probatoria de los medios de convicción recaudados dentro del plenario sobre los cuales el Juez fundamentó indebidamente la estructuración de los elementos de la responsabilidad demandada, en especial frente a la culpa y al nexo causal del accidente, ya que los garantes de la custodia y cuidado del niño eran sus padres, sin que la parroquia demandada debiera cumplir tales obligaciones puesto que el menor no estaba ejecutando órdenes de sus funcionarios. Si los padres demandantes hubieran atendido cabalmente el deber de vigilancia y cuidado sobre su hijo, este no hubiera ingresado clandestinamente al hueco que estaba tras el campanario a coger las palomas y sus nidos, circunstancia de la que ni el sacerdote ni la secretaria de la parroquia estaban enterados.

De igual forma, la diócesis de Pasto apeló la decisión argumentando que (i) no existió relación de causalidad entre el accidente y las actuaciones de la diócesis pues esta no ejerció el cuidado, vigilancia o guarda sobre el menor, (ii) La diócesis no está llamada a responder por actuaciones atribuibles a la parroquia porque cada una de estas entidades tiene personería jurídica propia y autonomía financiera y administrativa, sin que para hilar una relación entre ellas pueda acudirse a la figura de la incardinación, que se refiere exclusivamente a una relación pastoral entre el obispo y el párroco como personas naturales, no a una relación entre entidades, ni tampoco hay solidaridad entre las entidades, (iii) hubo una indebida valoración probatoria, pues otorgó fuerza de convicción suficiente a los testimonios de la parte demandante, sin valorar objetiva e integralmente las pruebas aportadas por las demandadas, especialmente desconoció la inspección judicial practicada de la que se estableció que el hueco por el que ingresó el menor era un sitio de difícil acceso y (iv) la sentencia es incongruente con lo planteado y solicitado por la parte demandante.

II. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico:

Corresponde determinar a la Sala si dentro del asunto en estudio los dos entes morales demandados; además si se encuentran legitimados para ser llamados a responder por la indemnización reclamada se configuran los presupuestos necesarios para la declaratoria de la responsabilidad civil extracontractual por el fallecimiento del niño JCHD.

Tesis de la Sala:

Encuentra esta Corporación que dentro del presente asunto se configuran los elementos que estructuran la responsabilidad endilgada a las dos entidades demandadas, pues la diócesis de Pasto como persona moral que actúa por medio de las parroquias en los diferentes territorios, está llamada a responder por los actos culposos o dolosos de sus agentes. Además en el caso concreto se probó que el accidente que causó la muerte al niño JCHD ocurrió como consecuencia de un actuar negligente del encargado de la parroquia al no haber adoptado las medidas adecuadas que impidieran el acceso al lugar donde finalmente acaeció el suceso, pudiendo y debiendo prever aquel

riesgo y adoptar los medios necesarios para evitarlo, por lo que se procederá a confirmar la sentencia de primera instancia.

Análisis del caso

1. Dado que uno de los argumentos sustentados en alzada por el abogado de la diócesis de Pasto se concretó en la falta de legitimación en la causa por pasiva, procederá el Tribunal a determinar, en primer lugar, si la recurrente se encuentra efectivamente llamada a responder por los daños cuya causación se le atribuye.

Para tal efecto, la Diócesis de Pasto desde la contestación de la demanda ha puesto enfatizado que la Parroquia Nuestra Señora de las Mercedes del municipio Tablón de Gómez no tiene relación de dependencia o subordinación con la diócesis, pues a pesar de que se encuentra dentro de su territorio pastoral, cada una tiene autonomía administrativa y financiera, por lo que los actos u omisiones de una no pueden alcanzar a la otra. Para demostrarlo aportó al plenario, certificados de la misma entidad en los que se indica que cada una tiene su propio NIT (Fl. 195 y 200, Cdno. Ppl.); allegó también formularios ante la DIAN (Fl. 202 a 207, ib.), y con el mismo propósito llamó a declarar a la señora Ana Lucía Zura Murillo (Min 2:36:50, Aud. 6) quien en su calidad de contadora de la diócesis reiteró la autonomía financiera de cada una de las parroquias adscritas a esta.

De igual forma al sustentar su recurso de apelación insistió en que no le es aplicable la figura de incardinación de la parroquia demandada, por cuanto la misma solo refiere a personas naturales y no opera entre entes morales, porque son aquellas quienes se someten a la autoridad del Obispo. En la audiencia agregó que la sentencia SC13630 de 2015 no guarda relación con el caso en aquí analizado porque esta alude a una conducta penal del párroco acusado, lo que nada tiene que ver con los hechos de la demanda.

Así las cosas, es necesario determinar si existe, o no, una relación entre las entidades demandas que permita establecer si la diócesis debe responder civilmente por los perjuicios derivados de los actos u omisiones de los párrocos encargados de las iglesias ubicadas en el territorio pastoral de aquella.

Para dilucidar el tema planteado y siguiendo la pacífica línea adoptada por la jurisprudencia colombiana, precisa el Tribunal que las personas jurídicas responden de manera directa por los perjuicios derivados de los actos u omisiones de sus agentes o subordinados cualquiera sea el papel que estos cumplan en la asociación, es decir sin diferenciar si los mismos realizaban funciones directivas, o eran subalternos de la empresa; en otras palabras, los hechos de los dependientes o agentes de las personas jurídicas se entenderán realizados por ellas mismas, las que deberán responder por los perjuicios que de aquellos emanen. Por tal razón la norma aplicable al caso es la establecida en el artículo 2341 del Código Civil, según la cual "*el que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido*".

Ahora, a efectos de establecer la relación entre las dos entidades llamadas a responder de los perjuicios eventualmente causados a los demandantes por la muerte de su familiar, debemos apelar a las normas de derecho canónico, por ser estas las que determinan la organización de las instituciones de la iglesia católica y de sus miembros, pues de acuerdo con lo señalado en el artículo III de la Ley 20 de 1974, aprobatoria del concordato suscrito entre la Santa Sede y el Estado Colombiano, "*la Legislación Canónica es independiente de la civil y no forma parte de ésta, pero será respetada por las autoridades de la República*". Además dicha remisión normativa no fue debatida en el caso, por el contrario fue aceptada por las partes intervinientes.

Así, conforme lo determina el canon 265 "*es necesario que todo clérigo esté incardinado en una Iglesia particular o en una prelatura personal, o en un instituto de vida consagrada o en una sociedad que goce de esta facultad, de modo que de ninguna manera se admitan los clérigos acéfalos o vagos"; a su turno el canon 368 indica que las "Iglesias particulares, en las cuales y desde las cuales existe la Iglesia católica* ***una y única, son principalmente las diócesis***" (Énfasis fuera del texto), las que se encuentran encomendadas al Obispo –canon 369-, autoridad con potestad legislativa, ejecutiva y judicial –canon 391- que tiene la obligación de promover la disciplina, exigir el cumplimiento de las leyes eclesiásticas y administrar las bienes de la iglesia –canon 392-, siendo éste quien responderá ante el Romano Pontífice por la situación de la diócesis.

Por su parte la parroquia, conforme al canon 515 de la misma codificación, es una "*determinada comunidad de fieles constituida de modo estable en la Iglesia particular, cuya cura pastoral, **bajo la autoridad del Obispo diocesano**, se encomienda a un párroco, como su pastor propio*" (Énfasis fuera del texto), siendo el Obispo el llamado a designar, retirar, trasladar o aceptar renuncias a los párrocos –cánones 519, 524, 538-.

Entonces, según lo consagra el canon 368 la iglesia es una organización universal "*una y única*", pero para efectos administrativos se divide en iglesias particulares asentadas en distintos territorios denominadas diócesis, que gozan de personería jurídica de acuerdo al canon 373, y se encomiendan a los obispos quienes las representan legalmente. A su vez, el canon 74 indica que toda diócesis debe segmentarse en partes distintas o parroquias, encargadas a los correspondientes párrocos, que hacen las veces de sus representes legales; luego puede concluirse que las parroquias como entes morales, forman parte de las diócesis, de las cuales son sus agentes, y la relación de incardinación se da entre el obispo -como representante legal de esta-, y el párroco -como regente de aquella-, no pudiendo entenderse la incardinación exclusivamente entre personas naturales, sino que ello implica la subordinación de los agentes a la diócesis como persona moral.

Puntualmente, en una demanda de responsabilidad civil a la que fueron llamados como pasiva una diócesis y una parroquia, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC13630-2015, señaló: "*los entes morales responden directamente por los actos culposos y dolosos de sus agentes que causan un daño resarcible a terceros en razón y con ocasión de sus funciones o prevalidos de la posición que ocupan en la organización. De ahí que resulte absolutamente innecesario tratar de demostrar que la persona jurídica demandada tenía o no el deber de vigilancia y control sobre el sacerdote, pues tratándose, como se trata, de un tipo de responsabilidad directa, no se requiere en absoluto la prueba de tal situación fáctica*".

En el mismo proveído respecto a la responsabilidad de las diócesis, señaló el Alto Tribunal que la relación incardinante no es de la persona natural nombrada como párroco, frente a la persona natural que ejerce como obispo, pues claramente ellos son los representantes legales, tanto de la diócesis como de la parroquia: "*La personalidad jurídica de las parroquias, por tanto, no significa que estas circunscripciones territoriales sean personas jurídicas distintas a la diócesis, porque tal personalidad posee unas características particulares que no le permiten desligarse de ningún modo de la personalidad del ente incardinante, al punto que puede decirse sin ninguna duda que la parroquia hace parte de su diócesis y es una misma persona con ella, por mucho que goce de personalidad jurídica por derecho propio. De ahí que quien en última instancia y definitivamente gobierna la parroquia no es el cura párroco sino el obispo diocesano*" (Sentencia SC13630-2015 de 7 de octubre de 2015. M.P. Ariel Salazar Ramírez).

En el caso que nos ocupa, está demostrado, pues así lo aceptó en interrogatorio de parte el señor Fernando Euclides Córdoba Castillo (Min 4:28:30, Aud. 1), quien en la actualidad funge como sacerdote representante de la parroquia demandada, que fue designado por el Obispo, y ante él debe presentar informes económicos, siendo también aquel quien determina el tiempo en que ejercerá como párroco, aspecto que se corrobora con la declaración del señor Milton Andrés Delgado Díaz (Min 4:53:00, Aud. 1), quien como vicario de la Diócesis de Pasto, indicó que se rigen bajo las normas del derecho canónico, aludiendo que no podía asegurar que la parroquia tiene plena autonomía administrativa, aunque sí admitió que los párrocos presentaban informes ante el obispo.

Bajo este entendido, era procedente demandar bajo los derroteros del artículo 2341 del Código Civil, a la organización a la que pertenecía en aquel momento el agente que causó el daño, emanando con claridad que los dos entes morales aquí demandados están legitimados para actuar en dicha calidad, sin que pueda admitirse el argumento expuesto por el apoderado de la diócesis, referente a que la parroquia en la que ocurrió el hecho fatídico por la que fue llamada a responder, es un ente independiente de aquella.

2. Ahora bien, para que nazca a la vida jurídica la obligación resarcitoria emanada de la responsabilidad civil extracontractual, se exige la concurrencia de tres elementos, a saber: **(i)** El daño **(ii)** la culpa, y **(iii)** la relación de causalidad entre aquellos, a su turno, siendo directa la responsabilidad de los entes morales demandados, por el hecho de sus agentes, los destinatarios de la reclamación, para lograr ser exonerados, deben probar que el perjuicio se produjo por caso fortuito, fuerza mayor o la culpa exclusiva de la víctima. De ahí que proceda esta judicatura a la verificación de tales requisitos, abordando cada uno de los reparos concretos que sobre la sentencia de primera instancia han sido formulados a través de la alzada por las entidades demandadas:

2.1. El daño. El daño, como presupuesto esencial en materia de responsabilidad civil extracontractual, debe ser demostrado por la parte actora, no solo para constatar su ocurrencia, sino para evidenciar su cuantificación pecuniaria. La jurisprudencia ha entendido el daño como: "*[u]na modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio*". (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC10297-2014 de 5 de agosto de 2014. M.P. Ariel Salazar Ramírez.)

De acuerdo con lo expuesto en la demanda el daño se concretó en el fallecimiento del menor JCHD, hecho que se encuentra acreditado con su registro civil de defunción obrante a folio 40 del cuaderno principal, donde se anota que el deceso acaeció el 8 de abril de 2017 a las 18:00 horas. También se aportó la *inspección técnica a cadáver*, efectuada por el Grupo de Criminalística de la Policía Nacional de Colombia en donde se anotó como hipótesis de la muerte "caída accidental" (Fl. 95 a 98, Cdno. Ppal.), y el Informe Pericial de Necropsia No. 2017010152001000119 realizado el día siguiente al deceso del niño, en la que se determinó como causa de muerte "politraumatismo" y la manera de muerte "violenta de tipo accidental".

Las mencionadas pruebas evidencian la configuración del primer requisito de la responsabilidad civil, es decir el daño.

2.2. La culpa y el nexo de causalidad. Con relación a la ocurrencia del hecho dañoso y la culpa atribuida a las entidades demandadas, fundamento de la pretensión indemnizatoria, el fallo cuestionado estableció que el niño se accidentó cuando cumplía funciones como acólito de la parroquia Nuestra Señora de las Mercedes del municipio Tablón de Gómez, una de cuyas labores era la de repicar campanas antes de la celebración de la eucaristía. Además, cualquier persona podía acceder al sitio donde acaeció el accidente, sin restricción o aviso alguno, lo que evidencia la gestión culposa de los agentes de la parroquia.

Se procederá entonces a verificar en primer lugar, si el niño JCHD, cumplía, o no, tareas de acólito en el momento en que acaeció el fatídico hecho. Para demostrar tal aserto fueron practicados los interrogatorios de parte de los demandantes quienes al unísono reseñaron que el menor fungía como acólito de la parroquia demandada, pues no solo era su deseo colaborar en la iglesia, sino que era una tarea sugerida por el párroco de entonces, a quienes, como él, se encontraban haciendo el curso de preparación para la primera comunión.

Al respecto la niña YAHD, hermana de la víctima, manifestó que se encontraba haciendo curso de preparación en la parroquia para su ceremonia de confirmación y era "*costumbre que uno tenía que ir a la iglesia a hacer aseo o a brillar el piso, tocar las campanas, limpiar la cera de las velas, todo*", narrando que en varias ocasiones ella misma fue a repicar las campanas por orden del sacerdote a cargo, tal como lo hacían otros niños que estaban haciendo el curso para la primera comunión o la confirmación; mencionó además que escuchó al padre Franklin manifestar su descontento con las palomas que se encontraban en el techo de la iglesia, por lo que divulgaba que cualquier persona podía hacer con ellas lo que quisiera (Min 44:10, Aud. 5).

Ahora, obra como prueba la declaración del señor SA (Min. 2:08:08, Aud. 5), tío del menor fallecido, quien señaló que el niño JCHD, al igual que otros infantes, colaboraba en diversas tareas de la iglesia, actividad que desarrollaban consuetudinariamente muchos niños en el municipio del Tablón de Gómez. Afirma que el día del fatal acontecimiento lo vio en el templo con sus "*amigos DS y N*" subiendo al campanario a repicar las campanas, porque los había mandado la señora Leonely Ordoñez, quien se desempeñaba como secretaria de la iglesia.

Aunque este testimonio fue tachado por sospechoso, y es cierto que su emisor denota ciertas falencias cognitivas, no puede ser descartado, pues no solo proviene de quien estuvo presente en el momento y lugar en que ocurrió el incidente, sino que de él se extractan elementos esenciales de los hechos, avalados por otras versiones, como se verá más adelante; por lo que no hay lugar a negar validez a la declaración rendida, sino que se sopesará pormenorizadamente para verificar su coherencia con los restantes medios de convicción. Al respecto es necesario referir la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia que asevera: "*la sospecha no descalifica de antemano al declarante -pues ahora se escucha al sospechoso-, sino que simplemente se mira con cierta*

aprensión a la hora de auscultar qué tanto crédito merece. Por suerte que bien puede ser que a pesar de la sospecha haya modo de atribuirle credibilidad a testigo semejante, si es que, primeramente, su relato carece de mayores objeciones dentro de un análisis crítico de la prueba, y, después -acaso lo más prominente- halla respaldo en el conjunto probatorio" (Sentencia de 9 de septiembre de 2011. Exp. 2001-00108-01. M.P. Arturo Solarte Rodríguez).

De otra arista se ha puesto en duda si el señor SA estuvo presente en la iglesia en el momento del accidente, pero tal circunstancia la ratifica el testigo Sócrates Leonel Moncayo, quien además de manera expresa negó conocer que aquel acostumbre inventar, fantasear, o distorsionar la realidad. Igualmente la señora Ilia Gómez, señaló haber visto al señor SA en la iglesia momentos antes del infortunio, afirmando que este se acercó a decirle algo, y si bien niega su presencia en el instante mismo de su ocurrencia, ello puede explicarse por la extrema confusión que se produce cuando pasa algo de semejantes características, ya que lógicamente la atención no se enfoca en determinar qué personas se encuentran presentes, y en este caso la testigo confirma que su proceder fue salir gritando a pedir ayuda. Así mismo la abuela del niño, MCMO contó que del hecho fue avisada por SA, lo que coadyuva a refrendar su presencia.

Continuando con el análisis, tenemos que el señor SLMÑ (Min 1:00, Audio 6), señaló era costumbre inveterada de los niños que se encontraban en cursos de preparación de primera comunión, la labor de acolitar, y entre sus funciones estaba repicar las campanas; indicó que él mismo en su oportunidad lo hizo, sin requerirse ser acólito para realizar tal labor, aunque reiteró que si bien no le constaba que el padre Franklin le encomendó esa tarea al niño JCHD, "*siempre miraba pues a los niños que estaban ahí a la entrada del templo, en las gradas o arriba en el campanario*".

La señora Leonely Ordoñez Erazo (Min 1:07:30, Aud. 6), secretaría de la parroquia aproximadamente 20 años atrás, indicó que para el momento de los hechos el menor fallecido no se desempañaba como acólito, pues el encontrarse en el curso de preparación para la primera comunión no le daba tal calidad, sin embargo, señaló que no le constaba si el niño asistió o acompañó al padre en eucaristías, y que era normal que niños que no tenían la calidad de acólitos pudieran participar como ayudantes de la iglesia. Afirmó que el día del siniestro dado que ella misma dio la orden a su hijo menor de edad, que se encontraba con otros dos niños, entre ellos JCHD, de ir a tocar el primer repique.

El señor SMMO (Min 1:51:50, Aud. 6), fiel asistente a las eucaristías, arguyó que los niños que se encontraban en cursos de preparación para diferentes sacramentos podían, si querían, hacer las veces de acolito; frente al niño JCHD, señaló no constarle que específicamente fuera monaguillo en la iglesia, pero que en una ocasión sí lo vio realizando funciones de tal. Además, aunque nunca vio al niño tañendo las campanas, sí observó en algunas oportunidades que los acólitos ascendían al campanario para repicar.

Por su parte, los niños DASO (Min 1:20, Aud. 2) y JIMM, en sus declaraciones reiteraron que JCHD no era acolito, sin embargo, refirieron claramente que sí iba a colaborar pues se encontraba en curso de primera comunión a la parroquia y era su deseo hacerlo, por lo que en particular el día del accidente se encontraba en el lugar, y que le permitieron tocar las campanas en una oportunidad, pero como no lo pudo hacer entró al agujero que se encontraba en el campanario a coger unas palomas que estaban en el lugar.

No puede pasarse por alto el propio dicho del párroco Franklin Efraín Pantoja Dueñas, quien si bien no acudió a declarar al proceso a pesar de haber sido citado, se cuenta con respuesta al derecho de petición presentado en el que textualmente refirió "*en algunas ocasiones JCHD participaba en las Eucaristías como Acólito, asistiendo al Sacerdote en las celebraciones litúrgicas, aunque en los últimos meses ya casi no asistía*" (Fl. 72 a 74, Cdno. Ppal.).

Analizando entonces la prueba reseñada, puede deducirse que al margen de la discusión de si las labores que el niño fallecido realizaba en la parroquia eran a título de acólito, o, ayudante, lo cierto es que sí colaboraba en la iglesia llevando a cabo las tareas que le asignaran el párroco o la secretaria, o las que él voluntariamente efectuaba, por ser esta la inveterada costumbre que imperaba en el Municipio, relativa a que los niños que se encontraban haciendo el curso para los diferentes sacramentos, o lo hubieren hecho con antelación, colaboraran en las labores de la parroquia; de donde emana mínimamente que era el sacerdote encargado quien debía velar por la seguridad de los niños que allí se encontraran, entre ellos JCHD, minimizando los riesgos que pudieran correr en dicho espacio.

En ese sentido, encuentra el Tribunal que los encargados de la parroquia nunca implementaron las medidas adecuadas para prevenir o reducir el peligro que significaba para los niños que allí permanecían, el subir por escaleras en espiral, a alturas considerables, sin restricción alguna, en las cuales tenían la posibilidad de acceder al cielo raso de la iglesia, constituido por una estructura completamente endeble, como se deduce del dicho de gran parte de los deponentes, quienes unívocamente refirieron que cualquier persona podía ascender libremente al campanario y que detrás de él había un hueco por el que era posible penetrar al soberado del templo, que fue precisamente lo que ocurrió con JCHD, seguramente movido por la curiosidad y el interés que despertaban en él las palomas, y sus nidos, penetró por ese lugar del que cayó, falleciendo a causa de las lesiones causadas por el terrible golpe.

En fin, es claro que el templo se encontraba permanentemente abierto al público y el ingreso al campanario carecía de cualquier restricción o tan siquiera de un aviso que indicara el potencial peligro de acceder a más de 10 metros de altura, encontrándose un agujero que permitía la entrada al soberado, el cual no era lo suficientemente resistente para soportar el peso de una persona como lo señala la experticia rendida por el ingeniero Hernán Albán Delgado (Fl. 255 a 267, Cdno. Ppal.), en especial, cuando se conocía que los menores penetraban en tal espacio, pues no puede alegarse tal desconocimiento de la parte demandada, cuando fue la propia secretaría de la parroquia quien mandó a su hijo también menor de edad a repicar las campanas, y el mismo refirió que en varias oportunidades lo había hecho, supuesto que recalcaron los declarantes al indicar que eran niños quienes en muchas oportunidades se encargaban de tal labor.

Por lo que para el caso en estudio la culpa se concreta en la omisión del sacerdote a cargo de la parroquia, de adoptar las medidas pertinentes que impidieran a los feligreses, particularmente los menores de edad, ingresar a un sitio que representaba un evidente peligro.

2.3. Así las cosas, demostrados los elementos que anteceden, se debe entrar a estudiar el nexo de causalidad entre la culpa imputada a la parte pasiva y el daño que se concretó en el fallecimiento del niño JCHD, pues la parte demandada plantea la ruptura de tal nexo, aludiendo la culpa exclusiva de la víctima, al actuar de manera tan arriesgada, y la responsabilidad de los padres del niño por permitir que se pusiera en peligro, lo que conllevó a su lamentable deceso; para tal efecto, pusieron de presente que Ilia Gómez Martínez y los niños que se encontraban al momento del accidente declararon que el padre del menor fallecido, señor CHA, estaba alicorado cuando ocurrió el siniestro, y que el niño acudió sin compañía de un adulto responsable al templo, siendo su propia imprudencia la que causó el accidente del que derivó su fallecimiento.

A juicio de la Corporación, aunque no pueda endilgarse al sacerdote la guarda directa de cada uno de sus feligreses o de los niños que allí se encontraran, no cabe duda que de haber tomado precauciones para evitar las situaciones de riesgo inminente, según se explicó en precedencia, probablemente el accidente no hubiera ocurrido, pues JCHD no hubiera encontrado vía libre para subirse al campanario. Entonces, a la conducta negligente e imprudente del párroco de ese momento, sin olvidar que la situación venía igual de tiempo atrás, es directamente atribuible el hecho dañoso, pues claramente correspondía al párroco o al encargado de la institución religiosa mantener adecuadamente los sitios a los que accedían sus feligreses, siendo este un deber de cuidado mínimo para con ellos, evitando de esta manera que su vida o integridad personal fueran puestas en riesgo.

Por el contrario, no es admisible culpar a un niño de 9 años de edad, por haber tomado la decisión de ingresar a un lugar ubicado en altura, endeble y deteriorado, ya que por su corta edad y la inmadurez de su desarrollo mental, no era él, sino los adultos responsables, los llamados a tomar una conducta precavida y tranquila, pues por regla de experiencia los niños son arriesgados y no miden el peligro; menos aún si se trata de alcanzar cosas que les llaman poderosamente la atención, como lo que ocurrió en este caso, en el que el niño quería coger las palomas, o sus nidos.

Tampoco puede responsabilizarse del hecho a sus padres, dado el contexto sociológico de la situación, constituido por el fervor religioso y el respeto de gran parte de la población por la figura del párroco o de las personas laicas que se encuentran a cargo de establecimientos de tal índole, lo que les permite influenciar las decisiones de los individuos que componen la comunidad. Ello explica que por generaciones los padres hayan permitido confiadamente que sus hijos asistieran a la parroquia y realizaran diversas tareas en la iglesia, sin medir el potencial riesgo que podía presentarse, como se deriva de los diversos testimonios según los cuales inveteradamente los

niños se peleaban por servir de monaguillos y acudir al templo a ayudar en lo que fuera necesario, siendo tal el caso del niño JCHD, quien acostumbraba a colaborar en la celebraciones eucarísticas, y por eso llegó al lugar, antes de la misa, sin que a los padres o al propio infante pueda atribuírsele responsabilidad por el siniestro, pues, se itera, a quien correspondía el adecuado mantenimiento del templo era al sacerdote encargado y no a sus feligreses, menos aún si estos eran menores de edad.

En el marco fáctico expuesto, consideró además la parte pasiva del litigio, que la decisión de primera instancia era incongruente con lo pedido en el libelo de postulación que insistía en la guarda del menor por parte de la parroquia, sin embargo, al margen de lo que postula la parte accionante en la demanda, lo cierto es que el fallo de la jueza a quo no desatiende o desborda los supuestos facticos que originaron la litis, sino que simplemente se atiene a lo que resultó probado en el curso del litigio, como realmente corresponde al juzgador, conforme ha señalado de forma reiterada la Alta Corporación de la Jurisdicción Ordinaria así:

> "*el juez debe interpretar la demanda en su conjunto, con criterio jurídico, pero no mecánico, auscultando en la causa para pedir su verdadero sentido y alcance, sin limitarse a un entendimiento literal, porque debe trascenderse su misma redacción, para descubrir su naturaleza y esencia, y así por contera superar la indebida calificación jurídica que eventualmente le haya dado la propia parte demandante. Tales hechos, ha dicho la Corte, `son los que sirven de fundamento al derecho invocado y es sobre la comprobación de su existencia y de las circunstancias que los informan sobre que habrá de rodar la controversia´ (Sentencia de 2 de diciembre de 1941). Si están probados los hechos, anotó en otra ocasión, `incumbe al juez calificarlos en la sentencia y proveer de conformidad, no obstante los errores de las súplicas: da mihi factum, dabo tibi ius´ (G.J. No. 2261 a 2264, pág. 137)*." (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia STC6507-2017. M.P. Ariel Salazar Ramírez)

Para la Sala, entonces, la sentencia de primera instancia, fue congruente con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y las excepciones alegadas, debidamente interpretados por la juzgadora, pues mal podría considerarse que el agujero en el campanario, o el acceso libre al tercer piso sin ningún tipo de señalización no constituye la causa de fallecimiento del niño, porque, como ya se dijo, fue el actuar imprudente del sacerdote, que conocedor de tal riesgo, omitió realizar las acciones pertinentes que permitieran mitigar el riesgo, o por lo menos alertar de su existencia a los asistentes al templo, excusándose para tal efecto en la inveterada costumbre de que los niños subieran a dicho lugar, porque tratándose de un lugar abierto al público, su actuar imprudente fue nodal para la concreción del daño ocasionado, encontrándose con ello materializado el nexo causal como requisito de para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual.

3. Por ultimo debe aclararse que si bien dentro de los reparos concretos presentados por la parte demandada, se reprochó la tasación de perjuicios morales declarados en primera instancia, tal arista nunca fue abordada al sustentar en audiencia el recurso de alzada, por lo que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 328 del Código General del Proceso, esta Corporación carece de competencia para hacer pronunciamiento alguno al respecto.

4. En suma, al encontrar acreditados los elementos de la responsabilidad civil extracontractual planteada como fundamento de la pretensión indemnizatoria, esta Corporación estima acertada la condena impuesta en contra de Diócesis de Pasto y la Parroquia Nuestra Señora de las Mercedes, por lo que se procederá a confirmar integralmente la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia de 19 de junio de 2019, proferida por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso de responsabilidad civil extracontractual de la referencia.

SEGUNDO.- Condenar en costas a la parte demandada. La magistrada sustanciadora fija como agencias en derecho de la segunda instancia la suma de dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

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

NOTIFÍQUESE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GUILLERMO GABRIEL ORTIZ NARVAEZ
Magistrado

AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONFORME LA CAUSAL 7ª DEL ART. 365 DEL CGP - FALTA DE NOTIFICACIÓN O EMPLAZAMIENTO:
No cualquier irregularidad en la vinculación al juicio, es suficiente para estructurar el motivo de revisión bajo estudio, sino sólo cuando se le impida al recurrente hacerse parte en él y, en consecuencia, se le cercene su derecho de defensa.

Hay lugar a declarar fundado el recurso de revisión interpuesto frente a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia, en tanto se ha demostrado que ningún intento se hizo por enviar a la revisionista la respectiva comunicación, en aras de lograr su comparecencia personal al juicio, para garantizar su derecho a la defensa, siendo evidente el desconocimiento del trámite propio de la notificación personal de quien debe comparecer al proceso, pues, suministrada una dirección para tal efecto, debe agotarse dicha convocatoria, previo al emplazamiento. Procediendo, por tanto, la nulidad desde el auto admisorio de la demanda, con respecto a la impugnante.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA CIVIL FAMILIA
Magistrada Ponente: **AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

Ref. Recurso de revisión interpuesto por **HELEN NATTALY BURGOS ESTRADA** en contra de la sentencia proferida el 25 de julio de 2018, por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, dentro del proceso de filiación extramatrimonial y petición de herencia promovido por **JESÚS FERNANDO MONTENEGRO** en contra de la recurrente y otros. **Rad:** 52001-2213-000-2019-00060-00.

San Juan de Pasto, veintiocho (28) de mayo de dos mil veinte (2020).

I. ASUNTO

Se decide anticipadamente por escrito y fuera de audiencia, el recurso extraordinario de revisión interpuesto por Helen Nattaly Burgos Estrada en contra de la sentencia proferida el 25 de julio de 2018, por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, dentro del proceso de filiación extramatrimonial y petición de herencia promovido por Jesús Fernando Montenegro en contra de la recurrente y herederos indeterminados de Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño.

II. ANTECEDENTES

A. Pretensiones y hechos.

Con respaldo en la causal 7a consagrada en el artículo 365 del Código General del Proceso, la impugnante pretende que se declare la nulidad de todo lo actuado en el aludido proceso y, en consecuencia, se ordene la cancelación de los registros e inscripciones correspondientes.

Los hechos que sirven de fundamento a la impugnación extraordinaria son en síntesis, los siguientes:

1. El señor Jesús Fernando Montenegro demandó en proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia a la señora Helen Nattaly Burgos Estrada y a los herederos indeterminados de Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño, indicando en el escrito de la demanda que la dirección en la que podía ser notificada la ahora recurrente, correspondía a la "*carrera 24 N° 15-60, Centro Comercial San Agustín local 220*", de la ciudad de Pasto.

2. En proveído del 14 de julio de 2015, se inadmitió la demanda, al considerarse que no se cumplieron las formalidades del artículo 75 del Código de Procedimiento Civil, entre otras, indicar el domicilio de la demandada, mandato frente al cual el promotor de la acción manifestó bajo la gravedad de juramento, desconocer el lugar de

residencia de la señora Burgos Estada, advirtiendo que "*la demandada acudía periódicamente al inmueble de su propiedad ubicado en esta ciudad en la carrera 24 N° 15-60, Centro Comercial San Agustín local 220*"[14].

3. Por auto de 19 de agosto siguiente, se admitió el libelo, precisando que para la notificación a la demandada, la contraparte debía proceder previa solicitud, conforme lo establecía el canon 318 de la Codificación Procesal Civil y, en memorial radicado el 7 de septiembre de ese año, el señor Jesús Fernando Montenegro, solicitó el emplazamiento de la demandada determinada, al desconocer el lugar de residencia, cuya publicación se efectuó el 1 de noviembre de 2015 , en el diario "*El Espectador*" y, acto seguido, se le designó a la emplazada curador *ad litem*.

4. El referido auxiliar de la justicia se notificó personalmente del auto admisorio el 16 de febrero de 2017 y, al contestar el libelo, manifestó que "*me atengo a lo que legalmente se pruebe dentro del proceso y en consecuencia, me abstengo de proponer excepciones y recursos*"[15].

5. Surtido el trámite procesal correspondiente, el 25 de julio de 2018, se profirió sentencia en la que se dispuso declarar que el señor Jesús Fernando Montenegro, es hijo extramatrimonial del extinto Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño, por lo que en adelante, el accionante se identificaría con el nombre de Jesús Fernando Burgos Montenegro.

Resolvió que el demandante tiene igual derecho de vocación hereditaria, en calidad de hijo, para suceder al referido causante, e ineficaz la partición y adjudicación, realizada en el proceso de sucesión, adelantado ante la Notaría Segunda del Círculo de Túquerres, frente al promotor de la acción ordinaria.

Ordenó rehacer la partición de los bienes dejados por el causante, incluyendo al señor Burgos Montenegro, como su heredero, y con derecho a percibir la cuota hereditaria que legalmente le corresponde.

Dispuso cancelar los registros efectuados, con ocasión de la adjudicación, en el trámite de sucesión de Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño, adelantado ante el despacho notarial antes indicado.

Declaró no probada la caducidad de la acción de petición de herencia, frente a los herederos indeterminados del difunto, levantó las medidas cautelares practicadas, dispuso comunicar la decisión a la Registraduría del Estado Civil del Municipio de Ipiales y a la Notaría Primera de ese misma localidad.

6. El recurso de revisión fue interpuesto el 30 de mayo de 2019[16], con sustento en que no se le notificó personalmente el auto admisorio, proferido al interior del juicio de filiación extramatrimonial y petición de herencia, a pesar de que se suministró la dirección para ese fin.

7. También reprochó que el emplazamiento, no fue realizado conforme a los requisitos del artículo 318 de Código de Procedimiento Civil, toda vez que en la publicación se indicó que la persona emplazada era "*HELEN NATTALY BURGOS*", cuando lo correcto era "*HELEN NATTALY BURGOS ESTRADA*"; además, se efectúo el emplazamiento, sin orden judicial previa y, tanto en el auto que designó el curador *ad litem*, como en el acta de notificación, se señaló de manera errada el nombre de la demandada.

Adicionalmente, destacó que el demandante no manifestó que ignoraba el lugar de habitación y trabajo, de quien debía ser notificada, menos que se encontraba ausente y no conocía su paradero.

8. Resaltó, que solo tuvo conocimiento de la sentencia censurada en sede extraordinaria el 21 de agosto de 2018, cuando solicitó a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, un certificado de tradición del inmueble distinguido con el folio No. 240-106794.

9. Refirió que no saneó la nulidad que invoca, porque no pudo actuar al interior del proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia.

---

[14] Folio 3 de este cuaderno.
[15] Folio 63, cuaderno 1 del expediente 2015-00201-00
[16] Folio 17 de este cuaderno.

B. trámite del recurso.

1. Por auto del 16 de julio de 2019, se admitió el recurso extraordinario de revisión promovido por Helen Nattaly Burgos Estrada, se ordenó notificar personalmente a Jesús Fernando Montenegro y el emplazamiento de los herederos indeterminados de Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño.

2. Notificado personalmente Jesús Fernando Montenegro, por intermedio de apoderada, indicó que antes de presentar la demanda de filiación extramatrimonial y petición de herencia, indagó la dirección de notificación o lugar de trabajo de la entonces demandada y, lo único que pudo descubrir, fue la adjudicación en el proceso de sucesión del local comercial, ubicado en el centro comercial San Agustín de esta ciudad, hasta donde se acercó junto con la profesional del derecho que lo representa y le comunicaron que ella frecuentaba el lugar esporádicamente, a cobrar el canon de arrendamiento, y que días después el inmueble permaneció cerrado y nadie les otorgó información.

Anotó que, la normatividad que regula la notificación personal, dispone que ella debe efectuarse en el lugar de residencia o de trabajo de la persona a notificar y, ante su desconocimiento, procedió a solicitar y efectuar el emplazamiento.

Finalmente, advirtió que la presentación del recurso de revisión, no es más que una maniobra para afectar sus intereses y derechos, ya que la señora Helen Nattaly Burgos Estrada, adelanta un proceso de simulación, ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, en contra de Ana Lucia Eraso Ruano, trámite en el que el señor Montenegro se pretende hacer parte, una vez se inscriba ante la Registraduría Nacional del Estado Civil, la sentencia que lo declaró como hijo extramatrimonial de Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño.

3. A su turno, el curador *ad litem* de los herederos indeterminados del causante Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño, dijo no oponerse a las pretensiones de la demanda, siempre y cuando se respeten los derechos herenciales que les correspondan o puedan corresponder a sus representados y, señaló, que pese a que existe en el plenario el certificado de tradición expedido el 21 de agosto de 2018, correspondiente al inmueble que fue adjudicado a la señora Helen Nattaly Burgos Estrada, con base en ese documento, no se puede inferir que en esa fecha, la mencionada se hubiere enterado de la existencia del proceso de filiación extramatrimonial y petición de herencia, seguido en su contra.

4. Por auto del 25 de febrero del año en curso, se abrió a pruebas el proceso y se decretaron las documentales pedidas por la revisionista, en tanto que el extremo demandado no elevó pedimento alguno al respecto, razón por la cual no resulta necesario fijar audiencia.

III. CONSIDERACIONES

De manera inicial, es de señalar que si bien el inciso séptimo del artículo 358 del Código General del proceso, establece que tratándose del recurso extraordinario de revisión, "*surtido el traslado a los demandados se decretarán las pruebas pedidas, **y se fijará audiencia para practicarlas, oír los alegatos de las partes y dictar la sentencia***" (las negrillas no son del texto), en el caso presente, el fallo anticipado, escrito y por fuera de audiencia, es de recibo, al configurarse la causal contemplada en el numeral 2 del artículo 278 del Código General del Proceso, que autoriza a proferir sentencia previa en cualquier estado del proceso, *"cuando no hubiere pruebas por practicar*", ya que las únicas probanzas decretadas fueron las documentales.

Adicionalmente, tampoco resulta necesario conceder traslado a las partes para alegar de conclusión, ya que la resolución anticipada del asunto, supone la pretermisión de fases procesales previas que de ordinario deberían cumplirse, circunstancia que encuentra sustento en los principios de celeridad y economía procesal. Sobre el particular, definió la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

"En resumen, la sentencia anticipada ha de ser escrita en unos casos y oral en otros, según el momento en que el juez advierta que es viable su proferimiento. Será del primer modo cuando se emita antes de la audiencia inicial, y del

segundo, esto es, oral, cuando el convencimiento aflore en el desarrollo de alguna de las sesiones previstas en los artículos 372 y 373 del C.G.P.

De esta manera, cuando el fallo se emite en forma escrita no es forzoso garantizar la oportunidad para las alegaciones finales dada la ausencia de práctica probatoria, porque aquellas son una crítica de parte acerca del despliegue demostrativo, de suerte que si éste no se llevó a cabo no hay sobre qué realizar las sustentaciones conclusivas, teniendo en cuenta que las posturas de los contendientes están plasmadas en sus respectivas intervenciones anteriores (demanda y réplica)"[17]*.*

El recurso extraordinario de revisión, según el artículo 354 del Código General del Proceso procede contra las sentencias ejecutoriadas y únicamente por los motivos específicamente previstos en el canon 355 de la misma Codificación, pues por sus especiales características, autoriza la excepcional revisión de las sentencias que hicieron tránsito a cosa juzgada.

Sobre el particular, consideró la mencionada Alta Corporación:

"*Debido a su carácter excepcional y los fines que está llamado a alcanzar, las causas que lo justifican, además de estar consagradas con criterio taxativo y por ende de entendimiento restringido, se originan en circunstancias, que en términos generales son extrínsecas o ajenas al proceso en el cual se profirió la sentencia que por tal medio se impugna, es decir, que rebasan el ámbito propio de éste y por esencia constituyen aspectos novedosos frente a él, pero que lo vician en forma decisiva. De ahí que se descarten, en principio, como motivos justificantes del mismo, todos aquellos aspectos que por haber constituido tema de decisión, fueron alegados, discutidos y decididos en el proceso en el cual se dictó la sentencia recurrida, porque de no ser así, se estaría frente a un replanteamiento in extenso del debate judicial concluido, que al fin de cuentas no es el objetivo del recurso en comentario, como inicialmente quedó explicado"*[18]*.*

Como motivo de la revisión, se invocó el contenido en el numeral 7 del artículo 355 del Código General del Proceso, a saber "*[E]star el recurrente en alguno de los casos de indebida representación o falta de notificación o emplazamiento, siempre que no haya sido saneada la nulidad*".

Con base en ese precepto normativo, se exige para la prosperidad del recurso extraordinario bajo análisis, tratándose de la aludida causal, que se configure indebida representación, falta de notificación o emplazamiento, es decir, no cualquier irregularidad en la vinculación al juicio, es suficiente para estructurar el motivo de revisión bajo estudio, sino sólo cuando se le impida al recurrente hacerse parte en él y, en consecuencia, se le cercene su derecho de defensa.

Al respecto, estimó el máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria:

"[L]a disposición apunta a proteger el derecho fundamental al debido proceso en su más prístina manifestación, como es la posibilidad de ser enterado de la actuación judicial iniciada en contra y, por esa senda, acceder al abanico de posibilidades de contradicción que brinda el ordenamiento jurídico, pues, de no darse aquella, queda cercenada de tajo cualquier posibilidad ulterior de ejercicio de esos privilegios"[19]*.*

Además, es imperativo que la nulidad "*no haya sido saneada*", según lo dispuesto en el canon 136 de la Codificación Adjetiva Civil.

Ahora, procede establecer si el recurso de revisión se interpuso de manera oportuna, ante lo cual el inciso segundo del artículo 356 del Código General del Proceso, prevé: "*Cuando se alegue la causal prevista en el numeral 7 del mencionado artículo, los dos (2) años comenzarán a correr desde el día en que la parte perjudicada con la sentencia o su representante haya tenido conocimiento de ella, con límite máximo de cinco (5) años. No obstante, cuando la*

[17] Corte Suprema de Justicia, Rad. 2020-00006-01, 27 de abril de 2020, M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.
[18] Corte Suprema de Justicia, SC788-2018, Rad. 2012-02174-00, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.
[19] Corte Suprema de Justicia, SC 7882-2018, Rad. 2012-02174-00.

sentencia debe ser inscrita en un registro público, los anteriores términos sólo comenzarán a correr a partir de la fecha de la inscripción".

Sobre el particular, cabe señalar que la sentencia censurada en esta sede, se profirió el 25 de julio de 2018 y se notificó por estrados, es decir, alcanzó ejecutoria en esa misma fecha, ante la no interposición de recursos en su contra; además, la revisionista manifestó que tuvo conocimiento de esa decisión el 21 de agosto siguiente, a pesar de que su inscripción en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-106794 se efectuó el 12 de abril de 2019, según dan cuenta las anotaciones 11 y 12 de ese documento[20], por lo que si el recurso de revisión se formuló el 30 de mayo de 2019, es dable concluir que se presentó de manera tempestiva, aún si se contabilizara desde la ejecutoria del fallo que ahora se discute.

En cuanto a la indebida notificación que se aduce, es de señalar que suministrada una dirección, para la vinculación de quien debe ser enterado personalmente del juicio iniciado en su contra, recae sobre el promotor de la acción, la carga procesal de remitir las comunicaciones de que trataba el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, vigente para la época en que ese llamamiento debió realizarse.

Sin embargo, ese deber no fue cumplido, porque a pesar de que tanto en el escrito de la demanda, como en el de subsanación, se indicó por el demandante en el proceso de filiación y petición de herencia que la señora Helen Nattaly Burgos Estrada, podía ser localizada en la "*carrera 24 No. 15-60, Centro Comercial San Agustín, local 220*" de esta ciudad, lo cierto es que ningún intento por remitir la comunicación se hizo, al punto de que en el auto admisorio se dispuso que su vinculación debía efectuarse, a través de curador *ad litem*, previo emplazamiento, una vez se elevara por el demandante la solicitud en ese sentido, sin considerar si quiera, que de acuerdo con el certificado de matrícula inmobiliaria del predio antes aludido y que se aportó con la demanda ordinaria, la ahora revisionista aparecía inscrita como propietaria del local al que se hizo mención.

En ese orden, el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil establece que debe enviarse la comunicación a la dirección que le hubiere sido informada al juez de conocimiento, como lugar de habitación o de trabajo de quien debe ser notificado personalmente y según el demandado en este asunto, la nomenclatura correspondiente a la "*carrera 24 No. 15-60, Centro Comercial San Agustín, local 220*" de esta urbe, no es el sitio en el que habita o labora la señora Burgos Estrada, por consiguiente, mal podía intentarse allí esa diligencia, más aún cuando ese mismo extremo de la *litis*, aseguró que la ahora recurrente asistía de manera esporádica al local comercial, argumentos que no son de recibo para declarar infundado el recurso.

En efecto, teniendo conocimiento de esa dirección, debió el demandante en el juicio de filiación y petición de herencia remitir allí la comunicación, y de acuerdo con los resultados que de esa diligencia se obtuvieran, realizar la notificación por aviso, según los lineamientos del canon 320 de ese Estatuto o, efectuar el emplazamiento, si es que se reunían los presupuestos del artículo 318 de la Normatividad Adjetiva Civil, máxime cuando según el convocado la promotora del recurso de revisión, acudía a ese lugar en forma esporádica a cobrar la renta, por lo que existió la posibilidad de que se hubiera enterado, por intermedio de su arrendataria, de la existencia del proceso promovido en su contra.

Adicionalmente, el 11 de noviembre de 2015, el demandante allegó la publicación del emplazamiento a la demandada, realizada el 1 de ese mismo mes y año, en el periódico "*El Espectador*"[21], a pesar de que el emplazamiento no había sido ordenado por la administradora de justicia, pese a lo cual en proveído del 2 de diciembre del mismo año, se designó curador ad litem para representar a la ahora recurrente.

En consecuencia, se demostró que ningún intento se hizo por enviar a la señora Burgos Estrada la comunicación regulada en su momento, por el artículo 315 del Código de Procedimiento Civil, en aras de lograr su comparecencia personal al juicio, para garantizar su derecho a la defensa, siendo evidente el desconocimiento del trámite propio de la notificación personal de quien debe comparecer al proceso, pues, suministrada una dirección para tal efecto, debe agotarse dicha convocatoria, previo al emplazamiento.

[20] Folio 113 de este cuaderno.
[21] Folio 35 a 37 *ibídem*.

Al respecto, estimó la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

"Sobre este particular, cobra relevancia la postura que en su momento adoptó la jurisprudencia al valorar la constitucionalidad de las normas que regían la 'notificación judicial' y que por su similitud con las actuales, aún resulta válida. En tal sentido, se destacó que:
'la notificación personal es la que ofrece una mayor garantía del derecho de defensa, en cuanto permite en forma clara y cierta el conocimiento de la decisión por la parte o el tercero que la recibe', si se tiene en cuenta que 'para garantizar la seguridad jurídica, el derecho al debido proceso y el derecho de defensa, es necesario que las personas que puedan resultar involucradas en procesos judiciales, cualquiera sea su naturaleza, deban ser enteradas acerca de la existencia del proceso mediante la notificación personal de la primera providencia que se profiere en el mismo, bien trátese de auto admisorio de la demanda o bien de mandamiento ejecutivo o de pago. Noticia de la existencia del proceso que ***debe hacerse en primer lugar, agotando todos los mecanismos dispuestos en la ley para hacerla de manera personal, y sólo en la medida en que no sea posible cumplir con ésta diligencia es pertinente, de manera subsidiaria, recurrir a otras formas dispuestas para el efecto por la ley'****, reiterando que 'el legislador otorga* ***un tratamiento de favor a la notificación personal, por ser la que otorga la mayor garantía de que el demandado conozca en forma cierta la existencia del proceso y ejerza su derecho de defensa****, pero no la acoge como única, con exclusión de modalidades de carácter subsidiario, ya que, si lo hiciera, entrabaría la administración de justicia y desfavorecería el logro de la convivencia pacífica consagrada en el preámbulo de la Constitución».* (Negrita ajena al original - Corte Constitucional C-783 de 2004)"[22].

De tal magnitud es la importancia de la notificación personal al demandado que el artículo 319 del Código de Procedimiento Civil vigente, para entonces, contempló una multa, condena en perjuicios, nulidad y noticia a la justicia penal si se llegara a probar que "*...el demandante, su representante o apoderado conocían el lugar donde hubiera podido encontrarse al demandado*", disposición normativa que fue reproducida en el canon 86 del Código General del Proceso, al estatuir que "*Si se probare que el demandante o su apoderado, o ambos, faltaron a la verdad en la información suministrada, además de remitir las copias necesarias para las investigaciones penal y disciplinaria a que hubiere lugar, se impondrá a aquellos, mediante incidente, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos mensuales y se les condenará a indemnizar los perjuicios que haya podido ocasionar, sin perjuicio de las demás consecuencias previstas en este código".*

En ese sentido y conforme a lo planteado, se concluye que se configuró falta de notificación de la demandada Helen Nattaly Burgos Estrada y, en consecuencia, la causal de revisión regulada en el numeral 7 del artículo 355 del Código General del Proceso, toda vez que su vinculación al proceso de filiación y petición de herencia, promovido por Jesús Fernando Montenegro no se produjo en legal forma.

Además, no se advierte que la nulidad haya sido saneada, en tanto que la mencionada señora Burgos Estrada no compareció al proceso ordinario y, por lo tanto, no la pudo alegar y si bien el inciso segundo del artículo 134 del Código General del Proceso, dispone que "*la nulidad por indebida representación o falta de notificación o emplazamiento en legal forma, o la originada en la sentencia contra la cual no proceda recurso, podrá también alegarse en la diligencia de entrega o como excepción en la ejecución de la sentencia (...)*", lo cierto es que en el trámite del juicio de filiación extramatrimonial y petición de herencia no se llevó a cabo diligencia de entrega, como tampoco ejecución del fallo allí proferido, por lo que la revisionista no contó con las facultades otorgadas en el aparte normativo transcrito, para invocar la nulidad que ahora aduce.

Con respecto a los efectos de esa decisión, cabe anotar que aprovecha únicamente a la recurrente en revisión, como quiera que en el proceso de filiación extramatrimonial y petición de herencia, se conforma por el extremo pasivo, un litisconsorcio facultativo y, de otro lado, en razón a que los herederos indeterminados convocados a ese juicio, no debieron serlo, pese a lo cual se dispuso su convocatoria, con fundamento en el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, no aplicable a esa clase de asuntos, como lo definió la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, al señalar:

[22] Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil STC11709-2019, 30 de agosto de dos mil diecinueve (2019). Radicación No 08001-22-13-000-2019-00305-01 Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque.

"Ahora bien, de antaño la Corte ha pregonado que muerto el presunto padre, si el pretenso hijo demanda en acción de estado y de petición de herencia, el litisconsorcio que, al tenor del artículo 10 de la ley 75 de 1968, se integra en su parte pasiva por los herederos y la cónyuge del señalado como progenitor del actor, si la hay, es de la especie que el artículo 50 del estatuto procesal denomina facultativa, en tanto la sentencia que pone fin al litigio puede no ser uniforme respecto de todos los demandados; al contrario, ella puede ser absolutoria frente a unos y condenatoria en relación con otros, como sucede, por ejemplo, si alguno de los convocados se allana a las pretensiones, al paso que los demás triunfan en su oposición a ellas; o si algunos de los llamados al juicio reciben la notificación del auto admisorio del libelo dentro de los dos años siguientes a la defunción, como lo prevé el citado artículo 10, y otros con posterioridad, caso este en el que, siendo vencidos todos, las secuelas patrimoniales de la declaración de paternidad se extenderán exclusivamente a quienes resultaron notificados de modo oportuno.
(…)
De otra parte, ha de tenerse en cuenta que el artículo 81 del Código de Procedimiento Civil, que permite dirigir ciertas demandas frente a herederos indeterminados, no encuentra aplicación en los juicios de esta especie; primeramente, el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil enseña que los efectos de la cosa juzgada en los litigios relativos al estado civil se regularán 'por lo dispuesto en el Código Civil y leyes complementarias', y, adicionalmente, el artículo 10 de la ley 75 de 1968 señala que 'la sentencia que declare la paternidad ... no producirá efectos patrimoniales sino a favor o en contra de quienes hayan sido parte en el juicio ...', entendiéndose dentro de esta categoría, como lo ha pregonado la jurisprudencia (sentencias de 1° de agosto y 31 de octubre de 2003, exp. 7769 y 7933, no publicadas aún oficialmente), solamente a los 'sujetos determinados' que hubieren intervenido en el proceso, de modo que los herederos indeterminados no son - ni pueden ser - parte en éste, y su emplazamiento se torna innecesario e inútil, pues, en efecto, ninguna incidencia tiene para la fijación del alcance de la cosa juzgada"[23].

En ese orden, se declarará la nulidad desde el auto admisorio de la demanda, con respecto a la impugnante Helen Nattaly Burgos Estrada, frente a quien se deberá renovar la actuación.

Tampoco se impondrá al señor José Fernando Montenegro ninguna de las sanciones previstas en el artículo 86 del Código General del Proceso, porque con independencia de que haya solicitado el emplazamiento de la convocada en el juicio ordinario, lo cierto es que informó tanto en la demanda, como en el escrito de subsanación la dirección en la que podía ser notificada la demandada y aportó el certificado de matrícula inmobiliaria del respectivo inmueble, el que daba cuenta de que su propietaria era la señora Helen Nattaly Burgos Estrada, no evidenciándose que hayan faltado a la verdad en sus aserciones.
Por último, no se condenará en costas por haber prosperado el recurso.

IV. DECISIÓN

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,

V. RESUELVE:

Primero.- DECLARAR fundado el recurso de revisión interpuesto por Helen Nattaly Burgos Estrada frente a la sentencia proferida el 25 de julio de 2018, por el Juzgado Primero de Familia del Circuito de Pasto, dentro del proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia promovido por Jesús Fernando Montenegro en contra de la recurrente en revisión y herederos indeterminados de Bolívar Cipriano Burgos Pazmiño.

Segundo.- Invalidar lo actuado en el referido proceso, con respecto a la revisionista Helen Nattaly Burgos Estrada. La nulidad comprende la actuación posterior al auto admisorio de la demanda, pero la prueba practicada conservará su validez y tendrá eficacia, frente a quienes tuvieron la oportunidad de controvertirla.

Tercero.- ORDENAR la cancelación del registro que de la sentencia anulada se hubiere hecho en oficinas notariales y registrales.

---

[23] Corte Suprema de Justicia, sentencia de 28 de septiembre de 2004, Rad. 2306831890001998-2107-01, M.P. César Julio Valencia Copete.

Cuarto.- Cancelar la caución que otorgó la parte recurrente en este asunto, previas las constancias de rigor.

Quinto.- Levantar la medida cautelar de inscripción de la demanda, decretada en este asunto sobre el inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 240-106794 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto e inscribir esta sentencia, en el aludido registro. Por la secretaría ofíciese.

Sexto.- ABSTENERSE de condenar en costas y perjuicios del presente recurso extraordinario, en razón de su prosperidad y conforme a lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo.- DEVOLVER, una vez cumplido todo lo anterior, el expediente correspondiente al proceso ordinario de filiación extramatrimonial y petición de herencia, al despacho judicial de origen, incluyendo copia de esta providencia.

Octavo.- ARCHIVAR la actuación surtida ante esta Corporación, una vez culminado el trámite.

Noveno.- REQUERIR a la Secretaría de la Sala que proceda a librar los oficios y comunicaciones a que haya lugar en desarrollo de lo aquí dispuesto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GUILLERMO GABRIEL ORTIZ NARVAEZ
Magistrado

AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada

INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA– Requisitos.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - ELEMENTOS ESENCIALES: Ante la ausencia de elementos esenciales para la existencia del contrato de compraventa, el mismo no produce efecto jurídico alguno; motivo por el cual le es aplicable la figura de la nulidad absoluta.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - NULIDAD ABSOLUTA: Esta se aplica ante la ausencia de uno o más elementos esenciales o, por no cumplirse con la formalidad de otorgar el instrumento público exigido, para transferir bienes raíces, pero no cuando la falta de los mismos es total, en cuyo caso hay ausencia del contrato.

CONTRATO DE COMPRAVENTA - NULIDAD ABSOLUTA: No procede.

No hay lugar a declarar la existencia de contrato de compraventa de una parte de un inmueble, como consecuencia, tampoco que existió incumplimiento. La ausencia de uno o más elementos esenciales, como el precio y/o el objeto, así como otras formalidades establecidas legalmente para la compraventa de inmuebles, conlleva a declarar la nulidad absoluta del negocio jurídico. En el presente caso, ante la falta total de elementos esenciales y la ausencia de otorgamiento de escritura pública, se concluye que no surgió contrato alguno y, por ello, si éste no nació a la vida jurídica, no puede predicarse de él su nulidad absoluta; por lo tanto, carece de sentido ordenar las restituciones mutuas.

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

Magistrada Ponente:
AÍDA VICTORIA LOZANO RICO

(Discutido en Salas del 3, 16 de junio y 31 de agosto y aprobado definitivamente en sesión del 2 de septiembre de 2020).

San Juan de Pasto, tres (3) de septiembre de dos mil veinte (2020).

Ref. Proceso verbal de incumplimiento de contrato de **PEDRO ALFONSO LÓPEZ MUÑOZ** en contra de **ÉDGAR ALBERTO RODRÍGUEZ ARCE** y otros. (Apelación de sentencia). **Rad:** 52001-3103-004-2018-00182-00 (134-01).

Se procede a proferir sentencia por escrito, en desarrollo de lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

I. ASUNTO A RESOLVER

Decide la Sala los recursos de apelación interpuestos por los extremos de la litis, frente a la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, dentro del proceso verbal de incumplimiento de contrato promovido por Pedro Alfonso López Muñoz en contra de Édgar Alberto Rodríguez Arce, trámite al que fueron vinculados los herederos indeterminados de Laura Arce de Rodríguez.

II. ANTECEDENTES

A. Pretensiones y hechos.

Por conducto de apoderada, el señor Pedro Alfonso López Muñoz promovió demanda en contra del señor Édgar Alberto Rodríguez Arce, con el fin de que previo el trámite legal, se hicieran las siguientes declaraciones: *(i)* que entre los mencionados se celebró el 5 de diciembre de 2012, un contrato de compraventa sobre la propiedad de las dos cuartas partes del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240-55344 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto; *(ii)* que el demandado incumplió con el referido acuerdo de

voluntades, al no hacer entrega de ese bien raíz, ni adelantar los trámites necesarios para la suscripción del título traslaticio de dominio y se le ordene lo transfiera a su favor; *(iii)* se condene al convocado a pagar los intereses moratorios a partir del 31 de mayo de 2013, sobre la suma pagada, esto es, $73.680.000, que a la fecha de presentación de la demanda, ascienden a $118.040.000 y que *(iv)* en caso de que dichas cantidades sean inferiores al precio convenido de $220.000.000, se "*ordene al demandante pagar en favor del Juzgado la suma que se liquide en favor del demandado*"[1] y *(v)* se conmine al accionado, una vez ejecutoriada la sentencia, a entregar el inmueble al promotor del libelo.

En sustento de las pretensiones reclamadas, el demandante expuso en síntesis, los siguientes hechos:

1. Indica que el 5 de diciembre de 2012, el accionado se comprometió a transferir el dominio sobre dos cuartas partes del predio ya identificado, las cuales habían sido adquiridas por su hoy difunta progenitora, señora Laura Arce Paz de Rodríguez, según dan cuenta las escrituras públicas números 631 del 20 de marzo de 1961 de la Notaría Segunda del Círculo de Pasto y 75 del 17 de enero de 1962 de la misma Oficina Notarial.

2. Asegura que el demandado es el único heredero de la fallecida, por lo que es titular de las acciones y derechos sucesorales del dominio y posesión plenos y absolutos, sobre las cuotas partes mencionadas.

3. Sostiene que el precio de la venta se convino en $220.000.000, para ser pagaderos en cuotas, así: *(i)* $10.000.000 el 5 de diciembre de 2012, *(ii)* $63.000.000 el 30 de mayo de 2013, *(iii)* $147.000.000 para la suscripción de la escritura pública de compraventa.

4. Afirma que realizó los siguientes pagos: *(i)* $10.000.000 el 5 de diciembre de 2012, *(ii)* $4.000.000 el 10 de diciembre de 2012, *(iii)* $10.000.000 el 10 de diciembre de 2012, *(iv)* $3.000.000 el 13 de diciembre de 2012, *(v)* $600.000 el 2 de enero de 2013, *(vi)* $35.000.000 el 12 de enero de 2013, *(vii)* $6.000.000 el 12 de enero de 2013, *(viii)* $3.600.000 el 14 de enero de 2013, *(ix)* $300.000 el 31 de enero de 2013, *(x)* $1.180.000 el 30 de mayo de 2013, por lo que el total pagado al 30 de junio de ese año, ascendió a la suma de $73.680.000.

5. Asevera que como fecha para la entrega del inmueble, se acordó el 30 de junio de 2013, data en la que el "*vendedor (sic) debería efectuar el pago del saldo pendiente y por su parte el vendedor debía firmar el título traslaticio del dominio*"[2].

6. Señala que a la presentación de la demanda, el vendedor incumplió el contrato de venta, no hubo retracto de ese acuerdo de voluntades y que el predio lo posee en su totalidad el señor Rodríguez Arce.

7. Finalmente, expresa que mediante la práctica de un interrogatorio anticipado, el ahora requerido fue citado ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Pasto, pero contestó negativamente a las preguntas formuladas.

B. Actuación procesal de primera instancia.

La demanda cuyos apartes centrales se compendiaron, se presentó el 12 de septiembre de 2018[3], la admitió el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, por auto del 1 de octubre del mismo año, en el que se ordenó la notificación personal al demandado, vincular y emplazar a los herederos indeterminados de Laura Arce de Rodríguez.

Notificado por aviso el señor Rodríguez Arce, a través de apoderada se opuso a la prosperidad de las pretensiones por considerarlas contrarias a la realidad fáctica y jurídica, especificando que entre él y el demandante no se celebró promesa ni contrato de compraventa, por lo que no existe incumplimiento, señaló que en este caso no es aplicable el artículo 206 del Código General del Proceso, en tanto que no se pretende el reconocimiento de indemnización de perjuicios, compensación, pago de frutos o mejoras.

---

[1] Folio 25, cuaderno 1.
[2] Folio 24, cuaderno 1.
[3] Folio 6, *ibídem*.

Formuló las siguientes excepciones de mérito: "*AMBIGÜEDAD, CONTRADICCIÓN E INENTENDIBLE DEMANDA QUE IMPIDE EJERCER EL DERECHO DE CONTRADICCIÓN", "FALTA DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES DE LA ACCIÓN", "INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE PROMESA DE COMPRAVENTA PARA SU VALIDEZ", "EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO", "FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA COMO PRESUPUESTO PROCESAL", "TEMERIDAD Y MALA FE"* y *"LA INNOMINADA*".

En sustento de esos medios defensivos, adujo en síntesis que la demanda es contradictoria, incoherente y ambigua, porque en algunos apartes se hace alusión al incumplimiento del contrato de venta y, en otros, al de su promesa, la cual es además inexistente, porque no se observaron los requisitos previstos en el artículo 1611 del Código Civil, pero que aún de admitirse su existencia, el demandante también incumplió con las obligaciones a su cargo, al no pagar la totalidad del precio.

El curador *ad-litem* designado a los herederos indeterminados de Laura Arce de Rodríguez dijo atenerse a lo que dispusiera el despacho frente a las pretensiones primera, segunda, tercera, sexta y séptima del libelo y se opuso a las restantes, argumentando que por tratarse de un negocio civil, no puede aplicarse la tasa variable de interés certificado por la Superintendencia Financiera, sino la establecida en el Código Civil, por lo que no corresponde a la cantidad indicada en el libelo.

Propuso como excepciones de mérito las que denominó: *"PETICIÓN DE MODO INDEBIDO", "AUSENCIA DE LEGITIMACIÓN EN CAUSA POR ACTIVA", "INVALIDEZ DE LA CONTRATACIÓN ALEGADA POR LA PARTE ACTORA"* y *"LA INNOMINADA O GENÉRICA QUE RESULTE DE LOS HECHOS ALEGADOS POR LAS PARTES EN ESTE PROCESO"*.

En apoyo de ellas, argumentó que la contratación verbal de inmuebles no es válida y que el demandante tiene otras vías judiciales para exigir lo que corresponda frente al dinero entregado y recibido, por lo que deben negarse las pretensiones; señaló que entre las partes no existió contrato legal, porque no se otorgó la promesa, ni la escritura pública de venta, conforme a los lineamientos contemplados en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887 y el canon 1857 del Código Civil, ya que el negocio fue verbal.

Dentro del término de traslado de las excepciones formuladas el demandante guardó silencio[4] y, a continuación, las partes fueron convocadas a las audiencias de que tratan los artículos 372 y 373 del Código General del Proceso.

C. Sentencia de primera instancia.

En la vista pública celebrada el 14 de febrero del hogaño, se profirió fallo en el que se resolvió: ***(i)*** negar las pretensiones de la demanda, ***(ii)*** decretar de manera oficiosa, la nulidad absoluta del contrato de compraventa de fecha 5 de diciembre de 2012, celebrado entre Pedro Alfonso López Muñoz, en su calidad de comprador y Édgar Alberto Rodríguez Arce, como vendedor, con respecto al bien inmueble ubicado en el barrio La Panadería de esta ciudad e identificado con el folio de matrícula inmobiliaria número 240-55344 de la O.R.I.P. de Pasto, ***(iii)*** condenó al demandado a pagar dentro de los 10 días siguientes, a la ejecutoria de la decisión, en favor del demandante, la suma de $4.000.000 que recibió a título de precio, debidamente indexados y que en caso de mora, el convocado pagará intereses civiles al actor, ***(iv)*** sin lugar a condenar al promotor de la demanda a restituir cosa alguna en favor del accionado.

Como fundamento de esa decisión, consideró el *a quo* que era claro que las pretensiones giraban en torno al contrato de venta y no a su promesa; a continuación, concluyó que ese acuerdo de voluntades estaba viciado de nulidad absoluta, por ausencia de la formalidad prevista en el artículo 1857 del Código Civil, al no haberse plasmado en una escritura pública y que según el canon 1742 de la misma Codificación, procedía esa declaración de manera oficiosa; finalmente, dispuso que debía condenarse al demandado a pagar a favor de su contraparte, la suma de dinero entregada por aquel, por concepto de precio, acreditándose únicamente el valor de $4.000.000, según el recibo suscrito por el señor Rodríguez Arce, en tanto que los restantes no fueron firmados por el mencionado y en ellos no se indicó que el dinero correspondiera a la venta del predio, sino a la entrega de un corte de lámina de un tubo y de una cuenta.

[4] Folio 82, cuaderno 1.

D. Los recursos de apelación.

Las partes apelaron el fallo de primera instancia, el demandante solicitó se revocara parcialmente el numeral tercero, al haberse acreditado el pago del precio en cuantía superior a los $4.000.000; a continuación, argumentó que en la sentencia se hizo una indebida valoración probatoria, pues lo manifestado por los deponentes cuya declaración se solicitó por la parte actora, tiene plena validez, específicamente, los señores Sandra Amparo y Aníbal Duval fueron testigos directos de la forma en que se realizaron los pagos, así el segundo de los mencionados informó que se entregó una suma cercana a los $80.000.000, se efectuaron más de 5 abonos en efectivo, siendo la primera vez, a mediados de diciembre, por más de $25.000.000; erogaciones efectuadas por su hermana, el mencionado declarante y su hermano, que realizó otro desembolso por $4.000.000, identificó los recibos por valor de $10.000.000, visibles a folio 9 y que fueron puestos de presente por el juez, destacando que todos se elaboraron por el deponente y los señores Amparo y Pedro.

A su turno, la señora Sandra Amparo informó que entregó las siguientes sumas de dinero: $10.000.000, $10.000.000, $6.000.000, $4.000.000 y $35.000.000, con el fin de que el demandado legalizara los trámites de la sucesión; una vez le fueron puestos de presente los recibos visibles a folios 9 y 10 del expediente, indicó que elaboró los identificados con los números 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08, excepto el 01 que lo confeccionó el señor Aníbal; también precisó esa testigo que el primer abono fue de $4.000.000 y después se hicieron 3 más, por $10.000.000, que Luis Carlos con el hijo de Édgar fueron a sacar el dinero al Banco Popular y que esos pagos se hicieron al demandado, por la compra del bien.

Así, concluye que en la sentencia de primer grado, no se hizo una valoración correcta de los testimonios, apartándose sin motivo alguno de los hechos probados con sus declaraciones, específicamente, en cuanto a los abonos realizados, por lo que debe ordenarse al demandado reintegrar su totalidad al demandante.

Por su parte, el señor Rodríguez Arce solicitó se revoque el fallo de primer grado, en tanto declaró la nulidad absoluta de un contrato inexistente, se condene al demandante al pago de costas, gastos y honorarios de abogado, se le absuelva de pagar la suma de $4.000.0000 y se confirme en lo demás, la providencia apelada.

Argumentó en sustento de la alzada que debió condenarse al demandante en las costas del proceso, al declarar fallidas sus pretensiones, tal como lo exige el artículo 365 del Código General del Proceso, ya que existió actividad defensiva por parte del convocado, al contestar la demanda y comparecer a las audiencias.
Adicionalmente, fue condenado a restituir al actor la suma de $4.000.000, cuando no fue ese el objeto de la demanda, ni se alegó o demostró, contraviniendo así el principio de congruencia, consagrado en el artículo 281 del Código General del Proceso.

Señaló que la inexistencia y la nulidad del acto jurídico, en este caso el contrato, son figuras diferentes, en tanto que en la primera no se producen efectos legales; en cambio, en la segunda aquel sí nace a la vida jurídica, produce efectos, pero está afectado por vicios que deben ser decretados por el juez; concluyó entonces que en este caso operó la inexistencia del contrato, indicando que en la demanda se hace alusión a la compraventa y en otras a su promesa.

Añadió que al no existir contrato escrito, no era viable que el juez de manera oficiosa, decretara su nulidad absoluta, menos establecer los derechos y obligaciones de las partes contratantes, y condenar al demandado a pagar $4.000.000, con base en un recibo en fotocopia, sin que exista una obligación clara y exigible.

E. Réplicas.

El demandante sostuvo que como no ha sido vencido en juicio, aunque no se despacharon favorablemente todas las pretensiones por él incoadas, se decretó la nulidad del vínculo contractual, disponiendo que las cosas vuelvan a su estado inicial, por lo tanto, no debe ser condenado en costas; también señaló que el acuerdo de voluntades suscrito entre las partes, no reunió los requisitos que consagra la norma civil, por consiguiente, es dable declarar oficiosamente su nulidad y ordenar las restituciones mutuas, al tenor de los artículos 1741 y el 1742 del Código Civil.

El demandado adujo que no se podía establecer sobre qué contrato versaron las pretensiones de la demanda, pues su escrito no fue claro; además, los pedimentos no se dirigieron a obtener el reintegro de suma de dinero alguna, más aún cuando su entrega no se demostró y las copias de los recibos aportadas, dan cuenta de abonos a un contrato de promesa de compraventa, el que es inexistente, se ignora de dónde provienen esos documentos, quién los expidió y suscribió y se aportaron 12 copias de recibos, a pesar de que en el libelo se aludió a 10. También explicó que su contraparte no sustentó en debida forma el recurso vertical.

F. Problema jurídico.

Le corresponde a la Sala determinar si procede declarar que entre las partes se celebró un contrato de venta, con respecto a las dos cuartas partes del inmueble distinguido con la matrícula inmobiliaria No. 240-55344 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, a continuación, resolver si el convocado incumplió con las obligaciones por él adquiridas en ese convenio, a saber: la entrega del inmueble y la suscripción del título traslaticio de dominio o, si ante la ausencia de elementos esenciales de esa clase de acuerdo de voluntades, como el precio y el objeto, así como de las formalidades establecidas legalmente para la celebración de esa clase convenios, cuando versan sobre bienes raíces, se debe declarar su nulidad absoluta o su inexistencia y, en consecuencia, si es de recibo ordenar las restituciones mutuas.

III. CONSIDERACIONES

Reunidos como se encuentran los denominados presupuestos procesales y no advirtiéndose vicio alguno capaz de invalidar lo actuado, se procede a emitir el fallo que resuelva de fondo el asunto.

De manera inicial se precisa que contrario a lo que adujo el demandado, su contraparte sí sustentó la alzada interpuesta, desarrollando los reparos concretos presentados a la sentencia de primera instancia.

Precisado lo anterior, corresponde establecer si como lo aduce el extremo pasivo del litigio, no existió claridad con respecto a las pretensiones incoadas, porque en la demanda se hizo alusión de manera indistinta al contrato de venta y a la promesa de su celebración, así puede verificarse que tal circunstancia acaeció en el libelo inicial y que en el escrito de subsanación se precisó que las pretensiones giraban en torno a la compraventa, a pesar de que en la solicitud de medidas cautelares se señaló que el objeto del litigio era el de declarar la existencia del contrato de promesa; sin embargo, a pesar de ese dislate, se logra determinar que el *petitum* se contrae a que se declare que entre las partes se celebró un contrato de compraventa y que el demandado lo incumplió, pero si alguna duda le sobrevenía al convocado, por considerar que la demanda era inepta, por falta de los requisitos formales o por indebida acumulación de pretensiones, debió alegarlo así, a través de la proposición de excepciones previas, en el momento procesal oportuno.

Ahora, conforme al inciso primero del artículo 1857 del Código Civil, son elementos esenciales del contrato de compraventa en materia civil, el objeto y el precio; además, cuando el mismo versa sobre inmuebles, el inciso segundo de esa norma previene que la venta no se reputa perfecta ante la ley, mientras no se ha otorgado escritura pública, por lo que ante su omisión el acuerdo no existe o degenera en otro distinto. Así lo precisó la doctrina, al señalar que en todo convenio se "*distinguen tres cosas diferentes...: las cosas que son de la esencia del contrato; las que son únicamente de la naturaleza del contrato, y las que son puramente accidentales al contrato*", siendo que las primeras *"...son aquellas sin las cuales el contrato no puede subsistir (existir substancialmente). En faltando una de ellas, ya no hay contrato, o bien es otra especie de contrato... La falta de una de las cosas que son de la esencia del contrato impide el que exista clase alguna de contrato; algunas veces esa falta cambia la naturaleza del contrato*"[5].

En el caso presente, con respecto al objeto sobre el cual versa el convenio, se indicó en el libelo que corresponde a dos cuartas partes de un inmueble distinguido con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240- 55344 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, mientras que el convocado asegura que jamás celebró ese acuerdo de voluntades.

[5] Tratado de las Obligaciones, Casa Editorial Araluce Cortés, 392, Barcelona, Tomo I, páginas. 8 y 9.

Adicionalmente, los testigos que rindieron declaración en el juicio, refirieron sobre el particular que la venta versó sobre la totalidad del bien raíz y no sobre partes del mismo, como se indicó en la demanda y en la subsanación, inclusive así lo atestó el demandante al rendir el interrogatorio, al señalar que la venta recayó sobre la integralidad del predio en el que reside el demandado, ubicado en la carrera 20 A No. 19-64 del barrio La Panadería.

De manera específica, el deponente Aníbal Duval López Muñoz señaló que se vendió la casa y el lote, todo lo que tenía en la parte en la que residía, advirtiendo que no fue sobre una cuota parte, porque el precio correspondió a $220.000.000, por lo que se trató de un predio grande y no de una "*cosita pequeña*", sino de una casa de 3 pisos y un solar cubierto, ubicado en la parte trasera.

En forma similar, la declarante Sandra Amparo López Muñoz, también informó que la venta fue sobre todo el lote, mientras que el testigo César Leonardo Catini indicó que se enteró de que Pedro era el propietario del local, al paso que Camila Finazzi refirió que creyó que la venta fue sobre toda la casa.

En ese orden, con base en las pruebas recopiladas, se concluye que no hubo claridad con respecto al objeto de la venta, es decir, no se determinó ese elemento de la esencia del contrato y tampoco es posible precisarlo, puesto que no se pudo establecer si el mismo versó sobre las dos cuartas partes del inmueble ya aludido, como se indicó en la demanda y en el escrito de subsanación, cuyas manifestaciones constituyen confesión, a tono con lo previsto en el artículo 193 del Código General del Proceso o, por el contrario, si recayó sobre la totalidad del bien raíz, conforme lo ilustraron los testigos.

Sobre el particular, consideró la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia:

"Sabido es que todo acto jurídico debe tener un objeto claramente determinado, requisito que hace relación a la existencia misma del vínculo de derecho, desde luego que la falta de certeza de las prestaciones que constituyen dicho objeto impide al acreedor saber qué es lo que puede exigir, y el deudor qué es a lo que está obligado"[6].

A igual conclusión se arriba con relación al precio, ya que en el hecho cuarto del escrito de subsanación se manifestó que era de $220.000.000, supuesto que reafirmó el demandante, al rendir su declaración, así como también lo aseveró el testigo Aníbal Duval López Muñoz; sin embargo, los declarantes César Leonardo Catini, Camila Finazzi y Sandra Amparo López Muñoz refirieron que no tenían conocimiento acerca del precio y el primero de los mencionados señaló que cuando a él le ofrecieron el inmueble para la venta, lo hicieron en un valor aproximado de $200.000.000 a $220.000.000; a su turno, el demandado reiteró que nunca celebró un convenio de esa naturaleza con el promotor de la acción.

Entonces, además de la manifestación del señor Pedro Alfonso López, está la declaración de su hermano Aníbal Duval, quien informó que el precio de la venta fue de $220.000.000, sin que existan otros medios probatorios que en su conjunto, permitan concluir a la Sala que efectivamente las partes alcanzaron ese acuerdo, más aún cuando la deponente Sandra Amparo, hermana también de los mencionados, indicó que estuvo presente en la negociación, pero que no conoció del precio acordado, por lo que no resulta claro cómo Aníbal Duval, afirma en forma categórica que el inmueble se vendió por $220.000.000, pues ni siquiera reveló cómo obtuvo el conocimiento sobre ese aspecto y si fue porque participó en la negociación, no se explica cómo sobre ese mismo hecho nada haya podido declarar la testigo Sandra Amparo quien aseveró que estuvo presente, junto con sus hermanos, el día en que se celebró el contrato, hecho que también confirma el señor Aníbal Duval al decir que efectivamente la mencionada, dada su condición de secretaria presenció la negociación.

Ahora bien, el contrato de compraventa de bienes raíces es solemne, ya que para su existencia se exige de la formalidad de la escritura pública, según el inciso segundo del artículo 1857 del Código Civil, por lo que en ausencia de ese requisito no produce efectos civiles, conforme lo previene el canon 1500 del mismo Estatuto, a cuyo tenor el contrato es solemne *"(...) cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil (...)"*.

[6] Corte Suprema de Justicia, sentencia 4 de octubre de 1977, GJ CLV, página 285.

Adicionalmente, el artículo 1760 de la normatividad sustantiva civil, previene que la falta de instrumento público no puede suplirse por otra prueba en los actos y contratos en que la ley requiere esa solemnidad; y se mirarán como no ejecutados o celebrados, aún cuando en ellos se prometa reducirlos a instrumento público.

De manera similar, el artículo 256 del Código General del Proceso establece que *"La falta de documento que la ley exija como solemnidad para la existencia o validez de un acto o contrato no podrá suplirse por otra prueba"*.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, de vieja data ha precisado lo siguiente:

"En los contratos solemnes, como en el de compraventa de bienes raíces, no puede hacerse separación entre el contrato y la escritura, porque si no se ha otorgado ésta conforme a la ley, aquel no ha tenido existencia jurídica"[7].

Bajo esos presupuestos normativos y jurisprudenciales, tratándose de compraventa de inmuebles, el no otorgamiento de la escritura pública, conduce a que el acuerdo no produzca efecto alguno, circunstancia que es precisamente la que se presenta en el caso bajo análisis, en tanto que el supuesto convenio no se incorporó en un instrumento público, como lo exige la norma, siendo esa solemnidad de carácter sustancial, vinculante o constitutiva, sin que su prueba pueda ser suplida a través de otros medios de convicción, por tratarse de una solemnidad *ad substantiam actus*.

En palabras de la Corte, *"(...) cuando se está frente a una forma probatoria, la ausencia de ésta no lesiona la validez del acto o contrato, pues éste cobra vida con independencia de ella y es eficaz en sí mismo. Otra es la suerte del contrato en el evento de tener que probarse, pues es allí donde surge la dificultad por la ausencia de las formas predispuestas con dicha finalidad, pero sin que tal cosa signifique que el respectivo acto o contrato no pueda probarse, porque ese tipo de formalidades puede ser suplido, eventualmente, por otros medios de prueba, como lo ha aceptado la práctica jurisprudencial, al contrario de lo que acontece con las formalidades ad solemnitatem que no pueden ser suplidas por ningún otro medio de prueba (...)"*[8].

Entonces, ante la ausencia de elementos esenciales para la existencia del contrato de compraventa, el mismo no produce efecto jurídico alguno; sin embargo, en ese aspecto específico, cumple precisar que la Sala de Casación Civil del máximo órgano de la Jurisdicción Ordinaria, ha decantado que la teoría de la inexistencia, es desconocida por el Código Civil, motivo por el cual le es aplicable la figura de la nulidad absoluta, como puede consultarse en las sentencias de 15 de septiembre de 1943 (G. J., t. LVI, pag. 123), 21 de mayo de 1968 (CXXIV, pag. 168), 15 de marzo de 1941 (L, pags.802-804), entre otras.

Así, destacó esa Alta Corporación lo siguiente:

"Más si la Corte ha reconocido la diferencia que conceptualmente, hay entre la inexistencia y la nulidad absoluta de un acto, no ha dejado de observar, empero que el sistema procesal colombiano no ofrece para declarar judicialmente la inexistencia un camino peculiar y distinto del establecido para la nulidad, por lo que resulta en verdad inoficioso, al menos desde el punto de vista puramente práctico, insistir en la disimilitud de tales dos fenómenos. Por lo consiguiente, cuando atemperando su conducto a los principios de la lógica y de la ley el juzgador de instancia omite declarar la demandada inexistencia de un contrato, por no considerarla como figura jurídica de atributos propios, pero en cambio declara la nulidad de ese contrato, pues encuentra que su formación fue viciosa por falta de alguno de los elementos esenciales, su apreciación dista y en mucho de ser manifiesta u ostensiblemente equivocada"[9].

Por lo tanto, la consecuencia de la ausencia de uno o más de los requisitos esenciales del contrato es la nulidad absoluta del acto, pues así lo dispone el inciso primero del artículo 1741 del Código Civil, al establecer que "*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*", sin que en materia civil pueda

[7] Gaceta Judicial, año XII, página 316, columna 1.
[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia 062 de 24 de mayo de 2000, expediente 5267.
[9] Corte Suprema de Justicia, SC del 3 de mayo de 1984, GJ CLXXVI, página 189.

darse aplicación a la figura de la inexistencia, regulada en el artículo 898 del Código de Comercio, al disponer que "*será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales*".

Por consiguiente, luego de verificar la ausencia de la totalidad de los elementos esenciales de la compraventa (precio y objeto) y la ausencia de otorgamiento de escritura pública, se concluye que no surgió contrato alguno y, por ello, si éste no nació a la vida jurídica, mal podría predicarse de él su nulidad absoluta, ya que la misma tiene aplicabilidad ante la ausencia de uno o más elementos esenciales o, por no cumplirse con la formalidad de otorgar el instrumento público exigido, para transferir bienes raíces, pero no cuando la falta de los mismos es total "*Y es que efectivamente la expresión contrato inexistente es en sí misma contradictoria. Y lo es, porque· el concepto contrato enuncia la existencia·de un ente, o una realidad jurídica creada, que puede ser viciosa pero en todo caso existente; es decir, enuncia una determinada relación con el atributo propio de los entes. En cambio, el calificativo inexistente, es la negación misma del ente; y una cosa no puede ser, y no ser, vale decir, no puede ser ente y no serlo al mismo tiempo (…)*"[10].

En ese sentido, ante la ausencia del contrato de venta, resulta inocuo adentrarse a declarar la inexistencia o la nulidad absoluta, como lo reclama el demandado, porque como ya se explicó, de un lado, es contradictorio hablar de "*contrato inexistente*" y de otro, no puede pregonarse la nulidad absoluta de un acto jurídico, que carece de sus elementos esenciales, nótese que no concurren los requisitos mencionados, pues no se hizo constar en escritura pública, no se acordó el precio, ni el objeto del supuesto acuerdo de voluntades.

También aduce el demandado que el funcionario judicial de primer grado, atentó contra el principio de congruencia, ya que no era procedente que de oficio declarara la nulidad absoluta, pues la misma no fue pedida en las pretensiones de la demanda, como tampoco alegada en las excepciones de mérito formuladas; sin embargo, como dicha figura jurídica no se configuró en este caso, ya que no se encuentran ausentes uno o algunos de los elementos esenciales del negocio jurídico, hipótesis en la que efectivamente, es viable declarar de oficio la nulidad absoluta, al estar de por medio el orden público, siempre y cuando se hallen cumplidos los requisitos previstos en el artículo 1742 del Código Civil[11], subrogado por el canon 2 de la Ley 50 de 1936, esto es, se encuentren presentes quienes participaron en su celebración o le sucedan legalmente, el vicio aparezca de manifiesto y el acuerdo de voluntades declarado nulo se invoque como fuente de las obligaciones; no obstante, como no se verificó la existencia del convenio, mal podría concluirse que son partícipes en este litigio quienes en él intervinieron y menos aún que la irregularidad de orden sustancial sea ostensible, ya que no existe objeto sobre el cual pueda recaer la misma y del que se deriven las supuestas obligaciones que se aducen infringidas.

Al respecto, precisó la Corte Suprema de Justicia:

"Cuando en la formación de un contrato se han subestimado exigencias legalmente impuestas para dotarlo de validez, cuya inobservancia se sanciona con la nulidad absoluta del respectivo pacto, el artículo 1742 del Código Civil, subrogado por el artículo 2o. de la ley 50 de 1936, atribuye al juez no sólo la potestad, sino el deber de privarlo de la eficacia normativa que por principio le corresponde, declarando la nulidad absoluta del mismo, aun sin petición de parte, siempre que '...aparezca de manifiesto en el acto o contrato', según lo declara textualmente la norma.
La previsión legal en comentario consagra una aplicación particular del principio inquisitivo, en tanto autoriza la oficiosidad del juez, atribución cuya justificación se halla en el fundamento mismo de tal especie de nulidad, establecida como se sabe en interés de la moral, el orden público y el respeto debido a las normas de carácter imperativo, postulados cuya protección no puede quedar sometida xclusivamente a la iniciativa particular, como ocurriría si el aniquilamiento de los negocios jurídicos que los contrarían sólo pudiere declararse a ruego suyo. Empero, como desde antaño lo ha venido exponiendo la doctrina de la Corte, ese poder excepcional que al fin de cuentas comporta un control de legalidad en torno a la actividad negocial, está sujeto o limitado por los condicionamientos que la propia norma consagra y que la Corporación ha identificado así: '... 1ª. Que la nulidad aparezca de manifiesto en el acto o contrato, es decir, ***que a la vez que el instrumento pruebe la celebración del acto o contrato****, demuestre o ponga de bulto por sí solo los elementos que configuran el vicio determinante de la nulidad absoluta; 2ª.*

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 15 de septiembre de 1943, GJ Tomo LVI No. 2001 a 2005, páginas 123 a 128.
[11] Artículo 1742 "*La nulidad absoluta puede y debe ser declarada por el juez, aún sin petición de parte, cuando aparezca de manifiesto en el acto o contrato (…)*".

Que el acto o contrato haya sido invocado en el litigio como fuente de derecho u obligaciones para las partes; y 3ª. ***Que al pleito concurran, en calidad de partes, las personas que intervinieron en la celebración de aquél o sus causahabientes****, en guarda del principio general que enseña que la declaración de nulidad de un acto o contrato en su totalidad no puede pronunciarse sino con audiencia de todos los que lo celebraron' (G. J t. CLXVI, pág. 631).*Criterio que ha reiterado entre otras, en sus sentencias del 10 de octubre de 1995, 10 de abril de 1996, 20 de abril de 1998 y 11 de marzo de 2004, exp. 7582. (las negrillas y las subrayas no son del texto).

En concordancia, el artículo 1746 del Estatuto Civil consagra que "*La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo, sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita*"; disposición normativa que aplica cuando se estructura la nulidad absoluta, lo cual como de manera reiterada se ha señalado, no acaece en el presente asunto, por lo que si no se demostró la celebración del acuerdo, carece de sentido ordenar las restituciones mutuas, las que son de recibo en tratándose de la nulidad absoluta, aunque sobre el particular ninguna pretensión se haya elevado, pues tal pronunciamiento procede aún de oficio "*sobre la base de considerar que su reclamo está incluido implícitamente en la pretensión de nulidad. Como lo ha venido exponiendo, '...Declarada judicialmente la nulidad de un contrato, las partes deben ser restituidas de jure al estado anterior, y por tanto, la prestación respectiva, que conduce a que la restitución se verifique se debe también de jure, y procede en ello oficiosamente la justicia sin necesidad de demanda. Estas prestaciones proceden en razón de la sentencia, y no es posible obligar al demandado a anticiparse al fallo para solicitar lo que sólo puede debérsele como consecuencia de la pérdida del pleito y como prestación a que sólo en ese caso está obligada la contraparte" (G.J. t. XXVII, número 1410, págs. 212 y 213)*"[12].

En el caso presente, a pesar de que es innecesario disponer sobre las restituciones mutuas, dado que no se probó el otorgamiento del negocio jurídico, debe analizarse si hay lugar a condenar al demandado a devolver alguna suma de dinero, en tanto que el juzgador de primer grado, ordenó al convocado a restituir a su contraparte la suma de $4.000.000, cifra que según ese extremo de la *litis* no se desembolsó a su favor, al no existir compromiso, mientras que el demandante afirma que entregó como parte del precio, alrededor de $80.000.000.

Para demostrar sus asertos, el actor aportó fotocopia de 12 recibos de pago, por los siguientes valores y fechas: $4.000.000 (10 de diciembre de 2012), $10.000.000 (10 de diciembre de 2012), $10.000.000 (5 de diciembre de 2012), $3.000.000 (13 de diciembre de 2012), $6.000.0000 (12 de enero de 2013), $3.600.000 (14 de enero de 2013), $300.000 (31 de enero de 2013), $600.000 (2 de enero de 2013), $35.000.000 (12 de enero de 2013), $130.0000 (enero de 2013), $476.000 (marzo de 2013) y $1.180.000 (30 de mayo de 2013), los cuales indicó corresponden a dineros abonados como parte del precio; sin embargo, el convocado aseguró que no recibió tales emolumentos y que inclusive, el primero de los relacionados, en el cual aparece una firma acompañada del número de cédula 5199097 de Pasto, la cual le corresponde, no era de su autoría; además, los restantes comprobantes no aparecen suscritos por el mencionado.

Aunado a lo expuesto, el actor al absolver el interrogatorio dijo que le proporcionó al señor Rodríguez Arce en total $76.000.000 aproximadamente, como parte del precio, que también le pidió a su hermano Luis Carlos López que le suministrara otro dinero y pagó para abono en cuenta, la cantidad de $1.180.000, atendiendo la autorización otorgada por el accionado.

Por su parte, el testigo Aníbal Duval López Muñoz refirió que al demandado se le suministró una suma aproximada de $78.000.000 o $79.000.000, como parte del precio de la venta y que en alguna oportunidad, el dinero pasó por la cuenta bancaria de su hermano, porque Luis Carlos López le hizo un préstamo; narró que en total entregaron en 5 o 6 oportunidades dinero al convocado, y que todos los pagos se hicieron en efectivo, pues su hermano sacó el dinero de la cuenta; informó que le entregaron $30.000.000 al señor Rodríguez Arce, a mediados de diciembre de 2012 y que el último pago se efectuó a mediados de 2013; indicó que él (el testigo) hizo un abono y presenció directamente otros dos, por valores de $10.000.000, los cuales realizó Sandra Amparo.

Con relación a los recibos que en copia obran a folios 9 y10 del cuaderno 1, apuntó que el identificado con el número 1, por valor de $4.000.000, fue elaborado por él y que los otros que militan en el folio 9, los confeccionó Sandra

[12] Corte Suprema de Justicia, SC, 24 feb. 2003, exp. n.° 6610.

Amparo, así como los que aparecen con los números 4 y 5, pues en general, todos esos recibos fueron realizados por ellos, refiriéndose a él (el declarante) y a su hermana, quien fungía como secretaria.

Con respecto a esos mismos hechos, el testigo César Leonardo Catini manifestó que Pedro Alfonso López entregó unos recursos a lo largo de los primeros meses de 2012, pero desconocía la cantidad, hecho que aseguró saber por comentarios que le hizo el mencionado y su hermano Aníbal Duval.

La declarante Camila Finazzi indicó que no vio a Pedro entregarle el dinero a Édgar, a pesar de que dijo tener conocimiento sobre la venta, suceso que según refirió era por todos conocido.

Sandra Amparo López Muñoz dijo que entregaron dinero al demandado desde el 5 de diciembre de 2012 hasta febrero de 2013, el primero por valor de $4.000.000, elaborado por Aníbal Duval, el cual corresponde al identificado con el No. 1 que obra a folio 9 del cuaderno 1, después se le suministraron $2.000.000 más, luego $6.000.000 y en 3 oportunidades, $10.000.000, que inclusive fue su hermano Luis Carlos, con el hijo de Édgar a retirarlos del Banco Popular y, la última vez, fueron $35.000.000 para la legalización de los papeles; además, explicó que todos los recibos fueron firmados por el demandado, en su reverso.

Por último, el extremo pasivo de la *litis*, especificó que no recibió dinero alguno por concepto de la venta del inmueble, pues jamás tuvo la intención de transferirlo al demandante, pero que sí le entregaron una cantidad bajita, tal vez un millón o dos millones de pesos, al parecer por un préstamo, pero resaltó que no le adeudaba suma alguna a su contendor.

En ese sentido, los únicos declarantes que dan cuenta de la entrega de dineros son Aníbal Duval y Sandra Amparo López Muñoz, en tanto que César Leonardo Catini dijo que sabía de esas transferencias por comentarios del demandante y su hermano, pero no porque lo haya presenciado y aseguró que ocurrieron a comienzos del año 2012, cuando aquellos dicen que fueron desde finales de ese año.

Sumado a lo expuesto las declaraciones de los hermanos del actor, son contradictorias entre sí, porque mientras Aníbal Duval aseguró que el pago por $30.000.000 se hizo a mediados de diciembre de 2012, Sandra Amparo indicó que fue por $35.000.000 en febrero del año siguiente, siendo ese el último, cuando de acuerdo con la prueba documental, ese rubro se entregó al parecer el 12 de enero de 2013. Además, llama la atención que la declarante indique que los documentos que obran en copia a folios 9 y 10 del cuaderno 1, fueron firmados al reverso por el demandado y aunque a folio 138 aparecen las copias de los recibos 01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08 y 09 los que complementan los distinguidos con los mismos números, que militan a folios 9 a 10 de la misma encuadernación y en algunos de ellos se aprecia un firma impuesta, el nombre del señor Édgar Rodríguez Arce y se indica que el dinero entregado fue por concepto de compra de una casa lote, se constata que en el interrogatorio que como prueba anticipada se le practicó al mencionado ante el Juzgado Sexto Civil Municipal de Pasto, manifestó al indagársele si "*las colillas de los recibos expedido (sic) las cuales presento con su firma dan fe del contrato de compraventa verbal realizado entre usted y el señor PEDRO ALFONSO LÓPEZ MUÑOZ, cuyo objeto es la compraventa del inmueble situado en la carrera 20 A número 19-80 calle el Churo de la ciudad de Pasto, con matrícula inmobiliaria número 240-29738 de su propiedad*"[13], que no era cierto.

En complemento, los dos deponentes expresaron que parte del dinero entregado se obtuvo de una cuenta bancaria y que el retiro lo hizo su hermano Luis Carlos, pero no trajeron documento alguno que acreditara esa aserción, como podía serlo un extracto expedido por el banco, para evidenciar las transacciones que dijeron haber efectuado, tampoco se constató cómo obtuvieron los recursos para realizar los pagos por $78.000.000 o $79.000.000, circunstancias que ponen en entredicho que ellos efectivamente se hayan verificado.

No obstante, si según el inciso primero del artículo 246 del Código General del Proceso, las copias tienen el mismo valor probatorio del original, ese es el que debe otorgárseles a los recibos 01 por $4.000.000 del 10 de diciembre de 2012[14], 02 por $10.000.000 del mismo día, 05 por $6.000.000, 09 por $35.000.000 ambos del 12 de enero de 2013, 06 por $3.600.000 del 14 de igual mes y año y 07 por $300.000 del 31 de ese mes y año, en los que se indicó

[13] Folio 139, cuaderno 1.
[14] Folio 9, cuaderno 1, parte inicial.

que esos rubros se entregaron por concepto de "*compra casa lote*", por parte del ahora demandante, salvo el No 7 en el que se consignó que la entrega la hizo el señor Luis Carlos López Muñoz, sin que el actor haya manifestado que esos documentos fueron rubricados por el demandado, como lo exige el artículo 269 del Código General del Proceso, con el fin de que a quien se le atribuyan, pueda tacharlos de falsos, por el contrario, en el escrito de subsanación del libelo pidió que los recibos que reposan en el expediente No. 2016-0564 que corresponde al trámite del interrogatorio de parte como prueba anticipada, fueran exhibidos en la audiencia para que los testigos Aníbal Duval, Sandra Amparo y Luis Carlos López Muñoz "*se sirvan reconocerlos o no de su autoría, contenido y alcance de los documentos recibos de pago*"[15].

En ese orden, aunque los mencionados instrumentos aluden a que los pagos se hicieron para la compra de una casa lote, sin que las partes hayan manifestado que entre ellas se celebraron otros negocios jurídicos de similar naturaleza, se podría concluir que se efectuaron para la venta cuya resolución reclamó el demandante; sin embargo, como ya tuvo oportunidad de analizarse la misma no nació a la vida jurídica, ante la ausencia de comprobación de sus elementos esenciales (objeto y precio), no siendo viable ordenar las restituciones mutuas, máxime cuando el señor Rodríguez Arce negó haber obtenido suma alguna de dinero y suscribir las copias de los recibos aportadas, sin perjuicio de que se adelanten las acciones judiciales correspondientes, para obtener su devolución, si es que alguna entrega se hizo.

Ahora, con respecto a los restantes recibos que obran a folios 9 a 10 y 138 del cuaderno 1, no aparecen suscritos por el convocado y adicionalmente otros como los que militan al folio 10 reverso, no aluden a la compra de inmueble alguno y si bien la testigo Sandra Amparo dijo que el señor Édgar Alberto Rodríguez Arce, sí las había rubricado, mientras que el demandante aseguró al absolver el interrogatorio que cuando entregaba el dinero, el accionado suscribía los respectivos recibos, ese supuesto no se acreditó.

Por consiguiente, los relatos de los testigos Aníbal Duval y Sandra Amparo López Muñoz, no otorgan credibilidad a la Sala, para acreditar los supuestos pagos realizados, ya que sus aserciones no están respaldadas con otras pruebas, que las hagan verosímiles, máxime cuando según el actor y su hermana Sandra Amparo, los recibos sí fueron suscritos por el demandado, mientras que el declarante Aníbal Duval, indicó que pudo firmar unas colillas o que tal vez no los suscribió, es decir, se advierten contradicciones en sus relatos; adicionalmente, si es cierta la tesis expuesta por el actor y la deponente Sandra Amparo, acerca de que todos los recibos fueron rubricados por el demandado, no se comprende porqué no se traen la totalidad de las copias o de los originales de esos documentos que así lo demuestren.

De otro lado, tampoco hubo concordancia con relación a los períodos en que se hicieron los pagos, pues mientras Aníbal Duval dijo que fue desde mediados de diciembre de 2012, hasta la mitad del año siguiente, Sandra Amparo narró que se efectuaron desde el 5 de diciembre de 2012, hasta febrero del año 2013.

Así las cosas, las contradicciones, la ausencia de coherencia y la falta de otros elementos persuasivos que avalen los dichos de los referidos testimonios, conducen a la Sala a no otorgarle credibilidad a sus manifestaciones, aunado al interés de esos deponentes en el triunfo de la demanda, dada la calidad de hermanos que tienen frente al actor, por lo que esas declaraciones no pueden tener el alcance pretendido por ese extremo de la *litis*, para acoger los argumentos de la apelación. En consecuencia, ante la carencia de respaldo probatorio y al no acreditarse la celebración del pacto, no procede ordenar al demandado a reintegrar a favor del promotor de la acción declarativa, suma alguna de dinero.

Por otra parte, como las pretensiones del libelo no fueron acogidas, deviene lógica la improcedencia del estudio sobre las excepciones de mérito invocadas, por lo que es inane una declaración expresa al respecto.

Con relación a la condena en costas en primera instancia que reclama el demandado, se considera pertinente señalar que ellas corresponden a todo gasto que es necesario para el desarrollo del proceso, mediante el cual se procura la defensa de los derechos, cualquiera que estos sean y cuya carga corresponde a aquel que ha sido vencido en el juicio, tal como lo prescribe el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso, siendo entonces una

[15] Folio 27, cuaderno 1.

sanción a que se hace merecedor quien ha resultado derrotado, por esa sola circunstancia, independientemente de si su contraparte realizó o no actuación alguna, aspecto que será relevante para su tasación.

En ese orden, si las súplicas de la demanda no fueron acogidas, es evidente que fue el actor quien resultó vencido en el juicio, con independencia de que de manera oficiosa se haya declarado la nulidad absoluta del contrato de venta, por lo que le asiste razón al apelante en ese sentido, sin que sea trascendente que el funcionario judicial de primer grado haya o no acogido los argumentos expuestos por el convocado para adoptar esa decisión.

Finalmente, frente a la tasación de los honorarios que reclama el curador *ad litem* es de señalar que no es un aspecto a definir en esta instancia, sino que esa reclamación debe elevarla ante el funcionario judicial de primera instancia.

En consecuencia, se confirmará el numeral 1 de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, se revocarán el 2, 3, 4 y el 5 y, en su lugar, se dispondrá que no hay lugar a declarar la nulidad absoluta del contrato, en tanto que no se acreditó su celebración y, por lo tanto, tampoco a condenar a las partes a efectuar restituciones mutuas y se condenará en costas de ambas instancias al demandante.

IV. DECISIÓN

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,

V. RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el numeral 1 de la parte resolutiva de la sentencia proferida el 14 de febrero de 2020, por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto.

Segundo.- REVOCAR los numerales 2, 3, 4 y el 5 de la referida sentencia y, en su lugar, se dispone:

SIN LUGAR a declarar la nulidad absoluta del contrato de compraventa, en tanto que no se acreditó su celebración y, en consecuencia, tampoco a condenar a las partes a las restituciones mutuas, conforme lo expuesto en la parte motiva.
CONDENAR en costas de ambas instancias al demandante, ante la prosperidad del recurso de apelación interpuesto por el convocado. Para efectos de la liquidación de las de ésta, la Magistrada Sustanciadora fija como agencias en derecho la suma equivalente a DOS (2) SALARIOS MÍNIMO LEGALES MENSUALES VIGENTES; las de primer grado deberán tasarse por el Juzgado de conocimiento, liquídense conforme a lo previsto en el artículo 366 del Código General del Proceso.

Tercero: ORDENAR devolver el expediente al juzgado de origen. Por la secretaría ofíciese y déjense las constancias a que haya lugar.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GUILLERMO GABRIEL ORTIZ NARVAEZ
Magistrado

AIDA VICTORIA LOZANO RICO
Magistrada

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS POR LA CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES - Presupuestos.

CARGA DE LA PRUEBA - Según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS – Se predica del guardián material de la actividad causante del daño, quien al momento de la ocurrencia del hecho tuviere el poder de dirección y/o control de la cosa.

Procedencia de declarar que la sociedad demandada es civil, extracontractual y solidariamente responsable por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del accidente de tránsito en el cual falleció el menor, al encontrarse satisfechos los presupuestos de este tipo de responsabilidad. Lo anterior, teniendo en cuenta que la demandada, a pesar de tener radicada en ella la carga de la prueba, no desvirtúo la posición de guardiana de la actividad peligrosa, en tanto no acreditó la transferencia a otra persona de la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico. Adicionalmente, de probarse que para el momento de ocurrencia del accidente, el automotor estuviera prestando un servicio para empresa distinta de la que se demandó como propietaria, ello ubicaría la discusión en el campo de la coautoría en la conducta generadora del daño.

LUCRO CESANTE FUTURO – Improcedencia del reconocimiento del lucro cesante futuro de una persona menor de 18 años que fallece.

El antecedente jurisprudencial, mediante el cual se ha reconocido el lucro cesante futuro a favor de menores de edad que no estaban laborando para la fecha del hecho dañoso, pero que sobrevivieron con graves lesiones que a futuro le impedirían desempeñar una actividad laboral, no puede ser aplicado al presente asunto, en tanto el menor falleció, por lo cual estos hechos difieren del fundamento fáctico analizado por la Corte Suprema de Justicia.

JURAMENTO ESTIMATORIO – SANCIÓN.

Hay lugar a imponer la sanción relacionada con el exceso en la suma fijada como juramento estimatorio, la cual fue objetada, al verificarse que la misma superó el 50% de la cantidad que se probó.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA
Magistrado Ponente:
Dr. GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ

Referencia: Apelación de sentencia en proceso declarativo verbal
Proceso No.: 2017 - 00244 - 01 (618-01)
Demandante: OCOR y otros.
Demandados: TRANSCOMERINTER y otros.

Pasto, dieciocho (18) de septiembre dos mil veinte (2020).

Procede la Sala a emitir por escrito, el fallo mediante el cual se resuelven los recursos de alzada interpuestos por las partes, frente a la sentencia calendada el seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019), proferida en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en el marco del proceso verbal de la referencia, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda, pretensiones y fundamento fáctico:

a. OCOR, CAOO, MRO, CAOC y JAOR, a través de su apoderado judicial interpusieron demanda en contra de la EMPRESA DE TRANSPORTE Y COMERCIO INTERNACIONAL – TRANSCOMERINTER CIA. LTDA., en adelante TRANSCOMERINTER, y OWNG.

b. Dicho libelo se presentó con el fin de que previos los trámites del proceso declarativo verbal, se conceda su pretensión principal de que los demandados sean declarados solidaria, civil y extracontractualmente responsables por los perjuicios causados a los demandantes, con ocasión del accidente de tránsito en que resultó fallecido el niño CCCO.

c. Respecto del anotado insuceso, relató la parte actora que tuvo ocurrencia el día veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013) a las diez de la noche (10:00 p.m.) aproximadamente, cuando la señora OCOR, su compañero permanente JPR (actualmente su esposo) y el niño CCCO (hijo de la demandante) se desplazaban como peatones por el Km 30 más 980m, sector de La Humeadora, sobre la vía que de Pasto conduce a la ciudad Ipiales, momento en que son arrollados por el vehículo tracto-camión de propiedad de la empresa TRANSCOMERINTER y conducido por el señor OWNG.

d. Comentó la parte actora que en ese momento y lugar, el vehículo de placas PXU 0066 con tráiler PR 0328 de color amarillo, sin carga y con exceso de velocidad, sobrepasó la línea blanca de borde, invadió la berma y golpeó al niño CCCO, quien caminaba en medio de las personas adultas ya mencionadas, causándole graves lesiones en su cabeza que le produjeron la muerte de manera instantánea.

e. Luego de ocurrido el accidente, el vehículo involucrado continuó su camino sin detenerse, motivo por el cual el señor JPR quien memorizó el número de placa del Trailer del tracto-camión, denunció los hechos a la Policía de Tránsito y Transporte de Nariño quien atendió el caso. Como consecuencia, el automotor fue detenido en la estación de Puerto Remolino, identificando e individualizando a su conductor.

f. Poco más de cuatro años después, el cuatro (4) de julio de dos mil diecisiete (2017), la Fiscalía General de la Nación allegó la copia del acta de preacuerdo suscrita por el señor OWNG, en la cual se declaraba como responsable del delito endilgado, a cambio de recibir como único beneficio el reconocimiento de las circunstancias del artículo 56 del Código Penal, siendo condenado a una pena de veinticuatro (24) meses de prisión, inhabilidad para ejercer la conducción de automotores por el mismo tiempo y multa equivalente a 10 smlmv. Dicho preacuerdo fue aprobado por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales el día 6 del mismo mes y año.

g. Finalmente, como consecuencia del accidente, la parte actora manifestó que la madre del niño fallecido y su núcleo familiar se han visto afectados en su estado de ánimo, razón por la cual buscan la indemnización de los perjuicios materiales e inmateriales padecidos.

h. Con fundamento en lo anterior, la parte actora solicitó que los integrantes del extremo demandado sean condenados al pago de los perjuicios por lucro cesante, daño emergente y perjuicio moral, tal como se especifica con mayor detalle en el folio 204 del cuaderno principal 2.

2. Contestación de la demanda

Agotados los trámites relativos a la notificación de los demandados y posterior reforma del libelo, sólo la empresa TRANSCOMERINTER dio contestación a la demanda, pronunciándose sobre cada uno de los hechos, manifestando que la mayoría no le constaban, objetó el juramento estimatorio, y propuso las excepciones de mérito que denominó:

Falta de presupuestos para presentar la demanda, requisito de procedibilidad de la conciliación: Apoyada en que la notificación de la conciliación prejudicial como la de la presente demanda se dejó de enviar al domicilio de la empresa demandada que se encuentra registrado en Colombia; Falta de competencia y falta de identificación del demandado: Sustentada en que el juez competente para conocer del presente asunto era el Circuito de Ipiales en razón del domicilio de los demandados, o en su defecto el de Túquerres por ser el lugar más cercano a donde acontecieron los hechos; Prescripción: Sustentada en que las acciones derivadas del contrato de transporte prescriben en dos años; y Responsabilidad extracontractual por el hecho ajeno imputable a los progenitores del adolescente occiso, responsabilidad compartida, culpa exclusiva de un tercero, concurrencia de culpas, inexistencia de culpabilidad, y finalmente, la innominada.

Por lo demás y en escrito separado, realizó el llamamiento en garantía a SBS SEGUROS COLOMBIA S.A., persona jurídica que una vez notificada dio contestación a dicho llamado, tal como puede verificarse en el respectivo cuaderno identificado con el No. 2 del expediente. Igualmente, realizó un pronunciamiento expreso frente al libelo, tal como se legajó a folios 263 a 309 del Cuaderno Principal 2.

3. Trámite de primera instancia.

Luego de admitirse la demanda y tenerla por contestada por los integrantes de la pasiva como se describió anteriormente, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en providencia de nueve (9) de mayo de dos mil diecinueve (2019), convocó a las partes a fin de que asistan a la audiencia inicial de la que trata el artículo 372 del Código General del Proceso, misma que se llevó a cabo el veintinueve (29) de mayo de dicho año. Luego en la misma fecha se convocó a las partes para que asistieran al acto procesal de instrucción y juzgamiento, el cual tuvo lugar el seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

4. La sentencia objeto de apelación.

El día seis (6) de agosto de los cursantes, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto profirió, al interior del presente asunto, la sentencia de primera instancia en la cual resolvió: Declarar que los demandados eran solidaria y civilmente responsables por los daños y perjuicios, materiales y morales ocasionados a los demandantes. Declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados, pero sí la invocada por el llamado en garantía, relativa a la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro; condenó a los demandados a pagar a los integrantes de la parte actora las siguientes sumas de dinero:

Para OCOR, madre del niño fallecido, la suma de NUEVE MILLONES VEINTE MIL PESOS ($9.020.000.oo) por concepto de daño emergente y a título de perjuicios morales la suma de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS (72.000.000.oo).

Para CAOO, hermana del niño fallecido, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ($36.000.000.oo) a título de perjuicios morales.

Para MRO, abuela materna del niño fallecido, la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000.oo) a título de perjuicios morales.

Para CAOC, Abuelo materno del niño fallecido, la suma de QUINCE MILLONES DE PESOS ($15.000.000.oo) a título de perjuicios morales.

Para JAOR, tío materno del niño fallecido, la suma de DIEZ MILLONES DE PESOS ($10.000.000.oo) a título de perjuicios morales.

Todas las sumas anteriormente mencionadas debidamente indexadas a la fecha en que se realice el pago. Sin embargo, también se condenó a la parte demandante a pagar la sanción establecida en el artículo 206 del C. G. del P. por haberse objetado la estimación de los perjuicios, multa por un valor de CINCUENTA Y DOS MILLONES DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILTRESCIENTOS CINCUENTA PESOS ($52.237.350.oo).

En contra de la anterior determinación los apoderados judiciales de las partes propusieron el recurso de alzada, mismo que fuera concedido a través del auto de quince (15) de agosto de dos mil diecinueve (2019), por haberse presentado por escrito y en su debida oportunidad los reparos concretos frente al fallo.

5. Trámite de segunda instancia

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación en Sala Unitaria mediante providencia de veinte (20) de febrero de dos mil veinte (2020). Luego, en auto de dieciocho (18) de junio de los cursantes se ordenó que el presente asunto se tramite conforme a lo establecido en el artículo 14 del Decreto No. 806 de 2020.

Ejecutoriado lo anterior, en auto del pasado siete (7) de julio se corrió traslado a los apelantes para que sustenten los recursos interpuestos. Así, en la debida oportunidad los apoderados judiciales procedieron a ello de conformidad a lo que a continuación se resume:

Apoderado de TRANSCOMERINTER:

i) Que la sentencia de primera instancia se fundamenta en el fallo penal en contra del conductor del vehículo, sin detenerse a analizar los demás elementos de prueba sobre la ocurrencia del accidente, puesto que se demostró que el automotor implicado en el insuceso estaba a cargo de otra empresa distinta a la demandada, denominada Sánchez Polo, sin que el A quo hiciera mención sobre la base jurídica de la solidaridad por la que TRANSCOMERINTER CIA LTDA. debe ser declarada responsable. ***ii)*** Que en el plenario no existe prueba que demuestre que el rodante de placas PXU-0066 y el tráiler PR- 0328 estaba relacionado de alguna manera con TRANSCOMERINTER CIA LTDA, de ahí que se aplicaron unas presunciones sin tomar en cuenta que la sociedad demandada el día del accidente no estaba desarrollando ninguna actividad peligrosa, como fundamento de lo anterior invocó el artículo 991 del Código de Comercio. ***iii)*** Que el juez competente para el conocimiento del presente asunto, en virtud del domicilio de la demandada, era el Civil del Circuito de Ipiales, situación que se puso de presente desde la contestación de la demanda. ***iv)*** Que en el asunto de marras se ha configurado la prescripción de los dos años de la que habla el artículo 993 del Código de Comercio***. v)*** De acuerdo a las normas que rigen el tránsito de peatones, se encontraba demostrada la culpa exclusiva de la víctima, pues la madre del niño fallecido faltó a su deber de cuidado al exponerlo a transitar por una vía pública intermunicipal a las once de la noche. ***vi)*** Que la citación para la conciliación extrajudicial, como la notificación de la demanda, no fueron dirigidas a la sede de la sociedad demandada en Colombia, específicamente en la ciudad de Ipiales donde radica su domicilio, ello sumado a que la empresa utilizada para la entrega de los citatorios no era de correo certificado. Y ***vii)*** Que en virtud de lo anterior, no puede entenderse que a partir de la indebida citación para conciliación extrajudicial, deben iniciarse a contar los términos para hacer la reclamación ante la aseguradora, de ahí que la acción derivada del contrato de seguro no estaba prescrita.

Apoderado de la parte demandante:

i) Sobre la negación al reconocimiento del lucro cesante a favor de la parte actora, invocó el cambio de criterio expuesto por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 29 de marzo de 2017, razón por la cual dicha pretensión debía concederse. ***ii)*** Respecto de la valoración del daño moral, manifestó que a pesar de la presunción existente en la materia, al interior del asunto se demostró a través de medios de convicción las secuelas de por vida que presentan los demandantes, de donde se entiende que solicita una indemnización en dinero más alta. Y finalmente, ***iii)*** mostró su desacuerdo en la imposición de la multa de la que habla el artículo 206 del C. G. del P.

II. CONSIDERACIONES

De acuerdo con los motivos de reproche expuestos anteriormente, corresponde entonces dar respuesta a los siguientes cuestionamientos jurídicos:

¿Se encuentran presentes los presupuestos probatorios y jurisprudenciales para declarar que la sociedad TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA es civil, extracontractual y solidariamente responsable por el fallecimiento del niño CCCO?

¿La tasación del perjuicio moral a favor de los demandantes, y la ausencia de condena por concepto de lucro cesante, se ajusta a los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con dicha materia?

¿En el presente asunto resulta jurídicamente viable imponer la sanción de la que habla el artículo 206 del C. G. del P. a cargo de los demandantes?

Así, para encontrar respuesta a los problemas jurídicos planteados y con el fin de dar orden y estructura a la parte considerativa del presente fallo, se iniciará abordando los reparos expuestos por la parte demandada, especialmente los relacionados con motivos de nulidad de lo actuado.

1. Según la parte demandada en tres de los reparos expuestos frente a la sentencia de primera instancia, se dice que desde la contestación de la demanda se puso de presente que el domicilio de la empresa TRANSCOMERINTER & Cía Ltda. era la ciudad de Ipiales, sede a la cual no llegó la citación para la conciliación extrajudicial ni la notificación del auto admisorio. A partir de ello, considera que se derivan varias consecuencias jurídicas, cuales son: el no agotamiento del requisito de procedibilidad, que el juez competente para el conocimiento del presente asunto era el civil del circuito de Ipiales, y que no podían contarse los términos para la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, a partir de la fecha en que se llevó a cabo la audiencia de conciliación fallida.

Sobre los tópicos planteados, en primer lugar, respecto del supuesto no agotamiento de la conciliación extrajudicial, debe ponerse de presente que debió alegarse en su debida oportunidad a través del recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, sobre todo porque tal soslayo, en palabras de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, si bien podría considerarse una irregularidad procesal, de manera alguna invalida un proceso judicial. Así lo explicó la mencionada corporación en sede de amparo constitucional:

"pues lo cierto es que para la Corte, la supuesta falta del requisito de procedibilidad de la audiencia de conciliación, no genera causal de nulidad que afecte la actuación; al respecto, no se puede dejar de lado que la misma ley prevé otra consecuencia muy distinta, en los casos en que necesariamente debe cumplirse dicha exigencia, concretamente, el rechazo de la demandada, luego le correspondía a la demandada, si ese era su criterio, recurrir la decisión que le imprimió trámite al asunto"[1].

Bajo ese entendido, llama la atención de la Sala que la ausencia del requisito de procedibilidad se alegue en la contestación de la demanda como uno de los sustentos de las excepciones de mérito, y luego, como motivo de impugnación frente al fallo de primera instancia, cuando se observa que tales oportunidades no son las previstas para controvertir la ausencia del debido agotamiento de la conciliación extrajudicial.

Ahora, en lo atañedero al juez competente para el conocimiento de la acción, el artículo 28 del Código General del Proceso regula la competencia por el factor territorial y en su numeral primero precisa, como regla general, que en los procesos contenciosos es competente el juez del domicilio del demandado. Sin embargo, si el demandado tiene varios domicilios, lo es el de cualquiera de ellos a elección del demandante, y en caso de que el extremo pasivo carezca de domicilio o residencia en el país, o esta se desconozca, lo será el del domicilio o residencia del demandante.

Así, según lo escuchado en el fallo de primera instancia, el *A quo* se basó en el último de los supuestos mencionados para descartar la procedencia de la excepción de fondo que se propuso, relacionada con su falta de competencia por el factor territorial, ya que, entendiendo que la parte demandada tenía su domicilio en Ecuador, el juez competente sería el del domicilio de los demandantes ubicado en la ciudad de Pasto.

Al respecto, nuevamente llama la atención de la Sala que tal situación se haya promovido como excepción de mérito y ahora como reparo en contra del fallo de primera instancia, en la medida que dicho supuesto hubiera podido solicitarse en su debida oportunidad a fin de que en caso de ser declarada, se remitiera el asunto al Juez competente, derivándose por ejemplo las consecuencias de las que habla el artículo 16 o del numeral 1° del artículo 132 del C. G. del P.

Ahora, a propósito del artículo 16 *ibídem*, bien claro se establece que la competencia no es prorrogable únicamente por los factores subjetivo y funcional, de ahí que la que se determina por el factor territorial sí lo es. En consecuencia, por no haberlo alegado en su debida oportunidad y a través de los mecanismos idóneos, la competencia atribuida por la parte actora al Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto se entiende prorrogada.

En adición, el fallador A quo en cumplimiento de lo establecido en el artículo 132 del C. G. del P., al interior de la audiencia de instrucción y juzgamiento realizó el control de legalidad, otorgando a las partes el uso de la palabra para que advirtieran la existencia de irregularidades o vicios que pudieran afectar el trámite, oportunidad frente a

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 29 de mayo de 2008. M.P. Pedro Octavio Munar Cadena. Exp. T. No. 7611 22 13 000 2008 00081 -01.

la cual el apoderado de la demandada no realizó pronunciamiento alguno, de ahí que tales hechos no pueden ser alegados en etapa posterior, como lo es el recurso de apelación contra el fallo de primera instancia.

Ahora, de la revisión de la prueba documental relativa al domicilio, existencia y representación legal de la sociedad demandada, véase que como anexo de la demanda aparece el respectivo certificado expedido en la ciudad de Ipiales, donde consta que el domicilio principal de la sociedad TRANSCOMERINTER LTDA es la Cr. 2 Norte No. 15 Este – 181 de la ciudad de Ipiales, correspondiendo también dicha dirección a la de notificaciones judiciales[2].

Sin embargo, al interior del acto del que habla el artículo 273 del C. G. del P., el apoderado judicial de la parte demandada presentó la escritura pública de constitución de poder especial No. 20191701055P01726 de la Notaría 55 del Cantón de Quito– Ecuador, documento en donde puede observarse que el poderdante, quien actúa como representante legal de la sociedad demanda, Sr. SANDRO MAURICIO IBARRA SARMIENTO, reside en la capital de la república ecuatoriana, anexándose a la respectiva carpeta el instrumento que así lo acredita, expedido por el Registrador Mercantil de dicha ciudad, en donde consta que el domicilio de TRANSCOMERINTER CIA. LTDA. es la ciudadela Carcelen Industrial, parroquia Cotocallao, cantón Quito, Provincia Pichincha de Ecuador[3].

En adición, a la contestación de la demanda se anexó también el respectivo poder especial otorgado por el Sr. SANDRO MAURICIO IBARRA SARMIENTO a favor de DIEGO ROBERTO IBARRA SARMIENTO, con el fin de que este último represente a la empresa en todos los actos, administrativos, comerciales y judiciales en los cuales deba intervenir en la República de Colombia[4].

De lo anterior se desprenden varias cosas; la primera, que el representante legal y quien concedió poder especial para la representación judicial de la sociedad demandada al interior de este proceso, reside en la ciudad de Quito – Ecuador, lugar en donde también está domiciliada TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA, de ahí dicho integrante del extremo pasivo de esta Litis tendría los dos domicilios, uno en la ciudad de Ipiales y otro en la capital del vecino país, con dos representantes legalmente constituidos.

La segunda, que no resulta acertado invocar lo establecido en el artículo 291 del C. G. del P. para manifestar que no existió notificación personal de la demanda, puesto que según el auto de quince (15) de agosto de dos mil dieciocho (2018) el Juzgado *A quo* determinó no tener en cuenta las diligencias efectuadas por la parte actora para lograr la notificación personal de la sociedad, requiriéndola para que realice las citaciones nuevamente[5]. Sin embargo, el día en que dicha orden fue publicada en estados, llegó la contestación de TRANSCOMERINTER CIA LTDA.[6], motivo por el cual se la entendió notificada por conducta concluyente, tal como fue declarado en providencia de veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018)[7].

La tercera, ya se dijo que esta no es la oportunidad de discutir cuestiones referidas a la conciliación extrajudicial como requisito de procedibilidad, cuya ausencia únicamente podía alegarse como recurso de reposición contra el auto que admite la demanda. Ahora, si lo anterior es así, tal como lo explicó la Corte Suprema de Justicia en el fallo atrás citado, menos podrían considerarse en este momento las cuestiones relativas a la citación a dicho acto prejudicial, de ahí que si se cumplió o no con lo dispuesto en la Resolución No. 193 del 13 de mayo de 2015 expedida por la Alcaldía Municipal de Pasto, y si la empresa SERVIENTREGA está o no certificada en Ecuador, no son argumentos que puedan tener buen recibo a fin de buscar la revocatoria del fallo de primera instancia.

2. Ahora, respecto de la prescripción de la acción derivada del contrato de seguro, se recuerda que el artículo 1081 del Código de Comercio establece que la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria, destacándose que la primera será de dos años y empezará a correr desde el momento en **que el interesado** haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción.

---

[2] Fl. 251 – C. Principal 2.
[3] Fl. 446 y siguientes C. Principal 2.
[4] Fl. 175 – C. Principal. 1.
[5] Fl. 153 – C. Principal 1.
[6] Fl. 155 – C. Principal 1. Agosto 16 de 2018.
[7] Fl. 196 – C. Principal 1.

Por su parte y de manera más específica sobre el contrato de seguro de responsabilidad civil, el artículo 1131 del mismo código establece: En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial.

Al respecto, la H. Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, ha decantado lo siguiente:

"Así las cosas, el artículo 1131 del Código de Comercio con la modificación realizada por el precitado artículo, señala que "En el seguro de responsabilidad se entenderá ocurrido el siniestro en el momento en que acaezca el hecho externo imputable al asegurado, fecha a partir de la cual correrá la prescripción respecto de la víctima. Frente al asegurado ello ocurrirá desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial" (resaltado adrede), de donde al día de hoy y para el seguro de responsabilidad civil, afloran indiscutibles e insoslayables a propósito de la prescripción, dos sub-reglas absolutamente diferenciadas: (i) para la víctima el lapso extintivo discurre desde el hecho externo que estructura el siniestro; y (ii) para la aseguradora a partir de que se le formula la petición judicial o extrajudicial de indemnización por la situación o circunstancia lesiva al tercero"[8].

En atención a las normas y extracto jurisprudencial acabados de mencionar, se contempla entonces que el plazo extintivo de dos años para el asegurado, comienza su decurso desde cuando la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial, entonces, ¿en qué momento la señora OCOR y sus familiares le presentaron la reclamación a la empresa TRANSCOMERINTER CÍA LTDA. por el fallecimiento del niño CCCO?

Sobre el tema, conforme lo alega el demandado y con fundamento en la Resolución No. 193 del 13 de mayo de 2015 expedida por la Alcaldía Municipal de Pasto, resulta comprensible que la citación para asistir a la audiencia de conciliación extrajudicial deba cumplir con ciertas formalidades, como por ejemplo, dirigirse al domicilio o residencia de quien deba comparecer, a través de correo certificado. No obstante, la petición extrajudicial a la que se refiere el artículo 1131 del Código de Comercio para solicitar la indemnización por la situación o circunstancia lesiva, no tiene formalidad exigida por la ley.

En este punto, vale mencionar la diferencia que existe entre la simple petición y la reclamación propiamente dicha, a la cual hace referencia la profesora Hilda Esperanza Zornosa Prieto en su artículo denominado "*El seguro de responsabilidad civil, su evolución normativa y jurisprudencia en Colombia*" cuando refiere: "*No obstante, cabe aclarar que nuestra legislación distingue entre el aviso de siniestro y el reclamo del mismo y no impone formalidad alguna para la realización del primero*", lo cual tiene además la siguiente razón de ser:

"En la práctica lo que ocurre es que, como la ley no consagró ningún mecanismo para que las víctimas o sus derecho habientes conozcan que el causante del daño ha contratado una póliza de seguro de responsabilidad civil, si desconocen la existencia del seguro, mal podría el asegurador deducirle a las víctimas, los perjuicios ocasionados con la omisión".

Por lo anterior, la petición que la víctima del siniestro hace al causante del mismo para que asuma la respectiva indemnización, no goce de ninguna formalidad como por ejemplo la de ser remitida a través de empresa de correo certificado, entre otras. Bajo ese entendido, indistintamente de las consideraciones que sobre lo anterior puedan realizarse, lo cierto es que la sociedad demandada tuvo conocimiento de la petición que los demandantes le estaban realizando, a más tardar, desde el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), fecha en la cual se expidió la constancia de no comparecencia a la audiencia de conciliación, documento obrante a folios 113 y siguientes del cuaderno principal 1, en donde puede leerse:

"Parte solicitada: TRANSCOMERINTER ECUADOR, ubicado en la calle 40 E 572 y avenida Eloy Alfaro (Ecuador) CITACIÓN

[8] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC17161 de 14 de diciembre de 2015. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez. Radicación n° 1500131030022006-00343-0.

La correspondiente citación fue entregada a la parte solicitante de manera personal por el (la) conciliador (a), quien la remitió la parte solicitada por medio de correo certificado con número de factura de la empresa de servicios SERVIENTREGA ECUADOR 041-001-000196001 y 041-001-000196002".

Como puede observarse, la comunicación fue enviada a la misma ubicación que aparece en el registro mercantil de la sociedad ecuatoriana, de donde puede referirse que la mencionada constancia sirve como prueba para verificar que la sociedad demandada domiciliada en el país limítrofe, tuvo conocimiento de las peticiones de la parte actora, mínimo, desde el veintiuno (21) de septiembre de dos mil quince (2015), motivo por el cual, los dos años para el oportuno ejercicio de la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil corrían hasta el mismo día y mes del año 2017, lo que no sucedió sino hasta el veintidós (22) de agosto de dos mil dieciocho (2018).

Por lo anterior, tal como lo consideró el fallador de segunda instancia, la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil en el presente asunto está prescrita.

3. Ahora, de los reproches realizados por la parte demandada, se encuentra uno relacionado con que el Juez de primera instancia en ninguna parte había fundamentado o dado justificación a la solidaridad por la cual la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. debía responder por la aceptación de responsabilidad penal que hiciera el señor OWNG, máxime cuando no había prueba alguna que relacionara al vehículo involucrado en el accidente con la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA.

Sobre el tema, es cierto que el *A quo*, en ningún aparte de la sentencia, refirió argumento que sustente la solidaridad que le asiste a TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA., en relación con la aceptación de responsabilidad que hizo el conductor del vehículo implicado en el accidente que dio lugar a la interposición de la demanda. Sin embargo, la Corte Constitucional ha reiterado cuál es la fuente de la mencionada solidaridad, la que en el ejercicio de la actividad peligrosa de la conducción de vehículos, ata al conductor, al propietario y a la empresa a la cual se encuentra afiliado. Así lo explica la Corporación en cita:

"Natural corolario que se sigue de todo cuanto queda expuesto es que, siendo una de las situaciones que justifica la aplicación del artículo 2356 del Código Civil el hecho de servirse de una cosa inanimada al punto de convertirse en fuente de potenciales peligros para terceros, requiérese en cada caso establecer a quién le son atribuibles las consecuencias de acciones de esa naturaleza, cuestión esta para cuya respuesta, siguiendo las definiciones adelantadas, ha de tenerse presente que sin duda la responsabilidad en estudio recae en el guardián material de la actividad causante del daño, es decir la persona física o moral que, al momento del percance, tuviere sobre el instrumento generador del daño un poder efectivo e independiente de dirección, gobierno o control, sea o no dueño, y siempre que en virtud de alguna circunstancia de hecho no se encontrare imposibilitado para ejercitar ese poder, de donde se desprende, que en términos de principio y para llevar a la práctica el régimen del que se viene hablando, tienen esa condición: (I) El propietario, si no se ha desprendido voluntariamente de la tenencia o si, contra su voluntad y sin mediar culpa alguna de su parte, la perdió, razón por la cual enseña la doctrina jurisprudencial que "...la responsabilidad del dueño por el hecho de las cosas inanimadas proviene de la calidad que de guardián de ellas presúmese tener...", agregándose a renglón seguido que esa presunción, la inherente a la "guarda de la actividad", "puede desvanecerla el propietario si demuestra que transfirió a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, (...) o que fue despojado inculpablemente de la misma como en el caso de haberle sido robada o hurtada..." (G.J. Tomo CXLII, pág. 188). (II) Por ende, son también responsables los poseedores materiales y los tenedores legítimos de la cosa con facultad de uso, goce y demás, cual ocurre con los arrendatarios, comodatarios, administradores, acreedores con tenencia anticrética, acreedores pignoraticios en el supuesto de prenda manual, usufructuarios y los llamados tenedores desinteresados (mandatarios y depositarios). (III) Y en fin, se predica que son "guardianes" los detentadores ilegítimos y viciosos, usurpadores en general que sin consideración a la ilicitud de los antecedentes que a eso llevaron, asumen de hecho un poder autónomo de control, dirección y gobierno que, obstaculizando o inhibiendo obviamente el ejercicio del que pertenece a los legítimos titulares, a la vez constituye factor de imputación que resultaría chocante e injusto hacer de lado. En síntesis, en esta materia para nada importa saber si la situación del guardián frente a la actividad dañosa, cuenta o no con la aprobación del derecho; el concepto de guarda, relevante como queda apuntado para individualizar a la persona que -en tanto tiene a la mano los medios para cumplirlo- le compete el deber de tomar todas las precauciones necesarias en orden a evitar que la actividad llegue a ocasionar daños, no ha sido elaborado, entonces, para atribuirle enojosas prebendas a esa persona, sino para imponerle prestaciones específicas de carácter resarcitorio frente a terceros damnificados por una culpa suya, real o

presunta, que por lo general queda elocuentemente caracterizada por la sola ocurrencia del perjuicio derivado del ejercicio de dicha actividad"[9]*.*

Ahora, con el objetivo de acreditar la propiedad del vehículo automotor tipo tracto-camión, marca HINO, color Amarillo, con placas No. PXU – 0066 con unidad de carga propia No. PR- 0328, y demás características especificadas en la demanda, la parte actora solicitó al Juzgado que se oficie a la sociedad demandada, con el fin de que adjunte al proceso el certificado de libertad y tradición del mencionado rodante.

Respecto de dicha prueba, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito se refirió a ella al interior de la audiencia inicial llevada a cabo el veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), en la cual decretó:

"ORDENAR a la EMPRESA DE TRANSPORTE Y COMERCIO INTERNACIONAL "TRANSCOMERINTER CÍA. LTDA." Del Ecuador, que en el término de 5 días siguientes a la notificación de la presente decisión, allegue al despacho y por cuenta del presente asunto la certificación solicitada por la parte demandante en el escrito de reforma de la demanda (fol. 205 C1), de conformidad con lo dispuesto en el numeral 3° del artículo 84 del C. G. del P."

Sin embargo, pese a tan claro precepto judicial, la sociedad demandada no lo acató dentro de los cinco días otorgados, ni con posterioridad a ellos. Al respecto, debe advertirse qué con el decreto del mencionado medio de convicción, en la forma en que lo hizo el Juzgado *A quo*, se invirtió la carga de la prueba.

Vale considerar que en principio, era la parte demandante quien debía demostrar que el rodante involucrado en el accidente era de propiedad de la sociedad demandada. Sin embargo, mediante el auto proferido por el Juzgado el pasado veintinueve (29) de mayo de dos mil diecinueve (2019), invirtió dicha carga, para que no sean los actores, sino la sociedad demandada quien deba acreditar o en este caso, desvirtuar un determinado hecho.

Al respecto, el artículo 167 del Código General del proceso en su inciso segundo, impera que según las particularidades del caso, el juez podrá, de oficio o a petición de parte, distribuir la carga al decretar las pruebas, durante su práctica o en cualquier momento del proceso antes de fallar, exigiendo probar determinado hecho a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos. Se agrega que la parte se considerará en mejor posición para probar en virtud de su cercanía con el material probatorio o por tener en su poder el objeto de la prueba, entre otros eventos que se ejemplifican en la norma.

En este mismo orden de ideas, se insiste en que la parte actora solicitó que dicho certificado de libertad y tradición sea aportado por la parte demandada, desde el mismo escrito de la demanda, y al respecto, el inciso final del artículo 96 ibídem, pregona que la contestación de la demanda deberá acompañarse, entre otros, por los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante, o la manifestación de que no los tiene.

Así, de la lectura de la contestación de la demanda, en ningún aparte se observa la manifestación de que el documento solicitado por su contraparte no se encontraba en su poder, además, no lo aportó al proceso dentro de la oportunidad otorgada por el Juez, ni con posterioridad a ella antes de emitirse el fallo de primera instancia, pese a encontrarse en una situación más favorable para aportar la evidencia, ya sea por tenerla bajo su dominio o, en cualquier caso, por gozar de mayor cercanía con el material probatorio solicitado.

Lo anterior, determina que la parte demandada no asumió en debida forma la carga probatoria que se radicó sobre ella, a fin de demostrar el fundamento de alguna de sus excepciones, como la basada en que no era la propietaria del vehículo involucrado en el accidente de marras.

En el mismo sentido, son varias las oportunidades en las cuales la parte demandada manifestó que, para la fecha del accidente, el automotor estaba prestando sus servicios para una empresa denominada Sánchez Polo. Sin embargo, estando en la posibilidad de demostrar tal fundamento fáctico, ningún elemento probatorio se allegó al plenario con el objetivo de demostrar que TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. para el día de los hechos, veintiocho

[9] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC4345 de 22 de febrero de 1995. M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

(28) de marzo de dos mil trece (2013), se había desprendido de su función de "*guarda de la actividad*", por haber transferido a otra persona la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico.

Adicionalmente, aún a pesar de que, para el momento de ocurrencia del accidente, los automotores estuvieran prestando un servicio para empresa distinta de la que se demandó como propietaria, ello ubicaría la discusión en el campo de la coautoría en la conducta generadora del daño, concepto que la guardiana de la jurisdicción ordinaria en su especialidad civil ha explicado en los siguientes términos:

"Finalmente, procede advertir que el estatuto de responsabilidad a que se viene refiriendo la Corte, no excluye en modo alguno lo que se ha denominado, sin mayor exactitud por cierto, la coautoría en la conducta generadora del daño, expresión esta última empleada de ordinario, como es bien sabido, para referirse a aquellos eventos de variada estirpe en que concurren varios sujetos a los cuales la ley, atendiendo a causas jurídicas eficientes plenamente separables entre sí, les atribuye de manera múltiple la obligación de reparar".

Agregando más adelante:

"Cuando hay de por medio varios responsables de un accidente, la obligación de resarcir los perjuicios es solidaria, lo que quiere decir que esos perjuicios se pueden reclamar de uno cualquiera de los responsables, según lo preceptúa el artículo 2344 del Código Civil en armonía con el 1571. El que realiza el pago se subroga en la acción contra el otro u otros responsables, según el artículo 1579 y siguientes (...) siendo pues solidaria la responsabilidad, la parte demandante podía demandar el resarcimiento del daño contra todos los responsables o contra cualquiera de ellos…".

En ese orden de ideas, aún a pesar de que se hubiere demostrado que para el día del accidente, el vehículo y conductor involucrados en él, estuvieran prestando un servicio para empresa distinta a la demandada, no se desacredita con contundencia la responsabilidad que radica en la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA. como guardiana de la actividad, posición que no desvirtuó a pesar de tener radicada en ella la carga de la prueba.

Ahora, las anteriores consideraciones se realizan en virtud de que, como resultado de la práctica de las pruebas decretadas oficiosamente por el Juez, los señores EAMB y EPA, manifestaron al unísono que para la noche de los acontecimientos, en compañía del señor OWNG, realizaban un viaje para la empresa Sánchez Polo.

Al respecto, destaca la Sala que los señores EAMB y EPA se reportaron al plenario en calidad de testigos, en virtud del llamado oficioso que les hizo el Juzgado A quo con el objeto de esclarecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrió el accidente de tránsito producto del cual falleció el niño CCCO.

Sin embargo, los mencionados deponentes manifestaron no saber nada al respecto, más allá de explicar que efectivamente el día veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013), conducían sendos tracto-camiones que habían partido desde la ciudad fronteriza de Tulcán, aproximadamente a las 7:30 de la noche, con destino a la ciudad de Cali, en una caravana liderada por el señor OWNG, seguido por el rodante conducido por EAMB y que finalizaba con el vehículo timoneado por EPA.

Agregaron que realizaron su recorrido, llegando aproximadamente a la media noche al sector de la vía conocido como El Remolino, lugar donde fueron detenidos junto con otros vehículos del mismo tipo por las autoridades de Policía de Carreteras, con el fin de realizar una inspección minuciosa a cada uno de los rodantes, todo en virtud de que según comentaban los oficiales, se había denunciado el accidente de tránsito en el que había fallecido un menor de edad. Así, realizado el procedimiento y por no encontrar nada sospechoso, los dejaron continuar el trayecto casi después de transcurrida una hora.

Relataron los testigos que dicho viaje se hacía para la empresa Sánchez Polo, pero en igual sentido, manifestaron que tanto ellos, como el señor OWNG, para la fecha de los acontecimientos funestos, trabajaban para la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA.

Sobre el tema, observa la Sala que la manifestación de los testigos, cuando afirman que el viaje se hacía para la empresa Sánchez Polo, no desvirtúa la posición de "*guarda de la actividad*" radicada en la sociedad demandada, puesto que los relatos no son certeros en determinar bajo qué modalidad de contrato se estaba realizando la

actividad de transporte, información que no es menor, puesto que las consecuencias podrían ser unas u otras, dependiendo de la naturaleza, cláusulas o regulación legal del acuerdo de voluntades, que en este caso aparece difuso.

Se insiste entonces, que la carga probatoria de desvirtuar tal posición de garante reposaba sobre la sociedad demandada, quien fácilmente podría presentar los medios de prueba para tal fin. Y es que sobre el punto, pone de relieve esta Corporación que no es cualquier acuerdo de voluntades el que desvanece el rol de "*guarda de la actividad*" sino sólo aquel en virtud del cual, se demuestre la transferencia a otra persona de la tenencia de la cosa en virtud de un título jurídico, según se explicó con fundamento jurisprudencial antes citado.

Por otra parte, sí está demostrado que el señor OWNG, persona que conducía el tracto-camión implicado en estos hechos, para el día veintiocho (28) de marzo de dos mil trece (2013) trabajaba para la empresa TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA; que dicha sociedad tiene como objeto social "*el transporte de carga por carretera, incluido en camionetas de: troncos, ganado, transporte refrigerado, carga pesada, carga a granel, incluido el transporte en camiones cisterna, automóviles, desperdicios y materiales de desecho, sin recogida ni eliminación*"[10], de ahí que se lucraba de dicha actividad.

Además, que la sociedad TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA fue la empresa que aseguró al vehículo marca HINO, placa PXU0066, color amarillo, tipo Cabezal T y tráiler, según consta en el aparte de la póliza obrante a folio 6 del cuaderno de llamamiento en garantía.

Igualmente, que el señor OWNG aceptó la responsabilidad penal derivada de la ocurrencia de los hechos en que resultó fallecido el niño CCCO, cuando el demandado conducía el vehículo tracto-camión de placas y características detalladas en la demanda, lo cual fue considerado en el fallo de seis (6) de julio de dos mil diecisiete (2017) proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Ipiales[11], con el fin de imponerle pena privativa de la libertad por el delito de homicidio culposo.

Así, como corolario de todo lo expuesto hasta aquí y contrario a lo dicho por el alzadista, considera la Sala que existe el suficiente sustento jurisprudencial, legal, procesal y probatorio, para determinar la solidaridad que le asiste a la sociedad demandada en la indemnización de los perjuicios y por ende para ser sujeto de responsabilidad y de las condenas impuestas en el fallo de primera instancia.

4. Por otra parte, el apoderado de la parte demandada expuso que en el presente asunto se ha configurado la prescripción de la que habla el artículo 993 del Código de Comercio. Al respecto, se recuerda que la norma en mención de manera literal impera:

"Prescripción de las acciones. Las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte prescriben en dos años. El término de prescripción correrá desde el día en que haya concluido o debido concluir la obligación de conducción".

Al respecto, considera la Sala que el alzadista incurre en una confusión, al interpretar que la expresión "*acciones directas e indirectas*" contenida en la norma citada, hace referencia a las acciones contractuales o extracontractuales, lo cual no es acertado como pasará a explicarse:

Se recuerda que en virtud del principio de la relatividad de los contratos, los acuerdos de voluntades únicamente surten efectos respecto de quienes los suscriben o intervienen en ellos. Sin embargo, esa regla general tiene sus excepciones, en la medida que, en no pocos casos, surge la posibilidad que dichos pactos también generen consecuencias para terceros que son ajenos a ellos.

En ese orden de ideas, aquellos terceros ajenos al contrato, pero que sufren consecuencias derivadas de él, acudirán ante la jurisdicción con fin de buscar la protección de sus derechos, y ejercerán obviamente una acción contractual,

[10] Fl. 454 reverso – C. Principal 2. Registro mercantil del Cantón Quito.
[11] Fls. 119 y 120 – C. Principal 1.

puesto que el origen de ésta es un acuerdo de voluntades, pero no será directa, en la medida que no son extremos negociales o partes en convenio.

Entonces, la expresión "*directas o indirectas*" contenida en el artículo 933 del Código de Comercio no es sinónima de "*contractuales o extracontractuales*", pues véase cómo la expresión se refiere a las acciones directas e indirectas, pero "*provenientes del contrato de transporte*".

Sobre el tema, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha explicado:

"Las precedentes reflexiones dejan claro que la "acción de responsabilidad civil extracontractual" que al amparo de lo previsto en el artículo 1006 del Código de Comercio pueden promover "los herederos del pasajero fallecido a consecuencia de un accidente que ocurra durante la ejecución del contrato de transporte", no se adecua al concepto de "acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte" mencionadas en el precepto 993 ejusdem, sino que se regula por el régimen común, pues como quedó visto, su misma naturaleza "extracontractual" tiene su origen en el hecho que ocasiona el daño y, que para el caso debatido corresponde, como se infiere de la citada norma, a la muerte del viajero, es decir, que ese acontecimiento luctuoso es la causa del agravio con significación económica, mas no el incumplimiento del aludido acuerdo.
Cabe agregar, que las referidas "acciones directas" son las propias del negocio jurídico en mención y las "acciones indirectas" aquellas que acceden a ese convenio, verbi gratia, por razón del instituto jurídico de la subrogación"[12].

Así, el anterior extracto jurisprudencial, si bien no precisa un caso estrictamente análogo al que ocupa a esta Corporación, si es lo suficientemente ilustrativo para diferenciar las acciones directas o indirectas provenientes del contrato de transporte, de aquellas extracontractuales, como lo es la ejercida por los familiares del niño fallecido, CCCO, a la cual le resulta aplicable el régimen común de prescripción, es decir, no el de dos años reclamado por el alzadista, sino el de diez aplicado por el Juez *A quo*, descartándose entonces el reproche.

5. Finalmente, en lo relativo a los reparos del demandado, comentó que de acuerdo a las normas que rigen el tránsito de peatones, se encontraba demostrada la culpa exclusiva de la víctima, pues la madre del niño fallecido faltó a su deber de cuidado al exponerlo a transitar por una vía pública intermunicipal a las once de la noche, en pocas palabras, omitiendo su deber objetivo de cuidado, exponiéndose imprudentemente a un riesgo.

Sobre el tema, es el artículo 58 del Código Nacional de Tránsito el que regula el tránsito de los peatones, ordenando un listado de prohibiciones, así:

Artículo 58. Prohibiciones a los peatones. Los peatones no podrán: Invadir la zona destinada al tránsito de vehículos, ni transitar en ésta en patines, monopatines, patinetas o similares. Llevar, sin las debidas precauciones, elementos que puedan obstaculizar o afectar el tránsito. Cruzar por sitios no permitidos o transitar sobre el guardavías del ferrocarril. Colocarse delante o detrás de un vehículo que tenga el motor encendido. Remolcarse de vehículos en movimiento. Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física. Cruzar la vía atravesando el tráfico vehicular en lugares en donde existen pasos peatonales. Ocupar la zona de seguridad y protección de la vía férrea, la cual se establece a una distancia no menor de doce (12) metros a lado y lado del eje de la vía férrea. Subirse o bajarse de los vehículos, estando éstos en movimiento, cualquiera que sea la operación o maniobra que estén realizando. Transitar por los túneles, puentes y viaductos de las vías férreas. Parágrafo 1°. Además de las prohibiciones generales a los peatones, en relación con el STTMP, éstos no deben ocupar la zona de seguridad y corredores de tránsito de los vehículos del STTMP, fuera de los lugares expresamente autorizados y habilitados para ello. Parágrafo 2°. Los peatones que queden incursos en las anteriores prohibiciones se harán acreedores a una multa de un salario mínimo legal diario vigente, sin perjuicio de las demás acciones de carácter civil, penal y de policía que se deriven de su responsabilidad y conducta. Dentro del perímetro urbano, el cruce debe hacerse sólo por las zonas autorizadas, como los puentes peatonales, los pasos peatonales y las bocacalles.

De la lectura de la norma en cita, no se aprecia que se imponga a los peatones unos horarios para sus desplazamientos por calles o carreteras del país, aparte de indicar que no pueden transitar por donde existan pasos

[12] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de cinco (5) de abril de dos mil once (2011). M. P. Ruth Marina Díaz Rueda. Ref: exp. 66001-3103-003-2006-00190-01.

expresamente prohibidos o no permitidos. Sin embargo, recaba el apelante en el aparte que impera: "*Actuar de manera que ponga en peligro su integridad física*".

Sobre el punto, ha de especificarse que, según las definiciones traídas al principio del mismo código, se establece que la berma, es la parte de la estructura de la vía, destinada al soporte lateral de la calzada para el tránsito de peatones, semovientes y ocasionalmente al estacionamiento de vehículos y tránsito de vehículos de emergencia.

Bajo ese entendido, la señora demandante manifestó que en el sector en que se produjo el accidente fatal, ella en compañía de su hijo y de su, en ese entonces, compañero permanente, realizaban el tránsito por la berma de la vía que de Pasto conduce a la ciudad de Ipiales, específicamente en el sector conocido como la Humeadora, situación que fue corroborada por el testigo presencial de los hechos JPR.

Sobre lo dicho por el testigo, la parte alzadista considera que no puede dársele toda la credibilidad, en atención a su grado de parentesco y cercanía con la demandante y la víctima del insuceso, lo cual únicamente lo puso de presente en la sustentación de la apelación, más no lo hizo en su oportunidad, cual era antes de que el Juez emitiera su fallo como lo indica el artículo 211 del C. G. del P.

Pese a lo anterior, lo dicho por el señor JPR e incluso lo manifestado por la señora demandante OCOR, puede ser corroborado con el estudio del informe policial de accidentes de tránsito obrante a folio 80 del cuaderno principal 1, donde aparece el croquis del accidente, imagen de la cual se observa que en el sector por donde transitaban existía berma, es decir, un lugar habilitado para el tránsito de peatones, elemento vial que también es referido en el folio 48 correspondiente al informe de investigador de campo de la Fiscalía General de la Nación, al describir el lugar de los hechos como: "*curva, pendiente, con cuneta berma*".

Igualmente, se observa que el autor del mencionado croquis graficó las señales de unas manchas de sangre, ubicándolas precisamente al interior de la berma. De la misma forma, las mismas manchas son referidas en la fotografía No. 4 correspondiente al álbum del accidente de tránsito obrante a folio 66 elaborado por Policía Judicial, servidor Cristian Camilo Rojas Henao, en el mismo lugar.

Por lo demás, testigos e informes no precisan que en el sector existiere prohibición para el tránsito de peatones.

De esta forma, claro resulta que la demandante en compañía de su hijo, actualmente fallecido, y del señor JPR, no se desplazaban por un lugar que estuviere restringido para el tránsito de peatones, por el contrario, su tránsito se hizo por el lugar habilitado para ello, es decir, la berma de la que habla el material documental; lugar en donde precisamente quedaron los rastros mortales del accidente, con lo que se corrobora lo dicho por la demandante y testigo.

En ese entendido, no se observa que la demandante y su hijo, hayan faltado al deber objetivo de cuidado o se hayan expuesto de una manera imprudente al riesgo, más allá del común que todas las personas asumen al transitar por las vías y calles del país, sin que ello pueda ser tomado como fuente de responsabilidad, o de culpa compartida por lo ocurrido.

Se descarta así el reproche bajo análisis, debiéndose entonces confirmar hasta este punto la sentencia de primera instancia en lo relativo a la declaración de responsabilidad civil en contra de los demandados y la exoneración de la sociedad aseguradora llamada en garantía.

6. Ahora, respecto de los reparos expuestos por el apoderado de la parte demandante, se iniciará por estudiar la posibilidad de condena por lucro cesante a favor de los actores, en relación con la aplicación de los preceptos contenidos en el fallo de 29 de marzo de 2017 proferido por la Corte Suprema de Justicia.

Así, de la revisión jurisprudencial que se relaciona directamente con la temática bajo análisis, la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC-16690 de 17 de noviembre de 2016, consideró:

"La sola existencia de la persona humana, no permite aseverar que ella, en un momento dado de su vida, la mayoría de edad o cualquier otro, fuera a ser económicamente productiva y, mucho menos, calcular el monto de réditos que

hubiera percibido. [...] Como ya se hizo anotar, en el escrito inaugural de la controversia, la única justificación que se dio en torno del lucro cesante solicitado para "XXX" fue que correspondía a "la pérdida de [su] [Sic] capacidad laboral productiva", mención de la que no se desprenden bases suficientes y, mucho menos concretas, para evaluar su factibilidad y, especialmente, su extensión económica. El comentado planteamiento, por ende, se acerca más a la formulación de un mero "sueño de ganancia", que por ser hipotético o eventual, no es susceptible de resarcimiento, de lo que se sigue la improcedencia del analizado pedimento"[13].

Argumento que sirvió a la Sala mayoritaria de la H. Alta Corporación, para sustentar la negación del reconocimiento del lucro cesante futuro de una persona menor de 18 años, que había perdido totalmente su capacidad para a futuro, realizar una actividad laboral, reiterando lo establecido en pasadas oportunidades en los fallos de 20 de noviembre de 1943, 12 de septiembre de 1996, 7 de septiembre de 2001 y 9 de septiembre de 2010 de la misma Corporación.

Sin embargo, tal posición no fue acogida por otros integrantes del cuerpo colegiado, quienes, en su salvamento de voto, consideraron:

"No es posible, por tanto, seguir asumiendo el criterio que esta Sala acogió en el pasado acerca de la improcedencia de conceder la indemnización por lucro cesante futuro a menores de edad por el simple hecho de no estar devengando un salario en la fecha de la ocurrencia del hecho dañoso; pues la indemnización integral, equitativa y efectiva de los daños no busca poner a la víctima en la situación exacta en que 'se hallaba' antes del daño, sino en la posición en que 'habria estado' de no ser por la ocurrencia del hecho dañoso antijurídico. Es decir que la tasación de este rubro no se hace con base en "certezas" sino que hay que tener en cuenta la situación futura más probable a partir de la condición presente que se probó en el proceso".

Sin embargo, tales consideraciones que otrora fueron un salvamento de voto, se convirtieron en la posición acogida en fallos como el SC9193-2017 de veintiocho (28) de junio de dos mil diecisiete (2017) con ponencia del Magistrado Ariel Salazar Ramírez.

Al respecto, debe ponerse de relieve que tanto la primera providencia en la cual se presentó el mencionado salvamento de voto, como el fallo SC9193-2017 en donde se adoptó la nueva posición respecto del reconocimiento del lucro cesante futuro a favor de menores de edad que no estaban laborando para la fecha del insuceso, **tienen un factor común**, cual es que el niño, niña o adolescente, sobrevivió al hecho dañoso, quedando con graves lesiones que a futuro le impedirían desempeñar una actividad laboral, la cual, en circunstancias normales, habría desarrollado a fin de garantizar su subsistencia. Así lo explicó la Corte:

"Es posible que en la primera mitad del siglo anterior el futuro de las personas estuviera "envuelto por la densa niebla del misterio", pero según la experiencia de hoy en día no hay nada de misterioso en anticipar con un alto grado de probabilidad que una persona a la que se le han cercenado por completo todas las posibilidades de valerse por sí misma no podrá desenvolverse en el mercado laboral cuando alcance su edad adulta, no podrá desempeñar ninguna actividad económica y no tendrá ninguna posibilidad de obtener por sí misma los ingresos necesarios para su congrua subsistencia.
El único misterio que quedará latente en este ***caso si no se concede la reparación de este perjuicio consistirá en saber cómo va a hacer la víctima directa del daño para solventar su subsistencia si llega a su adultez****; pues no existe ninguna razón para que los padres, familiares o terceras personas deban asumir una obligación dineraria que no están jurídicamente llamados a soportar,* ***como sí lo está la entidad generadora de las lesiones graves que sufrió el menor****. Y aún en caso de que los padres sufraguen los gastos que causó la conducta antijurídica de la demandada,* ***no es posible dejar el futuro del menor librado a la azarosa circunstancia de que los progenitores continúen con vida muchos años más y le sobrevivan****".*

Como puede observarse, el caso abordado por la Alta Corporación corresponde con un menor de edad que para la fecha de ocurrencia del **hecho dañoso** no desempeñaba actividad laboral alguna, sobreviviendo a aquel, pero con complejas lesiones que a futuro le impedirán laborar, quedando su subsistencia totalmente a cargo de sus padres,

[13] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de noviembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo. Referencia: SC16690-2016. Radicación n.° 11001-31-03-008-2000-00196-01.

y en caso de que estos fallezcan, al total azar y en últimas a la caridad o beneficencia. Por ello, es que el perjuicio de lucro cesante futuro se reconoció en la parte resolutiva del fallo a favor de la "*víctima directa de los hechos*" no a favor de sus padres o familiares. Así se fundamentó entonces la estructura de la condena:

"Dicho monto se pagará desde el 21 de junio de 2025 [fecha en que el niño cumple la mayoría de edad] en rentas periódicas mensuales ***durante toda la vida de la víctima****, para cuya garantía la entidad demandada constituirá un patrimonio autónomo, cuenta fiduciaria o póliza que se encargará de pagar la renta periódica en la cuenta bancaria que señalen los padres de JSSZ".* (aparte entre llaves y resaltado ajenos al texto original de la providencia).

Véase además, que en el asunto citado, a los padres de la víctima directa de los hechos, únicamente se les reconoció lo pertinente al perjuicio moral, sin que se extienda la condena por lucro cesante futuro a una época posterior a la muerte del niño.

Como puede observarse, el fundamento fáctico analizado por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia *sub examine*, no corresponde o no se identifica con los hechos que ocupan a esta Sala, en donde se solicita el reconocimiento de un lucro cesante futuro a favor de los padres de la víctima directa de los hechos, quien lamentablemente falleció, de ahí que los argumentos utilizados en el antecedente jurisprudencial, no son de aplicación al presente asunto.

7. Continuando con el análisis, reprochó la parte demandada la valoración del perjuicio moral a favor de los demandantes, señalando que si bien sobre el tema existe una presunción a favor de quien lo padece, aquí se allegaron suficientes medios de prueba que permiten una tasación más elevada.

Al respecto, de la revisión de la sentencia de primera instancia es posible apreciar que, el A quo, a pesar de la presunción a favor de los demandantes para el reconocimiento del daño moral, también analizó las pruebas obrantes en el plenario para su liquidación, valorando la actitud de los actores al momento de rendir su declaración de parte, como la historia clínica de psicología y psiquiatría de la señora OCOR. Así, determinó que el daño moral para ella ascendía a un valor de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($72.000.000.oo), lo que para el año 2019, equivaldría a casi ochenta y siete salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Dicho valor, coincide exactamente con el reconocido por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, en reciente fallo proferido el diecinueve (19) de diciembre de dos mi dieciocho (2018), en el cual consideró:

"así fuese tomando la suma que como guía por entonces tenía la Corte establecida desde 2012 y que, frente a la indecible atrocidad de los eventos narrados y probados en este proceso ameritan –para este caso particular- una suma mayor a la que entonces tenía dispuesta ($60,000,000.oo) y que hoy reajusta a setenta y dos millones de pesos ($72,000,000.oo) para el daño moral propio sufrido por los demandantes a raíz del fallecimiento de padres, hijos, esposos y compañeros permanentes, la mitad de ese valor para hermanos, abuelos y nietos y la cuarta parte para el resto de parientes, conservando de esa forma el criterio establecido por la sala de decisión civil del Tribunal en cuanto a que, las circunstancias modales que hubieron de sufrir los reclamantes fueron, en términos generales, las mismas y el parámetro de una tasación similar, en consecuencia, se impone"[14]*.*

Para el caso, las condenas por perjuicios morales se impusieron así:

OCOR (madre de la víctima): la suma de 72.000.000.
CAOO (hermana): la suma de 36.000.000.
MRO (abuela): la suma de 15.000.000.
CAOC (abuelo): la suma de 15.000.000.
JAOR (tío): la suma de 10.000.000.

[14] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de diecinueve (19) de diciembre de dos mil dieciocho (2018). M.P. Margarita Cabello Blanco. Ref. SC5686-2018. Radicación n.° 05736 31 89 001 2004 00042 01.

Así, bajo los criterios expuestos resulta procedente entonces incrementar los montos a indemnizar a favor de los abuelos de la víctima, MRO y CAOC, para hacerlo equivalente a la suma reconocida a favor de CAOO, es decir, ascenderá a un valor de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ($36.000.000.oo) para cada uno de ellos.

De la misma forma se incrementará el valor reconocido a favor del señor JAOR, el cual ascenderá a DIECIOCHO MILLONES DE PESOS ($18.000.000.oo), equivalentes a la cuarta parte de lo concedido a favor de la madre de la víctima directa de los hechos, sin que exista lugar a realizar otras modificaciones.

8. Ahora, respecto del último de los reparos a analizar, se encuentra que la parte demandante no está de acuerdo con la sanción que se impuso en su contra, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 del C. G. del P., relacionada con el exceso en la suma fijada como juramento estimatorio.

Así, la norma en cita menciona en su aparte pertinente que, si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, una suma equivalente al diez por ciento de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada.

Para el caso, debe tenerse en cuenta que tanto la parte demandada como la llamada en garantía, en sus respectivos escritos de contestación objetaron el juramento estimatorio realizado por los actores, motivo por el cual no existe duda respecto de la aplicación de lo dispuesto en el artículo 206 bajo análisis.

En ese entendido, también debe recordarse que la norma ibídem señala que el juramento estimatorio no se aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales.

Para el caso, la parte actora fijó su juramento estimatorio en la suma de QUINIENTOS VEINTIUN MILLONES NOVECIENTOS VEINTITRÉS MIL QUINIENTOS PESOS ($521.923.500.oo), cantidad de dinero que, en efecto, no incluyó lo correspondiente a los perjuicios morales. De lo anterior, lo único demostrado fue el monto correspondiente al daño emergente, por el valor de NUEVE MILLONES VEINTE MIL PESOS ($9.020.000.oo).

Por ello, resulta evidente que la suma estimada por los demandantes supero el 50% de la cantidad que se probó, dándose entonces los presupuestos exigidos para la aplicación de la sanción establecida en el artículo 206 *sub examine*, de ahí que tal disposición contenida en la sentencia de primera instancia deberá confirmarse.

Como corolario de lo expuesto se responde los problemas jurídicos planteados en los albores de este acápite considerativo, en el sentido de que se encuentran demostrados los presupuestos probatorios y jurisprudenciales para declarar que la sociedad TRANSCOMERINTER & CÍA LTDA es civil, extracontractual y solidariamente responsable por el fallecimiento del niño CCCO. Que la tasación del perjuicio moral a favor de los demandantes deberá ser modificada parcialmente para ajustarla a los pronunciamientos jurisprudenciales relacionados con dicha materia, sin que haya adiciones respecto al lucro cesante futuro; y finalmente, que en el presente asunto resulta jurídicamente viable imponer la sanción de la que habla el artículo 206 del C. G. del P. a cargo de los demandantes.

Resueltos así los reparos expuestos por los extremos en litigio, se encuentra que ante la improsperidad del recurso de apelación de la parte demandada y la prosperidad, apenas parcial de la alzada promovida por los actores, no resulta adecuado imponer condena en costas a favor de ninguno de los extremos en litigio.

III. DECISION

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. MODIFICAR parcialmente el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, respecto del monto de la indemnización por perjuicios morales a favor de los demandantes MRO, CAOC y JAOR, disponiendo en consecuencia lo siguiente:

A MRO: A título de perjuicios morales, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ($36.000.000.oo), que deberán indexarse hasta la fecha en que se realice su pago.
A CAOC: A título de perjuicios morales, la suma de TREINTA Y SEIS MILLONES DE PESOS ($36.000.000.oo), que deberán indexarse hasta la fecha en que se realice su pago.
A JAOR: A título de perjuicios morales, la suma de DIECIOCHO MILLONES DE PESOS ($18.000.000.oo), que deberán indexarse hasta la fecha en que se realice su pago.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de apelación al interior del presente asunto, proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto el pasado seis (6) de agosto de dos mil diecinueve (2019).

TERCERO: SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia a las partes del litigio por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – ELEMENTOS: No se configuran.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – La responsabilidad civil en que incurren las empresas periodísticas únicamente puede configurarse en los casos en que aparezca debidamente acreditado que, con intención o culpa, en sus publicaciones falsas o parciales, se haya ocasionado daño a otro, en cuyo caso deberán resarcirse.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA - VERACIDAD DE LA INFORMACIÓN - No se requiere una prueba irrefutable acerca de que la información publicada o emitida sea cierta, sino que los hechos o enunciados expuestos por la actividad periodística puedan ser verificados razonablemente.

Conforme las disposiciones contenidas en la Ley 29 de 1944, se determina que no se encuentran acreditados los requisitos axiológicos para la configuración de este tipo de responsabilidad. De los medios probatorios aportados, pudo determinarse que las manifestaciones vertidas en el artículo periodístico publicado por el medio de comunicación de propiedad de la sociedad demandada, gozan de un sustento probatorio documental y testimonial del que se deriva razonablemente su veracidad e imparcialidad, sin que se haya logrado evidenciar que se hayan expuesto hechos falsos haciéndolos aparecer como ciertos, así como tampoco que el ejercicio de la actividad periodística se hayan realizado imputaciones falsas o inexactas atribuibles a culpa profesional del agente, a su negligencia o impericia.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISION CIVIL FAMILIA

Magistrado Ponente:
Dr. Gabriel Guillermo Ortiz Narváez

Referencia: Apelación de Sentencia en proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual
Proceso No.: 2017 – 00139 – 01 (549 – 02)
Demandantes: CARLOS JAVIER GOMEZ LOPEZ, ELIA MARIA LOPEZ JIMENEZ, NANCER MAURICIO GOMEZ ERAZO, DAYANA NATALY GOMEZ ERAZO, MARIA ALEJANDRA GOMEZ ERAZO, MJGE, ELVIA MARIA ESTERILLA GARCIA, AMANDA LUCIA ERAZO ORTIZ, ALVARO FRANCISCO GOMEZ LOPEZ, MARIA DEL ROSARIO GOMEZ LOPEZ, JOSE VICENTE GOMEZ LOPEZ, IGNACIO ADOLFO GOMEZ LOPEZ, MARTHA LUCIA GOMEZ LOPEZ y KELLY DARIANA CAICEDO ESTERILLA.
Demandado: PUBLICACIONES SEMANA S. A.

San Juan de Pasto, quince (15) de diciembre de dos mil veinte (2020).

Procede la Sala a proferir por escrito la sentencia mediante la cual se resuelve el recurso de alzada interpuesto por la parte demandante, frente a la sentencia calendada a veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019), dictada en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto en el marco del proceso declarativo verbal de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La demanda

El señor CARLOS JAVIER GOMEZ LOPEZ, como víctima directa de los hechos narrados más adelante, ELIA MARIA LOPEZ JIMENEZ (madre), NANCER MAURICIO GOMEZ ERAZO, DAYANA NATALY GOMEZ ERAZO, MARIA ALEJANDRA GOMEZ ERAZO (hijos mayores de edad), MJGE (hija menor de edad), ELVIA MARIA ESTERILLA GARCIA (compañera permanente), AMANDA LUCIA ERAZO ORTIZ (exesposa y madre de los hijos mayores de edad), ALVARO FRANCISCO GOMEZ LOPEZ, MARIA DEL ROSARIO GOMEZ LOPEZ, JOSE VICENTE GOMEZ LOPEZ, IGNACIO ADOLFO GOMEZ LOPEZ, MARTHA LUCIA GOMEZ LOPEZ (hermanos) y KELLY ADRIANA CAICEDO ESTERILLA ("hijastra o hija de crianza"), a través de apoderado judicial, interpusieron demanda en contra de

PUBLICACIONES SEMANA S.A., para que agotados los trámites del proceso, en su momento ordinario, actualmente declarativo verbal, se acojan sus pretensiones con base en los hechos que se sintetizan a continuación:

1.1. Fundamento Fáctico

a) Que el señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, de las notas civiles conocidas del proceso, es un profesional con título de Abogado especializado en Instituciones Jurídico Procesales y Derechos Humanos, además, ostenta formación profesional y título de economista, desempeñándose como abogado litigante, líder y vocero legítimo de las comunidades de la Región de la Cordillera Occidental del Alto Patía, Cofundador y Presidente Histórico del Movimiento Social de los Municipios de la Cordillera Occidental del Alto Patía, fue uno de los actores para la estructuración de la Fundación del Movimiento Social de los Municipios de la Cordillera Occidental del Alto Patía (FUNDACOR) y Personero Municipal, destacando que desde 1994, ha sido interlocutor y suscriptor de acuerdos de gestión con el Gobierno Nacional en representación de las comunidades de ésta región y desde las Marchas Campesinas de los años 1990. Que ha estado al frente de la defensa de los derechos de las Víctimas durante más de treinta años, participando en el escenario regional, poniendo en conocimiento de las autoridades competentes los principales hechos y conductas punibles en los casos de violación de derechos humanos.

b) Que en el 2008, el señor GÓMEZ LÓPEZ aceptó el cargo de Personero Municipal de Policarpa (N), y en cumplimiento de sus funciones, inició un proceso de concienciación de las personas pertenecientes a las comunidades afectadas por el conflicto armado, ello con el fin de que denunciaran y reclamaran sus derechos ostensiblemente violados, logrando que los habitantes de Policarpa -Nariño, perdieran el miedo y se animaran a hacer reclamaciones como víctimas del conflicto armado interno por motivos ideológicos y políticos, proceso que se autodenominó "*las víctimas del Patía*", por desplazamiento forzado, desaparición forzada, delitos contra la libertad e integridad sexual, entre otros hechos victimizantes.

c) Cada uno de los casos de violación a los derechos humanos respecto de cada víctima fue denunciado ante la Inspección de Policía de Policarpa, Ejido, Madrigal, con hechos debidamente documentados, declaraciones extra proceso, certificaciones de Personería, certificados del Psicólogo y demás pruebas que se lograron recaudar. Todo ese trámite, lo realizaron muchas de las víctimas bajo la función del demandante como Personero y ante la Fiscalía General de la Nación, tal y como lo establecían las normas vigentes, labor que cumplió hasta el veintiocho (28) de febrero de dos mil doce (2012), fecha en la que terminó sus funciones y entregó el cargo de Personero.

d) Según un cuadro contenido en la demanda, se describen que en total fueron 28.800 víctimas, proceso de reconocimiento y reclamación, en el cual tuvieron participación y acompañamiento organismos internacionales como el CICR, ACNUR, MÉDICOS SIN FRONTERAS, MAAPP OEA, OFICINA DE DERECHOS HUMANOS DE NACIONES UNIDAS, su delegado CRISTIAN SALAZAR, y también la Procuraduría, Defensoría del Pueblo, la Gobernación de Nariño, entre otras entidades.

e) En lo que resulta de relevancia para el caso, se dice en el libelo que la sociedad demandada a través de su Revista Semana, de manera sorpresiva, irresponsable y arbitraria, sin ningún fundamento real o verás y por demás extraña, en la edición No. 1572 del 18 al 25 de junio de 2012, página 42 y 44, dentro de la crónica publicada el día 18 de junio de 2012, se hicieron las siguientes afirmaciones respecto del señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ:

"En Policarpa, un pueblo sufrido de Nariño, se inventaron una peculiar manera para que todos fueran indemnizados como víctimas del conflicto. Y el problema es que ahora están que se matan unos a otros por el mismo motivo". (...) las victimas están en pie de guerra. De un lado están los que fueron estafados por Javier Gómez, el ex personero de este municipio de Nariño, que cobraba 200.000 pesos por persona para tramitar los formularios para declararse víctima de daños psicológicos".
(…)
"Fue entonces cuando las irregularidades se dispararon. SEMANA conoció más de una decena de denuncias en las que se acusa al ex personero de enriquecerse a costa de las víctimas".

f) Que dicha difamación perpetrada por la sociedad demandada a través de la Revista Semana, conllevó un gravísimo atentado a la dignidad de CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, de sus hijos, de su madre, compañera y de su familia entera, pues se afectó sin ninguna consideración al mencionado profesional, sometiéndolo al escarnio

público, comprometiendo su seguridad personal y la de toda su familia que actúan como demandantes, ocasionándose los siguientes efectos:

- Fue objeto de los peores insultos e imputaciones que vinieron de los propios actores del conflicto armando, pues creyeron la afirmación de la Revista Semana, sin ninguna clase de consideración. Dicha información - noticia (fuente) fue reproducida en otros medios, agravando más la difamación y riesgo del mencionado profesional como de su familia.
- Pasó de ser un hombre de bien, honorable, de reconocido prestigio familiar y social, que se había ganado un respeto histórico en la región, a convertirse en la persona más desprestigiada, al ser tildado de "*estafador a costa de las víctimas del conflicto*".
- Que la publicación desencadenó de manera inmediata un sin número de amenazas y señalamientos lanzados en contra de CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ y de su familia, "*siendo víctima de toda clase de vejámenes, señalamientos, amenazas, persecuciones, como si se tratara del peor delincuente", pasando a ser "la persona más buscada de la región por los actores armados legales como ilegales con fines de asesinarlo*", lo mismo que por la delincuencia común, pues creían que el demandante tenía sus cuentas repletas en los bancos, por causa del aprovechamiento de las víctimas y de la estafa, según Revista Semana, contra ellos perpetrada.
- Entre las consecuencias más graves, se señala en la demanda que el 29 frente de las FARC-EP., al mando de Groelfi Rodríguez Moreno alias "Ramiro", también alias "Zabalo" y alias "Aldemar" señalaron al demandante como objetivo militar, pues creyeron que él había sido la persona que engañó a la comunidad de Policarpa y víctimas, por lo que en su momento y aún en la actualidad, los demandantes corren grave peligro, por lo que tuvo que salir de su domicilio y asiento personal y familiar.

g) Frente a la publicación realizada en la revista Semana, se dice que no son ni fueron ciertos los hechos sobre los cuales fundó y estructuró su afirmación periodística, desprovista de sustento real y fáctico, pues en más de cinco años, ninguna autoridad penal ha proferido condena alguna por los hechos que motivaron la imputación periodística, que sin ninguna investigación seria y objetiva, terminó condenando al señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ como estafador de las víctimas del conflicto armado de la citada región, cuando él jamás había recibido pago por la formulación de sus reclamaciones.

h) En consecuencia, que la sociedad demandada quebrantó los artículos 55 de la ley 29 de 1944 que reza: "*Independientemente de la responsabilidad penal a que se refieren los artículos anteriores,* ***todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otro estará obligado a indemnizarlo****, salvo que demuestre que no incurrió en culpa" y, el artículo 20 Constitucional, "Se garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, la de informar y* ***recibir información veraz e imparcial****, y la de fundar medios masivos de comunicación. "Estos son libres* ***y tienen responsabilidad social*** *(…)*".

i) Se aclara en la demanda que en ejercicio de la profesión como abogado litigante, cuando ya había dejado con tiempo atrás y por el término legal sus funciones de Personero Municipal, el señor GÓMEZ LÓPEZ adelantó ante La Unidad Administrativa Especial Para La Atención Y Reparación De Las Victimas –UARIV-, la representación de un total de mil ochocientas cincuenta y ocho personas (1858), actuación que no pudo continuar ante las consecuencias que tuvieron los señalamientos y difamaciones irresponsables que hizo o lanzó la Revista Semana, afirmando que por causa de tales difamaciones, ningún cliente pagó los honorarios contratados por la gestión realizada.

j) En razón de los hechos expuestos, se asegura que los demandantes se encuentran legitimados por activa y, por tanto, les asiste pleno derecho a reclamar el valor de la indemnización correspondiente, y por pasiva, la sociedad demandada, adquiere suficiente legitimación para ser traída a este proceso en el extremo pasivo de la Litis.

1.2. Pretensiones

Que se declare que la sociedad PUBLICACIONES SEMANA S.A., es responsable civil y extracontractualmente de todos los daños y perjuicios materiales, morales y los daños a la vida de relación de los demandantes, señores CARLOS JAVIER GOMEZ LÓPEZ; de sus hijos: NANCER MAURICIO GOMEZ ERAZO, DAYANA NATALY GOMEZ ERAZO, MARIA ALEJANDRA GOMEZ ERAZO, estos mayores de edad, y de su hija menor MJGE; de su señora madre ELIA MARIA LOPEZ JIMENEZ, de su compañera permanente ELVIA MARIA ESTERILLA GARCIA, de su hija de

crianza KELLY ADRIANA CAICEDO ESTERILLA, de sus hermanos ALVARO FRANCISCO GOMEZ LOPEZ, MARIA DEL ROSARIO GOMEZ LOPEZ, JOSE VICENTE GOMEZ LOPEZ, IGNACIO ADOLFO GOMEZ LOPEZ y MARTHA LUCIA GOMEZ LOPEZ y, de su ex esposa y madre de sus hijos mayores, señora AMANDA LUCIA ERAZO ORTIZ.

Consecuencialmente, se condene a la sociedad demandada a cancelar a favor de los demandantes, el valor de los perjuicios materiales, de los perjuicios morales y de los daños a la vida de relación, en los montos y sumas de dinero expresados con mayor detalle en el respectivo acápite del libelo, según fueron estimados bajo juramento y de manera razonada, en el acápite III de la demanda, o a los que resultaren probados dentro del proceso.

2. Contestación de la demanda

Una vez surtida la notificación personal del libelo y realizados también los actos de notificación de la reforma de la demanda, en su debida oportunidad la sociedad PUBLICACIONES SEMANA S.A., a través de su apoderado judicial le dio contestación, refiriéndose a cada uno de los hechos expuestos manifestándole que la mayoría de ellos no le constaban, otros que no eran ciertos o que no eran precisamente fundamentos fácticos, oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, objetando el juramento estimatorio, proponiendo las excepciones de mérito que denominó: "*libertad de actividad periodística", "ejercicio legítimo y razonable de la actividad periodística que se encuentra constitucionalmente garantizada", "protección en el ámbito internacional de la libertad de expresión, de información y de la actividad periodística en general", "cumplimiento de la actividad periodística por parte de la sociedad demandada", "ausencia de los requisitos de la responsabilidad civil invocada", "conducta dolosa e imprudente del demandante", "inexistencia de vulneración a la honra y al buen nombre del demandante", "reclamación excesiva de perjuicios", "vulneración al principio de congruencia"*, y la genérica o innominada.

3. Trámite Procesal de la Primera Instancia

Mediante auto interlocutorio del día veintiséis (26) de julio de dos mil dieciocho (2018), el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, admitió la modificación de la demanda, ordenando correr el correspondiente traslado, el cual una vez cumplido y dentro de la oportunidad legal, el demandado a través de su respectivo apoderado judicial presentó su escrito de contestación tal como se había referenciado.

Luego, mediante providencia del once (11) de septiembre de dos mil dieciocho (2018) se fijó la fecha para llevar a cabo la audiencia de la que habla el artículo 372 del C. G. del P., misma que fue realizada el veinticuatro (24) de octubre de dicho año, en la cual se declaró fracasada la etapa conciliatoria, se recibió la declaración de parte de los integrantes de la Litis, se fijó el litigio, y posteriormente al agotamiento de la etapa de saneamiento del proceso, se decretaron las pruebas oportunamente solicitadas y aportadas por las partes[1]. Finalmente, se citó a la audiencia en que habría que practicarlas, recibir alegaciones y proferir el fallo de primera instancia, el cual se dictó el veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019).

4. La sentencia de primera instancia

Una vez surtido el trámite descrito, el día veinte (20) de marzo de dos mil diecinueve (2019), el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto profirió sentencia de primera instancia, en donde resolvió negar las pretensiones del libelo propuesto por los demandantes y condenar al extremo activo en costas. Dicha providencia fue objeto del recurso de apelación interpuesto al interior de la misma audiencia, cuyos reparos concretos se presentaron por escrito dentro de los tres días siguientes a su terminación, los cuales obran a folios 3172 a 3205 del cuaderno principal 7.

Luego, el recurso de apelación fue concedido mediante providencia del veintiuno (21) de junio de dos mil diecinueve (2019), auto contra el cual se interpuso reposición por parte del apoderado judicial del extremo pasivo, medio de impugnación que fue resuelto de manera negativa mediante providencia de veinticuatro (24) de julio de dicho año.

[1] Fl. 2753 – C. Principal 6

5. Trámite de la segunda instancia

5.1. Por medio de la Oficina de Reparto, se dirigió el asunto para que fuera conocido por la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, el nueve (9) de agosto de dos mil diecinueve (2019), motivo por el cual se procedió a admitir la alzada mediante providencia del día doce (12) del mismo mes y año. En contra de dicho auto, el apoderado de la parte demandada interpuso reposición, el cual mediante providencia del pasado veinte (20) de noviembre, fue debidamente encausado como súplica ante el Despacho de la H. Magistrada Dra. Aída Victoria Lozano Rico, quien en Sala Dual lo resolvió de manera negativa en providencia de dieciséis (16) de diciembre de dos mil diecinueve (2019).

5.2. Dentro del trámite de segunda instancia obra la solicitud de vigilancia especial solicitada por la parte demandada ante la Procuraduría General de la Nación, bajo el radicado E-2019-704420, trámite dentro del cual la Procuraduría Regional de Nariño resolvió la práctica de la visita especial a fin de revisar el presente expediente, y verificar el estado del trámite, la cual se realizó el treinta (30) de enero de los cursantes, tal como se dejó constancia en la respectiva acta.

5.3. Luego, mediante escrito recibido en la Secretaría de la Sala el pasado dos (2) de marzo de dos mil veinte (2020), el apoderado de la parte demandada presentó un derecho de petición, solicitando información relacionada con causales de impedimento o recusación en relación con los magistrados integrantes de la presente Sala, solicitud a la cual se dio respuesta mediante auto del pasado dieciocho (18) de septiembre hogaño.

5.4. Luego, en auto fechado el veinticinco (25) de septiembre de dos mil veinte (2020), se emitió pronunciamiento respecto de la solicitud de decreto de pruebas presentada por el apoderado judicial de la parte demandante, negando dicha petición, pero decretando de manera oficiosa la solicitud de información a la Fiscalía 17 Seccional Pasto y al Juzgado Segundo Penal del Circuito de esta misma ciudad, otorgando el término de 3 días para aportarla.

5.5. Ante lo solicitado y dentro del término que se otorgó, únicamente la Fiscalía 17 Seccional Pasto emitió la respectiva respuesta, motivo por el cual a través del auto del catorce (14) de octubre de los cursantes se resolvió poner en conocimiento de las partes el documento allegado por el mencionado ente investigador, prescindir de la prueba de oficio decretada respecto del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, se adecuó el trámite a lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, y se concedió al apelante el término de 5 días para sustentar por escrito el recurso de apelación.

5.6. Dentro del término de traslado, el apoderado de la parte demandante y apelante, sustentó por escrito el recurso de alzada, e igualmente, el apoderado de PUBLICACIONES SEMANA S.A. allegó el memorial de réplica, tal como se dejó constancia en el correo recibido por la Secretaría de la Sala.

II. CONSIDERACIONES

Procede la Sala a decidir sobre la alzada interpuesta por el apoderado judicial de los demandantes, contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto. Así, en este momento, vale la pena recordar tal como se advirtió en el auto de catorce (14) de octubre de los cursantes, que se debía sujetar la alegación a desarrollar los reparos concretos a la sentencia impugnada, expuestos ante el juzgado de primer grado, ya que esta colegiatura examinaría la cuestión debatida, únicamente en relación con tales reparos.

Para el caso, el apoderado judicial de la parte demandante interpuso el recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia, exponiendo los argumentos que en su orden admiten el siguiente resumen:

a. Que la sentencia es vulneradora de los derechos fundamentales a la honra, buen nombre y a la dignidad de los actores, ya que se incurrió en una interpretación equivocada de los hechos expuestos en la demanda, valorando erróneamente lo dicho por los testigos aportados al plenario. Por lo anterior, bajo consideraciones relativas al principio de la dignidad humana, consideró que se había vulnerado dicho derecho por parte del juzgado en relación con los integrantes de la parte demandante.

b. Que la sentencia incurrió en una indebida interpretación y aplicación de la responsabilidad social de la libertad de prensa y de los medios de comunicación, de los deberes de veracidad, imparcialidad, e integridad, frente a los derechos humanos de los integrantes de la parte demandante. Al respecto, comentó que si bien constitucionalmente se protege el derecho a la libertad de prensa, su ejercicio debe ser responsable, pues no es absoluto y puede generar responsabilidades de orden penal y civil.

c. Además, por incurrir en defectos fácticos, la sentencia desconoció los presupuestos axiológicos de la acción, los cuales a juicio de la parte actora se encuentran cumplidos, demostrándose la existencia del daño, en la medida que las afirmaciones contenidas en la crónica denominada "*Nos vamos a dar plomo*", afectaron los derechos fundamentales de los demandantes, pues se hicieron sin ninguna clase de prevención, ni real respaldo objetivo, o respeto o reserva alguna; la culpa de la sociedad demandada, ya que no se aportó prueba alguna en la cual pueda apuntalarse su artículo, señalando que los testigos valorados por el *A quo* correspondían a un partido político opuesto al del demandante, mostrando su clara animadversión; el nexo causal y el daño y los perjuicios reclamados, citando pronunciamientos jurisprudenciales al respecto.

d. Que la sentencia de primera instancia atenta contra el principio de la congruencia, pues en lugar de privilegiar la presunción de inocencia y de buena fe que reposa sobre el demandante, lo condenó por los delitos de estafa y enriquecimiento ilícito.

De acuerdo con lo anterior, corresponde entonces dar contestación al siguiente cuestionamiento jurídico: ¿Se encuentran acreditados todos los presupuestos exigidos para la procedencia de la acción de responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio del periodismo?

1. Antes de resolver el problema jurídico planteado, se destaca que el Juez de primera instancia, como fundamento legal del fallo ahora objeto de impugnación, invocó el artículo 2341 del Código Civil, a partir del cual expuso que doctrina y jurisprudencia decantan los elementos axiológicos de la responsabilidad extracontractual, siendo estos el daño, el hecho dañoso, la culpa y el nexo de causalidad, motivo por el cual procedió al respectivo estudio, concentrándose especialmente en el primero de ellos, que por no encontrarlo debidamente acreditado, se abstuvo del estudio de los demás, denegando en consecuencia las pretensiones.

En este punto, es de particular relevancia para la Sala, aclarar que el asunto que actualmente la ocupa, se refiere a la responsabilidad por los daños ocasionados en el ejercicio de la actividad periodística, entendiéndose que esta labor puede originar responsabilidades de diversa índole, pudiendo ser ética, penal o civil. Así, sin entrar en elucubraciones respecto de las ajenas a la especialidad de la jurisdicción a la que esta Corporación pertenece, la responsabilidad de orden civil, al igual que la de naturaleza ética, halla su fundamento legal en las precisas y especiales disposiciones contenidas en la ley 29 de 1944, actualmente vigente, invocada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en un caso análogo al *sub examine*, por hechos ocurridos en el año de 1988, conforme se citará más adelante.

Así, se destaca que conforme al artículo 55 de cuerpo normativo últimamente mencionado, las particularidades de la responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad periodística se enmarcan dentro de la siguiente premisa legal:

*"**Art. 55.-** Todo el que por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, por medio de la imprenta, de la radiodifusión o del cinematógrafo, cause daño a otra estará obligado a indemnizarlo, salvo que se demuestre que no incurrió en culpa"*

De lo anterior, que la responsabilidad civil en que incurren las empresas periodísticas únicamente puede configurarse en los casos en que aparezca debidamente acreditado que, **con intención o culpa**, en sus publicaciones **falsas o parciales**, se haya ocasionado daño a otro, en cuyo caso deberán resarcirse. En consecuencia, como puede observarse, no halla fundamento en una norma que se encuentre contenida en el código sustantivo de la materia, sino que su estructura y elementos axiológicos pueden derivarse del artículo 55 de la ley 29 de 1944.

Sin embargo, si bien existe una norma específica aplicable al *sub examine*, los fundamentos de la responsabilidad civil por el ejercicio de la actividad periodística son muy similares a los que apuntalan jurídicamente a la responsabilidad civil por culpa extracontractual consagrados en el artículo 2341, norma que fue invocada por el fallador de primera instancia, en atención a la circunstancia planteada por el actor en la demanda. Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil ha manifestado:

"Sin embargo, en primer término debe señalarse que se trata de una legislación particular, porque comprende la responsabilidad civil extracontractual por divulgación antijurídica del "pensamiento" que cause daño a otro que, dentro de una concepción amplia, incluye por supuesto la originada en información nociva. En segundo lugar, también advierte la Sala que los términos y redacción empleados en el sentido de que "todo el que por cualquier medio eficaz... cause daño a otro, estará obligado a indemnizarlo..." (art.55 ley 29 de 1944), no solo revelan que se trata de una aplicación particular de los principios que regulan la responsabilidad civil por culpa extracontractual, sino que además de servirle de fundamento, resultan útiles para la regulación general de este tipo de responsabilidad civil (…). De ello se desprende entonces, que la responsabilidad civil extracontractual por los daños ocasionados en ejercicio de la actividad periodística por la divulgación informativa, sobre hechos o conductas, que conlleve para una persona determinada o determinable imputaciones falsas o inexactas (delictuosas), solamente puede estructurarse cuando, de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, ***pueda atribuirse a culpa profesional del agente****"*[2].

Así, independientemente de la norma que aplicó el fallador *A quo* al caso bajo estudio, de acuerdo con la jurisprudencia en cita, los elementos axiológicos que configuran la responsabilidad civil extracontractual derivada del ejercicio de la actividad periodística y que la parte actora debe demostrar a fin de lograr la prosperidad de las pretensiones, son las siguientes:

- En primer lugar, la presencia de intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga, o que de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, **pueda atribuirse culpa profesional del agente, faltando a su deber de diligencia profesional**.
- En segundo lugar, también se requiere la existencia de un daño, que puede ser, de un lado, moral cuando se trata de un deterioro en el patrimonio moral que afecte la honra, la reputación o lesione alguno de los demás derechos inherentes a la personalidad; o bien material, cuando se refiere a una disminución en los derechos que conforman el patrimonio económico existente o que podía adquirirse mediante la realización de una labor o trabajo, o por medio de la explotación económica pertinente.
- Y en último término, dicha responsabilidad también exige que haya una relación de causalidad entre la divulgación falsa o parcial hecha intencional o culposamente y los daños mencionados[3].

Conforme con lo anterior, lo establecido en el artículo 55 de la ley 29 de 1944, en su estructura guarda semejanza con el artículo 2341 del Código Civil, invocado por el Juez de primera instancia.

2. Ahora, de la lectura de la sentencia emanada del Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, se encuentra que la negación de las pretensiones contenidas en la demanda obedeció a la falta de una debida acreditación del primer elemento axiológico de la responsabilidad extracontractual que nos atañe, es decir, el referido a la existencia del hecho dañoso.

Al respecto, no está por demás aclarar que el hecho dañoso difiere del concepto de daño, bajo el entendido que éste último es el detrimento o menoscabo que sufre una persona en su patrimonio o en su persona material o inmaterialmente, mientras que el primero consiste en la conducta humana activa u omisiva, capaz de producir daño, de ahí que los conceptos estén estrechamente ligados bajo la relación causa (hecho dañoso) y efecto (daño).

[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de mayo de 1999. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No.5244.
[3] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 24 de mayo de 1999. M.P. Dr. Pedro Lafont Pianetta. Expediente No.5244.

Bajo ese entendido, para el presente caso el hecho dañoso consiste en el acto humano de divulgación de una información o pensamiento, por cualquier medio eficaz, ya sea, con la intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con información falsa o inexacta que a sabiendas se irradia, o cuando se realizan imputaciones falsas o inexactas que de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, pueda atribuirse culpa profesional del agente, es decir, a su negligencia o impericia.

Así, conforme a los hechos descritos en la demanda, el hecho dañoso consiste en las manifestaciones que respecto del demandante, se hicieron en el artículo periodístico *denominado nos vamos a dar plomo*, contenido en la Revista Semana, edición No. 1572 del dieciocho (18) al veinticinco (25) de junio de dos mil doce (2012), páginas 42 a 44, medio de comunicación de propiedad de la demandada PUBLICACIONES SEMANA S.A.

Respecto del análisis de la mencionada publicación, como primer argumento de reproche expuesto por el apoderado de la parte demandante, se señaló que el fallo de primera instancia atentaba contra los derechos fundamentales a la honra, buen nombre y a la dignidad de los demandantes en general, y del señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ en particular, destacando con fundamento en extractos jurisprudenciales las características y núcleo esencial de tales prerrogativas, concluyendo que las facultades otorgadas por la libertad de prensa no eran absolutas.

Al respecto, precisamente la sentencia de primera instancia inició el análisis del caso concreto a partir del estudio de los derechos fundamentales a la honra y buen nombre en contraposición a la libertad de expresión, prerrogativas que para el asunto aparecían enfrentadas o contrapuestas, en atención a las posiciones defendidas por cada uno de los extremos en litigio.

Así, en cuanto tiene que ver con el derecho a la honra y buen nombre, se citaron los precedentes establecidos por la Corte Constitucional en las sentencias C - 489 del año 2002 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, reiterada en el fallo T - 015 del año 2015 cuyo ponente fue el Magistrado Luis Ernesto Vargas Silva, la sentencia C - 392 de 2002 con ponencia de Álvaro Tafur Galvis y T-552 de 1995 de ponencia presentada por José Gregorio Hernández Galindo, entre otras. Luego, respecto del derecho a la libertad de expresión en relación con el ejercicio de la actividad periodística, se invocó el fallo T - 391 de 2007, Magistrado ponente Manuel Cepeda Espinoza y la sentencia proferida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sede de amparo constitucional, No. STC 20675 de 2017, Magistrado Ponente Luis Armando Tolosa.

Como puede observarse, el fallador de primera instancia abordó la cuestión jurídica planteada desde la órbita de los derechos fundamentales, invocando los precedentes que sobre las prerrogativas de primer orden en conflicto, habían establecido tanto la guardiana de la Constitución Política y la máxima regente de la especialidad civil de la jurisdicción ordinaria, precisamente en atención a los argumentos que desde la presentación de la demanda y luego en los alegatos de conclusión, propuso el apoderado de los integrantes de la parte actora.

Por consiguiente, con fundamento en los pronunciamientos antes mencionados, concluyó el juez, de la misma forma que ahora lo expone el apelante, que el derecho a la libertad de expresión y libertad de prensa, no era absoluto. Sin embargo, la relatividad que en consecuencia se predica de la mencionada facultad, no se encuentra en el otro extremo de las restricciones, impidiendo el ejercicio de la activad periodística, de la información o la comunicación, conllevando por consiguiente a la censura, o a la imposición de más exigencias que las que están legal o jurisprudencialmente establecidas.

Sobre el tema, citando al fallo de tutela proferido por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia No. STC20675 de 2017, "*la actividad periodística, si bien ostenta rango constitucional, no es "absoluta", por cuanto, tal profesión "no implica, per sé, arrasar con derechos individuales vr. gr. la intimidad y el honor*". Sin embargo, en la misma providencia se determina que los límites que se imponen al derecho a difundir información, se refieren a dos: el de veracidad e imparcialidad, mismos que fueron analizados en su orden por el fallador *A quo*.

Así, respecto del requisito de veracidad de la información, en la mencionada providencia de la Alta Corporación se expuso:

"Respecto de la veracidad de la información, la Corte ha explicado que hace referencia a hechos o enunciados de carácter fáctico que puedan ser verificados razonablemente. Lo anterior, significa entonces que lo que se exige ***no es una prueba irrefutable acerca de que la información publicada o emitida sea cierta****, sino "un deber de diligencia razonable con base en el cual sea factible afirmar que: (i) se realizó un esfuerzo por constatar y contrastar las fuentes consultadas; (ii) se actuó* ***sin un ánimo*** *expreso de presentar como ciertos, hechos falsos y (iii)* ***se obró sin la intención directa y maliciosa de perjudicar*** *el derecho al honor, a la intimidad y al buen nombre de otras personas (…)"*[4].

De lo anterior, pueden decantarse dos cosas; la primera, que contrario a lo entendido por el demandante y a la vez alzadista, lo que se exige de la información publicada en el medio de comunicación no es que se trate de una verdad irrefutable, que no resista medios de convicción en contrario. La segunda, que las reglas subrayadas en la parte final del párrafo transcrito, se relacionan directamente con el primero de los requisitos axiológicos de la responsabilidad civil sub examine, se recuerda: la presencia de intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga, o cuando **se realizan imputaciones falsas o inexactas que de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, pueda atribuirse culpa profesional del agente, es decir, a su negligencia o impericia**.

Así, la prosperidad de la pretensión declaratoria de responsabilidad que aquí se ventila, depende primeramente de la acreditación de dicho requisito, y es ahí donde debió dirigirse el despliegue de la actividad probatoria de la parte actora, y **no** a exponer hechos como por ejemplo las calidades de buen hijo y padre de familia, sus estudios profesionales e historial laboral tanto público como privado, pues como se advirtió, la exigencia no es que la publicación contenga verdades absolutas e irrefutables, si es que algo semejante existe.

Por lo anterior, esta Corporación no comprende las razones por las que el alzadista, en el primero de los reproches esgrimidos contra la sentencia, resalte los orígenes humildes y campesinos del señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, sus cualidades como hijo y padre de familia, sus estudios profesionales y de sus descendientes, y los cargos desempeñados en el ejercicio de la función pública y privada, señalando que no fueron tenidos en cuenta por el fallador *A quo*, pues:

En primer lugar, no tenía por qué hacerlo, ya que los componentes de su hoja de vida y los antecedentes de su origen y trayectoria no están en discusión, no son temas tratados en la publicación periodística negándolos o poniéndolos en entredicho. En segundo lugar, porque tales manifestaciones no son coherentes al momento de controvertir la *ratio decidendi* del fallo de primera instancia, la cual consistió en que no estaba acreditado que lo difundido a través del medio de comunicación nacional, fuera el resultado de la labor descuidada de consulta de fuentes, con ánimo de presentar como ciertos, hechos falsos, y con la intención maliciosa de perjudicar al demandante ni a su familia.

En este mismo sentido, tampoco entiende esta Sala y en su momento el fallador *A quo*, las razones por las cuales se alega que la publicación cuestionada atentó contra el derecho a la intimidad del señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ y de su familia, pues el texto denominado *nos vamos a dar plomo* no escudriña en la vida personal del mencionado demandante, en sus costumbres, gustos o preferencias, sino exclusivamente en unos hechos que se presentaron en una época determinada, cuando él se despeñó como personero del municipio de Policarpa y los años posteriores, cargo que no sobra decirlo, es de naturaleza pública.

En la sentencia C – 881 de 2014, la Corte Constitucional señaló que el derecho a la intimidad supone la existencia y goce de una órbita reservada para cada persona, exenta del poder de intervención del Estado o de las intromisiones arbitrarias de la sociedad, que le permita a dicho individuo el pleno desarrollo de su vida personal, espiritual y cultural.

Desde ese punto de vista, las actividades de un funcionario público en ejercicio de sus funciones, no corresponden a la órbita privada, reservada al poder de la intervención del Estado y exenta de la intromisión de la sociedad, al

[4] T-022 de 2017.

contrario, por su naturaleza pública, son objetivo especial de ese tipo de medios de injerencia estatal o social. Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia varias veces aquí citada, expuso:

"El periodismo tiene raigambre constitucional, cumple una función central en la democracia contemporánea; demanda toda la protección y defensa del caso, por el papel activo que desarrolla y debe cumplir para la transparencia de las actividades públicas, de los gobiernos y de las autoridades en general, así como para el reconocimiento de derechos".
(…)
*"el ejercicio desplegado por los medios de comunicación debe alentarse**, por cuanto a través suyo se mantiene enterada a la población en general, de las situaciones que le conciernen, supervisan la gestión pública**, procuran servir al interés ciudadano, producen información y la difunden, contribuyendo a la construcción de una democracia deliberativa".*

Por lo mencionado, la parte apelante no demostró en qué manera la publicación realizada por la Revista Semana ingresó en la esfera personal y privada del señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, menos en la de su familia, y por ende no es de recibo como argumento de reproche, el enarbolado discurso que describe una historia de superación en medio de la adversidad, cuando de lo que se trata, es del sustento fáctico, pero sobre todo probatorio, de unos requisitos específicos, siendo el primero de ellos, la presencia de intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga , o las imputaciones falsas o inexactas que de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad puedan atribuirse a culpa profesional del agente, es decir, a su negligencia o impericia, conforme al contenido que de dichos conceptos se describe en la sentencia SCT20675 de 2017 de la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, T-022 de 2017 de la Corte Constitucional, que ya habían sido esbozados en términos similares en el invocado artículo 55 de la ley 29 de 1944, analizados en el fallo de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia del veinticuatro (24) de mayo de mil novecientos noventa y nueve (1999), con ponencia del Magistrado Pedro Lafont Pianetta.

3. Luego, la parte apelante expuso que la sentencia de primera instancia incurría en una indebida interpretación y aplicación de la responsabilidad social de la libertad de prensa, de los deberes de veracidad e imparcialidad, nuevamente invocando los derechos fundamentales de la parte actora. Así, de manera más específica, acusó a la publicación de la revista semana, denominada *nos vamos a dar plomo*, y en especial a su autor Jonathan Bock, de incumplir con el deber de diligencia razonable en aras de constatar y contrastar las fuentes consultadas, no realizar un esfuerzo por confrontar integralmente la realidad, que se la presentó con el ánimo de mostrar como ciertos hechos "*que al final resultaron ser totalmente falsos y sin prueba real u objetiva",* conllevando entonces a las consecuencias cuya reparación se exige en la demanda.

Sobre el punto, ya se ha hablado sobre los límites impuestos al derecho a la libre expresión y las exigencias que legal y jurisprudencialmente se hace a quienes desempeñan la actividad periodística, pero para poder continuar con el análisis del recurso de apelación, se precisa hacer una breve referencia al contenido de la crónica denominada *nos vamos a dar plomo*.

Dicho texto, tiene 1146 palabras distribuidas en las páginas 42 a 44 de la publicación No. 1572 de la Revista Semana, cuyos primeros párrafos se refieren al contexto de lo sucedido en el municipio de Policarpa, a partir de lo dicho por "*señores de sombrero y mujeres vestidas con ropa ligera*", es decir, habitantes del lugar, señalando además la forma en que uno de cada tres de ellos, han sido víctimas del conflicto armado por hechos violentos ocurridos entre el año 2005 y 2007.

A continuación, se describen situaciones relacionadas con el señor JAVIER GÓMEZ, afirmando que en el municipio existían dos bandos, uno, integrado por las personas que se dice "*fueron estafadas por él*", y otro, por las personas que por su influencia, atacan a la actual personera de Policarpa, todo relacionado con las reclamaciones administrativas ante la Unidad de Reparación de Víctimas.

Sobre el tema, se señala que el actual demandante alentó a los habitantes de dicha localidad para el diligenciamiento de unos formularios con el fin de obtener una reparación en dinero por el daño psicológico causado por el conflicto armado, en una cantidad de mil solicitudes en dos meses, tiempo que le restaba para

terminar su periodo como funcionario público, describiendo que por tal labor cobraba un monto de doscientos mil pesos, logrando que Acción Social indemnizara a 85 personas por daños psicológicos en el mes de octubre de 2011.

Luego se relata que "*SEMANA*" conoció más de una decena de denuncias que acusaban al ex personero de enriquecerse con las víctimas, citando a una persona cuyo esposo había sido torturado durante una noche por un grupo paramilitar, motivo por el cual le habían recomendado acudir donde el mencionado funcionario, darle doscientos mil pesos y en reparación recibirían catorce millones como indemnización, sin embargo, "*pasó un año de eso y nada*", refiere la nota haciendo relación a lo dicho por la entrevistada, extracto que más adelante toma relevancia conforme a la valoración de la prueba del presente asunto.

Luego, y de importancia para el *sub examine*, en la misma crónica se señala que el señor JAVIER GÓMEZ "rechazó esos señalamientos y aseguró que hay una campaña sucia en su contra" pues según su criterio, "*la actual personera se opone a todo el proceso de reparación de víctimas*", exponiendo de forma literal: "*A mí me están persiguiendo y me quieren matar. Yo no le he cobrado a la gente, yo no me estoy enriqueciendo como dicen, solo he recibido la colaboración de algunas personas que me ayudan con 10.000 o 20.000 pesos para todos los gastos*".

Desde aquí se avizora y de la simple lectura de la crónica en cuestión, que sí se confrontaron las posiciones expuestas en el relato, en donde incluso se divulgó exactamente la posición que ahora el señor JAVIER GÓMEZ refiere en la demanda.

Por lo demás, la cuarta parte de la crónica, se refiere a que una vez finalizado su periodo como personero municipal, continuó alentando a la comunidad para el diligenciamiento de los formularios, que ahora debían presentarse ante la nueva funcionaria, abarrotando su despacho con personas alentadas por el señor GÓMEZ, quien la acusó como "*enemiga de las víctimas*" en una reunión de 400 personas, de lo que se afirma existe un video.

Finalmente, se señala que las autoridades a pesar del conocimiento que se tiene sobre el asunto no han hecho mucho, que la Unidad de Víctimas ha confirmado un equipo con el fin de revisar las peticiones presentadas por el señor Gómez, "*cuando era personero*", que por el momento estaban congeladas, y hasta tanto, existía un ambiente de conflicto en el municipio, al punto que las personas alentadas por el ahora demandante, se amotinaron en las puertas de la Personería municipal, obligando a la actual funcionaria a trabajar desde la ciudad de Pasto.

Así, respecto de los temas en cuestión, dentro del plenario aparecen los siguientes medios de prueba:

En la audiencia inicial se recibió el testimonio del periodista Johathan Bock, autor del texto bajo escrutinio, describiendo las tareas realizadas para obtener la información que finalmente se plasmó en la crónica, señaló que teniendo la aprobación de los directivos, corroboró la información obtenida con la Unidad de Víctimas y con la personera de Policarpa, Sonia Cifuentes, luego viajó de Bogotá hasta dicho municipio, pasando una noche en la ciudad de Pasto, obteniendo información en otras entidades como la Gobernación de Nariño. Luego, ya en Policarpa, entrevistó aproximadamente a 15 personas que afirmaron sentirse estafadas por el ahora demandante, por cancelarle ciertas sumas para el trámite de las indemnizaciones como víctimas del conflicto armado, quien creó expectativas en la población.

En este punto, se destaca que por lo delicado de la situación en el lugar donde acontecían los hechos, las personas entrevistadas eran cautelosas frente a la entrega de información como por ejemplo sus nombres, pues eran temerosas de las consecuencias, incluso por haber entregado dinero a Carlos Gómez para el trámite de las indemnizaciones, lo que consideraban irregular.

Por lo demás, describió el testigo que antes de la publicación del artículo, deben pasarse filtros dentro de la revista, determinantes para la solidez del texto, el primero, entre el periodista y su editor, el segundo, el comité editorial que revisa la historia, exige cambio de palabras, títulos y ahondar en determinados aspectos y, finalmente, el editor general quien revisa el artículo con quienes participaron en su elaboración, filtros que son muy rigurosos.

Ahora, en párrafos pasados se describió la historia de una persona cuyo esposo había sido torturado, motivo por el cual le habían sugerido acudir junto con sus hijos donde el señor JAVIER LÓPEZ, quien se desempeñaba como personero, con el fin de que a cabio de la entrega de una suma de dinero, se le gestionaría la indemnización como

víctima del conflicto. Al respecto, dentro del plenario se reportó la declaración de la señora Noly Amparo Rodríguez, pobladora del municipio de Policarpa, quien afirmó entregar la entrevista a la Revista Semana, junto con su vecina María Epifanía Meneses.

La mencionada testigo, afirmó sentirse estafada, pues entregó junto con su esposo y sus dos hijos la suma de $200.000 pesos por cada uno, para recibir la indemnización de $14.000.000 que el señor Juan Díaz, amigo del demandante Carlos Javier, le había prometido, todo ello a través de un abogado de nombre William. Con tal fin, aseguró diligenciar formularios repartidos por el entonces personero Municipal CARLOS JAVIER GÓMEZ a las personas que él quería, reclamación de la que no vio resultados.

Se destaca que la declarante, respondió afirmativamente a la cuestión sobre la participación que tenía el señor Gómez frente al trámite y éxito en las reclamaciones, refiriendo el enojo de los habitantes del municipio para la época de los hechos, señalando que habían sido robados por el señor CARLOS JAVIER GÓMEZ.

Luego, sobre la reunión que en la crónica se dice existe un video, la declarante bajo análisis relató que ese tipo de reuniones se hacían después de que el ahora demandante terminó su periodo de personero, entonces él las convocaba animando a la gente para que presionaran a la doctora Sonia para el diligenciamiento y trámite de los mencionados formularios, que ocurrían en el polideportivo con la participación de mucha gente, aunque también aclaró que solamente se enteró de una sola de ellas en la que estaba CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, sin escuchar lo que decía, pero se comentaba que había molestia con la nueva personera, porque echó al piso lo que había hecho el anterior.

Lo relatado se corrobora con lo dicho por el testigo Miguel Ángel Grajales Burbano, quien dijo que después de que el demandante fue personero, entró la doctora Sonia, empezando una pugna, relatando que en todos los municipios existen grupos políticos, y que cuando se realizó la convocatoria para la elección del cargo de Personero Municipal, el grupo perdedor rivaliza con el ganador. Este testigo no manifestó tener conocimiento sobre el cobro de dinero a cambio de la entrega de los formularios para reclamar indemnizaciones, pero sí sabía que aproximadamente unas 1000 personas hicieron la petición por medio del señor Gómez.

Igualmente, sobre el último tema en cuestión, aparece la declaración del señor Bladimir Marín Ramos, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad de Víctimas, quien describió que la dependencia a su cargo tiene un área de indagación y prevención contra el fraude, la que pudo advertir a finales del mes de septiembre de dos mil diez (2010), que el personero de Policarpa Carlos Javier Gómez estaba cobrando a algunas víctimas del conflicto armado, exigiéndoles sumas de dinero para cada caso, obteniendo conocimiento sobre personas que habían cancelado hasta $3.000.000, que como consecuencia de lo anterior, se efectuó la respectiva denuncia por el delito de concusión ante la Fiscalía General de la Nación.

Luego, para el año 2012 la Unidad de Víctimas recibió información de otra persona que había presentado una queja disciplinaría ante la Procuraduría Local de Pasto, porque el señor CARLOS JAVIER GÓMEZ le había dicho que le ayudaría a obtener del Estado una reparación administrativa por la muerte de su hijo, pero que para lograrlo, primero tenía que mentir y luego, cuando le dieran el dinero tenía que darle una parte a él. Por ello, la entidad presentó otra denuncia por el delito de concusión en contra del señor Carlos Javier Gómez, denuncias que se acumularon por conexidad y se encuentran activas en atapa de indagación bajo radicación No. 525406008831201000003 en la Fiscalía 17 seccional de Pasto.

Sobre lo relatado últimamente, debe señalarse que en virtud de la prueba de oficio decretada en segunda instancia, se corroboró exactamente lo dicho por el Testigo, cuando la Fiscalía 17 Seccional Pasto manifestó a través de documento, que inicialmente la investigación asignada a dicho despacho le correspondió el radicado No. 52 001 6000 485 2010 09958, cuyo indiciado era el señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, asunto que fue archivado por conexidad, por cuanto la investigación pasó a ser parte del asunto No. 52 001 6000 000 2010 00003 de la Fiscalía 7 Seccional Pasto. Igualmente indicó esta última célula investigadora que no podía brindar mayor información al respecto, en la medida que el proceso estaba en etapa de indagación.

Luego, continuando con la declaración del testigo Bladimir Marín Ramos, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la Unidad de Víctimas, señaló que 1124 formularios provenientes de Policarpa – Nariño fueron objeto de un estudio

que arrojó la negativa de incluir a sus peticionarios en el Registro Único de Víctimas por ausencia de requisitos, decisión que fue recurrida por el señor Carlos Javier Gómez en calidad de apoderado de aproximadamente 500 personas, lo que llevó a que la entidad presentara queja disciplinaría ante el Consejo Seccional de la Judicatura, pues continuaba realizando trámites a favor de las víctimas después de haber dejado su cargo como personero, denuncia que terminó en la imposición de sanción disciplinaria en contra del ahora demandante, datada el veinte (20) de abril de dos mil dieciséis (2016), confirmada en segunda instancia por el Consejo Superior de la Judicatura.

Finalmente, el testigo manifestó que conocía el artículo en discusión, pues su contenido obedece al seguimiento que la entidad está realizando frente al caso, haciendo referencia al estudio administrativo al interior de la unidad.

Luego, aparece la declaración de la señora Elvia Liliana Córdoba Erazo, habitante de Policarpa quien destacó inicialmente que por pertenecer a un partido político diferente al del ahora demandante, se negó a entregarle los formularios, pero con posterioridad y ante su insistencia por diligenciarlos a favor de los miembros de su asociación, el señor GÓMEZ le explicó que existía un abogado para realizar la diligencia, que cobraba $200.000, llamado William Pérez en la ciudad de Pasto, que ahí les habían llenado los formularios recibiendo sus declaraciones respecto de la existencia de un daño psicológico. Agregó la testigo que no entendía porque se daba aplicación en esa forma a la ley de víctimas, pero que en cualquier caso, el abogado les manifestó que si diligenciaban el formulario y pagaban el dinero, les llegaría la indemnización.

Relató que se les dijo que los formularios se habían acabado y que los únicos que tenía eran para vender, que se cobraba tanto por la venta del formulario como por el trámite posterior, todo de manera informal, lo que despertó las sospechas de la testigo, que cuando comenzó el rumor del cobro de $200.000 por el formulario, ella les decía que no caigan en la trampa pues ya había leído la ley, teniendo un altercado con el ahora demandante.

Por lo demás, señaló la testigo que estuvo presente en una de las reuniones organizadas por el señor JAVIER GÓMEZ, quien en dicho acto había distorsionado las cosas que estaba diciendo la nueva personera sobre las indemnizaciones a las víctimas, señalando que tuvo que retirarse de la reunión porque la iban a agredir.

Por su parte, otro habitante del municipio de Policarpa, Héctor Ramiro Ayala Vargas, corroboró lo dicho por otro de los testigos mencionados líneas arriba, mencionando que la localidad se encontraba políticamente dividida por quienes eran partidarios de la nueva personera Sonia Cifuentes en oposición a los seguidores del ex personero CARLOS JAVIER GÓMEZ. Señaló de forma literal: "*Con la esperanza de que iban a obtener una reclamación, muchas personas fuimos víctimas del doctor Javier*".

Luego, este testigo relata al igual que otros allegados al plenario, que el señor GÓMEZ los enviaba a la ciudad de Pasto a entrevistarse con el abogado William Pérez, con la advertencia del pago de $200.000, pero que por razones de amistad dejaría en $150.000. Sobre el tema, asegura que pagó un total de $1.600.000 por las solicitudes de ocho familiares, de lo cual existe un recibo por dicho valor[5].

Por lo demás, luego de describir detalles sobre el diligenciamiento de los formularios en la oficina del mencionado abogado, que no era funcionario de la personería ni habitante de Policarpa, manifestó que se había enterado que el diligenciamiento del formulario se hacía de forma gratuita, motivo por el cual fue a reclamarle al señor GÓMEZ, teniendo una pequeña discusión. Agregó que había otras personas molestas con dicha situación, pero que aún así lo seguían, pues confiaban y tenían la esperanza de que con él se recibiría una indemnización, temiendo que de otra forma el trámite se arruinaría.

Luego, se reportó al plenario la declaración de quien sucedió al demandante en la Personería Municipal, Sonia Zoraida Cifuentes Melo, quien relató que al llegar a la institución en el año 2012, presenció un ambiente polémico en la comunidad, pues el anterior funcionario había manifestado a los pobladores que él era quien podía obtener las indemnizaciones a favor de las víctimas, lo que llevó a que la comunidad se volcara contra ella y los concejales que la habían elegido, teniendo que tomar las medidas necesarias para la protección de su vida.

[5] Fl. 1867 – C. Principal.

Agregó que expuso su versión en una entrevista a la Revista Semana, por medio de la cual conoció de una grabación en la que se observaba al señor CARLOS GÓMEZ afirmar que la nueva personera no tenía conocimiento de la normas a favor de las víctimas y aseverando que "*si el estado le daba papaya él iba a aprovechar*", manifestó que el demandante adecuaba las declaraciones porque las personas llegaban con sus versiones ya hechas, solicitándole a la testigo que se las reciba y transcriba tal cual estaban. Además, precisó que dichas personas le manifestaron que habían realizado unos pagos con el fin de obtener las indemnizaciones, hechos en los que estaba involucrado el demandante JAVIER GÓMEZ, con otro abogado.

En adición a la prueba testimonial y documental a la que se ha hecho referencia, a folios 2477 y 2478 del cuaderno principal, aparece el informe de la Procuraduría Provincial de Pasto, donde refiere la sanción impuesta al señor JAVIER GÓMEZ en calidad de Personero del municipio de Policarpa, por la denuncia realizada por la señora Carmen Omaira Pastuzan Tovar el nueve (9) de marzo de dos mil quince (2015), quien indicó que el mencionado funcionario se había negado a expedirle la certificación de la muerte de su hijo Darwin Alexis Solarte Pastuzan ocurrida el veinticinco (25) de abril de dos mil diez (2010), con el fin de buscar la reparación por vía administrativa, quien además le había exigido la mitad del reconocimiento, induciéndole a mentir sobre la declaración que debía rendir.

También se informó en el mencionado certificado de otra queja realizada por Nelly Adela Valencia Martínez el veintitrés (23) de octubre de dos mil diecisiete (2017) en contra del señor GÓMEZ LÓPEZ, que no tuvo decisión de fondo por haber operado el fenómeno de la prescripción, no obstante, se remitió dicha queja ante la dirección Seccional de Fiscalías de Nariño y ante la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

4. Ahora, según los extractos jurisprudenciales citados por el mismo apelante en el escrito de sustentación del recurso, fácilmente puede observarse que el derecho a la libertad de expresión radicado en la actividad periodística, se encuentra limitado por la prohibición de la difusión irresponsable, la manipulación de la información, la finalidad perniciosa, la falsedad, los errores y las inexactitudes.

Sin embargo, conforme a la valoración de la prueba documental y testimonial analizada, no se observa que el escrito denominado *nos vamos a dar plomo*, contenga una información difundida de manera irresponsable, manipulada, con una finalidad perniciosa, falsa, con errores o inexactitudes, puesto que:

En primer lugar, lo dicho en la crónica bajo examen no constituye una opinión personal del autor del artículo, del equipo redactor de la Revista Semana, o de la sociedad propietaria del mencionado medio de comunicación, puesto que se narran hechos con fundamento en las versiones de los habitantes del municipio de Policarpa, en relación con información que se recolectó en la Unidad de Atención y Reparación Integral de Víctimas, la versión de los hechos de Sonia Zoraida Cifuentes Melo e incluso la del señor JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, pues se recuerda que en el escrito periodístico controvertido se señaló que el ahora demandante no aceptaba las acusaciones en su contra, por considerar que provenían de sus contradictores políticos.

En segundo lugar, de lo dicho por los testigos escuchados en el plenario, en relación con la crónica controvertida, e incluso lo señalado en la demanda y en la misma sustentación del recurso, resulta cierto que para las fechas mencionadas en la publicación periodística, existía una división entre los habitantes del municipio de Policarpa, entre los seguidores del señor CARLOS JAVIER GÓMEZ LÓPEZ y quienes se consideraban estafados por él, bandos que se entienden como contradictores políticos, concordando esto con la parte introductoria del escrito difundido en la revista.

En tercer lugar, también se demostró con fundamento en los testimonios analizados, las reclamaciones que hizo el señor CARLOS JAVIER GÓMEZ en su calidad de Personero Municipal ante la Unidad de Atención y Reparación de Víctimas, con el fin de obtener indemnizaciones por perjuicios psicológicos, para lo cual se hacía diligenciar unos formularios, por los que algunos de los testigos, habitantes de Policarpa, afirmaron haber pagado una cantidad de dinero para diligenciarlos y obtener el mencionado reconocimiento.

Luego, que las mencionadas irregularidades dieron lugar a que por una parte, la subrayada entidad adelantara sus propias investigaciones, y por otra, que entidades de control como la Procuraduría Provincial de Pasto impusiera una sanción contra el señor GÓMEZ LÓPEZ, ello sumado al proceso penal en etapa de indagación que adelanta la

Fiscalía 7 seccional Pasto, a la cual se acumuló la adelantada por la Fiscalía 17 homologa, en adición, a la denuncia y posterior sanción disciplinaria relacionada también con el trámite de las mencionadas peticiones, lo cual coincide con algunos extractos de la publicación periodística.

Como puede verse, contrario a lo dicho por el alzadista, el reportaje publicado por el medio de comunicación de propiedad de la sociedad demandada, analizado de una manera razonable, sí cumplió con el deber de diligencia en aras de constatar y contrastar las fuentes consultadas, pues no sólo se basó en lo dicho por los entrevistados, sino en lo considerado al respecto por el señor GÓMEZ LÓPEZ, y por la información que reposaba en entidades públicas, hechos que fueron confrontados, sin que se observe afán alguno de hacer aparecer como ciertos, hechos que aparezcan falsos.

Bajo ese entendido, la publicación bajo análisis, atiende a los principios de veracidad e imparcialidad, recordándose una vez más, que lo exigido por la jurisprudencia "*no es una prueba irrefutable acerca de que la información publicada o emitida sea cierta*" sino que los hechos o enunciados expuestos por la actividad periodística puedan ser verificados razonablemente, lo cual, conforme al análisis de la prueba mencionada se ha hecho.

5. Ahora, en el siguiente argumento de reproche expuesto por la parte actora, se acusa a la sentencia de primera instancia de desconocer la existencia de los presupuestos axiológicos de la acción, invocando el artículo 55 de la ley 29 de 1994, mismo al que se hizo referencia al principio de la parte considerativa de este fallo.

Al respecto, ya se señaló que el fallo de primera instancia no hizo referencia ni invocó la mencionada norma, pues decantó los requisitos axiológicos a analizar, a partir del artículo 2341 del Código Civil. Sin embargo, también se dijo que las dos normas en su esencia son similares, razón por la cual no puede acusarse al *A quo* de la aplicación de una norma que no regula la materia a juzgar.

Sin embargo, el alzadista insiste en manifestar que la sociedad demandada integró en la crónica *nos vamos a dar plomo* unas afirmaciones que no tienen soporte alguno, lo cual como ya se dijo conforme a la prueba analizada en el plenario, tal sustento probatorio sí existe, sin que sea necesario nuevamente referirse a él, del cual se pudo determinar el respaldo objetivo exigido por la jurisprudencia en este tipo de asuntos, que afianzaron cada una de las expresiones contenidas en el artículo periodístico.

Por lo demás, ya se mencionó que el esfuerzo probatorio de la parte demandante, debió dirigirse precisamente, a acreditar los presupuestos axiológicos de la norma que él mismo invocó, es decir, los que jurisprudencialmente se derivan de la interpretación del artículo 55 de la ley 29 de 1994, siendo el primero de ellos, el relacionado con la presencia de intención de perjudicar o deteriorar el buen nombre o la honra de una persona determinada o determinable con la información falsa o inexacta que a sabiendas se divulga, o la realización de imputaciones falsas o inexactas que de acuerdo con las circunstancias especiales de la actividad y los hechos relevantes de la misma, pueda atribuirse culpa profesional del agente, es decir, a su negligencia o impericia.

Como puede observarse, el mencionado requisito exige la acreditación de un elemento subjetivo, referido a la "*intención de perjudicar*", respecto del cual puede decirse, que resultaría muy difícil a través de medios probatorios escudriñar cuáles eran las intenciones perseguidas por los autores de la crónica periodística en cuestión, pues hacen parte del fuero interno de las personas o instituciones. Sin embargo, tal subjetividad interior, puede revelarse a través de los actos que se exteriorizan, los cuales pueden evidenciarse a través de los sentidos y proyectarse en el proceso a través de la actividad probatoria.

Así, conforme a la prueba documental y testimonial analizada, sin que sea necesario recabar en ella, so pena de recaer en la redundancia, pudo determinarse que las manifestaciones vertidas en el artículo periodístico en mención, gozan de un sustento probatorio documental y testimonial del que se deriva razonablemente su veracidad e imparcialidad, sin que se haya logrado evidenciar que se hayan expuesto hechos falsos haciéndolos aparecer como ciertos, así como tampoco que el ejercicio de la actividad periodística se hayan realizado imputaciones falsas o inexactas atribuibles a culpa profesional del agente, a su negligencia o impericia.

Ahora, la prueba documental solicitada por la parte actora, entre las cuales se destacan la copia de solicitud de información a la Oficina de derechos humanos de la ONU, la copia de denuncias penales ante la Fiscalía General de

la Nación, copia de respuesta de la Oficina de Protección del Ministerio del Interior, copia de remisión de caso de la Procuraduría a Oficina de Protección, copia a derecho de Petición No. 20137118381872, copia de la Resolución. 2013 – 6909 del 04 de febrero de 2013, copia de la Resolución No. 2409 de 2015, copia de la Resolución No. 4912 del 30 de septiembre de 2015, Resolución No. 2014-423091 del 25 de Marzo de 2014, Copia de resoluciones 00848 de 2014, copia de algunas actuaciones dentro de la tutela daño psicológico - No. 2014-00182, copia de intento de conciliación respecto del valor del perjuicio por daño psicológico, copia de Certificación de del Comité de Defensa Judicial y Conciliación de la Unidad de Víctimas, oficio de respuesta a requerimiento radicación No. 20111290218012, entre otras, que aparecen como anexos de la demanda, se relacionan con las gestiones que como personero adelantó con el fin de hacer reclamaciones ante la Unidad de Víctimas, algunas de las cuales fueron exitosas, sobre lo cual también declaró el testigo Miguel Ángel Grajales, cuyos dichos coincidieron con las versiones brindadas con las testimoniales de la parte demandada.

Igualmente, los referidos documentos atañen a las peticiones de protección ante los riesgos que corría el señor GÓMEZ LÓPEZ por el desempeño de las actividades de su cargo, y las denuncias penales que se debieron interponer precisamente por esos hechos.

Luego, la prueba testimonial aportada por la parte demandante, entre quienes aparece el señor Juan Sebastián Villegas Oquendo, refirió en primer lugar que conoció al señor demandante con posterioridad a la fecha de publicación del artículo cuestionado en la revista Semana, por lo cual no podía dar cuenta de los hechos anteriores a él, máxime cuando el objeto de su declaración según se expuso en la demanda, se relacionaba con las amenazas, consecuencias nocivas y perjuicios presuntamente causados por la difusión de la crónica, situación que también puede predicarse del testigo Herman Apráez.

De los referidos medios de convicción, puede decirse que acreditan cuestiones que no están en duda dentro del plenario, pues se relacionan con la actividad profesional del señor OSCAR JAVIER GÓMEZ LÓPEZ como Personero Municipal, y el éxito que tuvo al lograr que algunas personas fueran indemnizadas por la Unidad de Atención y Reparación de Víctimas por el daño psicológico padecido como consecuencia del conflicto armado.

Sobre el tema, la misma crónica controvertida mencionó respecto de la actividad del señor OSCAR JAVIER GÓMEZ LÓPEZ, que gracias a las solicitudes presentadas por él, "*Acción Social indemnizó a 85 personas por daños psicológicos en octubre de 2011, cada una con 6,4 millones de pesos*". Sin embargo, con tales medios de prueba no se acredita que las demás afirmaciones contenidas en la publicación periodística sean falsas, o que se hicieron con una intención dañina.

Lo anterior, evidencia que el mayor esfuerzo probatorio desempeñado por la parte actora se destinó a la demostración de unos perjuicios, dando por sentado la acreditación del hecho dañoso y el primer presupuesto de la acción de responsabilidad derivada de la actividad periodística, por la inexistencia de una decisión penal que hubiera condenado al señor OSCAR JAVIER GÓMEZ LÓPEZ por el delito de estafa u otro similar.

No obstante, la publicación jamás afirma que tales sanciones existan, pues incluso en la misma se relató: "*Las autoridades departamentales, aunque conocen del caso, poco han hecho. Por su parte, la Unidad de Víctimas conformó un equipo para que haga una valoración en terreno y revise las 1.000 solicitudes que presentó Gómez cuando era personero. Por ahora, está congelado el pago de futuras indemnizaciones en ese municipio*", aparte extraído de la crónica cuestionada por el demandante, que según se analizó en precedencia conforme al testimonio del señor Bladimir Martin Ramos, contiene afirmaciones razonablemente veraces.

Por lo dicho hasta aquí, no resulta válido ni jurídicamente aceptable el argumento del alzadista según el cual la sentencia impugnada había condenado al señor GÓMEZ LÓPEZ por estafa y enriquecimiento ilícito, afectando la presunción de inocencia, pues contrario a lo afirmado por el demandante, lo declarado por el fallador *A quo* es que no se acreditó el primero de los elementos axiológicos para la prosperidad de las pretensiones, pues no se demostró que lo afirmado en la publicación no fuera razonablemente veraz, que hubiera sido consecuencia de un actuar negligente, así como tampoco, la intención nociva de hacer aparecer como ciertos unos hechos que aparecían falsos, posición que la presente Sala comparte.

Por lo anterior, analizados los argumentos de reproche que cimentaron el escrito de alzada, la Corporación no encuentra debidamente acreditado el desarrollo de acto humano tendiente a vulnerar derechos, o bienes jurídicos tutelados como los denomina el apoderado de los demandantes, es decir, la manifestación concreta, diáfana y específica del pensamiento humano difundida a través de medio escrito que, ya sea por una finalidad específica, por un actuar negligente o culpa profesional, haya deteriorado el buen nombre o la honra de los demandantes, motivo por el cual, no demostrado dicho elemento axiológico de la acción, no se hace necesario el análisis de los demás, y mucho menos hacer referencia a la existencia o cuantificación de perjuicios, sea cual sea su naturaleza.

En consecuencia, se resuelve el problema jurídico planteado en los albores de este numeral de manera negativa, lo que conlleva a la confirmación en su integridad de la sentencia de primera instancia.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha sido resuelto de manera negativa a la parte que lo interpuso, se hace necesaria la condena en costas de segunda instancia, siendo imperativo según mandato contenido en el numeral 2º de la norma *ibídem*, fijar lo correspondiente a las agencias en derecho, por lo tanto, la Sala se ceñirá a lo prescrito por el artículo 5° del Acuerdo No. PSAA16-10554 de 2016, en lo pertinente a la segunda instancia, es decir, que aquellas ascenderán a dos salarios mínimos a favor de la parte demandada.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

Resuelve:

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

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte demandante y a favor de la parte demandada.

TERCERO. Al momento de tasar las costas de segunda instancia, TENER por agencias en derecho la suma equivalente a dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de la parte demandada.

CUARTO. ORDENAR, una vez en firme la presente decisión, el envío del expediente al Juzgado de origen, previas las anotaciones en los libros radicadores que correspondan.

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AÍDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

PATRIA POTESTAD – Concepto.

"*La patria potestad se ha reconocido como un atributo inherente a la condición humana (C. Constitucional, C-258 de 2015), compuesto por el conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico "confiere a los padres para que puedan cumplir con las obligaciones que la ley y la Constitución les impone frente a sus hijos menores de edad" , conforme lo establece el artículo 288 del Código Civil. La Corte Constitucional aduce que "[s]e trata, entonces, de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres"*".

PATRIA POTESTAD – PRIVACIÓN: Se produce la emancipación judicial, al incurrir en alguna de las causales que contempla el artículo 315 del Código Civil.

PATRIA POTESTAD – PRIVACIÓN: Concepto de maltrato, numeral 1º artículo 315 C.C.

"*En punto del maltrato infantil, éste se sucede según el inciso segundo del artículo 18 del CIA, ante "toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente*".

PATRIA POTESTAD – PRIVACIÓN: Concepto de abandono, numera 2º del artículo 315 del C.C.

"*En cuanto al abandono, esta situación se sucede cuando el progenitor, pese a su rol natural y legal de garante de los derechos de su prole, se evade del mismo en forma libre, consciente y voluntaria, quebrando la prerrogativa de los menores a no ser separados de su familia y con ello, privándoles de la posibilidad de recibir amor, ayuda y protección*".

PATRIA POTESTAD – PRIVACIÓN: En este caso no se decreta al no haberse demostrado efectivamente ninguna de las casuales alegadas, numerales 1º y 2º del artículo 315 del C.C.

"*Mal puede hablarse de abandono, cuando en la primera revisión psicológica ante el ICBF, la niña compareció con su madre. Entre tanto, la impugnación hecha por el extremo actor, en el sentido de que ello sucedió por aprovechamiento de la demandada, pretextando situaciones inexistentes para hacerse en esa ocasión con la compañía de la infante, son disquisiciones que no trascienden al caudal probatorio que milita en el expediente. Por oposición, inclusive replicando elementos de la versión rendida por la progenitora en la fecha de revista de su hija en esta ciudad, lo cierto es que en momento posterior, cuando AAVP volvió a ser evaluada, en ese instante con acompañamiento ya no de su madre, sino de miembros de su familia paterna, dejó entrever signos de identidad, reconocimiento y afectividad para con su mamá –hoy demandada-. Así es, al punto que entre los dibujos que se indicó, hizo la niña, incluyó a su mamá, persona con quien mal podría decirse, media abandono, rechazo o desconocimiento de su rol, en frente de una menor de tan corta edad.*
(…)
La evaluación médica del 21 de noviembre de 2016 no es conclusiva de existencia de maltrato, menos si de haberse dado, amén de la existencia de escoriaciones y lesiones eritematosas, era imputable a la demandada.

(…) la privación de la patria potestad, como decisión definitiva que es, luce y en efecto resulta excesiva y en grado sumo drástica, para el interés de la niña, a favor de quien se ha visto, es factible encauzar y sanar con auxilio profesional y compromiso personal, la condición psicológica de su progenitora".

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, ocho (8) de mayo de dos mil diecinueve (2019).

Radicación: 2017-00340 (796-01)
Asunto:Apelación de sentencia en proceso verbal

Demandante: AIFV
Demandada: YAPE
Procedencia: Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto.

Magistrada Ponente: **AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA**

Procede la Sala de Decisión a proferir sentencia escrita dentro del asunto de la referencia, tal y como se anunció en diligencia llevada a cabo el día 30 de abril de 2019. Se resuelve el recurso de apelación propuesto por la parte demandante.

I. ANTECEDENTES

DE LA DEMANDA.- En demanda presentada el 30 de noviembre de 2017, la señora AIFV, solicitó que se prive a la demandada YAPE de la patria potestad que tiene sobre su hija AAVP, por haber incurrido en las causales enunciadas en los numerales 1° y 2° del artículo 315 del Código Civil; excluyéndole igualmente de la representación y la administración de los bienes de la niña AAVP. La demandante solicitó que se la designe como guardadora de la menor y se la invista con potestades para administrar el patrimonio de su nieta.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, se resumen por la Sala como siguen:

En lo pertinente se narró que AAVP nació el 25 de septiembre de 2015 y es hija de YAPE y JAVF, quienes sostuvieron una relación marcada por las diferencias y discusiones que finalmente detonaron su separación, no obstante en vigencia de su convivencia la demandada YAPE sometió a su hija AAVP a múltiples maltratos, agresiones físicas, descuido y abandono, pues hay testigos que presenciaron que:

(i) Durante el embarazo se propinaba golpes en el estómago.
(ii) Entre enero y junio de 2016 dejaba sola a la niña en su casa de habitación ubicada en la vereda Bellavista del municipio de La Florida, para salir inclusive a veces a altas horas de la noche, mientras el señor JAVF laboraba en Pasto como vigilante.
(iii) Introdujo a la infante para entonces de entre 8 y 11 meses de edad a un tanque de agua fría.
(iv) Cuando vivió en el sector urbano de La Florida, desde agosto hasta mediados de noviembre de 2016, mantenía a la menor de edad con ropa sucia, mojada y llorando "desconsolada", sin preocuparse por su bienestar.
(v) Constantemente se recibían quejas ante la Estación de Policía de La Florida por el descuido, maltrato y abandono de la niña AAVP. De hecho los servidores de esa dependencia atendieron un intento de suicidio de la señora YAPE.
(vi) La demandada llegó a manifestar, luego de entregar el cuidado de su hija al padre de la misma, que "estaba tranquila sin la niña, que ya estaba libre".

Que el 19 de noviembre de 2016 la señora CGA se percató que la menor AAVP había sido dejada por su madre con un desconocido, en el parque del municipio de La Florida. Acto seguido llamó al progenitor de la niña, con quien la llevó hasta la Estación de Policía del lugar, y de ahí los uniformados recomendaron su valoración en el hospital de la localidad, al encontrar signos de maltrato, posterior a lo cual se entregó la infante a la Comisaria de Familia de La Florida, funcionaria que la recibió en la ciudad de Pasto, donde se dispuso su internación en un hogar de paso, en el que permaneció 9 días, entre el 19 y el 28 de noviembre de 2016. Previo trámite de custodia permanente iniciado por el padre, la Comisaría de Familia de La Florida asignó la custodia y cuidado personal al señor JAVF, avalando la salida de la menor del hogar de paso. Desde ese momento ha permanecido en la casa de su abuela paterna, la demandante AIFV, en la vereda Bellavista del municipio de La Florida, donde ha recibido cuidados y el cariño necesarios tanto de la mencionada señora, como de sus hijas NJVF y YPVF.

Que durante el tiempo que la menor lleva viviendo junto con la demandante, la demandada YAPE se ha sustraído de brindarle cualquier tipo de ayuda alimentaria.

Que el 4 de abril de 2017 ante la Comisaría de Familia de La Florida se modificó el régimen de visitas establecido a favor de la madre. A partir 7 de abril de 2017 la niña pasaría un fin de semana con su progenitora, cada 15 días. Empero, luego del encuentro de ese 7 de abril, la menor fue llevada al servicio de urgencias del centro hospitalario de La Florida, al presentar signos de maltrato y descuido. Inclusive, ello era frecuente luego de las visitas, como que

el 12 de enero de 2017 la niña presentó *estomatitis* y el 10 de febrero de 2017 presentó un moretón en la pierna derecha; de todo lo cual existe valoración en su historia clínica ante el hospital de La Florida.

Que el señor JAVF, padre de la niña, falleció el 6 de noviembre de 2017 mientras laboraba, por lo que por su deceso la ARL SURA reconocerá a favor de la infante AAVP una pensión de sobrevivientes, adelantándose igualmente con la propietaria de la obra negociaciones para el reconocimiento de los perjuicios morales y por lucro cesante causados a su familia y en especial a la menor AAVP (folios 1 a 3).

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA.-

1. El 15 de enero de 2018, previa inadmisión, el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto, a quien le correspondió por reparto asumir conocimiento del asunto, procedió a admitir la demanda, impartiéndole el trámite del proceso verbal.

2. La demandada allegó su contestación dentro de término donde aceptó que tuvo una relación difícil, escudándose en su corta edad para cuando comenzó la convivencia (15 años), al igual que en los celos y agresividad de su compañero, contra quien la Comisaría de Familia de La Florida presentó denuncia por lesiones personales; detonando la ruptura sentimental. No obstante, desdijo de cualquier tipo de maltrato o abandono de su hija AAVP, en quien dijo haber hallado un motivo para vivir y superarse –luego de un embarazo deseado-, al punto de encontrarse cursando el bachillerato *acelerado* y dedicarse a tejer sombreros y realizar esporádicamente labores domésticas de aseo de casas y lavado de ropa.

Del testigo de los supuestos golpes que se infligía durante la gestación, anotó que es pareja sentimental de una tía paterna de la niña, y no pudo haber observado tal situación, por residir en una vereda a media hora de camino de aquella en la que residió en ese tiempo la demandada.

Del ingreso de la menor a un tanque de agua fría, planteó que jamás lo hizo y menos como seña de castigo o maltrato. De quien habría presenciado esos acontecimientos, refirió que le resultaba imposible, porque para la época trabajaba en construcción junto con el padre de la niña y al tiempo compañero de la demandada, concluyendo simultáneamente las labores, siendo entre tanto que el mencionado progenitor manifestó jamás haber apreciado acto alguno de maltrato de la llamada a juicio en contra de su hija.

De sus salidas en horas de la noche, aseguró que ante la ausencia de su pareja, se trasladaba junto con la menor a la casa de habitación de su hermano –de la demandada-, ubicada en la vereda El Maco. Además reprochó que el testigo no denunciara tales inconsistencias o siquiera se las informara al padre de la menor.

Frente a la presentación de la niña para cuando habitó con ella en la cabecera de La Florida, afirmó que su custodia y cuidado personal no le eran exclusivos, sino que se compartían con el padre. Acotó que la Comisaria de Familia, al interior de un trámite administrativo de restablecimiento de derechos, concluyó la inexistencia de maltrato y la no vulneración de los atributos de la menor, sino únicamente un descuido en su higiene y presentación, amonestando a los padres, ordenándoles cesar su conducta e imponiéndoles someterse a un curso pedagógico acerca de los derechos de la niñez; asumiendo su supervisión.

Del episodio de intento de suicidio, dijo que se dio en un contexto en el que en su corta edad, convivía con un hombre mayor, agresivo, celoso y que le infundía miedo; todo ello mucho antes del nacimiento de la niña. Por lo demás, las diferencias familiares y en particular la situación de la niña, no fue abordada ni decidida por la Policía –donde cursó únicamente la denuncia del padre de la menor-, sino por la Comisaría de Familia de La Florida, instancia que concluyó que no se había presentado la alegada lesión de derechos, disponiendo por consiguiente el reintegro de la menor a su núcleo familiar compuesto por ambos padres. Adicionó que los informes de las revisiones médicas igualmente coligieron la ausencia de maltrato físico o abandono de la infante por parte de su madre.

La demandada se presentó como una persona sencilla de limitados recursos económicos, quien encontró en su hija una razón de vida. Asimismo, que al estar consciente de su situación económica y sabiendo el dolor de la demandante después de la muerte de su esposo y su hijo –a la vez padre de la menor-, permitió que la niña AAVP

se quedara con su abuela paterna "*no solo porque le proporciona un mejor lugar para vivir, alimentación, educación, sino para que siga teniendo los lasos (sic) efectivos de la familia de su padre*", sin que ello comporte renuncia de ninguna clase a la patria potestad que le corresponde. Asentó, por el contrario, que ha atendido el régimen de visitas y mientras ha estado a su cargo, le ha provisto alimento, vestido, cuidado, afecto y recreación a su hija.

Del supuesto evento de abandono en el parque de La Florida, defendió que la Comisaría de Familia concluyó que no hubo tal, siendo la internación en un hogar de paso, apenas una medida provisional o transitoria de protección.

Destacó que los acuerdos conciliatorios de 28 de noviembre de 2016 y 29 de noviembre de 2017, se despacharon siempre con la voluntad de la demandada, determinándose en el primero que el cuidado y la custodia de la niña sería compartido por ambos progenitores, fijándose su residencia en el lugar de habitación del padre, con un régimen de visitas a favor de la madre. En el segundo, se decantó la custodia y el cuidado a favor de la demandante, con visitas a favor de la demandada cada 8 días los fines de semana. En ambas ocasiones no se estableció cuota alimentaria.

Aceptó que las visitas pasaron a ser cada 15 días a partir del 7 de abril de 2017 y que la menor fue llevada a urgencias del hospital de La Florida por sospechas de maltrato, a raíz de hechos ocurridos mientras estaba al cuidado de su padre, definiéndose que el eventual agravio no se había dado.

Propuso enseguida las excepciones que denominó "*inexistencia de las causales de maltrato y de abandono invocadas para la privación de la patria potestad*" y "*genérica*", basándose la primera en los distintos análisis y evaluaciones de la niña, el cumplimiento de las responsabilidades por parte de su madre, el derecho de aquella a tener una familia y a no ser separada de ella, y la necesidad de privilegiar su interés superior (folios 143 a 159).

3. El día 2 de agosto de 2018 se adelantó audiencia inicial, donde se practicó interrogatorio a las partes y se decretaron las pruebas que se estimaron pertinentes.

4. El día 11 de octubre de 2018, se inició audiencia de instrucción y juzgamiento, suspendiéndose hasta el 31 de octubre siguiente, donde se practicaron las pruebas correspondientes y una vez recaudadas estas se profirió el fallo de primera instancia.

DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto dictó sentencia en la que declaró probada la excepción de mérito de "*inexistencia de las causales de maltrato y de abandono invocadas para la privación de la patria potestad*", denegando las pretensiones del libelo, condenando en costas a la parte actora y compulsando copias con destino a la Fiscalía General de la Nación. Además exhortó a la demandada acerca del deber ético, moral y legal que comporta el ejercicio de los derechos de la potestad parental y declaró la terminación del juicio, disponiendo el archivo del expediente (récord 40:08 a 1:03:37).

DEL RECURSO DE APELACIÓN.-El señor apoderado judicial de la parte demandante, presentó los reparos a la sentencia impugnada, de la siguiente manera:

Adujo que el señor Juez en sus consideraciones no ahondó acerca de lo que manifestó la señora psicóloga en cuanto a que de la valoración psicológica hecha a la demandada se evidenció que no es garante de los cuidados para la niña. También, en su sentir, en la valoración psicológica se comprobó que la madre es "permisiva" y que esto a su vez, atándolo con un hecho ocurrido en los últimos meses, la demandada sin el conocimiento de la demandante trajo a la niña a Pasto a una valoración, enfatizándose solamente cuestiones desventajosas para la demandante, como que no deja ver a la niña, pero la demandada nunca planteó a la psicóloga una posible vulneración de los derechos de la niña a la psicóloga, ocultándolo, incurriendo en un maltrato omisivo por encubrir y ser permisiva respecto de lo último sucedido a la niña. Al desestimar el testimonio de la señora CGA por no poner en conocimiento que la niña lloraba tanto, empero fue ella quien acompañó al padre de la niña ante la Policía cuando se sucedieron los hechos de abandono, e inclusive le ayudó en ese momento. Es cierto que el proceso administrativo de restablecimiento de derechos terminó con amonestación e indicación de las pautas de crianza, con todo, luego de ello, la demandada no ha mantenido un cuidado prolongado de la niña, primero la visitaba dos veces a la semana, luego fue cada 15 días por solicitud de la demandada, finalizando ahora con un cuidado de apenas un día, porque los testigos plantean que la niña no quiere irse con ella y todas las desavenencias que se han seguido a partir del

inconveniente del video. Acotó que el testigo LV afirmó que la niña fue sumergida en un tanque da agua fría, lo que confrontado con lo dicho por la psicóloga, concuerda con lo manifestado por la niña en la entrevista, en el sentido de tenerle miedo y temor a los tanques con agua, de lo cual nada dijo el Juzgado (grabación 2:56:05 a 3:02:15 audio 1031152956898).

Los reparos fueron debidamente desarrollados en la sentencia de sustentación y fallo.

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

II. CONSIDERACIONES

Están reunidos los presupuestos procesales para emitir la decisión de fondo, en un trámite en el que por vía de la apelación no encuentra reparo a la sanidad de lo actuado ni a la legitimación de las partes. Cabe resaltar que la sentencia revisada se dictó a tiempo, es decir, dentro de los plazos que concede el artículo 121 del CGP.

Asistiéndole competencia funcional a esta Corporación para desatar la alzada propuesta, procederá de conformidad.

El problema jurídico que se desprende de la inconformidad plasmada en la sustentación de la apelación, exige determinar si de acuerdo con la realidad que aflora en el expediente se debe privar o no a la demandada de la patria potestad de su hija.

La patria potestad se ha reconocido como un atributo inherente a la condición humana (C. Constitucional, C-258 de 2015), compuesto por el conjunto de facultades que el ordenamiento jurídico "*confiere a los padres para que puedan cumplir con las obligaciones que la ley y la Constitución les impone frente a sus hijos menores de edad*"[1] , conforme lo establece el artículo 288 del Código Civil. La Corte Constitucional aduce que "[*s]e trata, entonces, de una institución jurídica creada por el derecho, no en favor de los padres sino en interés de los hijos no emancipados, para facilitar a los primeros la observancia adecuada de los deberes impuestos por el parentesco y la filiación. Desde este punto de vista, la patria potestad descansa sobre la figura de la autoridad paterna y materna, y se constituye en el instrumento adecuado para permitir el cumplimiento de las obligaciones de formación de la personalidad del menor, atribuidos en virtud de la relación parental, a la autoridad de los padres*"[2].

Los derechos que para los padres se derivan de la patria potestad o potestad parental, se contraen a la representación legal del hijo menor de edad (art. 306 y 307 C.C.), la administración de algunos de sus bienes (art. 295 C.C.) y al de usufructo de los mismos (art. 291 C.C.). Así mismo, atañen "*con el derecho de guarda, dirección y corrección, materializado en acciones dirigidas al cuidado, a la crianza, a la formación, a la educación, a la asistencia y a la ayuda del menor, aspectos que a su vez constituyen derechos fundamentales de éste*"[3]. Tales atributos –explica la Corte Constitucional en la sentencia que se acaba de citar-, pretenden que los padres cumplan con su obligación constitucional de asegurar la protección y desarrollo armónico e integral del menor de edad, garantizando la vigencia de sus derechos, en beneficio directo para sí, de tal suerte que su falta de ejercicio o su ejercicio inadecuado puede derivar en sanciones para el progenitor.

Por lo tanto, esta prerrogativa se puede suspender o despojar. Lo primero, en los eventos que precisa el artículo 310 del C.C. Lo segundo, produciéndose la emancipación judicial, cuando concurre alguna de las eventualidades que contempla el artículo 315 de la misma norma.

En este asunto, con sujeción a los numerales 1° y 2° del artículo 315 del Código Civil, se invocaron el maltrato y el abandono del que habría sido víctima la niña AAVP por parte de su madre, la demandada YAPE.

---

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de tutela de 25 de mayo de 2006, M.P. Pedro Octavio Munar Cadena, rad. 2006-00714-00. Providencia reiterada en sentencia STC13911-2017 (6 septiembre), M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, rad. 2017-02361-00

[2] Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2010, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

[3] Corte Constitucional, sentencia C-145 de 2010, citada

El recaudo probatorio refleja las siguientes circunstancias:

Establecido el parentesco entre la niña y la demandada, también se corroboró que su padre fue el señor JAVF, persona que falleció el 6 de noviembre de 2017 (folios 6 y 7 del cuaderno principal del Juzgado).

Hay constancia que a favor de la menor, el 21 de noviembre de 2016, la Comisaría de Familia de La Florida – Nariño, decretó la apertura de un proceso de verificación y restablecimiento de derechos, con base en "*el informe vía telefónica…de parte del Patrullero YERSON JAVIER RIVERA RIVEROS…de la Estación de Policía de La Florida – Nariño, en el sentido de que la niña AAVP, hija de la señora YAPE…tiene signos de maltrato físico en su rostro y presuntamente se encuentra en una situación de amenaza de sus derechos, por negligencia de parte de la madre por maltrato físico y expresa que los padres se encuentran en la estación de Policía sulfurados y alterados*", lo cual entre otros ordenamientos motivó que se decretara y ratificada como medida de protección provisional o de restablecimiento de derechos, la ubicación de la menor en un hogar de paso en la ciudad de Pasto desde el 19 de noviembre de 2016 y mientras se tramitaba el respectivo procedimiento (folio 15).

Ciertamente hay evidencia de que el 19 de noviembre de 2016 la niña fue ubicada provisionalmente en un hogar de paso en esta ciudad (folios 12 a 14). En la misma fecha fue valorada por médico en el Centro Hospital de La Florida E.S.E. Se la describió como una paciente asintomática, encontrándose como signos anormales o de alerta, que su aspecto general develó "*aparente descuido físico, cara sucia, prendas en mal estado higiénico, consciente, alerta, activa, [con] adecuada respuesta a estímulo*", anotándose que en su cabeza se advertía la "*presencia de escoriación circular en región infraorbitaria derecha*". En cuanto a la piel y las faneras (definidas éstas por la RAE como la "*estructura visible aneja a la piel, como los pelos y las uñas*"[4]), se asentó la existencia de lesiones tipo escoriación "*aparentemente causad[a]s con uñas en región costal izquierdo, peri umbilical y región lumbar del mismo. Múltiples lesiones eritematosas circulares en tronco y región glútea*" –con dificultad para establecer si fueron ocasionadas por un agresor o por la misma paciente (ver acápite de "análisis" del documento)-. El examen genitourinario arrojó la "*presencia de materia fecal en labios mayores (secundarios a mala higiene)…[con] evidencia de placas eritematosas compatibles con pañalitis*" (folios 23 a 25).

El diagnóstico fue de "*dermatitis de contacto – dermatitis del pañal*", y a pesar de tener para entonces un peso adecuado para la edad y la talla, reflejaba un riesgo de talla baja para la edad.

El mismo 21 de noviembre de 2016 se levantó acta de "*verificación de derechos*", en la que la madre –hoy demandada- exhibió el registro civil de nacimiento, el carné de salud, las fotocopias de las cédulas de los padres, el carné de crecimiento y desarrollo, y el carné de vacunas de la niña (folios 17 y 18).

En sus descargos ante la Comisaría de Familia de La Florida – Nariño, se destaca que el señor JAVF, padre de la niña, narró que estando en dicho municipio el 19 de noviembre de 2016, entre las 4:30 y las 5:00 de la tarde, la demandada quien departía con su amiga LYCC, le entregó la niña "*al muchacho, no le sé el nombre y ella YAPE se fue con la amiga hasta la cafetería de la esquina de doña Pastora que son unos 50 metros y ahí me fui por la niña y con la ayuda de doña Carmencita Gust[í]n nos vi[n]imos a dar parte de lo que estaba sucediendo, de que la mamá la abanon[ó]…yo coloqué la denuncia por abandono después porque la dej[ó] con un desconocido, yo a [e]l muchacho no lo conozco, a él s[í] lo he mirado[,] es de aquí de [L]a Florida[,] pero como no lo he tratado para mí es un desconocido*". Aludió a que la niña la encontró golpeada el 18 de noviembre de 2016, recibiendo de la madre distintas versiones acerca de la causa, describiendo la presencia de un golpe que calificó como "*leve*", por lo que le revisó la cabeza y los brazos, y al no hallar sino un raspón, no optó por llevarla al médico, respondiendo ante la pregunta de si la madre habría inferido maltrato físico a la niña, que sí "*una vez hace como 4 semanas cuando vivíamos juntos, tenía un moterón, no la llev[é] al médico, pero s[í] a YAPE la regañ[é,] que le tenga más cuidado*" (folios 27 y 28). Ya en la audiencia de pruebas y fallo surtida el 28 de noviembre de 2016, el señor JAVF expresó que si bien la niña permanecía con la ropa sucia, nunca observó que la demandada le hubiera pegado "*con la mano o con cualquier otra cosa cuando vivíamos juntos*", adicionando que "*ella permanecía mucho en la calle, a veces yo llegaba y no estaba ni ella ni la niña, se iba para el maco[,] decía que a lavar la ropa los días lunes y viernes, un día sí me dijo que se golpeó la niña pero era algo leve y no llevamos al médico, los dos vivíamos juntos cuando pasó eso*" (folios 42 y 43).

[4] Fuente: https://dle.rae.es/?id=HaRtVr4

En el curso del procedimiento administrativo al que se ha venido aludiendo, tanto LYCC como CCDG, afirmaron que el día de los hechos la demandada los buscó para que les colaborase con el trasteo de sus pertenencias luego de haber concluido la convivencia con el señor JAVF, destacándose que en ese curso entregó la niña al señor CCDG, mientras se aprestaba a retirar sus objetos personales, transcurriendo no más de cinco minutos hasta cuando apareció el señor JAVF a reclamarse al señor CCDG la entrega de la infante (folios 29 a 31).

El señor JVG compareció ante la Comisaría de Familia a manifestar que el 2 de noviembre de 2016 observó a la niña llorar y cómo la señora YAPE, quien estaba "*sentada en un muro donde queda la palma diagonal al restaurante de doña Pastora*", el que a su vez se ubica en el parque del pueblo, habría tomado a la niña de su vestido, dándole puños, cogiéndola en forma violenta "*como si fuera una muñeca", dirigiendo su vista "a todos lados como para que no la miraran*"; situación que no obstante reconoció no haberle contado al padre de la niña, aunque sí a su abuela paterna. Comentó que posteriormente apreció cómo la demandada circulaba con otro hombre y en presencia de la niña le habría dado a aquél un beso, luciendo la menor ropa sucia y presentando "*signos como con raspados*", mientras que la madre lucía "*ropa llamativa[,] bien vestida*" (folio 32).

El informe psicosocial de 23 de noviembre de 2016 y rendido por el profesional en psicología de la Comisaría de Familia dio cuenta que, según información de los progenitores, su relación de pareja y la convivencia que había entre ellos se desestructuraron "*a causa de conflictos…[derivados de los] celos del señor JAVF, violencia de tipo verbal y físico hacia su pareja, y negligencia de los padres en el cuidado de la menor*". Más adelante, bajo el título de genograma, se asentó que el distanciamiento de los padres se motivó por la irregularidad en la convivencia de pareja, así como por "*presunto maltrato contra la menor*". En línea con ello, se enunciaron como factores de generatividad y vulnerabilidad, entre otros, el "*abandono o negligencia infantil*".

En contraste, en el acápite de relaciones con la familia, se reportó la existencia de "*relaciones afectivas fuertes y cercanas de padres a hija, presentan límites y roles definidos, donde el manejo de la autoridad es ejercido por los padres*", indicándose como factores de generatividad, que la menor contaba con "*alto valor significativo afectivo por sus padres*".

Y pese a que a la niña por su edad no se le pudo establecer su estado psicológico, se dejó claro que *"[n]o reporta maltrato físico por parte de la progenitora, ni abandono ya que hasta el momento del evento la menor se encontraba bajo el cuidado de los dos padres, sin embargo se presenta negligencia infantil, por descuido en la higiene personal de la niña*" (folios 33 a 36).

La Comisaría no encontró probada circunstancia alguna de maltrato ni abandono, pero sí una "*situación de negligencia por descuido en la higiene y aseo de la menor, lo cual constituye un riesgo en la salud y el desarrollo de la niña*", al margen de detectar protegidos "*sus derechos básicos…ya que al realizar la verificación de cumplimiento…no se encontró que exista afectación, vulneración o amenaza de alguno…*". En la audiencia de pruebas y fallo surtida el 28 de noviembre de 2016 se declaró la no vulneración de derechos por maltrato físico de la niña AAVP, ordenando su reintegro al núcleo familiar, conformado por sus padres, a quienes se les asignó la custodia compartida, amonestándoseles para que cesaran las conductas que degeneraron en falta de higiene y desaseo de la menor (folios 38 a 47 y 51 a 53). Finalmente la menor se entregó a sus papás el 28 de noviembre de 2016 (folio 54).

Vale decir que este derrotero coincide con las declaraciones de los señores ALGG (récord 32:15 a 1:16:00 del CD obrante a folio 256, audio con numeración 1011090443092), NVG (récord 1:53:30 a 2:29:30, ídem), YLV(audio 2:33:00 a 2:46:00, ídem) y hasta AFVF –hermano del señor JAVF, padre de la menor (audio 3:20:55 a 3:34:18, ídem). Tales comparecientes, atribuyéndole todo a responsabilidad exclusiva de la demandada, relataron eventos tan variados como amenazas de lastimarse mientras estaba en embarazo, desidia de la madre para con su menor hija mientras lloraba, manteniéndola desaseada, sin cambiarle los pañales, introduciéndola a un tanque de agua, conservando en deplorables condiciones de aseo el lugar de residencia y hasta dejando en ella a la niña, sola, mientras en horas de la noche se iba a lugares próximos e incluso alejados, a departir, a consumir licor y hasta a asistir a una gallera.

Empero, pierden fuerza de persuasión esas expresiones en el presente litigio, porque justamente todas esas circunstancias fueron evaluadas dentro del trámite administrativo en la Comisaría de Familia, que como se dijo en

precedencia, resolvió declarar la no vulneración de derechos por maltrato físico de la niña AAVP; aunado a que en el expediente, en oposición, obra la robusta y consistente tesis que en su momento esbozó el mismo progenitor de AAVP, respecto del cumplimiento del deber de madre por parte de la demandada y la inadvertencia de maltratos de su parte.

Cumple agregar que las calificaciones que hizo la señora CGA en su declaración, sintetizan la denuncia que en su momento cursó por abandono de la niña AAVP. Sin embargo, no reflejan, en verdad, situaciones inherentes o propias de abandono, pues la apreciación de alejamiento y desentendimiento de la niña, por parte de su madre, es un tema bastante discutible, tanto en su propósito como en su duración, cuando por ejemplo, según ya se vio, el encabezado del trámite administrativo de restablecimiento de derechos reportó que la Policía Nacional puso en conocimiento de la supuesta inconsistencia, en momentos en que ambos padres, y no solamente el progenitor, estaban en la Estación de Policía, "*sulfurados y alterados*", precisión que despunta relevante, para connotar presencia física de ambos gestores, y por lo mismo, incertidumbre frente al abandono en ese específico caso, pues también es relevante recordar que esa denuncia, tanto en la instancia administrativa, como en sede judicial, carece de consistencia en el expediente, como se ha visto y se evaluará en lo que resta de esta decisión.

Igualmente se apunta que la testigo NJVF aseguró que el señor JAVF, padre de la menor, trabajaba pero sabía de todos los supuestos inconvenientes que se le asignan a la demandada, sino que nunca comentaba nada. Con todo, esa aseveración no resulta atendible por la Sala, cuando se aprecia que por igual en el trámite administrativo de restablecimiento de derechos y en las visitas subsiguientes que atendió, describió antes y después de su separación, que en líneas generales la señora YAPE asimilaba y suplía en adecuada forma los deberes maternales que le incumbían como tal. Así se desprende de lo narrado hasta este momento y de lo que seguidamente se reseñará.

Ciertamente, el mismo día 28 de noviembre de 2016, los progenitores concertaron compartir la custodia y el cuidado personal de la menor, señalando su residencia junto con su padre en la vereda Bellavista del corregimiento Rodeo del municipio de La Florida, estableciéndose que el régimen de visitas se definiría de mutuo acuerdo y sin conflictos entre ellos, sin fijarse entre tanto cuota alimentaria mensual, también por el consenso habido sobre el particular (folios 48 a 50).

En acta de seguimiento por profesional en psicología, calendada el 20 de enero de 2017, se plasmó que el padre denotaba un adecuado cumplimiento de su rol, expresando a su vez "*que la madre de su hija[,] la señora YAPE, ejerce un buen papel como madre[,] está pendiente de su hija y la relación de padres es buena y mantiene comunicación permanente*" (folios 62 y 63).

Similar predicamento se esbozó en la visita de seguimiento de 22 de febrero de 2017, en la que según la psicóloga a cargo, el padre de la niña sostuvo que para entonces la demandada "*cumple con el régimen de visitas establecido y mantiene a su hija aseada y con buena higiene persona[l]…lo cual demuestra cambios positivos hacia su hija, es amorosa, pendiente y dedicada con su hija, se han fortalecido las relaciones interpersonales como padres y tiene adecuados niveles de comunicación*" (folios 64 y 65).

En una nueva revisión surtida el 30 de marzo de 2017, la psicóloga registró que de las manifestaciones del padre, se colegía que la señora YAPE "*ejerce un buen papel como madre[,] está pendiente de su hija y la relación de padres es buena y mantiene una comunicación permanente*", manteniéndose la cercanía de la niña con su progenitora, sin limitación de las visitas, compartiendo así los días establecidos (folios 66 y 67).

Por solicitud del Personero de la localidad y con presencia de los progenitores, el 4 de abril de 2017 se llevó a cabo audiencia extrajudicial ante la Comisaría de Familia, estamento ante el cual la hoy demandada requirió que se regulara el régimen de visitas de la niña AAVP, frente a lo cual el señor JAVF se manifestó de acuerdo, determinándose entonces que las mismas se surtirían con la madre-demandada cada quince (15) días, los días viernes a partir del 7 de abril de 2017, iniciando a las 10 a.m. y concluyendo los domingos a las 5 p.m. Se les ordenó a los interesados abstenerse de incurrir en cualquier agresión física o psicológica, conminándoles para ambientar una adecuada relación como padres entre sí y para con su hija; conminando igualmente a la demandada para que se evitara cualquier manifestación de maltrato físico, psicológico o verbal (folios 60 y 61).

El 10 de abril de 2017 se solicitó al Centro Hospital ESE La Florida por parte de la Comisaría de Familia de ese municipio, la valoración médico legal de la niña AAVP, "*con el fin de determinar de manera clara, precisa y contundente si hay presencia de maltrato físico en contra de la menor*". En respuesta, la médico que realizó la evaluación informó que halló una "*lesión única tipo equimosis a nivel de fosa poplítea de pierna derecha que impresiona probable maltrato físico, además se indaga sobre zonas alopécicas en cuero cabelludo donde padre manifiesta que ya fue estudiada por pediatra tratante y diagnotica[da] como Alopecia Areata por lo que se descarta lesión secundaria a maltrato físico*" (folios 68 a 71).

El 23 de abril de 2017 se diligenció un nuevo informe psicosocial acerca del entorno familiar de la menor para la verificación de un presunto maltrato. Se resalta en él que la relación entre el padre y la niña se dijo, se basaba en lazos afectivos fuertes, mientras que con la madre la menor coincidía cada 15 días, aclarándose que no aportaba económicamente desde que terminó la relación (folios 72 a 74).

El 25 del mismo mes y año, se practicó una nueva inspección a la residencia de la menor por parte de la profesional en psicología adscrita a la Comisaría de Familia de La Florida, funcionaria que aseguró haber sido atendida por la abuela paterna de la menor, quien además de resaltar la responsabilidad de su hijo para con su nieta, precisó la equimosis que presentó en la pierna derecha, obedeció a que la niña "*salió corriendo a encontrar al padre que lle[g]aba del trabajo*", contexto en el cual tropezó y cayó al suelo, evidenciando una incidencia superficial y sin consecuencias; connotándose que se trató de un evento accidental ajeno a cualquier calificación de maltrato (folios 75 y 76).

El 15 de mayo se repitió la inspección por parte de la psicóloga, quien mencionó que de la información brindada en el lugar por el padre de la niña AAVP, se infería que él estaba garantizándole sus derechos, mientras que consideraba como buena madre a la señora YAPE, al ayudar con el cuidado de la niña en los días que estaba a cargo de ella, plasmándose que "*la comunicación y el diálogo entre padres se mantienen estable con comunicación permanente y adecuad[a], el progenitor manifiesta que no se han presentado ninguna clase de inconvenientes por lo (sic) contrario tiene el concepto de que ella es una buena madre*" (folios 77 y 78).

En la posterior revisión que se llevó a cabo el 1° de junio de 2017, se asentó que la comunicación del padre con la madre era buena, concluyéndose que los vínculos afectivo entre los progenitores y la menor se habían fortalecido (folios 79 y 80).

El 29 de noviembre de 2017 se desarrolló una audiencia extrajudicial ante la Comisaría de Familia de La Florida, con presencia de YAPE, madre de AAVP, y AIFV, abuela paterna de la menor. En dicho acto la última de las citadas manifestó: "*mi nieta ha permanecido viviendo en mi casa[, h]a recibido los cuida[d]os que ella ha requerido, está bien, con YAPE no se han presentado problemas en las visitas, yo le solicito que me deje la niña conmigo[,] yo voy a cuidarla, como la cuidaba mi hijo y la vamos a cuidar mucho más, falleció mi esposo y ahora mi hijo y la niña es la que llena mi vida de alegría y sobretodo recibe y recibirá todo el amor de nuestra parte[,] tanto de m[í] como de mis otros hijos…s[ó]lo le pido a YAPE que me permita cuidar a mi nieta, ella podrá visitarla[,] lo que menos se quiere es alejarla, ella puede ir a verla cuando ella pueda*". Seguidamente la señora YAPE, expresó: "*no quiero alejarse de su hija (sic), yo la quiero mucho, sé que doña AIFV está pasando por momentos difíciles y llevarme la niña la afectar[á] demasiado, por eso yo puedo permitir que se quede con la abuela pero fijemos las visitas para que comparta mucho tiempo conmigo, JAVF fue un excelente papá para mi hija y yo quiero estar con mi hija, s[é] que la señora AIFV [h]a pasado por momentos difíciles con la pérdida de su esposo y ahora de JAVF [,] y sé que quitarle a la niña también es duro, yo pusiera problema si la niña estuviera mal, que la trataran mal pero no, yo s[é] que está bien la niña con ellas, yo lo que pido es ver a la niña, yo quiero que la niña sepa que tiene y cuenta con una mamá*". Bajo esas precisiones, la custodia y el cuidado personal de la menor AAVP quedaron a cargo de su abuela, AIFV, contemplándose que las visitas se realizarían cada 8 días, iniciando el día viernes a partir de las 10 a.m. y extendiéndose hasta las 4 p.m. del día domingo (folios 94 a 96).

En valoración por psicología de la Comisaría de Familia de La Florida, efectuada el 16 de marzo de 2018, adelantada por presuntos actos de exhibiciones obscenas, se aludió a la existencia de un video en el que la niña manifestó que "*le vio la colita "al JLG" existe un video donde ella muestra bajándose el pantalón que le vio las partes íntimas al Señor JLG*". En la valoración emocional afectiva, se registró que la niña "*se nota ambivalente con la pareja actual de su madre y no es determinante el vínculo afectivo con su madre [pues] la llama "la Y""*". La entrevista realizada a la menor

discurrió con los siguientes aspectos relevantes: "*se le pregunta su nombre[,] el de su abuela, el de la tía, de la madre y contesta con precisión…luego de varios minutos, apoyada en dibujo[s] anatómicos vestidos se le pide que identifique cu[á]l es la niña y el niño, [e] indica correctamente, luego de un lapso de tiempo se le presenta[n] dibujos anatómicos sin ropa para que la niña muestr[e] las partes íntimas del cuerpo, a lo cual va describiendo todas e indica las partes íntimas como "la colita["]. Con antelación se conoce el video donde afirma que le ha visto la colita "al JLG [,] se procede a preguntar que si lo quiere a JLG, contesta que no, porque me hace así indica que le agarra la nariz duro, se le insiste que nos cuente más de lo que pasa con JLG [,] después de un lapso de tiempo afirma que le ha mirado la colita a JLG [,] indicando su parte íntima, refiere que él y su mamá bailan. Se le indaga indicando su parte del cuerpo si JLG le ha tocado, a lo cual contesta No*". Al emitir sus conclusiones y recomendaciones, precisó: *"[l]a niña indica que ha mirado las partes privadas del señor JLG, mostrando con su mano su parte íntima, esta acción ha sido repetida en dos ocasiones, en la casa de su abuela paterna y en la valoración psicológica, es necesario aclarar que en el desarrollo de la entrevista se puede comprobar, que no existió tocamientos, ni ninguna clase de abuso hacia la niña por parte del señor JLG. Ya que es una niña de 30 meses que está atravesando su etapa pre preoperacional donde su pensamiento tiene la característica de razonamiento transductivo, la niña aun no entiende las verdaderas relaciones entre causa efecto. Por lo cual no se puede establecer con exactitud cuál fue el escenario que se present[ó] para que la niña mirara las partes íntimas del señor JLG*" (folios 213 a 220).

El 27 de abril de 2018 se impulsó una diligencia para aclaración de hechos y acta de compromiso, ante la Comisaría de Familia de La Florida, en cuyo contexto la funcionaria a cargo sostuvo que "*no se han presentado situaciones de vulneración de derechos que den lugar a suspender las visitas*" a la demandada (folios 221 a 224).

El 16 de agosto de 2018 se llevó a cabo una revista domiciliaria en el lugar de residencia de la menor. La funcionaria a cargo fue la psicóloga adscrita a la Comisaría de Familia de La Florida. En su bitácora anotó que en "*el acercamiento inicial con AAVP, se denota temor para interactuar, el cual es justificado por la señora A, como algo normal, dado que infiere que la niña siente miedo de que la mamá se la lleve (la abraza y le menciona que no tenga miedo porque su madre no se la va a llevar), lo cual denota cierto grado de manipulación indirecta por indisponer a la niña en contra de su madre biológica…[c]abe resaltar que en el contacto inicial se indaga a la Sra. A acerca de la ubicación de su hija Y a lo cual menciona que se encuentra en la ciudad de Pasto, sin embargo, aproximadamente 30 minutos después de lo mencionado, Y llega con vestuario de trabajo y refiere que salió a traer una carne a una finca cercana, lo cual señala inestabilidad en cuanto a cualidades morales, mentiras…[p]or otra parte , hay que mencionar que la niña no tiene mala percepción de las visitas con su madre, por el contrario, muestra fuertes vínculos afectivos con los miembros de las dos familias. No obstante, se observa que la señora A, influye de manera indirecta en AAVP, para que asuma un concepto negativo de su madre, realizando comentarios en presencia de la niña, como: -"la otra vez llevamos la niña al médico porque estaba agripadita pero no le comentamos nada a la mamá porque como a ella no le importa la niña, entonces para qué"-- "a AAVP no le gusta ir para allá abajo, a la casa de la mamá porque dice que cuando va YAPE no le presta atención y no me la cuida bien"-, sin embargo, la señora Aura, menciona que las visitas se modificaron voluntariamente sin intervención de la Comisaría de Familia y no se ha presentado ningún inconveniente a razón de que YAPE se encuentra estudiando. Es importante resaltar que no se evidencia ninguna situación en la que se vulneren o se amenacen los derechos de AAVP …Dentro del relato de la Sra. A se nota la falta de interés porque YAPE esté presente o se incluya en la formación, crecimiento y desarrollo de la niña, ello a razón de situaciones pasadas no resueltas. Dichas situaciones están ligadas a que desde el principio la señora A, no estuvo de acuerdo con la relación de YAPE y su hijo JAVF, y posterior a su fallecimiento, ella asume que su muerte es culpa de YAPE, por lo cual no hay disposición de que la relación interpersonal conflictiva cambie, por el contrario deja conocer que –"sería mejor que ella no esté tan cerca de la niña porque ella no sabe cómo educarla, ni cuidarla, así fue con mi hijo, no supo ser buena mujer"".* Lo anterior motivó a la profesional a observar y recomendar que las hoy partes enfrentadas mantenga a la niña al margen de sus diferencias, asegurando la presencia del rol materno para la buena salud mental y emocional de la niña, desarrollando las visitas en el domicilio de la progenitora para que la relación materno-filial se dé en forma espontánea y sus vínculos afectivos se cimienten sin interferencias (folios 226 a 228).

El 24 de agosto de 2018 se hizo una valoración por psicología inicial a la niña AAVP, quien asistió en compañía de su madre, la demandada YAPE. En el examen mental se apreció que la niña evidencia "*afectividad de fondo alegre, [con] fuerte vínculo afectivo con la figura materna y abuela paterna*", sin presencia de signos de maltrato. La demandada narró que ha tenido dificultades con la abuela paterna de la menor, quien dijo no le permite pasar más tiempo con la niña, no le avisa cuando se enferma y no quiere que le diga mamá. Se intentó establecer comunicación telefónica con la abuela paterna, mas fue imposible debido a que el abonado telefónico se hallaba fuera de servicio.

La psicóloga constató que la niña "*es afectuosa y cariñosa con la figura materna", con "presencia de sentimientos con lenguaje emotivo y afectivo por parte de la figura materna, sin embargo es necesario anotar que se puede presentar riesgo de la flexibilidad formativa por parte de la figura materna, teniendo en cuenta que la abuela materna (sic) ejerce representatividad formativa, más sin embargo esto puede generar alteración de estatus y desconocimiento de niveles jerárquicos, en el entendido que según la madre, la abuela paterna no deja asumir el roll (sic) materno filial que le corresponde, evitando algunas veces encuentros con su hija*" (folios 201 a 204).

La evaluación de la menor se repitió el 17 de octubre de 2018, ante la psicóloga adscrita al Centro Zonal Pasto Dos, en esa ocasión con la presencia de la tía paterna. De la niña la profesional señaló que es afectuosa y cariñosa con su figura materna, quien representa disponibilidad afectiva para la niña, siendo positiva la actividad materno filial. En cuanto a factores de vulnerabilidad, se anotó que la menor refirió que su madre la baña con agua fría, siendo débiles las pautas de crianza por parte de la figura materna –acorde con la información dada por quien acompañó la comparecencia de la menor-, presentándose cambios de comportamiento de la niña como berrinches (folios 258 a 261).

De la valoración por la misma profesional, efectuada en relación con la demandada, del informe visible a folios 262 a 265, así como de la comparecencia de la profesional a la vista pública surtida en primera instancia, se tiene que sus rasgos de personalidad se caracterizaron así: inseguridad que indica a su vez la existencia de cierto grado de incapacidad y falta de autoconfianza para actuar independientemente, así mismo su pasividad, tolerancia y dependencia emocional, la carencia de afecto desde la niñez demostrativa de rasgos resaltantes de inseguridad, pasividad y tolerancia, con reconocimiento de la ausencia afectiva y emocional paterna vivenciada por la demandada durante toda su vida, especialmente durante su infancia y adolescencia.

Se mencionó que su temperamento es de tipo normal, afectividad demuestra tristeza. Socialmente es convencional y conservadora, posee trato agradable para relacionarse pero demuestra poca sociabilidad permaneciendo pendiente de las críticas. Presenta autoestima baja caracterizada por inseguridad, en el ámbito familiar carencia de afecto en el trato cotidiano y dependencia emocional. Presentividad simbólica afectiva de madre a hija.

Factores de generatividad: está apoyada económicamente por su familia materna (hermanos), está vinculada a la Institución Educativa La Florida, en su calidad de figura materna busca fortalecer vínculos afectivos con su hija, denotando expectativas positivas de superación personal, demostrando afectividad positiva frente a los cuidados de su hija, con apoyo familiar y emocional de su familia materna.

Factores de vulnerabilidad: inestabilidad económica, también inestabilidad afectiva y emocional, baja cohesión familiar con familia paterna, prevenida de vivencias afectivas negativas, carencia de autonomía y dependencia de otras personas, patrones inadecuados en que fue educada y criada. No hubo reconocimiento voluntario por parte del señor MM padre de la demandada. Riesgo por futuras parejas de la madre. Ausencia emocional paterna, maltrato físico por parte de la señora AP, madre de la demandada.

Preguntada por la inseguridad, incapacidad, carencia de afecto y posible tolerancia de la demandada. La respuesta se expone sin audio. Se alcanza a escuchar que la demandada fue maltratada por su madre en su niñez. Por ese maltrato la psicóloga considera que es posible que la demandada lo replique en la niña, porque aquella vive con las secuelas de su niñez, debiendo someterse a tratamiento psicológico. Recalcó que hay falta de adecuada comunicación y entendimiento entre las familias, problemas reflejados por ejemplo cuando la niña está enferma; acotando que ella necesita recibir amor de tanto la madre como la abuela paterna.

Aceptó la psicóloga que se le indicó el video. Frente a ello le preguntó a a la niña si alguien había intentado hacerle daño, distinguiéndole entre caricias buenas y caricias malas, "*la niña en ningún momento me dijo que alguien había intentado hacerle daño*". Aunque en el video la niña refirió que el señor JLG, pareja de la demandada, le mostró sus órganos genitales, al confrontar con dibujos no indicó los órganos genitales, no los especificó. Además le preguntó a la niña si alguien le ha intentado hacer daño, que si alguien le ha tocado su colita, y ella respondió que no.

El defensor de la parte actora puso de presente que la valoración de esta psicóloga fue la cuarta valoración de la niña por los mismos hechos. Que antes se efectuó una por la profesional Ana Cristina Yepes Eraso, obrante en el expediente, de 15 de abril de 2018, cuando la abuela manifestó que la niña expresaba que el señor JLG le había

mostrado sus partes íntimas, y ahí la niña señaló las partes íntimas. La psicóloga dijo que la niña dibujó a la mamá, la abuela y la casa. No dibujó órganos genitales, estimando que se revictimiza a la niña preguntándole constante y permanentemente acerca de ese evento.

Anotó que es posible que los antecedentes de la madre interfieran en la crianza de la menor, aclarando e insistiendo en que es necesario que se someta a un tratamiento terapéutico con psicológico para que supere traumas de infancia. Aclaró que si la demandada se somete a esos manejos puede mejorar, no obstante se precisó que la niña tiene arraigo y apegos positivos en el entorno familiar de la abuela paterna; entre tanto la madre debe empoderarse y brindar más de sus afectos positivos a la niña.

Frente a los problemas entre las familias, dijo que puede influir en la niña, por su edad y porque por ello todo absorbe y no aporta un insumo saludable a su crecimiento, por la influencia que cada extremo ejerce en contra del otro sobre la niña, afectando en entorno emocional de la niña.

A la niña se le hizo un dibujo y ella referenció la casa, la abuela y la mamá, pero no mostró órganos genitales y luego de ver un video, dijo que no ha recibido tocamientos inapropiados, inexistiendo señales de abuso.

Frente a la falta de autoconfianza y tolerancia de la demandada, indicó que la evaluación de la demandada la dejó ver insegura y nerviosa. Cuando le preguntó quién es JLG, respondió que fue una pareja afectiva que tuvo y ya habían terminado, mas en ese momento y lugar, afuera se encontraba un señor que al parecer era él y se encontraba esperándola; en dos ocasiones la acompañó a ella. La psicóloga supo que era él, porque la entrevistada lo llamó por el nombre JLG y además la psicóloga le preguntó por su nombre y respondió que JLG, indagado si era JLG y él respondió que sí.

Acerca de la tolerancia dijo que la madre es pasiva porque denota tristeza y desesperanza, por eso tolerancia, porque la señora estaba nerviosa y como en la entrevista se demoraron 2 horas y media, mientras tanto el señor la llamaba para que se afanara.

Aseguró que la madre-demandada busca reforzar los vínculos con la niña, porque mencionó en su entrevista que cuando la va a recoger salen a pasear, está pendiente de sus cuidados, le compra leche, galletas, le compra ropa, refiere además que a la niña la quiere mucho al igual que su familia materna quienes también la quieren bastante.

Para la psicóloga el factor de vulnerabilidad por los problemas entre las familias de la niña emergen en mayor medida de la demandante, porque ella a veces quiere que la niña no le diga mamá a la demandada, sino YAPE, según versión de esta, además por las dificultades cuando la va a recoger, que a veces no la quieren entregar. Los roces se remontan a la época de su noviazgo con el papá de la niña, con quien a pesar de llevarse bien, después de retornar de visitas donde su madre –la demandante-, la agredía física y verbalmente.

Precisó que las pautas débiles de la madre frente a la niña, se evidenciaron en que la mamá –demandada- le admitía todo lo que la menor quería, comportamiento que apreció en la primera valoración a la que asistieron juntas. La niña le pedía el celular, le hacía berrinche y la demandada se lo entregaba. No había algo así como "*déjame hablar y luego te entrego el celular*". Permisividad porque le aceptaba todo a la hija.

Aclaró que cuando expresó que la madre no es garante de los derechos de la niña, lo dijo porque debe someterse a un tratamiento, mismo ciertamente prolongado en el tiempo, porque a su juicio hay secuelas fuertes y la demandada muestra inestabilidad emocional, contando la psicóloga del relato de la señora YAPE, que describió al menos cinco ocasiones de peleas, separaciones y posteriores reconciliaciones con el padre de la menor. Inestabilidad también por estar con una pareja y luego con la otra.

Retomó el hecho de haber visto con la niña, un video especial acerca del abuso sexual, luego del cual le preguntó si había sido tocada en sus partes íntimas, respondiéndole ella que no. En un dibujo de un cuerpo humano la niña no pintó los genitales. Los dibujos que hizo son grandes, lo que indica que su autoestima es alta.

Mencionó que la niña se encariñó mucho con la psicóloga y la abrazó. Ella le preguntó quién la abraza así y dijo que su mamá Inés, que la mamá no pero que la quiere mucho, agregando "*ella dice que me va a traer pero no me va a*

recoger", denotando una carencia afectiva por parte de la figura materna, aunque la menor sí tiene sentimientos y extraña mucho a su madre, la psicóloga concluyó que se necesita más vínculo de la mamá, de la figura materna. No obstante la niña no puso en evidencia sentimientos de rechazo hacia la madre.

Advirtió que en la entrevista con la niña no se abordó si tiene alguna relación o vínculo con el señor JLG. Preguntada si la niña aludió de alguna manera a demostraciones o tratos eróticos o sexuales por parte de su madre, la psicóloga respondió que le había preguntado si la mamá tenía una pareja, contestándole la menor que sí, que el amigo le daba besos (a la demandada).

Finalmente, amén del tormentoso pasado de la llamada a juicio –inestabilidad económica, afectiva y emocional; baja cohesión familiar con su familia paterna; predominio de vivencias afectivas negativas; carencia de autonomía y la dependencia de otras personas; patrones inadecuados de educación y crianza; falta de reconocimiento voluntario por parte de su padre; riesgo por futuras parejas; ausencia emocional y paterna; y "*maltrato físico por parte de la señora AP madre de YAPE*", asentó que "*no es garante para brindar a la menor un desarrollo integral y emocional ya que la menor debe crecer en un ambiente de felicidad, amor y protección, dentro del seno de una familia que realmente esté dispuesta a proporcionarle los medios necesarios para la satisfacción de sus derechos*" (folio 265).

Dilucidado lo anterior, el Tribunal concluye:

El contexto de la garantía de los derechos de la niña AAVP por parte de su madre, no tiene en este asunto, el alcance que le imprime el apoderado de la parte actora. En efecto, aludió la experta a la presencia en la demandada de antecedentes familiares negativos y adversos, con los que sus rasgos de personalidad se han desestabilizado, evidentemente en perjuicio de su interacción familiar y social, lo que a su vez implica la manera de proyectarse en los distintos roles de vida. No obstante, así vista la situación no representa ni traduce abandono o maltrato –que son los motivos por los que se pretende enervar la patria potestad-. Por el contrario, hay noticia en el expediente, folio 162, que la pasiva retomó sus estudios de bachillerato, lo que de hecho reconoció la demandante en una de las revistas efectuadas por psicología, fue motivo suficiente para variar de recientemente y de mutuo acuerdo el régimen de visitas. Luego, se avista el propósito de superación personal en la madre, actitud que en reflejo puede sumar para robustecer su autoestima y contrarrestar. En todo caso, acá no se está debatiendo qué entorno propugna más por las condiciones de amor, felicidad y protección inmediata a favor de la niña, toda vez que lo que se discute no es su custodia, sino si hay razón para que su madre se le retire la patria potestad. Y como se anunció, lo que se reclama de las conclusiones del dictamen no alcanza para ello.

De otra parte, la permisividad observada en la madre en la primera evaluación efectuada ante el Centro Zonal del ICBF en esta capital, tampoco es prueba elocuente o directa y ni siquiera necesariamente indiciaria, de vertiente alguna de maltrato o abandono. Simplemente lo es del imperativo de reforzar el rol de madre y empoderarse del mismo. De ahí la mencionada pasividad que notara la profesional, mas nada de ello conduce al propósito del libelo, cuando en la hipótesis que postula la parte actora se hila con un acontecimiento que no se probó, como es el de un presunto actuar inconsulto y aprovechado por parte de la progenitora, al decirse –sin corroborarlo- que trajo a la evaluación a la menor, sin consultar o avisar a la abuela paterna – demandante ni a su familia.

En este punto no puede pasar sin advertirlo y mencionarlo el Tribunal, el hecho de que en la revisión de 16 de marzo de 2018, su regente se percató que la menor se refiere a su mamá como "la YAPE", situación que no ha merecido ni aparece en el acta que mereció reconvención alguna de su abuela paterna, a cargo de quien se encuentra. Es más, esto coincide con las apreciaciones vertidas luego de la visita de 16 de agosto de 2018, en las que se destacó la manipulación que en ese momento ejerció la abuela paterna sobre la niña, en perjuicio de la demandada, llegando a expresar que "*sería mejor que ella no esté tan cerca de la niña porque ella no sabe cómo educarla, ni cuidarla, así fue con mi hijo, no supo ser buena mujer*"; elemento que trasluce en este conflicto, ingredientes personales que rebasan el propósito de salvaguardar exclusivamente el interés de la menor, para entremezclar experiencias anteriores que ensombrecen cualquier calificación de nobleza en el proceder de la parte actora. Bien puede frente a ello verse que su versión de los hechos ha mutado considerablemente en aras únicamente de su aspiración, si se tiene en cuenta que todas sus manifestaciones ante los psicólogos fueron, respecto de la demandada y el ejercicio de su calidad de madre, de cumplimiento cabal e inexistencia de inconvenientes. El punto culminante lo fue cuando insistió en quedarse con la custodia y el cuidado personal de la niña, para lo que pretextó las penosas pérdidas de su cónyuge y de su hijo. Siendo que en ese instante la madre

reconoció las virtudes en los cuidados dispensados por la actora a su nieta, no puede de ello derivarse un desapego tal, como para edificar la pérdida de patria potestad que se reclama, en franca contradicción del proceder de la parte, puesto que cuando pidió la custodia, nada malo le pareció que accediera a ello la hoy demandada, a quien luego, cambiando su forma de ver los acontecimientos, le atribuyó abandono por no haber "peleado" por la niña y/o por haber mermado la asiduidad de las visitas, cuando todo se ha dado de mutuo acuerdo. Es lamentable e inaceptable esa voluble postura.

Acerca de los testimonios de cargo, a instancia de la parte y los recabados de oficio, ya fueron evaluados y desestimados por el Tribunal.

En adición, para responder los reparos esgrimidos, se dirá:

En cuanto al **abandono**, esta situación se sucede cuando el progenitor, pese a su rol natural y legal de garante de los derechos de su prole, se evade del mismo en forma libre, consciente y voluntaria, quebrando la prerrogativa de los menores a no ser separados de su familia y con ello, privándoles de la posibilidad de recibir amor, ayuda y protección.

La atribución de abandono el 21 de noviembre de 2016 en el parque de La Florida no fue constatada en el proceso administrativo de restablecimiento de derechos.

Si bien la revisión clínica del campo genitourinario de la menor demostró inconsistencias en el aseo de esa zona corporal y un diagnóstico de dermatitis de pañal; constatándose una inadecuada presentación de la niña, dichas situaciones en un momento temporal y espacial en el que se denotó la presencia con la niña de ambos padres (lo que se deriva de que fuera el padre quien acudió a denunciar el supuesto abandono y fue quien en sus descargos al interior del proceso de restablecimiento de derechos se atribuyó la recuperación en ese momento de la menor), repercute en una situación criticable por igual a los dos, no exclusivamente a la progenitora.

De los sucesos del 21 de noviembre de 2016, el mismo señor JAVF reconoció que consideró que hubo abandono porque la madre dejó a la niña con un señor que para él era desconocido, pues si bien lo había observado en la localidad, nunca lo había tratado.

La declaración ante la Comisaría por parte de los señores LYCC y CCDG coincidieron al describir que la niña, el 21 de noviembre de 2016, fue entregada al segundo de ellos, permaneciendo no más de cinco minutos hasta cuando arribó el padre a reclamarla.

Ya desde 23 de noviembre de 2016 por psicología y luego de entrevistar a los padres de la niña, se definió que la autoridad frente a ella era ejercida por ambos, denotándose alto valor afectivo en retorno de la menor para con sus ascendientes más próximos. No se halló rastros de abandono ni de maltrato, sino apenas inconvenientes de higiene.

Coherente fue la decisión de la Comisaría de Familia al zanjar el procedimiento abierto para la protección y el restablecimiento de los derechos de la niña. En la misma fecha la custodia y el cuidado personal se conciliaron compartidos entre los padres, dejándose abierta la posibilidad de visitas por parte de la madre. Resultó siendo una cuestión reiterada, el que el padre en las distintas visitas de seguimiento que se hicieron, manifestara que buen papel de la demandada como madre, su cumplida sujeción con las visitas y el hecho de permanecer pendiente de su hija.

Es más, en la conciliación adelantada el 4 de abril de 2017, el interés ventilado fue el de la madre, para que las visitas se determinaran en forma puntual. En lo sucesivos los informes psicosociales dieron cuenta que la madre siguió atendiendo cumplidamente su deber de visitas.

En la conciliación de 29 de noviembre de 2017, es cierto que la madre –hoy demandada- aceptó que fuera la abuela paterna quien asumiera la custodia y el cuidado personal de AAVP, mas ello, según se relató, se dio en un entorno en el que la abuela paterna pidió que así fuera para morigerar el duelo por la muerte de su esposo y de su hijo –el padre de la niña-, declarándose a su turno por la llamada a juicio que reconocía el bienestar de la menor con su

familia paterna extensa, no queriendo atizar el sufrimiento de la demandante, insistiendo eso sí en su interés de compartir con la menor y demostrarle la presencia del rol de madre.

Por el contrario, preocupa la actitud de la abuela paterna – demandante, de quien en entrevista de 16 de agosto de 2018, se plasmó su inocultable actitud en contra de la demandada, contenida en creencias y manifestaciones inculcadas a la niña, de quien hay un registro inclusive que se refiere a su madre como "la YAPE". No obstante, la profesional a cargo describió como fuertes los vínculos afectivos entre la niña y su madre, siendo además que en ese episodio se suministró similar información a la que hasta ahora se ha acopiado: no se habían presentado problemas con las visitas de la demandada. Semejantes fueron las apreciaciones bosquejadas por la hoy demandante hasta la revisión de 17 de octubre de 2018.

Mal puede hablarse de abandono, cuando en la primera revisión psicológica ante el ICBF, la niña compareció con su madre. Entre tanto, la impugnación hecha por el extremo actor, en el sentido de que ello sucedió por aprovechamiento de la demandada, pretextando situaciones inexistentes para hacerse en esa ocasión con la compañía de la infante, son disquisiciones que no trascienden al caudal probatorio que milita en el expediente. Por oposición, inclusive replicando elementos de la versión rendida por la progenitora en la fecha de revista de su hija en esta ciudad, lo cierto es que en momento posterior, cuando AAVP volvió a ser evaluada, en ese instante con acompañamiento ya no de su madre, sino de miembros de su familia paterna, dejó entrever signos de identidad, reconocimiento y afectividad para con su mamá –hoy demandada-. Así es, al punto que entre los dibujos que se indicó, hizo la niña, incluyó a su mamá, persona con quien mal podría decirse, media abandono, rechazo o desconocimiento de su rol, en frente de una menor de tan corta edad.

En punto del **maltrato** infantil, éste se sucede según el inciso segundo del artículo 18 del CIA, ante "*toda forma de perjuicio, castigo, humillación o abuso físico o psicológico, descuido, omisión o trato negligente, malos tratos o explotación sexual, incluidos los actos sexuales abusivos y la violación y en general toda forma de violencia o agresión sobre el niño, la niña o el adolescente*".

La evaluación médica del 21 de noviembre de 2016 no es conclusiva de existencia de maltrato, menos si de haberse dado, amén de la existencia de escoriaciones y lesiones eritematosas, era imputable a la demandada.

El padre aseguró en la audiencia de fallo ante la Comisaría de Familia, que nunca observó que la hoy demandada le pegara a la niña.

El dicho del señor JVG, emitido ante la Comisaría de Familia de La Florida en el sentido de haber presenciado supuestos actos de agresión por parte de la demandada en contra de su hija, pierde fuerza de convicción cuando aseguró que de ello nada informó al padre de la menor, aunque sí a su abuela paterna, cuestión que resulta poco verosímil, tanto por su pasividad en el momento mismo de los acontecimientos frente a una supuesta situación perjudicial para una infante, como por saltarse al adulto responsable de la misma, su padre, para acudir en vez de él a la hoy demandante –abuela paterna-, de quien por cierto no hay noticia que tampoco hubiere procurado remedio alguno.

Como se anunció al aludir a la causal de abandono, en el informe psicosocial por la entrevista por psicólogo a los padres, se descartó igualmente la presencia de actos de maltrato.

Los rastros de supuestos menoscabos físicos que se detectaron en la niña el 10 de abril de 2017, en visita de 25 de abril siguiente se aclaró que obedecieron a un tropiezo que sufrió la infante mientras intentaba abordar a su padre en momentos en los que llegaba de trabajar. Situación de la que resulta ajena la demandada.

La credibilidad de los testigos que lo mencionaron quedó minada por los motivos ya explicitados por el Tribunal.

Quizá el episodio más sentible es el de la manifestación de la menor de haberle visto las partes íntimas a la pareja la demandada. Por eso se ha dejado para el final de estas disquisiciones. Ahora, la doctrina de la sentencia C-397 de 2010, que se defiende por la parte demandante, anuncia que una modalidad de maltrato es el catalogado como omisivo, es decir, aquel emergido por la exposición de la menor a una situación de abandono o descuido que puede afectar su vida o su salud.

En este proceso es lo cierto que el contexto preciso en que ello pudo haberse dado, más precisa una falta de debida atención, que la configuración de un momento premeditado en perjuicio del interés de la niña. Al respecto importa mucho el concepto de la profesional en psicología de la Comisaría de Familia de La Florida, quien en la valoración que sobre ese aspecto en concreto desplegó el 16 de marzo de 2018, dictaminó la imposibilidad de "*establecer con exactitud cuál fue el escenario que se present[ó] para que la niña mirara las partes íntimas del señor JLG*". Así, el principio pro *infans* urge al Tribunal a ponderar entre lo que ello representa como eventual modalidad de maltrato, y el derecho de la menor a contar con una familia y a no ser separado de ella. Así, las consideraciones que hasta ahora se han vertido retratan a la demandada, contrario a la tesis de la parte actora, como una persona preocupada y que ha sido constante y persistente su brega por mantenerse cerca y en contacto con su hija. Ni maltrato específico ni menos abandono se le han verificado. Y si bien su valoración psicológica no es óptima, ello se debe, tal cual se explicó en la audiencia en primera instancia por la psicóloga de la Defensoría de Familia de esta ciudad, a los traumas de su infancia y a la temprana adquisición de la responsabilidad maternal. Con todo, se aprecia viable que adoptando los correctivos terapéuticos y de acompañamiento y seguimiento por el personal capacitado, tales impasses puedan remediarse, en beneficio de la integridad psicológica de la madre y por contera, en garantía del ambiente propicio de formación, crecimiento y desarrollo de su menor hija. Por oposición, la privación de la patria potestad, como decisión definitiva que es, luce y en efecto resulta excesiva y en grado sumo drástica, para el interés de la niña, a favor de quien se ha visto, es factible encauzar y sanar con auxilio profesional y compromiso personal, la condición psicológica de su progenitora.

No deja de llamar la atención el trasfondo económico que se bosqueja en esta pugna, por la eventualidad del reconocimiento de prestaciones periódicas o indemnizaciones a favor de la niña AAVP, a raíz de la muerte de su padre. Por oposición, la falta de certeza acerca de hechos que configuren abandono o maltrato, impide habilitar la pérdida del vínculo parental entre madre e hija, por más que en la creencia de quien demanda se abrigue la convicción de inidoneidad en la condición de madre y se desmerite su ejercicio. La evidencia recaudada no estructura un motivo que a su vez justifique cercenar "*el amor, la presencia, la guía e imagen paternal*"[5] que acceden a la patria potestad.

Puestas de tal manera las cosas, la Sala considera que la decisión adoptada en primera instancia debe confirmarse parcialmente en el sentido de no privar ni suspender la patria potestad que la demandada ejerce sobre su hija; no obstante, considera que, con el ánimo de garantizar el interés superior de la menor, en virtud de lo dispuesto en el parágrafo 1° del artículo 321 del C.G. del P., según el cual en los asuntos de familia el Juez podrá fallar ultra y extra petita cuando sea necesario para brindarle protección al niño o niña y prevenir controversias futuras de la misma índole, es necesario adicionar el fallo en los siguientes aspectos:

- Fijar una cuota alimentaria a cargo de la demandada y a favor de AAVP, a partir de la primera mesada de sustitución pensional a la que haya lugar, pues de las actuaciones surtidas en el proceso se conoce que se reclamará tal emolumento con ocasión de la muerte por accidente de trabajo del señor JAVF.

Al respecto es preciso traer a colación que la Corte Constitucional ha determinado que*: (i) la pensión de sobrevivientes es una prestación que tiene la finalidad de proteger la condición de vulnerabilidad de quienes dependían económicamente del causante; (ii) el reconocimiento de esta prestación tiene estrecho vínculo con el mínimo vital y la vida en condiciones dignas y justas; y (iii) en el caso de los menores de edad la administración de la mesada pensional corresponde, en principio a los padres, quienes podrán delegarla en un tercero mediante poder especial o, ante la falta de los progenitores, deberá designársele un curador para que administre de conformidad con la ley su patrimonio*[6].

Siendo ello así se tiene que la señora YAPE, en su condición de madre de la menor, eventualmente puede ser la llamada a administrar tales recursos en su condición de representante legal, una vez sean reconocidos, por lo que de ser así, deberá suministrar una cuota alimentaria, que el Tribunal considera debe corresponder al 50% de la mesada pensional, misma que será entregada dentro de los cinco (5) primeros días de cada mes a la señora AIFV,

[5] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia STC13911-2017, 6 sep., M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, expediente 11001-02-03-000-2017-02361-00
[6] Corte Constitucional Sentencia T- 708 de 2017. Mp. Dr. Alejandro Linares Cantillo

abuela de la menor, quien ostenta en la actualidad la custodia de AAVP, situación que dicho sea de paso se mantendrá incólume habida cuenta que ello no ha sido objeto de controversia al interior del presente asunto, y en adición se estima que la permanencia y convivencia junto a su abuela paterna ha logrado garantizar su bienestar. El 50% restante será dispuesto para atender los gastos de la menor durante los días que esté al cuidado de su madre, con ocasión del régimen de visitas acordado entre las partes y que tampoco será objeto de modificación dentro del presente asunto. Ello sin perjuicio de lo que la autoridad competente pueda indicar sobre la cuota alimentaria, independientemente de que pueda afectar los ingresos propios de la señora YAPE, madre de la menor.

- En el mismo sentido debe señalarse que en caso de que se reconozca algún retroactivo respecto de la pensión de sobreviviente o alguna indemnización por causa de la muerte del progenitor a favor de AAVP, la señora YAPE, deberá depositar tales dineros en una cuenta bancaria o fiducia a nombre de la niña, que serán destinados única y exclusivamente, en el momento que se ofrezca, para gastos de la menor, relacionados especialmente con salud, vivienda y educación, y, cualquier disposición que al respecto se haga, deberá ser comunicada a la Comisaría o Defensoría de Familia, donde se llevará un registro correspondiente tanto de las cuotas alimentarias, como de los demás dineros que se reciban a favor de la menor de edad.

- Se considera pertinente que la Defensoría del Familia en coordinación con la Comisaría de Familia del municipio de La Florida, haga un puntual y oportuno seguimiento de la situación familiar de la menor, con posterioridad a la presente decisión.

- Finalmente, se adicionará la sentencia, en el sentido de exhortar a la señora AIFV para que en lo sucesivo se abstenga de realizar actuaciones o manifestaciones que afecten la relación entre la señora YAPE y su hija, pues del plenario se observa que en ocasiones la actitud de la abuela paterna influye e indispone a la menor frente a su madre, cuando por el contrario, debe propenderse por la construcción de un vínculo positivo, propio de este tipo de relación filial entre todas ellas.

Por otra parte, teniendo en cuenta que en la sentencia de primera instancia se compulsaron copias con destino a la Fiscalía General de la Nación con el propósito de que se investiguen presuntas conductas punibles, considera el Tribunal que a ello no hay lugar en la medida que ello no se encuentra justificado atendiendo a las resultas de los informes de valoraciones psicológicas practicadas a AAVP.

Dado el resultado de la alzada, se impondrá condena en costas a la parte apelante. Las agencias en derecho se tasan en el equivalente a medio salario mínimo legal mensual vigente.

DECISIÓN

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

PRIMERO.- CONFIRMAR los numerales PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y QUINTO de la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto al interior del presente proceso verbal de privación de patria potestad instaurado por AIFV en contra de YAPE.

SEGUNDO.- ADICIONAR a la sentencia referida, las disposiciones que a continuación se exponen, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia:

*"**FIJAR** una cuota alimentaria a cargo de la señora YAPE y a favor de la niña AAVP, a partir del recibo de la primera mesada de sustitución pensional a la que haya lugar, con ocasión de la muerte por accidente de trabajo del señor JAVF. La cuota corresponderá al 50% de la mesada y será cancelada los cinco (5) primeros días de cada mes en la residencia de la señora AIFV, quien ostenta actualmente la custodia de la menor, sin perjuicio de que se adopten otras disposiciones frente a la cuota alimentaria, por autoridad competente.*

***ORDENAR** que en caso de reconocerse y pagarse a favor de AAVP, alguna indemnización o retroactivo pensional, la señora YAPE deberá consignar tales sumas de dinero en una cuenta de ahorros o una fiducia a nombre de la menor, destinando tales recursos, principalmente a suplir necesidades de relacionadas con salud, vivienda y educación, y,*

cualquier disposición que al respecto se haga, deberá ser comunicada a la Comisaría o Defensoría de Familia, donde se llevará un registro correspondiente tanto de las cuotas alimentarias, como de los demás emolumentos que se reciban a favor de la menor de edad.

***EXHORTAR** a la señora AIFV para que en lo sucesivo se abstenga de realizar actuaciones o manifestaciones que afecten la relación entre la señora YAPE y su hija y en oposición a ello coadyuve para mantener un vínculo positivo entre todas ellas.*

***ORDENAR** a la Comisaría de Familia del municipio de La Florida que realice un puntual y oportuno seguimiento de la situación familiar de la menor AAVP, con posterioridad a la presente decisión y sobre los ordenamientos aquí expuestos".*

TERCERO.- REVOCAR el numeral CUARTO de la sentencia impugnada, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- CONDENAR en costas de segunda instancia a la señora AIFV. Las agencias en derecho de segunda instancia se fijan en medio (1/2) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO.- ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado de origen dejando las anotaciones correspondientes.

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ
Magistrado

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – ELEMENTOS: Análisis desde una perspectiva de género.

ESTÁNDARES JURÍDICOS VINCULADOS A LOS DERECHOS DE LAS MUJERES A SER PROTEGIDAS DE TODA FORMA DE VIOLENCIA FÍSICA Y/O PSICOLÓGICA – 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 – PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA: El Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo. Dentro de esas obligaciones, está la investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, de ahí que, para los casos que lo ameriten, la administración de justicia debe impartirse con perspectiva de género.

EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS MUJERES COMO VÍCTIMAS – PERSPECTIVA DE GÉNERO: En materia civil, la perspectiva de género también debe orientar las actuaciones de los operadores de justicia junto con los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia.

VIOLENCIA PSICOLÓGICA CONTRA LA MUJER: Una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada, tiene fuertes implicaciones individuales y sociales que contribuyen a perpetuar la discriminación histórica contra las mujeres.

LA VIOLENCIA PSICOLÓGICA EJERCIDA CONTRA LA MUJER EN UN CONTEXTO RELIGIOSO – Análisis de la religión desde una perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinal, así como también sus alcances y límites frente a la sociedad, en especial, frente a la mujer.

LIBERTAD DE CULTOS - El derecho y libertad de profesar cualquier creencia religiosa no es absoluta, puesto que encuentra sus límites donde inician los derechos fundamentales de los demás.

PRÁCTICAS NOCIVAS IMPLEMENTADAS POR LAS RELIGIONES – Se puede llegar a utilizar como una herramienta de dominación psíquica para malear la personalidad y voluntad de otros, y vulnerar su dignidad y derechos fundamentales.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – ELEMENTOS: Se configuran.

Conforme al análisis de normas de derecho internacional, en armonía con la Constitución Nacional y el ordenamiento jurídico interno sobre la protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia y valorados los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta el contexto en el cual se desarrollan los hechos en concreto, se determina que hay lugar a declarar a los demandados civil y solidariamente responsables de los daños causados a la demandante, a título de perjuicios morales y daño a la vida en relación. Se encuentra acreditado tanto el daño como el hecho dañoso, constituido por las relaciones sexuales y actos de la misma naturaleza realizados por el demandado, quien actuando como pastor y guía espiritual, los obtenía utilizando técnicas de persuasión coercitiva y manipulación psicológica y espiritual, conllevando a la vulneración de sus libertades y derechos como mujer, afectando su vida en los aspectos familiar, social, económico y afectivo; demostrándose así mismo, que tales daños fueron consecuencia de la violencia psicológica ejercida por el demandado sobre la actora.

SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, diecisiete (17) de noviembre de dos mil veinte (2020)

Radicación: 520013103004-2013-00026-02 (513-02)
Asunto: Apelación de sentencia en proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual
Demandante: LDV

Demandado: Iglesia Cristiana Salem y Otro
Procedencia: Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto

Magistrada Ponente: **AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA**

Una vez agotado el trámite previsto en el art. 14 del Decreto Legislativo N° 806 de 2020 y, de conformidad con lo ahí dispuesto, procede la Sala a dictar por escrito sentencia de segunda instancia dentro del presente asunto, advirtiendo que el Despacho de la actual Magistrada Sustanciadora asumió la ponencia del fallo, por cuanto el proyecto inicialmente presentado no obtuvo la mayoría requerida.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.- El 18 de febrero de 2013, la señora LDVO a través de su apoderado judicial, interpuso demanda en contra de AJGT y la IGLESIA CRISTIANA SALEM, para qué agotados los trámites del proceso ordinario, se declare la prosperidad de las siguientes pretensiones y en consecuencia también se impongan las respectivas condenas:

- Que se declare que los demandados son solidaria y civilmente responsables de todos los daños y perjuicios causados en cabeza de la demandante, motivo por el cual deben ser condenados a pagar una indemnización favor de ésta última por concepto de perjuicios morales y de daño a la vida de relación.

- Así, por concepto de perjuicios morales, el equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200 s.m.l.m.v.), por los actos que el demandado realizó en la demandada, sometiéndola a abusos durante largos años.
- Igualmente, y por los mismos motivos, el equivalente a doscientos salarios mínimos legales mensuales vigentes (200 s.m.l.m.v.) por concepto de daño a la vida de relación.

Los hechos en los que se fundamenta la acción se redujeron a afirmar que:

La demandante ingresó a la Iglesia Salem en el año 1997, a la edad de 17 años. Manifestó la parte actora que provenía del Departamento del Meta, habiendo perdido a su padre a los cinco años de vida y que sus necesidades eran satisfechas por su señora madre, en condiciones de precariedad económica.

Que, al momento de ingreso de la demandante a la mencionada congregación, algunos de sus integrantes le tendieron una mano amiga, pero que la persona que se comportó como su padre, proveyéndole seguridad material y afectiva fue el señor AJGT, Pastor de la Iglesia SALEM.

Que, al año siguiente a su ingreso, se desempeñó como cantante dentro de la mencionada congregación, ascendiendo de cargos, fungiendo además de lo mencionado, como supervisora de obras periféricas, profeta, secretaria del Pastor y predicadora, dedicándose a ello de forma absoluta, por lo que recibía una asignación mensual, creándose además de la fuerte dependencia paternal y espiritual, también un robusto nexo económico.

Que en el año 2006 luego de la llegada de la señorita AC, persona cercana a AJGT, se desató el primer escándalo relacionado con las prácticas inmorales y delictuosas al interior de la congregación, motivo por el cual el mencionado pastor inició una persecución en contra de las personas que se atrevían a denunciarlo, usando una agresiva predicación que infundió en los integrantes de dicha comunidad, la convicción de que tales ataques eran obra del demonio.

Se manifestó que al interior de la comunidad religiosa se hablaba de algo llamado "*revelación profética*", tema que se relacionaba con las prácticas sexuales, las que se justificaban diciendo que "*a través de los besos y caricias se recibía el poder y la unión de Dios por medio de AJGT*", "*Que por medio de la penetración sexual se adquirían mayores dones como el de la profecía*" y que "*Quien rechace esa ministración especial despreciaba lo de Dios para sus vidas*".

Que, al inicio las prácticas se limitaban a besos y caricias, pero en el año 2007 y justificando una revelación profética, AC dio la orden de que la demandante debía "*entregar su virginidad a su pastor*", hecho cuyos detalles fueron terribles y que sólo serán descritos ante funcionario judicial por la misma actora.

Luego, la demandante intentaba cualquier maniobra para evitar contacto sexual con el Pastor; sin embargo, que el demandado la forzaba por medio de la manipulación muy bien planificada que había logrado a lo largo de los años, mediante el temor a Dios, la autoridad, la unción apostólica y muchas otras que permitían que sus víctimas hicieran lo que les pedía.

Agregó que el Pastor AJGT la obligó a guardar silencio sobre lo que sucedía, bajo la excusa de que "*la congregación no tenía la suficiente fe para conocer este secreto de las cosas de Dios*", describiendo que, si se negaba, la amenaza era ser desterrada del "*círculo del ungido*", quitada de los lugares de privilegio, y mediante el uso de la palabra y la autoridad quedaba anulada como persona.

Se describe que cuando hechos similares acontecidos con otras personas salieron a la luz, la demandante fue separada de su esposo para ser enviada a otras ciudades del país, con la prohibición de salir o comunicarse con medios de comunicación o con su familia, por lo cual le mintieron diciéndole que, contra ella, al igual que contra AJGT, se había librado orden de captura. Todo lo anterior, hasta que un día, armada de valor, escapó buscando la ayuda de un familiar.

Finalmente, el apoderado de la parte actora manifestó que tratar de entender estos hechos desde la normalidad sería muy difícil, motivo por el cual solicitó al juez adentrarse en los métodos de manipulación religiosos y psicológicos que fueron usados por el demandado para su provecho, quien se entendía como la máxima autoridad dentro de la congregación, sólo por debajo de Dios.

POSICIÓN DE LOS DEMANDADOS.- Agotados los trámites relativos a la notificación de los demandados, sólo la IGLESIA CRISTIANA SALEM a través de su apoderado judicial dio contestación, refiriendo que la mayoría de los hechos narrados por la demandante no eran ciertos o que no le constaban, proponiendo las excepciones de mérito que denominó: "*falta de legitimación en la causa por activa", "inexistencia de daños y perjuicios a la parte activa", "inexistencia de responsabilidad civil extracontractual"* y *"la innominada"*.

La defensa de la parte demandada básicamente tiene fundamento en que no hay constancia de la fecha de ingreso de la actora a la congregación, sumado a que existe material documental que evidencia que la señora LDVO disfrutaba de varias actividades al lado de los supuestos victimarios. Además, que no se ha divorciado de su esposo AJPG, por lo que no existe prueba de que haya dejado de disfrutar de su vida matrimonial, motivos por los cuales no se encontraba acreditado el daño.

Por otro lado, destacó que es un imposible que una persona jurídica abuse sexualmente de una persona natural, razón por la que solicitó que se profiera una sentencia que niegue las pretensiones.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- El 11 de julio de 2019, el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto profirió la sentencia de primera instancia en la cual resolvió: Declarar que los demandados eran solidaria y civilmente responsables por los daños y perjuicios inmateriales ocasionados a la demandante; declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por la única demandada que contestó el libelo; y finalmente condenó a los integrantes de la pasiva de esta *litis* a pagar a la señora LDVO la suma de SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($72.000.000.oo) por concepto de daño moral, y otro tanto por concepto de daño a la vida de relación. Finalmente, también condenó a los demandados al pago de las costas procesales.

EL RECURSO DE APELACIÓN.- En contra de la anterior determinación el apoderado judicial de los demandados interpuso el recurso de alzada, expresando los motivos de reproche por escrito dentro de los tres días después de finalizada la audiencia. Por ello, el medio de impugnación fue concedido por auto de dieciséis (16) de julio de dos mil diecinueve (2019).

Como apoderado de la IGLESIA CRISTIANA SALEM:

i) Que al interior del plenario no existe prueba del hecho dañoso o conducta contraria a la ley realizada por el demandado AJGT, ni como persona natural ni como representante legal de entidad religiosa. Tampoco existe prueba sobre la existencia de los perjuicios morales o daños causados a la vida de relación, susceptibles de ser

indemnizados, ni de su cuantía, e igualmente, no está demostrada la relación de causalidad. ***ii)*** No está acreditado que la IGLESIA CRISTIANA SALEM corresponda a las denominadas "Sectas Dañinas", puesto que su único fin es predicar la palabra de Dios a la comunidad, y que las sanciones impuestas al interior del culto son necesarias para mantener la disciplina en sus miembros. ***iii)*** De los dictámenes periciales practicados y los testimonios técnicos, no se aportaron sus credenciales sobre la temática tratada, ni demuestran que la IGLESIA CRISTIANA SALEM sea una secta dañina. ***iv)*** Que adicionalmente, en el plenario reposa la copia de la sentencia penal que es absolutoria, exonerando de toda responsabilidad al señor AJGT, de ahí que no están probados los abusos de carácter sexual de los que se afirma es víctima la demandante. ***v)*** Que, conforme a la prueba testimonial obrante en el plenario, se demostró que la demandante se benefició económica, social y espiritualmente de la IGLESIA CRISTIANA SALEM, ascendiendo en posiciones que le permitieron llevar una vida social y de relación con satisfacción, contrayendo matrimonio con otro miembro de la comunidad, sin que exista limitación de los derechos fundamentales por parte del pastor AJGT. ***vi)*** Además, que no se tuvo en cuenta en el plenario la confesión realizada por la misma demandante, cuando expresó que existió conocimiento y plena voluntad para sostener las relaciones sexuales totalmente consentidas.

Como apoderado de AJGT, el profesional del derecho expuso idénticos argumentos a los ya descritos, pero además agregó:

i) Que, al interior de las élites de varios grupos religiosos, como por ejemplo en la iglesia católica, apostólica y romana, se presentan conductas que implican el retiro espiritual y el cambio de comportamiento social acorde con el mensaje bíblico, pero como consecuencia de un supuesto adoctrinamiento, no les asiste a sus integrantes la posibilidad de demandar el pago de perjuicios. ***ii)*** Que la no comparecencia del señor AJGT a rendir la declaración de parte, no tiene la consecuencia aplicada por el juez, puesto que la presunción de la que se habló queda desvirtuada con la declaración de la demandante. ***iii)*** Que no está demostrada la realización de conductas de alienación mental o emocional colectiva o individual respecto de la demandante, y finalmente, ***iv)*** Que lo dicho por la investigadora del CTI no alcanza a considerarse como un testimonio técnico y el dictamen pericial practicado por medicina legal carece del valor probatorio y no se practicó de manera idónea para determinar los perjuicios que se reclaman.

II. CONSIDERACIONES

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

LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.- Concurren a plenitud en el presente caso, veamos: tenía el a quo competencia para avocar conocimiento en primera instancia, en virtud de la naturaleza del asunto (art. 16 num. 1° del C. de P. C.[1]), así como por el lugar de los hechos (art. 23 num. 8° *ibídem*), mientras que esta Corporación, tiene competencia funcional para desatar el recurso de alzada interpuesto (art. 31 num. 1° del C. G. del P.).

De otro lado, la demandante LDVO y el demandado AJGT son personas naturales y mayores de edad, con capacidad para ser parte y comparecer al proceso, al igual que la Iglesia Cristiana Salem, que es una persona jurídica que acudió por intermedio de su representante legal para asuntos judiciales[2].

Continuando con el análisis de los presupuestos procesales, encontramos que las partes fueron asistidas por profesionales del Derecho de su escogencia y, finalmente, se observa que la demanda presentada se allanó a cumplir con las mínimas exigencias que permiten decidir de fondo el asunto.

LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA. - LDVO, quien actúa en nombre propio, afirmó haber sufrido perjuicios morales y daño a la vida en relación como consecuencia de los presuntos actos sexuales abusivos por parte del señor AJGT, por lo que, en principio, tiene pleno interés jurídico para promover la acción de responsabilidad civil extracontractual en procura de que el daño sea resarcido –legitimación en la causa por activa–. La personería sustantiva en relación con los demandados en el proceso encuentra sustento, también en principio, en que el señor

[1] Cuerpo normativo vigente para la fecha de presentación de la demanda.
[2] Folio 25, cuaderno 1.

AJGT es señalado de ser la persona autora del hecho dañoso bajo su condición de Pastor de la Iglesia Cristiana Salem -legitimación en la causa por pasiva–.

DEL CASO CONCRETO.- Reseñados los aspectos relevantes de la *litis*, se procede a resolver el recurso de apelación propuesto. Para ello, nos ceñiremos a los reparos formulados por la parte apelante contra el fallo de primer grado, que se concretan en la indebida valoración probatoria que, en su consideración, emprendió el juez de primer grado y que lo llevó a concluir que los demandados son civil y solidariamente responsables de los daños causados a la demandante, a título de perjuicios morales y daño a la vida en relación.

Imponiéndose para la Sala, decidir sobre las pretensiones de la demanda y las excepciones de fondo propuestas en su contra por la compañía aseguradora.

1. En primera medida, la Sala se referirá al reparo propuesto por la Iglesia Cristiana Salem, concerniente a que la sentencia absolutoria dentro del proceso penal en contra del señor AJGT que obra en el plenario, exonera de responsabilidad civil a los demandados.

Por lo que, es preciso preguntarse cuál es la trascendencia de una decisión absolutoria en materia punitiva sobre una eventual reclamación civil, y cuya causa petendi se remonte a la misma situación fáctica que originó la investigación criminal.

Al respecto, el Código de Procedimiento Penal adoptado por Ley 600 de 2000, en su regla 57 disponía, "*la acción civil no podrá iniciarse ni proseguirse cuando se haya declarado, por providencia en firme, que la conducta causante del perjuicio no se realizó o que el sindicado no lo cometió o que obró en estricto cumplimiento de un deber legal o en legítima defensa*", disposición que rige para los delitos cometidos con anterioridad al 1° de enero de 2005, por cuanto los cometidos con posterioridad quedan sometidos a la Ley 906 de 2004, última que no reprodujo ni consagró una norma similar a la reseñada, pues en su artículo 21, consagra el principio de cosa juzgada sin hacer mención alguna a sus efectos en materia civil.

Por lo tanto, contrario a lo que acontece en vigencia de la Ley 906 de 2004, con anterioridad el legislador sí se ocupó de establecer los efectos de la absolución penal en los procesos de carácter civil, y con base en esa normativa la H. Corte Suprema de Justicia "*elaboró su jurisprudencia sobre el fenómeno de la cosa juzgada penal absolutoria, incluyendo una firme línea argumentativa en punto al deber del juzgador en lo civil de auscultar los razonamientos que condujeron a su homólogo a deducir el fracaso de la persecución criminal, en aras de verificar si de ese pronunciamiento emergía inequívocamente cuál fue el verdadero motivo de absolución y si éste, a su vez, era idóneo para romper el nexo causal y no un mero formalismo de cotejo de conceptos, dado que sus efectos no operan de manera automática o irrestricta*"[3].

Ahora bien, con posterioridad a la normativa penal vigente, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en SC13925-2016, puntualmente indicó:

"*Pero si lo que nuestra jurisprudencia ha dicho es que el juez civil está obligado a analizar el mérito de la providencia penal en lo que corresponde a la existencia del hecho causante del daño y al 'nexo de causalidad', entonces el resultado del proceso de responsabilidad extracontractual no está condicionado de ningún modo por lo que se haya decido en la instancia penal sino por lo que el juez civil considera en atención a su propio marco jurídico–valorativo.*

La cosa juzgada penal sobre lo civil, entonces, no sólo no es absoluta, sino que no opera cuando el juez penal declara la inexistencia del hecho lesivo, o que el daño ocurrió por una causa extraña a la voluntad del sindicado.

Si ello era así en vigencia del Decreto 050 de 1987, cuyo artículo 55 consagraba los efectos de la cosa penal absolutoria sobre la acción civil en los precisos casos contemplados por esa disposición, es decir por inexistencia del hecho, por ausencia del nexo causal, o por la existencia de una causal de justificación, entonces con mayor razón tales circunstancias no generan cosa juzgada sobre lo civil en vigencia del actual ordenamiento adjetivo penal, pues éste no consagra la aludida restricción.

[3] Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC665-2019

La declaración penal de inexistencia de culpabilidad o de absolución por ausencia de prueba de dicho elemento, por su parte, no ha sido nunca objeto de cosa juzgada de lo penal en lo civil, ni en el anterior Código de Procedimiento Penal ni en el actual, lo que tiene su explicación en que ambas jurisdicciones realizan el juicio de reproche desde una perspectiva distinta." (Subrayado por fuera del texto)

La anterior tesis, es reforzada por lo que estableció la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC665-2019, explicó:

"*En asuntos relacionados con la responsabilidad civil originada en hechos que también han sido o son materia de investigación penal, el fallo absolutorio que llegue a producirse en el campo punitivo puede o no tener efectos de cosa juzgada.*
(…) Lo anterior porque, al tener estas acciones connotaciones y finalidades distintas, la primera de carácter privado eminentemente encaminada a la satisfacción de requerimientos patrimoniales y, la segunda, de naturaleza pública a cargo del Estado en defensa de los intereses de la sociedad, las razones por las cuales se conceda la absolución penal no necesariamente liberan al responsable del daño de su reparación en la acción que se inicie en su contra con ese propósito."

En esas condiciones, si la Ley 906 de 2004 no previó esta figura jurídica, significa que el Juzgador en lo civil no está obligado a verificar si la decisión judicial en materia penal se ajusta a uno de los eventos especificados el artículo 57 de la Ley 600 del 2000, analizar la fuerza de los argumentos y establecer su incidencia en el proceso civil; sin que ello signifique que el juez civil pueda ignorar la existencia de un fallo penal de esa naturaleza, pues con independencia de que el legislador no haya regulado el asunto, el principio de unidad de la jurisdicción es un criterio orientador de su actividad que involucra evitar fallos contradictorios en las diferentes áreas de la actividad judicial, teniendo que valorar su alcance para determinar si acoger o denegar el efecto de cosa juzgada.

Para el caso que en esta ocasión nos ocupa, se evidenció que los hechos que sustentaron la demanda también corresponden a parte de la relación fáctica denunciada en el proceso penal en contra del señor AJGT, con radicado No. 2012-00029 cursado en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, dentro del cual se absolvió al demandado del delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

De las motivaciones que basaron la decisión judicial referenciada, se extrae que "*la fiscalía no logró demostrar que el comportamiento endilgado al señor AJGT se haya adecuado a la descripción típica del reato de acceso carnal o acto sexual con persona puesta en incapacidad de resistir*"; sin embargo, dejó claro que "*En el sub-judice se tiene que con apego a la prueba recaudada, lo único acreditado es que el señor AJGT en su calidad de pastor de la Iglesia Salem, brindaba una serie de predicas de contenido religioso con asiento en la biblia, lo cual se materializa en el culto general al que acudían no solo las reconocidas como victimas sino un gran número de hombres y mujeres de diversa edad, en donde es innegable se enviaban mensajes de obediencia y fidelidad a la causa. Ya luego interactuó con un grupo concreto de mujeres jóvenes que, bajo el supuesto ofrecimiento de pletóricos beneficios espirituales, o en su defecto el temor a una maldición o a ser disciplinadas y perder los privilegios materiales, se gestaron plurales contactos carnales durante varios años*" (subrayado por fuera del texto), empero, no se logró comprobar la configuración de los presupuestos necesarios para la configuración del tipo penal.

Por lo anterior, y en aplicación a la citada jurisprudencia, la Sala concluye que la sentencia penal absolutoria no constituye cosa juzgada en materia civil, esto, debido a que los presuntos hechos constitutivos del daño, no necesariamente tiene que tipificarse en un delito, más aún, cuando el motivo de la decisión penal fue el no haber existido prueba suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado. Agregándose a ello, la premisa de que el juez penal admitió la probanza de relevantes situaciones fácticas descritas en la demanda como el hecho dañoso, elemento base para la configuración de la responsabilidad reclamada.

2. Ahora bien, teniendo en cuenta que posteriormente se analizará si las actuaciones del señor AJGT, en su condición de pastor de la Iglesia Cristiana Salem, tienen nexo causal con el presunto daño alegado por la demandada para constituir la responsabilidad civil que se reclama, será necesario traer a colación el tema relacionado con la religión, examinada desde una perspectiva legal, jurisprudencial y doctrinal, así como también

sus alcances y límites frente a la sociedad y en especial frente a la mujer; sin que ello signifique hacer un señalamiento precipitado sobre la organización religiosa demandada.

Siendo Colombia una sociedad pluralista y participativa, el artículo 19 de la Carta Constitucional protege la libertad de cultos, en consecuencia, el legislador desarrolló ese derecho fundamental en la Ley 133 de 1994. En dicha norma se estableció, entre otras obligaciones a cargo del Estado, la de garantizar este derecho y el deber de interpretarlo a la luz de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Colombia (artículo 1º). Además, reconoció la diversidad de las creencias religiosas y su igualdad ante la ley, estipulando que "*no [se] constituirán [en] motivo de desigualdad o discriminación ante la ley que anulen o restrinjan el reconocimiento o ejercicio de los derechos fundamentales. Todas las confesiones religiosas e Iglesias son igualmente libres ante la Ley*" (artículo 3º).

La norma, también estipuló que el derecho a la libertad de cultos no es absoluto y por ello encuentra como límites, los siguientes: i) el ejercicio de las libertades públicas y derechos fundamentales de las demás personas; y ii) la salvaguarda de la seguridad, de la salud, la moralidad pública; elementos que constituyen el orden público y que son protegidos por la ley en un contexto democrático (artículo 4º).

Por su parte, la H. Corte Constitucional ha concluido que "*la libertad religiosa es simultáneamente una "permisión y una prerrogativa. Como permisión significa que el hombre no puede ser obligado a actuar contra su creer y su sentir. Como prerrogativa, que nadie puede impedirle obrar de acuerdo con sus creencias y sentimientos, siempre y cuando el ejercicio del derecho se ajuste a los límites constitucionales y legales correspondientes*" (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

En el mismo sentido, la Convención Americana de Derechos Humanos Pacto de San José de Costa Rica, aprobada en Colombia mediante la Ley 16 de 1972, protegió la libertad de culto y se implementó como medidas restrictivas los derechos y libertades de los demás, las limitaciones prescritas en la ley y las que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moralidad pública.

En Conclusión, el derecho y libertad de profesar cualquier creencia religiosa no es absoluta, puesto que encuentra sus límites donde inician los derechos fundamentales de los demás.

Ahora bien, a lo largo de la historia religiosa, muchos elementos religiosos y sociales se han incorporado al entorno donde una determinada religión se practica, y se reflejan en la cultura y la política. Muchas de las piezas de la literatura, la poesía, el arte y la música, los códigos de vestimenta y las maneras de organizar la vida en común tienen su origen en las religiones. La religión ha dejado una profunda huella en el ámbito de la cultura, que se puede ver, por ejemplo, en los días libres, en las fiestas, las ceremonias de matrimonio, los ritos funerarios, las peregrinaciones, el uso de símbolos religiosos o en modificaciones físicas del cuerpo, como la circuncisión masculina.

La influencia de las religiones puede ser incluso más fuerte cuando las naciones adoptan una religión de estado o ideología religiosa. En tales situaciones, la religión y los argumentos religiosos pueden ser confundidos con los políticos, económicos o sociales.

En el sentido más simple, la religión se describe como "*la relación de los seres humanos con lo que ellos consideran como santo, sagrado, espiritual o divino*"[4], normalmente está acompañada de un conjunto de prácticas que fomentan una comunidad de personas que comparten la misma fe.

Así, en la medida en que la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión permite distintas prácticas de una comunidad de creyentes basadas en una connotación ideológica y espiritual; puede llegarse a utilizar como una herramienta de dominación psíquica para malear la personalidad y voluntad de otros, y vulnerar su dignidad y derechos fundamentales.

Bajo ese contexto, el Consejo Europeo ha manifestado su preocupación sobre esta problemática[5] :

[4] Religión (2007) Enciclopedia británica: www.britannica.com/eb/article-9063138
[5] Consejo Europeo, articulo "religión y Creencias", tomado de: https://www.coe.int/es/web/compass/religion-and-belief

"*Los organismos de derechos humanos critican las prácticas nocivas, independientemente de si se encontraban tradicionalmente toleradas por las diferentes culturas, naciones o religiones. Esta crítica no es un ataque a la cultura, nacionalidad o religión, sino un intento de establecer un equilibrio entre el derecho a la religión y creencias, y los demás derechos humanos, ya que varias de estas prácticas pueden dar lugar a graves abusos contra ellos. Las prácticas tradicionales nocivas incluyen la mutilación genital, la preferencia por los hijos (que puede manifestarse en el aborto selectivo, al no cuidar de las niñas recién nacidas, la discriminación en la esfera de la educación en favor de los hijos, la discriminación en la esfera de la nutrición), los matrimonios forzados, el matrimonio de los niños, crímenes relacionados con la dote y delitos de "honor", la exclusión o la limitación de algunos derechos de los no-adherentes a un grupo religioso más poderoso en una comunidad dada, la segregación en función de criterios religiosos, y así sucesivamente. Estas prácticas afectan desproporcionadamente a las mujeres y los niños: la invocación a la tradición es utilizada para justificar la discriminación por motivos de género y de edad.*
(…)
Como se ha visto en el caso de las prácticas tradicionales nocivas, las convicciones o creencias a veces se utilizan para justificar el daño físico directo con graves consecuencias sobre la salud."

Adicionalmente, muchas de las prácticas nocivas implementadas por las religiones, han repercutido negativamente en la sociedad, y en particular en los jóvenes que la experimentan, es así como lo afirmó la OSCE del Consejo Europeo[6] , donde expuso que estos efectos incluyen:

- *Baja autoestima.*
- *Auto-segregación.*
- *Opresión interiorizada.*
- *Separación de las actividades de la escuela.*
- *Falta de realización de su potencial.*
- *Atracción por las ideologías extremistas violentas.*
- *Deserción escolar.*
- *Problemas de salud / depresión.*

La problemática de las religiones que desarrollan las mencionadas prácticas y con ellas afectan las libertades y derechos de sus creyentes o feligreses, ha sido tema de estudio de muchos expertos, tal es el caso de la catedrática María Luisa Maqueda Abreu[7] quien explicó:

"*son los atentados a la libertad de conciencia y a su ejercicio los que más a menudo aparecen asociados al comportamiento característico de las sectas y, en particular, de las sectas destructivas. Su escasa persecución tiene que ver, en buena medida, con la dificultad de discernir los casos en que la pertenencia –y permanencia– en la secta se decide libremente de aquéllos otros en que es consecuencia del uso de técnicas coercitivas de manipulación psicológica dirigidas a obtener la obligada vinculación ideológica del prosélito a determinada comunidad o asociación, religiosa o no. (…). Y básicamente porque las maniobras de persuasión coercitiva y de control psicológico que merman la capacidad de percepción de quien se ve sometido a ellas son cada vez más sofisticadas. Se ha llegado incluso a hablar de una segunda generación en el empleo de esas técnicas de influencia que vienen a incidir ya en los aspectos más centrales de la personalidad del sujeto, en decir, en su propia identidad, su conciencia básica, su percepción de la realidad, su control emocional y sus mecanismos de defensa, al tiempo que pierden rudeza y visibilidad en su aplicación porque el mecanismo de transformación inducida es más interno que externo*".

Así mismo, el catedrático de psicología social y jurídica de la Universidad de Barcelona, Álvaro Rodríguez Carballeira[8], explicó que los líderes de este tipo de grupos religiosos, "*suelen utilizar técnicas de persuasión*

[6] LA OSCE/ODIHR, Consejo de Europa, la UNESCO, Directrices para los educadores en la lucha contra la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes, 2011
[7] LA OSCE/ODIHR, Consejo de Europa, la UNESCO, Directrices para los educadores en la lucha contra la intolerancia y la discriminación contra los musulmanes, 2011
[8] Tomado de: Sectas Coercitivas y Juventud, Álvaro Rodríguez Caballería, Profesor titular del Departamento de Psicología Social de la Universidad de Barcelona, p. 7-11, tomado de: http://www.injuve.es/sites/default/files/Revista53-9.pdf

coercitiva o métodos de presión, control o engaño que contribuyen a inducir la persuasión del sujeto, imponiéndose sobre la libertad o limitándola", de tal manera que describió las mencionas técnicas, en cuatro bloques principales:

A. *"**Sobre el entorno cotidiano:** incluimos aquí todos aquellos procedimientos que intervienen sobre el entorno próximo o medio ambiente del sujeto, controlándolo o manipulándolo. En consecuencia, quedara limitada la libertad individual, bien sea al restringir o imposibilitar el acceso a las diferentes alternativas, bien al imponer directa o indirectamente una percepción recortada o una evaluación distorsionada de las mismas.*
(…)
Los sectarios, a medida que van integrándose al grupo, son inducidos a despreocuparse de la tarea de satisfacer sus necesidades y a delegarla implícita o explícitamente en la secta. Así, esta acaba asumiendo la responsabilidad de control y cobertura de las principales necesidades físicas e incluso psíquicas de sus miembros. (…)
El control de las sectas coercitivas sobre la existencia de sus miembros no se queda en las necesidades secundarias, sino que afecta también a las primarias y básicas: alimentación, salud, limpieza, confort, relaciones, estima, etc.
*B. **Sobre la vida emocional**: (…), persigue la activación de dos tipos de emociones: las positivas (como la euforia o el gozo) y las negativas (como el miedo, la culpa o la ansiedad).*
- Activación de emociones positivas: el objetivo central de esta forma de actuar consiste en intervenir sobe el ámbito emotivo-afectivo del sujeto para conmoverlo agradablemente. La pretensión es que se le haga sentir al sujeto una fuerte satisfacción emocional en el seno del grupo para que se deje llevar y tienda hacia la condescendencia y aceptación de lo que se le propone, mermando así las posibles reservas opuestas desde su razón.
- Activación de emociones negativas: el interés del uso de estrategias emocionales es la transformación de las actitudes y conductas de los miembros del grupo. En la eliminación de conductas, su moldeamiento o fomento de otras nuevas, adquiere gran importancia el uso tanto de promesas y amenazas, por un lado, como de los premios y castigos, por otro.
(…)
El castigo resulta uno de los métodos más eficaces de control, sirve para despertar en el sujeto el temor y la ansiedad e infundir la vergüenza y el sentimiento de culpa.
(…)
En la mayoría de las sectas coercitivas el control sobre el sujeto alcanza la efectividad y sus diferentes expresiones, tales como el establecimiento de parejas y la conducta sexual. El pautar conductas tan intimas como la sexual es un bien indicador del alcance del control emocional y conductual en las sectas coercitivas.

*C. **Sobre el ámbito cognitivo:** - Donde desarrollo las diferentes técnicas que intervienen sobre los procesos de cognición del sujeto alterando la percepción y evaluación de las alternativas a su alcance, dentro de las cuales se encuentra-:*
- Denigración del pensamiento crítico: (…) la jerarquía de la secta pretende demostrarle al adepto la deficiencia e invalidez de sus procesos particulares de pensamiento.
- Control sobre la atención y el lenguaje: la atención de otro puede ser conducida hacia los puntos de interés mediante el control de los estímulos que se le presentan.
- Líder y doctrina: (…) En estas sectas, la representación de la autoridad es ostentada por el líder y, en paralelo, por su doctrina. El líder se sitúa en el vértice supremo de la estructura piramidal de la secta, lo más cercano a la divinidad.
*D. **Sobre los estados de conciencia:** Por último, practicas muy diversas (hipnosis, meditación, cantico de mantras, tareas monótonas, privación o saturación sensorial, drogas, etc.) pueden ser utilizadas para inducir estados disociativos en el sujeto desde los que incidir sobre las alternativas a tomar por el mismo."*

3. Una vez aclarado el alcance y los límites que pueden llegar a tener los grupos religiosos y antes de desarrollar el problema jurídico del presente proceso, la Sala advierte que los elementos que configuran la responsabilidad civil extracontractual, serán analizados desde una perspectiva de género, teniendo en cuenta que, de los hechos descritos en la demanda, se describe que las presuntas actuaciones de los demandados, específicamente por parte del señor AJGT como pastor de la Iglesia Salem, se cometieron, de manera repetitiva y aprovechándose de su condición de superioridad como guía y dirigente espiritual, sobre la demandante y otras mujeres integrantes del grupo religioso.

Tomando como base la igualdad como derecho, valor y principio transversal a la Constitución de 1991, que reconoce que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley y les garantiza la misma protección y trato de las

autoridades, así como la posibilidad de gozar de los mismos derechos, libertades y oportunidades sin discriminación.

Las mujeres como grupo, han sido tradicionalmente discriminadas en todas las esferas sociales –económica, política, laboral y educativa–, de ahí que existen diversos instrumentos internacionales, ratificados por Colombia, regionales y nacionales que establecen diferentes protecciones en cada uno de esos ámbitos.

En el plano internacional los tratados e instrumentos de mayor relevancia en este aspecto son la Declaración sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1967); la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, en adelante CEDAW (1981); la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer (1993); y la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer (Beijing, 1995). Todos estos emanados de diversas dependencias de la Organización de Naciones Unidas, ONU.

A nivel regional, la Organización de Estados Americanos, OEA, en las Convenciones Americana sobre Derechos Humanos e Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer, "*Convención de Belém do Pará*" (1995), proscribe este tipo de discriminación.

En consecuencia, a partir de la cláusula de igualdad constitucional y de las diferentes protecciones consignadas en instrumentos internacionales, se reconoce una prohibición de discriminación para las mujeres, como grupo históricamente discriminado en razón del sexo y del género. Adicionalmente, "*Tales estándares son enfáticos en reconocer que la violencia y discriminación contra la mujer no solo se presenta en el ámbito público, sino también privado y que los daños que surgen de la misma pueden ser, sin ser excluyentes, físicos, psicológicos, sexuales y patrimoniales o económicos*"[9].

La H. Corte Constitucional en sentencia T-338 de 2018, explicó que la violencia también puede desarrollarse en el ámbito psicológico, describiéndola así:

"*La violencia psicológica se ocasiona con acciones u omisiones dirigidas intencionalmente a producir en una persona sentimientos de desvalorización e inferioridad sobre sí misma, que le generan baja de autoestima. Esta tipología no ataca la integridad física del individuo sino su integridad moral y psicológica, su autonomía y desarrollo personal y se materializa a partir de constantes y sistemáticas conductas de intimidación, desprecio, chantaje, humillación, insultos y/o amenazas de todo tipo*" .

De ahí que sea necesario reiterar que en la sentencia T-967 de 2014, la misma Corte expuso las siguientes conclusiones sobre la violencia psicológica:

· "*Se trata de una realidad mucho más extensa y silenciosa, incluso, que la violencia física y puede considerarse como un antecedente de esta.*

· Se ejerce a partir de pautas sistemáticas, sutiles y, en algunas ocasiones, imperceptibles para terceros, que amenazan la madurez psicológica de una persona y su capacidad de autogestión y desarrollo personal.

· Los patrones culturales e históricos que promueven una idea de superioridad del hombre (machismo – cultura patriarcal), hacen que la violencia psicológica sea invisibilizada y aceptada por las mujeres como algo "normal".

· Los indicadores de presencia de violencia psicológica en una víctima son: humillación, culpa, ira, ansiedad, depresión, aislamiento familiar y social, baja autoestima, pérdida de la concentración, alteraciones en el sueño, disfunción sexual, limitación para la toma decisiones, entre otros.

· La violencia psicológica a menudo se produce al interior del hogar o en espacios íntimos, por lo cual, en la mayoría de los casos no existen más pruebas que la declaración de la propia víctima." (Subrayado por fuera del texto)

[9] Corte Constitucional, sentencia T-239 de 2018.

Así, queda claro que la violencia psicológica contra la mujer, como una de las formas de violencia más sutil e invisibilizada, tiene fuertes implicaciones individuales y sociales que contribuyen a perpetuar la discriminación histórica contra las mujeres.

De lo anterior, se deduce que el Estado tiene obligaciones ineludibles en torno a la eliminación de cualquier tipo de discriminación o violencia ejercida contra una persona por razón de su sexo.

Dentro de esas obligaciones, está el investigar, sancionar y reparar la violencia estructural contra la mujer, entre muchas otras, de ahí que, para los casos que lo ameriten, la administración de justicia debe impartirse con perspectiva de género.

Al Respecto, la H. Corte Constitucional en sentencia T-338 de 2018, explicó:

"*Esta obligación, en esencia, dentro de nuestro ordenamiento, está en cabeza de la Rama Judicial del Poder Público; por lo que, son los operadores judiciales del país quienes deben velar por su cumplimiento. En efecto, es necesario que dichas autoridades apliquen una perspectiva de género en el estudio de sus casos, que parta de las reglas constitucionales que prohíben la discriminación por razones de género, imponen igualdad material, exigen la protección de personas en situación de debilidad manifiesta y por consiguiente, buscan combatir la desigualdad histórica entre hombres y mujeres, de tal forma que se adopten las medidas adecuadas para frenar la vulneración de los derechos de las mujeres, teniendo en cuenta que sigue latente la discriminación en su contra en los diferentes espacios de la sociedad.*
En efecto, (…) una de las mayores limitaciones que las mujeres encuentran para denunciar la violencia, en especial la doméstica y la psicológica, es la tolerancia social a estos fenómenos, que implica a su vez la ineficacia de estos procesos y las dificultades probatorias a las que se enfrenta la administración de justicia en estos casos.
(…)
A pesar de tales avances, al recordar la clásica función del derecho penal como última ratio, es preciso cuestionarse sobre el papel que ejerce el Estado, a través de jueces y magistrados, en torno a su obligación de prevenir y propiciar a las mujeres una vida libre de violencias en el derecho civil y el derecho de familia. Por ello, desde la administración de justicia, la protección a las mujeres en materia penal debe continuar, e incluso, incrementarse, pero no se puede dejar de lado la protección desde el ámbito civil y de familia.
(…)
De este modo, en aras de lograr igualdad procesal realmente efectiva, es evidente que en ningún caso los derechos del agresor pueden ser valorados judicialmente con mayor peso que los derechos humanos de la mujer a su integridad física y mental y a vivir libre de cualquier tipo de violencia.
(…)
En efecto, cualquier interpretación judicial en la que la ponderación probatoria se inclina en favor del agresor, porque no son creíbles las pruebas aportadas por hacer parte de la esfera privada de la pareja, sobre la base de la dicotomía público-privado resulta contraria a la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre la protección de las mujeres." (Subrayado y negrilla por fuera del texto)

En consecuencia, es claro que, en materia civil, la perspectiva de género también debe orientar las actuaciones de los operadores de justicia junto con los principios constitucionales y la especial protección otorgada a la mujer, cuando es víctima de cualquier tipo de violencia. Por lo que, los mencionados parámetros serán aplicados para la resolución del presente caso.

4. Conforme al artículo 2341 del Código Civil, "*El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley imponga por la culpa o el delito cometido.*"

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, mediante Sentencia SC 12063-2017, se pronunció acerca del concepto de responsabilidad civil extracontractual y los elementos que deben configurarse para su existencia.

"En relación con el mencionado precepto, cardinal en el régimen del derecho privado por cuanto constituye la base fundamental de la responsabilidad civil extracontractual, debe recordarse que cuando un sujeto de derecho, a través de sus acciones u omisiones, causa injustamente un daño a otro, y existe además, un factor o criterio de atribución,

subjetivo por regla general y excepcionalmente objetivo, que permita trasladar dicho resultado dañoso a quien lo ha generado, surge a su cargo un deber de prestación y un derecho de crédito en favor de la persona que ha sufrido el detrimento y, que en todo caso tiene como fin la reparación del daño inferido."

Así, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha definido como presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad civil extracontractual: (i) el dolo o culpa del llamado a responder, (ii) el daño causado a la víctima y, (iii) la relación de causalidad entre ambos, así lo vemos por ejemplo en sentencia de 12 de junio de 2018, expediente SC2107-2018.

En primera medida, hemos de referirnos a las acciones del señor AJGT, descritas en la demanda como constitutivas del hecho dañoso.

De acuerdo con la certificación del Ministerio del Interior[10], se tiene acreditado que, hasta el mes de marzo de 2013, la Iglesia Cristiana Salem fue persona jurídica representada legalmente por el señor AJGT.

De igual manera, se tiene acreditado que la señora LDVO, hizo parte del grupo religioso hace aproximadamente 22 años, contados desde la presente anualidad, puesto que así lo admitieron los testimonios aportados por la Iglesia demandada en su declaración rendida en junio de 2015, según manifestó el señor GAMC: "*a la señora LDVO si la conozco desde 1998 porque tocamos juntos en el grupo musical de Salem*"[11] y la señora RNMG informó al *a-quo* que conoce a la demandada "*aproximadamente hace 18 años cuando ella llegó a la Iglesia Salem*"[12].

En las declaraciones rendidas por los testigos de la demandante, correspondientes a los señores EEV, AC y AJP, fueron coherentes y consecuentes en indicar que para la época en la que la señora LDVO ingresó a la agrupación religiosa, ella y su familia tenían graves dificultades económicas, afirmaciones que coinciden con el testigo aportado por Iglesia demandada, GAMC, cuando explicó sobre la antedicha: "*tuve la posibilidad de estar dentro de su casa por invitación de su mamá LD (…), se notaba la necesidad económica, era una familia que pasaba mucha necesidad económica, dentro de su casa no había el dinero suficiente para solventar sus necesidades*"[13].

También queda acreditado que la señora LDVO dedicaba gran parte de su tiempo a desempeñar funciones en la organización religiosa, a cambio de las cuales, el representante legal le cancelaba cierta cantidad de dinero mensual, así lo explicaron los testigos EEV, AC y AJP, coincidiendo con las declaraciones de los testimonios aportados por la parte demanda cuando el señor GAMC indicó que:

"su actividad musical la desempeñó de una forma muy buena (…). Predicaba el evangelio, era profeta, daba consejerías que consiste en que las personas llegan con situaciones personales para hallar una solución" y mencionó que "desde la fecha 2002 ella recibía una cantidad económica mensual hasta la fecha que se retiró"[14] y la señora RNMG explicó que "ella empezó a cantar con el grupo de alabanzas de la Iglesia Salem, por esa función que ella desempeñaba empezó a ser más reconocida en la congregación (…). LDVO también se desempeñaba como profeta"[15].

En seguida, se analizarán las pruebas obrantes en el proceso, tendientes a demostrar que el señor AJGT se aprovechó de su condición de pastor o guía espiritual del grupo religioso para lograr beneficios propios, según se describió en el escrito de demanda, así:

"*De allí en adelante la vida de mi cliente se convertiría en una pesadilla, la zozobra que empezó a vivir, el saber que había entregado su virginidad sin amor, y la obligación que tenía con AJGT de tener intimidad cada vez que este quisiera marcaron profundamente la mente de mi cliente.*
Mi cliente manifiesta que constantemente lloraba, e intentaba cualquier maniobra para evitar tener contacto sexual con el Pastor; no obstante, el Pastor la forzaba por medio de la manipulación muy bien planificada que había logrado

[10] Folio 25, cuaderno 1.
[11] Folio 1, ibídem.
[12] Folio 13, ibídem.
[13] Folio 2, ibídem.
[14] Folios 1 a 6, ibídem.
[15] Folio 13, ibídem.

realizar a lo largo de los años guiándolas mediante el "temor a Dios", la autoridad, la unción apostólica que él decía poseer, su manto espiritual y muchas otras herramientas de orden psíquico y espiritual que lograban que sus víctimas hicieran lo que él les pedía"

Como puede observarse a partir de la lectura de la demanda, el hecho dañoso que sirve de base para solicitar la prosperidad de las pretensiones está constituido por las relaciones sexuales y actos de la misma naturaleza realizados por el señor AJGT y obtenidos mediante manipulación psicológica y espiritual.

Se tiene acreditado que la Iglesia Salem es una organización jerarquizada, donde el principal líder es el señor AJGT, así lo manifestaron todos los testigos en el proceso al afirmar que se encargaba de administrar, decidir y guiar el grupo religioso, en palabras de los testigos aportados por la misma Iglesia demanda, actuales integrantes del grupo religioso, el mencionado "*es el líder de la Iglesia Salem y es una persona escogida por dios que recibe la dirección del espíritu santo*" e incluso, ejemplificó casos en los que los integrantes de la iglesia deben consultarle que hacer en distintas situaciones de tipo personal[16], así mismo, la señora RNMG, se refirió al señor AJGT como "*apóstol*" y "*padre espiritual*"[17].

De los mencionados testigos, el señor GAMC, a la pregunta realizada por el apoderado de la demandante sobre, quien estableció las normas relacionadas con la disciplina al interior de la Iglesia Cristiana Salem, respondió: "*Son normas generales en cualquier institución o grupo se requiere para que funcione mejor una actividad, las estableció el señor AJGT*"[18] y a la pregunta de quién era el encargado de aplicar una disciplina a una persona que ocupe el cargo en el que estaba la señora LDVO, cuando cometiera una falta, manifestó que el encargado es el señor AJGT.

Así mismo, la mayoría de los testigos fueron consecuentes en indicar que el grupo religioso realizaba 6 reuniones a la semana y cada una duraba 2 horas "*durante esas dos horas la enseñanza era tener una mejor relación con Dios, con Jesucristo, con el espíritu Santo, también normas para mejorar nuestra convivencia (…) y dar un buen testimonio de un seguidor de Cristo*"[19].

Respecto al alcance de la autoridad, la sujeción y la disciplina que ejercía el demandado sobre sus súbditos y sobre la señora LDVO, se tiene que el testigo EEV, quien hizo parte del grupo religioso desde 1997 hasta noviembre de 2012, explicó:

"*una persona como dijimos anteriormente considerada como obediente, sumisa, no podía permitirse este tipo de relaciones que no fueran autorizadas por el señor AJGT, lo sé porque por mis años de trabajo lo teníamos que hacer, era un requisito primordial para poder mantenerse en el ejercicio de sus funciones, obedecer a cabalidad las órdenes del señor AJGT que era la máxima autoridad"*[20]*, también explicó la reverencia que las personas le tenían, así: "la superstición llegaba a tal punto que acudían a darle la mano, por ejemplo, a despedirse, (…), él se había constituido en un ídolo, de hecho hasta este momento se constituye en un ídolo para las personas que acuden a este tipo de eventos (…), el estar cerca o incluso poderlo tocar significaba una bendición (…) era común después de cada reunión encontrarse con filas enormes con el único fin de saludarlo, tocarlo, presentarle sus diezmos y ofrendas personalmente*"[21].

El mismo testigo también explicó el tipo de prohibiciones que impartía el señor demandado a los integrantes de la iglesia consistían en "*no estudiar, no trabajar, eso fue evidente todo el tiempo porque no se hizo únicamente con LDVO sino también con muchos jóvenes, especialmente con mujeres, más aun si servían o eran hijas de o hijos de pastores, hasta el punto de llegarlos a convencer que no era necesario capacitarse ni mucho menos aceptar trabajos que no tuvieran que ver con esa institución*"[22].

---

[16] Folio 5, cuaderno 4 (1).
[17] Folios 13 a 24, *ibídem*.
[18] Folio 9, *ibídem*.
[19] Folio 3, cuaderno 4 (1).
[20] Folio 13, cuaderno 3 (1).
[21] Folio 12, *ibídem*.
[22] Folio 5, *ibídem*.

Mencionó que "*las decisiones del señor AJGT nunca se consultaban con absolutamente nadie, eran autónomas y no existía ningún cuerpo o asamblea para regularlo (…). No había posibilidad de cuestionar, dudar o intervenir sobre algún aspecto de las decisiones del señor AJGT (…).*
El que se atrevía a cuestionar alguna decisión del señor AJGT era disciplinado o expulsado como también denunciado ante la congregación para ser avergonzado"[23].

También explicó la forma de disciplinar a sus súbditos, así: "*era costumbre por parte del señor AJGT ridiculizar, menospreciar e incluso humillar a las personas que se atrevían a denunciar hechos que lo perjudicaban (…) dentro de esta secta se considera valioso atender obedientemente las directrices del señor AJGT, de lo contrario equivale a ser considerado como demostración de rebeldía*"[24].

Es de manifestar que el mencionado testigo fue tachado por la parte demandada debido al interés que le asiste dentro de este proceso, puesto que en oportunidad anterior demandó laboralmente a la Iglesia Cristiana Salem, proceso donde no se acogieron las pretensiones de la demanda, y es padre de una de las víctimas en el proceso penal y tío de la denunciante en el mismo, situaciones que fueron admitidas por el testigo. Sin embargo, la Sala no considera como suficientes los argumentos, puesto que su cercanía con los hechos y debido a otras presuntas vulneraciones por parte de los demandados fue que se iniciaran las mencionadas acciones judiciales, y en ese mismo sentido, puede aportar elementos importantes para resolver el presente proceso.

Todas las situaciones anteriormente referidas, fueron confirmadas por el testigo EACI quien manifestó: "*Cuando empecé a involucrarme con la iglesia me di cuenta de que para obtener ciertos privilegios tenía que estar acorde con lo que AJGT predicaba y me di cuenta de que para acercarme al señor AJGT tenía que dejar muchos comportamientos, manera de pensar, sacrificar gustos para poder obtener el cargo de predicador avalado por el evangelio. (…). Conozco personas que dejaron sus casas, sus bienes, sus trabajos como son por ejemplo el caso de GV y EV, que fueron personas que al querer obtener un cargo preponderante como el de pastor tuvieron que despojarse de sus comodidades como un prerrequisito establecido, de los innumerables ordenes que AJGT ejercía para aquellos que querían servir a Dios o tener un cargo*"[25].

También mencionó que el señor demandado, en su iglesia predicaba que "*entre mayor cercanía al ungido, mayor bendición para las personas. Cada cargo estaba de la mano con esto, rindiéndole pleitesía a las enseñanzas que él daba.*
(…).
Él decía que recibía revelaciones continuas por parte de dios las cuales se volvían norma para toda la iglesia, sin oportunidad de cuestionar dichas revelaciones"[26].

Es de recordar que el referido testigo también fue tachado por el apoderado de la parte demandada, en base a que el señor EACI, quien ocupaba en la Iglesia la funciones de manejar los videos y cd's de las predicaciones, fue quien instaló la cámara oculta y quien posteriormente público en internet los videos donde aparece el demandado teniendo relaciones sexuales con integrantes de la congregación. Sobre lo cual, la Sala considera que el mencionado argumento, no se configura dentro de la descripción que del artículo 211 del Código General del Proceso, por el contrario, es natural que, habiendo tenido sospecha de las presuntas irregularidades sucedidas con los integrantes de la Iglesia Salem, haya querido averiguar la verdad y denunciarla públicamente.

En el plenario, también se encuentra el testimonio de la investigadora del CTI señora ANA CLEMENCIA CAICEDO GRANDA, quien precisamente a través de sus funciones pudo recaudar no sólo la entrevista de la aquí demandante, sino de varias mujeres pertenecientes a la iglesia Salem, indicando que:

"(…) donde me llamo la atención con las mujeres con las que se recibió entrevista, en sus manifestaciones era Como estar hablando con adolescentes, eran muy ingenuas respecto de las cosas de la cotidianidad, muchas de ellas no sabían ni siquiera que era ir a un cine, no sabían que era ir a un partido de futbol, jamás habían salido a bailar, tomarse

[23] Folio 8 y 10 *ibídem*.
[24] Folio 20, *ibídem*.
[25] Folio 30, *ibídem*.
[26] Folio 26 y 30, *ibídem*.

una cerveza, es más muchas de ellas ni siquiera habían tenido novio. La vida de ellas estaba limitada a todo lo que tenía que ver dentro del contexto de la iglesia, estaban únicamente dentro del contexto de lo que tenía que ver con oración, el culto, ensayos de danza, visitas, la vida de ellas giraba todo dentro del contexto de la iglesia, no podían tener amigos por fuera, si querían hacerlo tenían que pedir permiso al apóstol AJGT que generalmente ellas manifiestan que se les negaba"[27].

Se recuerda que la mencionada testigo fue tachada por la parte demandada, afirmando que le asiste interés en las resultas del proceso porque fue denunciada por una mujer miembro de la Iglesia Salem que había sido constreñida por ella para que iniciara acciones legales contra el ahora demandado, sobre lo cual, la misma testigo manifestó que la denuncia había sido desistida. En consecuencia, esta Sala considera que la señora Ana Clemencia Caicedo no incurrió en ninguna de las causales descritas por el artículo 211 del Código General del Proceso, puesto que no se evidenció ningún interés en los resultados del proceso y su investigación y declaraciones se hicieron desde el ámbito profesional como investigadora del CTI, por lo que sus declaraciones serán tenidas en cuenta de manera plena.

En el plenario también se encuentra la declaración del señor HWNP[28], rendida ante el consulado de Colombia en Argentina, quien manifestó ser abogado y perito judicial sobre sectas y pseudociencias, y ha sido nombrado por el Juez Federal de San Isidro para dictaminar en el caso de "Los Niños de Dios", así como también por varios jueces en la Provincia de Buenos Aires. Afirmó que tras ser contactado por varias personas víctimas del Señor AJGT, decidió viajar a la ciudad de Pasto para hacer la investigación del caso del Pastor AJGT de manera gratuita.

El testigo manifestó que "*Salem y la Iglesia, era una secta destructiva Porque tenía un líder que no puede ser contradicho, quien se identificaba como AJGT, con cualidades divinas. Este líder, AJGT era una persona muy inteligente que capta muy rápido las debilidades de las personas que tiene una personalidad psicopática que los lleva a utilizar a la gente como objetos en propio provecho y sin tener sentimientos de condolencia ni arrepentimiento respecto a los daños que provoca. Se consideran que, si bien recurre a mentiras o fraude, lo hace porque se siente justificado de la finalidad suprema y tienen como meta el poder total sobre las personas, sus vidas, relaciones, trabajo, su dinero, su sexualidad. Y también, siempre la búsqueda de obtener dinero de sus seguidores*".

También explicó que en el proceso de su investigación: "*hubo personas que le contaron de grandes sumas de dinero que entregaron al señor AJGT y que él señalaba que el negocio iba a prosperar más mientras mayor fuera la suma entregada", y mencionó que "sabia de gente que entregó sus terrenos, un gerente que fue despedido de su trabajo entregó toda la indemnización a AJGT (quien le prometió que iba a ser pastor y no cumplió)*".

Cabe manifestar que el testigo jamás fue tachado ni contradicho por la parte demandada y sus afirmaciones concuerdan con las declaraciones de los ya mencionados testigos, por lo que el Despacho le otorga pleno valor demostrativo.

Ahora bien, partiendo de la premisa de que el señor AJGT tuvo actos y relaciones sexuales con la demandada y muchas otras mujeres que hacían parte de la Iglesia Cristiana Salem, puesto que así lo afirmaron todos los testigos del proceso, tanto de la parte demandante como la demandada, cuando aseguraron haberse enterado de ello a través de los medios de comunicación; a continuación, se analizarán las pruebas sustentadas que refieren sobre las técnicas de persuasión que fueron utilizadas por el señor demandado para lograr tener beneficios sexuales con la señora LDVO.

En el escrito de la demanda se describió que el señor demandado tergiversaba textos bíblicos para cometer sus prácticas sexuales, por ejemplo, se mencionó que "*a través de besos caricias se recibe el poder y la unción de Dios por medio de AJGT, que por medio de la penetración sexual se adquirían mayores dones como el de la profecía, que quien rechace esa ministración especial despreciaba lo de Dios para sus vidas*", se señaló en el hecho 15 el modus operandi del pastor, explicando que para acceder carnalmente a las mujeres, la iniciaba con besos y caricias durante aproximadamente 8 meses y finalmente, se indicó sobre la perdida de la virginidad de la aquí demandante con el señor Gámez.

[27] Folios 50 a 55, *ibídem*
[28] Folios 141 a 145, cuaderno 3 (1).

Aunque los testigos indicaron nunca haber tenido siquiera sospechas de las mencionadas situaciones, los testigos de la demandante fueron concretos en indicar que les consta que AJGT realizaba reuniones exclusivamente con mujeres, a las que denominaba "*ministraciones especiales*", las cuales se llevaban a cabo en la oficina de la iglesia donde el demandado fue grabado sosteniendo relaciones sexuales con mujeres de la congregación.

El testigo EEV, explicó que el grupo de profetas estaba compuesto en su mayoría por mujeres jóvenes, bonitas y solteras, entre los 15 y 30 años, "*eran las personas a las cuales él trataba con más frecuencia en forma personal o telefónica y les daba las funciones de mayor responsabilidad*" manifestando, además, que la señora LDVO se encontraba dentro de ese grupo[29]. También informó: "*los pastores sabíamos que se llevaban a cabo reuniones a puerta cerrada en donde se realizaban ministraciones especiales, pero jamás nos imaginábamos que en estas reuniones se llevaban a cabo actos sexuales, por cuanto nos era prohibido molestar o ingresar al sitio donde se llevaban a cabo, por cuanto habían personas que se encargaban de negar el ingreso*"[30].

Por su parte, el testigo EAC informó que el señor demandado contaba con la ayuda de AC y TT, quiénes "*eran las personas que estaban al lado de AJGT y eran las encargadas de escoger o seleccionar a las muchachas más bonitas para empezar todo el proceso de manipulación*"[31], *afirmó que las escogidas, eran "mujeres desde los 17 hasta los 35 años aproximadamente, preferiblemente bonitas, con buen cuerpo y solteras*"[32].

Por su parte, la investigadora del CTI Ana Clemencia Caicedo explicó:

"*Por las manifestaciones hechas no solamente por LDVO sino también por las demás mujeres, todos los encuentros sexuales se manejaron dentro de un contexto religioso, jamás hubo alguna manifestación por parte de LDVO o por parte de las demás mujeres de algún tipo de relación amorosa o el más mínimo esbozo de gusto como hombre hacia el señor AJGT, por el contrario, siempre hablaron LDVO y las demás mujeres de sentirse mal, de asco, dolor físico y emocionado o psicológico haciendo referencia a los demás encuentros sexuales con el señor AJGT*"[33].

Continuando con su relato, la investigadora también explicó sobre LDVO:

"*ninguna de las mujeres mencionó a LDVO como una de las personas que ayudaba a AJGT para tener esos encuentros sexuales a que hacía referencia el anónimo, cuando la mencionaban, me mencionaban que ella hacia parte de la alabanza y era una de las profetas mayores, pero nunca la mencionaron para esos encuentros sexuales como si mencionaban a TT y a JB, manifestando que ellas se les acercaban, les hablaban de haber sido escogidas por parte del apóstol AJGT y las empezaban a instruir respecto al libro Cantar de los Cantares que es de la biblia para prepararse para lo que ellos le llamaban "la ministración", la que consistía en tener encuentros de índole sexual con el pastor AJGT, ya con lo anterior, le informe al fiscal, el doctor Jairo Fajardo respecto que LDVO no estaba siendo mencionada por ninguna de ellas en esa calidad y habiendo conocido por interceptación de líneas de comunicación que a LDVO se la habían llevado fuera de la ciudad prácticamente obligada, el fiscal me dio la orden a Policía Judicial para que entreviste a LDVO en calidad de víctima*"[34].

Posteriormente, según su investigación, explicó cómo se desarrollaba el acercamiento por parte del señor demandado hasta llegar al encuentro sexual con las mujeres integrantes se la iglesia "*Para llegar al encuentro físico sexual como tal, habían diseñado el señor AJGT, TT y JB como que es el apellido de ella, un encuentro sistemático previo, en el que primero adoctrinaban a la escogida, porque la primera manifestación era que había sido escogida por parte del apóstol señor AJGT para hacer parte del grupo de las doncellas, el cual era un privilegio dentro de la iglesia SALEM, posterior a esto, el adoctrinamiento en el libro Cantar de los Cantares que es de la Biblia, seguidamente pasaban a la Ministración directamente con el señor AJGT donde realizaba el señor maniobras erótico sexuales, tocamientos y dependiendo la reacción de la mujer que estuviera en ese momento se proseguía bien sea ya al encuentro sexual como*

[29] Folio 11 y 12, *ibídem.*
[30] Folio 17, *ibídem*.
[31] Folio 28, *ibídem*.
[32] Folio 31, *ibídem*.
[33] Folio 51, cuaderno 3 (1).
[34] Folio 53, *ibídem*.

tal con el señor AJGT, le hablo de penetración anal, oral, vaginal a fin de ser liberadas de cosas demoniacas como ellas decían, liberar almas que se encontraban no sé si en el infierno, pero almas que se encontraban en algún lugar o recibir ellas o recibir algún tipo de don espiritual"[35].

En el mismo sentido, HWNP declaró que, de acuerdo a la investigación que realizó en la ciudad de Pasto, entrevistó al señor FS, quien se desempeñaba como peluquero y le contó que él estaba muy orgulloso de su trabajo porque podía tocarle la cabeza al señor AJGT, lo que era para él una bendición, por ello, le pidió al pastor que bendiga a su hija de 10 años, de manera que el demandado "*llevó a la niña a la sala donde él tenía sus encuentros sexuales (…) la niña al salir le conto a sus padres él le había besado en todo los orificios de su cuerpo, incluidos la vagina y el ano, y que esos besos tenía la finalidad de impedir que entraran maldiciones por los agujeros y para que entraran bendiciones*"[36]

Todas las pruebas anteriormente referenciadas, concuerdan con las afirmaciones hechas por la demandada en su interrogatorio de parte.

La demandante afirmó que el señor demandado le impedía relacionarse o recibir llamadas de amigos que no hacían parte de la Iglesia, posteriormente le empezó a hablar mal de su familia hasta el punto de tener que alejarse por completo de su madre, padrastro y hermanas, puesto que si no obedecía las mencionadas y demás ordenes impartidas, la amenazaba con que eso significaba que estaba desobedeciendo a dios, no sería bendecida, iba a morirse espiritualmente e iba a ser retirada de sus cargos, lo que significaba, en palabras de la demandante, que "*una de las cosas, entre muchas, era que las personas iban a estar mal económicamente, que eran las maldiciones de la desobediencia*"[37].

También relató: "*En una ocasión hubo un muchacho que me estaba pretendiendo y a mí me gustaba (…), era un muchacho de Popayán que venía a visitar la Iglesia, porque en Popayán también había SALEM, el señor AJGT me dijo que había soñado con respecto a ese muchacho, que era un muchacho que lo miraba en harapos, pobre, y me dijo si tú te metes con ese muchacho vas a terminar siendo pobre. En un par de ocasiones salimos AC, TT y al Centro Comercial Valle Atriz, aquí en Pasto, con unos dos muchachos JC y WV que eran personas que estaba en Salem y que uno de ellos estaba en el servicio, JC. Cuando AJGT se enteró me dijo que ya no saliera con ellos, porque AJGT decía que las personas que estuvieran cerca de mi tenían que ser personas que estuvieran cerca de él, me decía que yo era una princesa del pueblo de Dios y que por lo tanto no podía estar con cualquier persona de la congregación*"[38].

Respecto a las relaciones sexuales con él sostenidas, explicó que iniciaron en el 2006 cuando estando en el Teatro Alcázar, el señor AJGT le dijo que había recibido una dirección de dios a través de la profeta AC, la cual consistía en que la señora LDVO debía darle al demandado besos en la mejilla y en la frente, posteriormente le ordenó que fuera con falda a una de las reuniones, donde la toco y la beso, diciéndole que eso era una ministración de dios, que él era solamente un instrumento, así sucedió muchas veces hasta que en el mismo año, viajó a Quito junto con el demandado y otras dos personas más, también integrantes del grupo cristiano, durante la estancia en la mencionada ciudad, perdió la virginidad, bajo órdenes y a manos del señor AJGT y soportó varios abusos sexuales más, incluso en "ceremonias" grupales.

Afirmó que las "ministraciones" dejaron de practicarse debido al escándalo ocasionado por la publicación de los videos que denunciaban las actuaciones del señor AJGT, tiempo en el cual pudo tener un novio con el que duró 1 año, pero manifestó que esa relación se terminó porque así se lo ordenó el demandado.

Explicó que posteriormente, empezó la relación de noviazgo con su actual esposo y posteriormente, en el 2008 volvieron las ceremonias de "ministración", y tras las amenazas del señor AJGT, la demandante tuvo que acceder a hacer parte de ellas, situación que continuó así hasta el año 2010, cuando se comprometió con el señor AP.

[35] Folio 53, *ibídem*.
[36] Folio 144, *ibídem*
[37] Folio 90, cuaderno 4 (1).
[38] Folio 94, cuaderno 4 (1).

Debido a su futuro matrimonio, el señor AJGT le ordenó que durante los 7 meses que faltaban para casarse, ella debía dejar de ser penetrada para que su futuro esposo no se diera cuenta. A partir de ese momento, el demandado también dejó de tocarla y besarla, pero le ordenó que siguiera asistiendo a las ceremonias para recibir el espíritu santo que quedaba en el ambiente.

Finalmente, la Sala subraya que todas las pruebas analizadas son coherentes y consecuentes con el informe pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses[39], donde se estableció:

"*los hechos que se reportan en piezas procesales y en la entrevista a LDVO víctima, conlleva un modus operandi como un abusador en serie, quienes llegan a esta iglesia son personas incautas necesitadas de auxilio, ayuda, en búsqueda de un ser supremo que pueda darle solución a los conflictos familiares que en ese momento estaban atravesando, y la iglesia es el soporte ideológico al cual se apoya, teniendo en cuenta de antemano, que en su hogar había sobreprotección por parte de su padrastro y que era acolitado por su madre, ya que quien tomaba las decisiones era OM, el padrastro a quien ve como la persona que ayudó a su desestructuración psíquica y emocional y que la llevó a la inseguridad, introversión social, con dificultad para relacionarse con sus coetáneos (…). En la iglesia encuentra la solución aparente de sus problemas, y ve en él (AJGT) un padre perfecto al cual ella quería encontrar*".

Adicionalmente, el perito describió todas las vivencias contadas por la demandante en la entrevista y en el interrogatorio de parte; sobre dichas afirmaciones, en el informé se concluye:

"*la examinada aporta un relato que se encuentra desde la perspectiva psicológica forense como claro, coherente, congruente con el efecto de base, consistente, al referir que fue objeto de abuso sexual en persona puesta en incapacidad de resistir o en condiciones de inferioridad psíquica que le impiden comprender la relación sexual o dar consentimiento y se identifica con factor de riesgo que la examinada se encontraba en un recinto sagrado para ella y supuestamente protegida por el apóstol ungido en tiempo prolongado durante los trabajos que desempeñaba en la iglesia como cantante*
(…)
Se reporta que la examinada presenta tendencia al aislamiento con recuerdo intrusivo de los hechos en cuestión
(…)
El relato de la entrevista es coherente con las ideas que expresa, en donde denota un discurso vivencial espontaneo con detalles, contextualizado en tiempo y espacio, y denota sentimientos de desesperanza de haber perdido 15 años de su vida engañada
(…)
Por lo anterior, se requiere que la examinada continúe en tratamiento psicológico al cual ha tenido adherencia, con el fin de que pueda ventilar, clarificar y elaborar los sentimientos y emociones disfuncionales asociados con los hechos en cuestión y el trastorno por estrés postraumático que reporta posterior a los hechos de denuncia"

Frente a este trabajo pericial, se denota que la parte demanda no lo objetó ni refutó, por lo que será tenido en cuenta como única prueba para acreditar el estado psicológico de la demandante.

Ahora bien, vale decir en este punto que, sobre el campo de la responsabilidad, debe operar el principio de la carga de la prueba – Artículo 176 del Código General del Proceso-, visto con un sentido dinámico, socializante y moralizador, esto es, distribuyéndola entre las partes para demandar de cada una la prueba de los hechos que están en posibilidad de demostrar y constituyen fundamento de sus alegaciones.

Por lo cual, es de mencionar que los testigos aportados por la Iglesia demandada, correspondientes a la señora FET, HACB y RNM, también fueron tachados por el apoderado de la demandante, bajo el argumento de que al ser integrantes de la iglesia Salem, sus declaraciones pueden verse sesgadas. Consideración que la Sala acoge, toda vez que para el momento en el que las declaraciones fueron rendidas, los testigos reconocieron al demandado como "pastor principal" de la Iglesia, tal es el ejemplo de la señora RNM, quien manifestó: "*A mí se me informó por parte del pastor HACB, que estaba como testigo para esta audiencia, mi disposición siempre ha sido colaborar en todo lo que este a mi alcance con la iglesia a la que pertenezco Salem y con los instrumentos que Dios ha utilizado para restaurar, edificar y bendecir mi vida y mi familia, los cuales son la familia de AJGT y todo esto lo hago libre y voluntariamente*

[39] 233 a 241, cuaderno 3 (2).

como gratitud a todo lo que he recibido de Dios a través de ellos y de este Ministerio", incluso, muchos de ellos admitieron que los actos sexuales cometidos por el señor AJGT, aunque no se apegan a las enseñanzas por él impartidas, son errores que puede cometer todo ser humano, pero en virtud de la palabra de dios él puede perdonar y limpiar toda maldad, y eso es lo que se espera que haga con el apóstol AJGT.

Adicionalmente, la Sala advierte que debido a la falta de contestación de la demanda por parte del demando AJGT, es aplicable lo estipulado en el artículo 97 del Código General del proceso, según el cual: "*La falta de contestación de la demanda o de pronunciamiento expreso sobre los hechos y pretensiones de ella, o las afirmaciones o negaciones contrarias a la realidad, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, salvo que la ley le atribuya otro efecto*." (Subrayado por fuera del texto).

Dicha sanción, se aplica en virtud de que la falta de contestación se fundamenta en la violación del principio de lealtad procesal, que se exterioriza en la obligación legal de obrar conforme al mandato de la buena fe como un deber de las partes y sus apoderado, según lo dispuso el artículo 78 del Código General del Proceso, "*con el objetivo plausible de llegar al convencimiento en torno a la verdad verdadera del asunto litigioso que le permita al juez adoptar una recta solución al caso en concreto. (…) y se manifiesta en la necesidad de contar con la presencia del demandado en el desarrollo del proceso a fin de que éste se pronuncie expresamente sobre los hechos y pretensiones, así como en relación con aquello que no le conste y que deba ser objeto de prueba, en aras de garantizar la integridad material de la litis, que en últimas asegura la correcta e integral administración de justicia*"[40].

En consecuencia, aunque la Iglesia Cristiana Salem, en representación del también demandado AJGT, contestó la demanda en debida forma y dentro del término establecido, al señor demandado le es aplicable la presunción legal de tener como cierto los hechos susceptibles de confesión contenidos en la demanda, esto como una sanción por no obrar conforme al principio de lealtad procesal y faltar a su deber legal de contestar la demanda en su contra.

Aunado a lo anterior, el señor AJGT no asistió a la audiencia inicial para rendir interrogatorio de parte, ni en nombre propio ni como representante legal de la Iglesia Cristiana Salem, situación que da lugar a la aplicación del artículo 205 del Código General del Proceso:

"***ARTÍCULO 205. CONFESIÓN PRESUNTA****. La inasistencia del citado a la audiencia, la renuencia a responder y las respuestas evasivas, harán presumir ciertos los hechos susceptibles de prueba de confesión sobre los cuales versen las preguntas asertivas admisibles contenidas en el interrogatorio escrito.*
La misma presunción se deducirá, respecto de los hechos susceptibles de prueba de confesión contenidos en la demanda y en las excepciones de mérito o en sus contestaciones, cuando no habiendo interrogatorio escrito el citado no comparezca, o cuando el interrogado se niegue a responder sobre hechos que deba conocer como parte o como representante legal de una de las partes.
Si las preguntas no fueren asertivas o el hecho no admitiere prueba de confesión, la inasistencia, la respuesta evasiva o la negativa a responder se apreciarán como indicio grave en contra de la parte citada."

Sobre el tema, la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en sentencia STC21575-2017, explicó:

"*En cuanto al mérito probatorio de la confesión ficta, tácita o presunta, cabe observar, por un lado, que está sujeta, en lo pertinente, a las exigencias generales a toda confesión que al respecto señala el artículo 191, ibídem; y por otro, que según la regla 197 C.G.P., "admite prueba en contrario*".

Para su validez, se requiere, como bien lo tiene dicho la Sala en pronunciamiento ahora reiterado:

"(…) que ese presunto confesante tenga capacidad para confesar y poder dispositivo sobre el derecho que resulte de lo confesado; que verse sobre hechos que produzcan consecuencias jurídicas adversas al confesante o que favorezcan a la pare contraria; que "verse sobre hechos personales del confesante o de que tenga conocimiento"; y, por último, que recaiga sobre hechos susceptibles de ser probados por confesión (…)"

[40] Corte Constitucional, sentencia T-1098 de 2005.

Además de lo expuesto, para que haya confesión ficta o presunta, con las consecuencias de orden probatorio que se han indicado, requiérase sine qua non que en todo caso se hayan cumplido las formalidades que para la prueba de confesión exige la ley"[41].

En consecuencia, se tiene que la no comparecencia del demandado para rendir interrogatorio de parte da lugar a tener por ciertos los hechos de la demanda susceptibles de confesión. Importa precisar que la confesión ficta tendrá el mismo valor y fuerza que las confesiones propiamente dichas la ley les atribuye[42], sin que ello signifique que la Sala haya omitido el análisis de las pruebas aportadas por la Iglesia demanda, puesto que es un deber de los Jueces y Magistrados analizar y hacer una comparación recíproca de todas las pruebas pertenecientes al proceso, según lo dispuesto por el artículo 176 del Código General del Proceso, tal y como se realizó.

De lo analizado, se deduce que el actuar del señor AJGT, se encuadra muy bien con las técnicas de persuasión coercitiva, citadas previamente y descritos por el catedrático de Psicología Social y Jurídica de la Universidad de Barcelona, Álvaro Rodríguez Caballería.

También quedo acreditado que, el señor AJGT, bajo su papel de "Pastor" y "Apóstol principal" de la Iglesia, ejercía grandes limitaciones sobre los integrantes de la Iglesia y sobre la demandante, que desarrollaron en ella una serie de mutaciones en su personalidad y voluntad, cuyo resultado final fue la vulneración a sus libertades y derechos como mujer, puesto que afectó su vida en los aspectos sociales, económicos y afectivos, así como también fue inducida a desarrollar una serie de comportamientos y a realizar actos sexuales en pro de obedecer un mandato divino, recibir bendiciones y no revelarse contra dios.

En consecuencia, encuentra la Sala que ha quedado demostrado el primer presupuesto para la configuración de la responsabilidad civil, correspondiente al hecho dañoso.

Ahora bien, como segundo elemento estructural de la responsabilidad civil, contractual y extracontractual, el daño es "*todo detrimento menoscabo o deterioro, que afecta bienes o intereses lícitos de la víctima, vinculados con su patrimonio, con su esfera espiritual o afectiva, o con los bienes de su personalidad*". Además, es el requisito "*más importante (…), al punto que, sin su ocurrencia y demostración, no hay lugar a reparación alguna*"[43].

Para que sea "*susceptible de reparación debe ser directo y cierto y no meramente eventual o hipotético, esto es, que se presente como consecuencia de la culpa, y que aparezca real y efectivamente causado*"[44].

El requisito de que sea cierto supone que se compruebe su existencia, pues de lo contrario deberá exonerarse de responsabilidad al demandado, salvo las excepciones establecidas en la ley.

En la demanda, se especificó que los perjuicios ocasionados a la señora LDVO, son los correspondientes a daños morales y daño a la vida en relación. Valga decir que la Sala se referirá únicamente a la demostración de las referidas lesiones, mas no a la tasación que sobre estos ya hizo el *a-quo* y no fue controvertida por la parte demandante.

Sobre los perjuicios inmateriales o morales, vale recordar lo dicho por la Sala en providencia CSJ SL303-2019 donde reiteró lo sentado en la sentencia CSJ SL4794-2018, en la cual, a su vez, sostuvo:

"[…] la jurisprudencia de esta Sala, de manera reiterada ha sostenido que el daño moral debe ser analizado desde dos perspectivas, los objetivados y subjetivados, respecto de los que en la sentencia CSJ SL, 6 jul. 2011, rad. 39867, reiterada en la CSJ SL1525-2017, se dijo «Los primeros, son aquellos daños resultantes de las repercusiones económicas de las angustias o trastornos síquicos que se sufren a consecuencia de un hecho dañoso; y, los segundos, los que exclusivamente lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales que originan angustias, dolores internos, síquicos, que lógicamente no son fáciles de describir o de definir" (Subrayado por fuera del texto)

[41] CSJ. SC. Sentencia de 10 de febrero de 1975.
[42] Sobre el valor probatorio de la confesión ficta, véase: CSJ. SC. Sentencia de 16 de febrero de 1994.
[43] CSJ SC 1 noviembre de 2013, Rad. 1994-26630-01.
[44] CSJ SC 27 marzo de 2003, Rad. 6879.

En el presente caso, los perjuicios morales quedan demostrados con el dictamen pericial de Medicina legal, que no fue controvertido por los demandados, donde se concluye la necesidad de tratamiento psicológico "*con el fin de que pueda ventilar, clarificar y elaborar los sentimientos y emociones disfuncionales asociados con los hechos en cuestión y el trastorno por estrés postraumático que reporta posterior a los hechos de denuncia*", puesto que se especificó "*que la examinada presenta tendencia al aislamiento con recuerdo intrusivo de los hechos en cuestión (…), denota sentimientos de desesperanza de haber perdido 15 años de su vida engañada*"[45].

Por su parte, el daño a la vida en relación ha sido definido por la H. Corte Suprema de Justicia, así:

"*a) su naturaleza es de carácter extrapatrimonial, ya que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es inasible, porque no es posible realizar una tasación que repare en términos absolutos su intensidad; b) se proyecta sobre la esfera externa del individuo; c) en el desenvolvimiento de la víctima en su entorno personal, familiar o social se revela en los impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas que debe soportar y que no son de contenido económico; d) pueden originarse tanto en lesiones de tipo físico, corporal o psíquico, como en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales; e) recae en la víctima directa de la lesión o en los terceros que también resulten afectados, según los pormenores de cada caso, por ejemplo, el cónyuge, compañero (a) permanente, parientes cercanos, amigos; f) su indemnización está enderezada a suavizar, en cuanto sea posible, las consecuencias negativas del mismo; g) es un daño autónomo reflejado "en la afectación de la vida social no patrimonial de la persona", sin que comprenda, excluya o descarte otra especie de daño -material e inmaterial- de alcance y contenido disímil, como tampoco pueda confundirse con ellos*"[46].

De manera que, en consonancia con la citada jurisprudencia, el daño a la vida de relación, aunque es distinto del perjuicio moral, puede generarse como consecuencia de este último cuando afecte la esfera externa del individuo o su entorno personal, familiar o social.

Situación que se ve evidenciada en el presente asunto, puesto que, como ya se explicó, la demandante presenta tendencia al aislamiento y estrés post-traumático. Adicionalmente, quedó acreditado que, como consecuencia de la violencia psicológica sufrida durante su permanencia en la Iglesia Cristiana Salem, a la demandante no se le permitía desempeñarse profesional y laboralmente por fuera del grupo religioso, de igual forma se le restringía la socialización con determinadas personas y fue presionada a alejarse de sus familiares cercanos, incluso su madre y hermanos.

Finalmente, sobre el nexo de causalidad entre la conducta imputable al demandado y el efecto adverso que de ella se deriva para el demandante, la Jurisprudencia de la H, Corte Suprema de Justicia explico que "*para que la pretensión de responsabilidad civil … sea próspera, el demandante debe acreditar, además del daño cuyo resarcimiento persigue, que tal resultado tuvo por causa directa y adecuada, aquella actividad imputable al demandado y de la que sobrevino la consecuencia lesiva, de lo cual se desprende que ausente la prueba de la relación de causalidad, las pretensiones estarían destinadas al fracaso*"[47].

A juicio de la Sala, quedó demostrado que los daños que la actora sufrió fueron consecuencia de la violencia psicológica que emprendió el señor AJGT, quien, aprovechándose de su condición de pastor y guía espiritual, ejerció sobre la señora LDVO una serie de limitaciones en todos los aspectos de su vida, coartando su libertad para decidir sobre sus relaciones interpersonales, sus decisiones laborales y su sexualidad, a tal punto de ordenarle tener relaciones y actos sexuales con él.

Por lo anterior, habiéndose acreditado la violencia psicológica que el señor AJGT ejerció sobre la demandante, coartando su libertad para decidir sobre sus relaciones interpersonales, sus decisiones laborales y su sexualidad, quedan acreditados los perjuicios morales y daño a la vida en relación quedan demostrados.

[45] 233 a 241, cuaderno 3 (2).
[46] CSJ SC22036-2017 Dic. 19 de 2017, rad. 2009-00114-01
[47] Sentencia de 23 de junio de 2005, exp. 1995-00058-01.

En conclusión, habiéndose demostrados todos los presupuestos necesarios para declarar civil y solidariamente responsables a la Iglesia Cristiana y al señor AJGT, la Sala procede a confirmar la decisión de primera instancia y se condenará en costas de segunda instancia a la parte recurrente, conforme lo estipula el art. 365 num. 3° del C. G. del P. y, ciñéndonos al precepto contenido en el num. 2º de dicho canon, se fijará el valor de las agencias en derecho en este mismo fallo y su tasación, obedecerá a lo dispuesto para los procesos declarativos en general, en el art. 5º num. 1° del Acuerdo N° PSAA16-10554 de 05 de agosto de 2016, proferido por la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura.

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 de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto.

Segundo.- CONDENAR a la Iglesia Cristiana Salem y al señor AJGT a pagar las costas procesales de segunda instancia, en favor de la parte actora.

Al momento de elaborar la liquidación de las costas, téngase como agencias en derecho la suma en pesos equivalente a CINCO (5) SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (S.M.L.M.V) al momento del pago.

Tercero.- ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado de origen, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ
Magistrado
(Con salvamento de voto)

...

JURISPRUDENCIA SALA LABORAL

...



Magistrados:

- Dra. Claudia Cecilia Toro Ramírez.
- Dr. Juan Carlos Muñoz.
- Dra. Clara Inés López Dávila.

ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA Y ORDINARIA DE PERJUICIOS:
Cuando se persigue su pago, le corresponde al demandante demostrar el accidente laboral, el daño y el nexo de causalidad entre ésta y tal accidente, con el fin de que el empleador asuma la totalidad de los perjuicios que se produzcan. A su turno, a éste le incumbe probar su diligencia y cuidado tendientes a evitar accidentes.

Luego, analizadas en su conjunto las pruebas reseñadas, la Sala concluye que las labores de conducción de grúa no están íntimamente ligadas a las de trabajos en altura y por lo tanto, el empleador no estaba obligado a suministrar los elementos de protección laboral que ésta tarea exige, así como tampoco brindar la capacitación para ejecutar este tipo de tareas. (…) Ahora, bien pudo ocurrir que por fallas técnicas en la operación de la grúa le hubiese correspondido realizar tareas especiales que le implicaban desenvolverse a cierta altura y que en cumplimiento de ellas se ocasionara el accidente de trabajo. Siendo ello así, le correspondía demostrar al demandante, que el empleador conocía de tales fallas en la operación y aun así le impuso desarrollarlas; que él en su condición de operador de grúa, cumplió con su obligación especial de "Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios Y en todo caso, tales obligaciones a cargo del demandante no se encuentran demostradas. (…) Ello sin embargo, no exime a la sociedad demandada de la obligación de proveer en sus trabajadores un ambiente laboral seguro; es decir, le asiste el especial deber de velar por la integridad (física y emocional) de sus subordinados, a través de capacitación y/o inducción en puesto de trabajo, suministro de elementos de protección y capacitación para su correcto uso y en este caso concreto, velar permanentemente por el perfecto estado técnico y mecánico de las grúas que operan sus trabajadores. Y tal carga demostrativa a cargo de DEVINAR S.A., no se atendió a cabalidad. (…) Y tal descuido y negligencia conllevó al accidente de trabajo que afectó, **en forma temporal**, la salud e integridad del trabajador demandante. (…) No obstante, como se indica en el párrafo precedente, las afectaciones padecidas por el actor de tal suceso son meramente temporales en la medida en que el restablecimiento de su salud se realizó a través de tratamientos médicos y quirúrgicos, con incapacidades a cargo íntegramente de la ARL SURA, desde el 14 de mayo de 2013 hasta el 12 de septiembre y desde el 26 del mismo mes y año hasta el 5 de octubre. Tal conclusión se confirma con el análisis de la historia clínica, fol. 53, que da cuenta que el último control sobre esta patología se realizó el 18 de septiembre de 2013, cuando se le extrajo el material de osteosíntesis de fémur y se confirma de manera contundente con el dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, fechado 19 de noviembre de 2014, expedido por la A.R.L. SURA, con disminución del 10.26% y fecha de estructuración 19 de agosto de 2014 (fol. 38 y 39), esto es, mucho tiempo después de ocurrido el accidente de trabajo, lo que impide que este concepto se pueda generar una condena en contra de la sociedad demandada.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA - El trabajador debe acreditar que se encontraba en la condición especial al momento de la desvinculación, la cual constituye el supuesto de hecho para hacerse merecedor de la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO DE TRABAJO DE PERSONA EN CONDICIÓN DE DISCAPACIDAD – Se presume discriminatoria, a menos que el empleador demuestre la ocurrencia de una justa causa.

En el presente asunto se deben poner en consideración otros aspectos que no fueron analizados por la A quo, como es el Dictamen de la Pérdida de la Capacidad Laboral, documento que se profirió el 19 de noviembre de 2014 y en el que se otorga al demandante un porcentaje de PCL del 10.26% de origen profesional, con fecha de estructuración **19 de agosto de 2014**, esto es, luego de 7 meses de la terminación del contrato ocurrida el 30 de diciembre de 2013 y más de un año de ocurrencia del accidente de trabajo. (…) En otras palabras, para el momento en que el empleador decide terminar el vínculo contractual desconocía la condición de DISCAPACIDAD del actor, no solo porque para esa data tan sólo se le habían reconocidos incapacidades, sino porque además desde el 6 de octubre de 2013 ya se había reintegrado a sus labores en forma normal, sin que durante este tiempo se haya presentado alguna incapacidad o siquiera un reporte médico, es más en la historia clínica del actor se observa que el último control se hizo el 18 de septiembre de 2013 y que una vez ocurrido el despido el actor acude a un médico particular quien le ordena una valoración por ortopedia, misma que se realiza el 19 de febrero de 2014; es decir después de ocurrido el despido. (…) En el presente caso no es factible aplicar la presunción a favor del actor de que su despido se dio con ocasión de la disminución de su capacidad laboral o debilidad manifiesta, puesto que como quedó dicho,

la misma se estructuró en fecha posterior, incluso al accidente de trabajo, lo que implica que el actor no sea acreedor de la protección aludida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

REPÚBLICA DE COLOMBIA - RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y JUZGAMIENTO

En San Juan de Pasto, a los 30 días del mes de enero de 2019, fecha programada en auto que antecede 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, JUAN CARLOS MUÑOZ y CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **DANIEL ALEJANDRO SOTO CÁRDENAS** en contra de la sociedad **de DESARROLLO VIAL DE NARIÑO S.A.** en siglas **DEVINAR S.A.,** radicado bajo el número único nacional **520013105003 2015-00517-01 (297**), acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

La Sala asume competencia del presente asunto en virtud del recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la parte actora, en contra de la sentencia proferida el 21 de junio de 2018, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto.

PRESENTACIÓN DE ASISTENTES y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (ART. 82 C.P.L. y S.S. – mod. art. 13 de la ley 1149 de 2007 // art. 107 C.G.P. num. 3º. máximo 20 minutos). Escuchadas las partes en alegatos de conclusión, se clausura esta etapa procesal. Se Notifica en ESTRADOS.

Se deja constancia que el respectivo proyecto de fallo fue discutido y aprobado unánimemente 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 el actor, por la vía ordinaria laboral, que se declare que entre él y la sociedad DEVINAR S.A. existió un contrato laboral a término indefinido e igualmente que el despido realizado por la demandada el 27 de diciembre de 2013 es ineficaz, al no contar con autorización por parte del Ministerio de Trabajo, tal y como lo prevé la Ley 361 de 1997, además de injusto. En consecuencia, solicita imponer condena por salarios y demás derechos laborales enlistados en el libelo genitor, junto con las costas procesales.

Como fundamento fáctico de los anteriores pedimentos manifiesta, en síntesis, que trabajó a órdenes de DEVINAR S.A. desde el 19 de septiembre de 2012 a1 30 de diciembre de 2013; que a partir del 1º de febrero de ese año operó las grúas de la sociedad sin recibir capacitación para desarrollar trabajo en alturas ni contar con los elementos de protección personal.

Agrega que el 14 de mayo de 2013, sufrió un accidente de trabajo mientras realizaba labores en una grúa macho, cayendo desde una altura de 2 mts., reportado a la ARL SURA, en virtud del cual se emitieron varias incapacidades hasta el 5 de octubre de 2013, previa una cirugía de extracción de material de osteosíntesis de fémur, reintegrándose a laborar sin que se le permitiera -por su empleador- asistir a las fisioterapias dentro de la jornada laboral y así tener la rehabilitación adecuada.

Aduce que el 8 de diciembre del año en cita, sufrió un imprevisto con la grúa a su cargo ocasionado por fallas mecánicas del freno de ahogo y el de mano, situación por la cual el Ingeniero IVÁN MAYA le pidió rendir un informe al día siguiente y ser llamado el 26 de diciembre, sin citación previa, de manera intempestiva y sin informarle que para rendir descargos podía contar con la asistencia de un abogado. Por este inesperado hecho fue terminado el contrato de trabajo, soportándose el empleador en el artículo 62 numeral 6º, artículo 58 numeral 1º, artículo 60 numeral 2º del C.S.T, alegando dentro de las causales de despido que el actor se encontraba en estado de embriaguez, pero ello no fue así.

Finalmente señala que el 19 de noviembre de 2014, mediante dictamen proferido por la ARL SURA, se calificó la pérdida de capacidad laboral como de origen profesional, con el 10.26%.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA
Notificada en debida forma la demandada, dentro de la oportunidad legal y a través de apoderado judicial, respondió el libelo genitor (fol. 79-85) argumentando que el despido del actor obedeció a sus constantes faltas en el cumplimiento de sus deberes, que al momento de tomar esta decisión no se encontraba en incapacidad ni en estado de debilidad manifiesta, como lo expone en la demanda, por cuanto venía trabajando por más de dos meses de forma normal. Se opuso en consecuencia a todas y cada una de las pretensiones de la demanda proponiendo en su defensa varios medios exceptivos de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA
Adelantadas las etapas propias del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, en sentencia fechada 21 de junio de 2018, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto declaró probadas las excepciones de fondo denominadas "pago total de acreencias laborales" e "inexistencia de las obligaciones pretendidas derivadas de la ineficacia del despido", absolviendo a la accionada DEVINAR S.A. de las pretensiones económicas derivadas de la culpa patronal y la solicitud de ineficacia del despido, pero condenándola a pagar a favor del demandante la indemnización por despido unilateral sin justa causa y las costas del proceso.

Para adoptar tal determinación la jueza consideró improcedente la pretensión de ineficacia del despido por cuanto la PCL es de tan sólo el 10.26%; es decir, no alcanza el grado severo o profundo para arroparlo con la protección especial, conforme los criterios fijados por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 675978 de 2017, sumado a que en su criterio no existe relación de causalidad entre la PCL y el despido, puesto que el trabajador siguió laborando normalmente desde el 10 de octubre hasta diciembre de 2013.

En cuanto a la culpa patronal, expuso que no se demostró la responsabilidad del empleador en el accidente de trabajo y que la misma no se basa en una presunción de culpa, sino que ésta corre a cargo de la parte demandante.

Finalmente, y haciendo uso de las facultades ultra y extra petita, condenó a la sociedad demandada al pago de la indemnización por despido sin justa causa, por no encontrar justificación legal para terminar el vínculo laboral.

APELACIÓN PARTE DEMANDANTE
Inconforme con la decisión adoptada, el apoderado judicial de la parte actora interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación solicitando a esta Sala de Decisión su revocatoria íntegra para en su lugar condenar a DEVINAR a pagar todos los preceptos consignados en la demanda, para lo cual expuso los siguientes puntos de reproche:
1. Que la jueza dejó de aplicar los últimos criterios jurisprudenciales de la CSJ sobre el tema de la carga de prueba, manifestando que era deber de la demandada DEVINAR demostrar que se otorgó la capacitación y se entregaron los elementos de seguridad para realizar trabajos en altura, situación que alude en el presente asunto se omitió.
2. Que valoró de forma inadecuada la prueba testimonial y el interrogatorio rendido por la parte demandante, en tanto, no se tuvo en cuenta que los testigos si bien no dan una altura exacta sobre la cual debía trabajar el actor si expresan que era superior a los 1.50 mts., relatando incluso que el actor debía hacer rescates, sin utilizar línea de vida, a unas alturas superiores a los 15 mts.
3. Que no valoró que al demandante le cambiaron sus funciones sin recibir ningún tipo de capacitación, es más, sin contar con la licencia de tránsito para operar una grúa, ello por cuanto no se aportó al plenario certificaciones de capacitaciones realizadas al actor y solamente se alegó que el actor fue capacitado para un solo evento, pero que no se le brindó capacitación posterior de forma técnica en el manejo del sistema hidráulico del vehículo.
4. Que existe nexo de causalidad entre el accidente de trabajo y la falta de capacitación al trabajador sobre trabajos en altura y entrega de los elementos de seguridad, lo que le permite concluir que existe responsabilidad por parte del empleador en el accidente de trabajo, pues omitió cumplir con su deber "del buen padre de familia que debe proteger a sus trabajadores" y por ende, la obligación de condenar a la indemnización plena de perjuicios por la culpa patronal.
5. Respecto de la estabilidad laboral reforzada considera que se dejó de valorar la prueba documental consistente en la orden de las sesiones de fisioterapia por parte del médico tratante, con lo que se demuestra que el actor se encontraba en estado de debilidad manifiesta y que, como lo consideró la A quo, el despido se dio sin

justa causa atribuible al trabajador, debiendo en consecuencia en este caso acoger los postulados de la Corte Constitucional sobre el tema, el que señala que "en relación con personas que por el deterioro de su salud se encuentren en una situación de debilidad manifiesta, es decir, que esta figura opera para cualquier trabajador que por su condición de salud se ve afectada su productividad, sin que sea necesario una discapacidad certificada o cuantificada por la Junta de Calificación Médica ni que su origen sea determinado.

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 decisión atacada en vía de apelación por la parte activa de la Litis, 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 antes expuesto, le corresponde a este Cuerpo Colegiado plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) Se encuentra demostrado dentro del plenario la ocurrencia del accidente de trabajo y la culpa patronal respecto del mismo; en caso afirmativo, es procedente reconocer la indemnización plena de perjuicios en razón de la culpa patronal? ii) Se acreditaron los presupuestos legales y jurisprudenciales para declarar la ineficacia del despido, por cuanto éste obedeció a criterios de discriminación en la forma regulada por la Ley 361 de 1997; en caso afirmativo, ¿las condenas rogadas por activa deben ser atendidas a su favor?

En torno a desatar los anteriores planteamientos, parte la Sala por aclarar que en el presente asunto no se encuentra en discusión la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre los extremos señalados en la demanda ni que el mismo terminó sin justa causa y de manera unilateral por parte del empleador, ello por cuanto se trata de situaciones fácticas y jurídicas que fueron definidas por la jueza de primer grado y no reñidas por las partes.

En ese orden corresponde a esta Sala de Decisión, abordar los siguientes temas:

- **ACCIDENTE DE TRABAJO – CULPA PATRONAL**

Solicita el demandante el pago de la indemnización plena de perjuicios pues considera que el accidente ocurrido el 14 de mayo de 2013, fue producto de la culpa de su empleador, al no brindarle capacitación como operador de grúas ni para realizar trabajo en alturas, así como tampoco le suministró los elementos de seguridad para su ejecución.

Al respecto conviene anotar que cuando se persigue el pago de la indemnización plena y ordinaria de perjuicios, le corresponde al demandante demostrar que el empleador incurrió en culpa en la ocurrencia del accidente de trabajo para que éste asuma la totalidad de los perjuicios que produjo este hecho, según lo dispone el artículo 216 del C. S. del T., que establece:

"*Culpa del empleador. Cuando exista culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este capítulo."*

Ahora bien, conforme doctrinaria y jurisprudencialmente se tiene definido, la culpa por la cual responde el empleador, en estos casos, es por la "CULPA LEVE", por cuanto ésta 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 partes (Art. 1604 del C.C. - Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral sentencia de 30 de junio de 2005, radicación 22656)

De acuerdo con lo anterior, se tiene que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 167 del C.G.P., aplicable a los procesos laborales por mandato del artículo 145 del C. P. del T. y la S. S., *"(…) Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*", por lo tanto, es al demandante a quien le corresponde acreditar el accidente de trabajo, el daño derivado del mismo en su salud o integridad

personal, la culpa del empleador en su acaecimiento y el nexo de causalidad entre la culpa del empleador y el accidente de trabajo, siendo que en el sub examine la jueza de primer grado no encontró acreditado que el accidente de trabajo que sufrió el demandante haya sido por culpa suficiente del empleador.

De la Ocurrencia del Daño
Respecto de este puntual aspecto, no hay duda de que el demandante sufrió un accidente de trabajo el 12 de mayo de 2013, cuando realizaba labores al servicio de la demandada. Así se registró en el reporte de accidente de trabajo arrimado al plenario por el propio demandante y sobre el cual la llamada a juicio nada controvirtió, en el que se indicó que siendo las 19:00 horas, cuando el trabajador se encontraba enganchando una tractomula a la grúa, se desplazó al otro lado del planchón y se enredó con la manguera del aire, por lo que cae y queda suspendido de la pierna derecha generándole golpes en los miembros inferiores del lado derecho del cuerpo (flos. 91 - 92). Luego este elemento se encuentra probado.

De la culpa del empleador
Para acreditar la diligencia en la atención de las obligaciones generales y especiales que establecen los artículos 56 y 57 del C.S.T., la demandada DEVINAR S.A. aportó:
- Acta de entrega de los elementos de dotación y seguridad al actor, tales como guantes, botas de cuero con punta de acero, impermeable y gafas.
- Informe del Accidente de Trabajo realizada por ARL SURA (fols. 91 y 92), que replica la versión suministrada por el trabajador.

Dentro del plenario igualmente reposan los testimonios de los testigos solicitados por la parte demandante, señores SIVARES RODRÍGUEZ y JAIRO MORA, el primero de ellos chofer de la ambulancia de la empresa contratista SISMEDICAL y el segundo Paramédico de la misma contratista.

Al ser interrogados respecto del accidente de trabajo sufrido por el demandante, el señor RODRÍGUEZ manifestó que el actor tuvo 2 sucesos. Sobre el ocurrido cuando operaba la grúa macho nada le consta y con respecto al accidente de tránsito ocurrido posteriormente, el 8 de diciembre de 2013, que la empresa se lo atribuyó al trabajador y originó su despido, realizó el rescate informando que se dio por fallas mecánicas del freno, pero que eso no lo puede asegurar.

Frente a los elementos de protección con los cuales el actor desarrollaba sus funciones, manifestó que contaba con un casco, guantes y botas, pero no tenía disponía de un arnés de seguridad que le permitiera realizar trabajos en altura, igualmente informó que al momento del accidente de tránsito, para diferenciarlo del accidente laboral, el demandante no estaba en estado de alicoramiento, puesto que no tenía tufo y de estarlo, le correspondía a la ambulancia hacer el reporte para la prueba de alcoholemia, pero ello no fue necesario.

Por su parte el testigo JAIRO MORA, sobre la ocurrencia del accidente de trabajo indicó que, si bien él tampoco estuvo presente, en reuniones de trabajo se les informó que el accidente se presentó cuando el demandante manejaba la grúa macho y se cayó al hacer un rescate, golpeándose la rodilla derecha. Agregó que no fue atendido de forma inmediata porque no había personal y él debía atender el rescate y llevar la grúa al parqueadero.

Adicionalmente informa que el demandante debía manipular la grúa macho desde una altura aproximada de 1.60 mts., porque si bien estos vehículos cuentan con un sistema que baja las poleas, la maquinaría que maneja la demandada estaba deteriorada y a los operadores les toca subirse al planchón para soltar el gancho, situación que a él le consta por cuanto en todos los rescates se llama a las ambulancias.

En cuanto a los elementos de seguridad para el desempeño de funciones, al igual que el anterior deponente manifiesta que el demandante solamente contaba con guantes, casco y botas, observando en varias ocasiones al demandante hacer rescate en alturas sostenido únicamente del gancho de la grúa macho, puesto que no contaba con arnés o eslinga. Y en lo que hace relación a las fallas que presentaba la grúa macho, relató que este informe lo presentaron los anteriores operarios de la maquinaria, pero que nunca la llevaron al taller por cuanto sólo tenían una, ya que la otra estaba ubicada en Pilcuán. Por último, informó que ninguno de los operarios contaba con certificación de trabajos en altura y que el demandante la única experiencia que tenía era la de conductor de vehículos pesados, pero que no contaba con capacitación para el cargo.

Ahora bien, en el interrogatorio de parte rendido por el Representante Legal de la sociedad demandada, efectivamente este manifiesta que este tipo de grúas manejan desde la cabina el sistema del gancho, pero sin establecer si este se encontraba en funcionamiento.

Luego, analizadas en su conjunto las pruebas reseñadas, la Sala concluye que las labores de conducción de grúa no están íntimamente ligadas a las de trabajos en altura y, por lo tanto, el empleador no estaba obligado a suministrar los elementos de protección laboral que esta tarea exige, así como tampoco brindar la capacitación para su ejecución, por cuando se repite, éstas actividades en altura nunca le fueron asignadas por quien ejercía el poder subordinante en la relación laboral.

En ese orden, bien pudo ocurrir que, por fallas técnicas en la operación de la grúa a su cargo desde el 1º. de febrero de 2013, le hubiese correspondido realizar tareas especiales que le implicaban desenvolverse a cierta altura y que en cumplimiento de ellas se ocasionara el accidente de trabajo reportado ante la ARL SURA el 14 de mayo de 2013. Siendo ello así, le correspondía demostrar al demandante, en el ejercicio de la carga de prueba que le impone el art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia por el principio de integración normativa, que el empleador conocía de tales fallas en la operación y aun así le impuso desarrollarlas; que él en su condición de operador de grúa, cumplió con su obligación especial de "Comunicar oportunamente a la empresa las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios" (numeral 5º. Artículo 43 Reglamento Interno de Trabajo, folios 96 a 101).

Y en todo caso, tales obligaciones a cargo del demandante no se encuentran demostradas.

Ello, sin embargo, no exime a la sociedad demandada de la obligación de proveer en sus trabajadores un ambiente laboral seguro; es decir, le asiste el especial deber de velar por la integridad (física y emocional) de sus subordinados, a través de capacitación y/o inducción en puesto de trabajo, suministro de elementos de protección y capacitación para su correcto uso y en este caso concreto, velar permanentemente por el perfecto estado técnico y mecánico de las grúas que operan sus trabajadores, como lo ha decantado Nuestro Órgano de Cierre Jurisdiccional en sentencia SL3169-2018. M.P. Dr. Fernando Castillo Cadena.

Y tal carga demostrativa a cargo de DEVINAR S.A. tampoco se atendió a cabalidad, en tanto y cuanto, su actividad probatoria se encaminó a probar que al actor le suministraron en forma oportuna elementos de protección, tales como: casco, botas, gafas y guantes, más nada se acreditó frente al reproche que formula el demandante desde la presentación de la demanda y que repite en el recurso de alzada, relacionado con la capacitación para cumplir con las labores de conducción y operación de grúa, más aún si se considera que desde septiembre de 2012 cumplía tareas como auxiliar de mantenimiento. Pero, además, tampoco demostró el perfecto estado de la grúa a cargo del actor ni menos la periodicidad con la cual realizaba su mantenimiento, lo que le hubiere exonerado de cualquier culpa.

Y tal descuido y negligencia conllevó al accidente de trabajo que afectó, **en forma temporal**, la salud e integridad del trabajador demandante, en tanto tal maniobra no hubiese resultado necesaria de operar correctamente el sistema de poleas del gancho de la grúa, con lo que se acredita el nexo de causalidad entre el daño y el hecho generador del mismo.

No obstante, como se indica en el párrafo precedente, las afectaciones padecidas por el actor de tal suceso son meramente temporales en la medida en que el restablecimiento de su salud se realizó a través de tratamientos médicos y quirúrgicos, con incapacidades a cargo íntegramente de la ARL SURA, desde el 14 de mayo de 2013 hasta el 12 de septiembre y desde el 26 del mismo mes y año hasta el 5 de octubre. Tal conclusión se confirma con el análisis de la historia clínica, fol. 53, que da cuenta que el último control sobre esta patología se realizó el 18 de septiembre de 2013, cuando se le extrajo el material de osteosíntesis de fémur y se confirma de manera contundente con el dictamen de Pérdida de Capacidad Laboral, fechado 19 de noviembre de 2014, expedido por la A.R.L. SURA, con disminución del 10.26% y fecha de estructuración 19 de agosto de 2014 (fol. 38 y 39), esto es, mucho tiempo después de ocurrido el accidente de trabajo, lo que impide que este concepto se pueda generar una condena en contra de la sociedad demandada.

Por consiguiente, la decisión que en torno al tema adoptó la falladora de primera instancia se encuentra ajustada a derecho, aunque por las razones que aquí se exponen y como lógica consecuencia, las condenas indemnizatorias que frente al tema reclama el apelante por activa no están llamadas a prosperar.

- **ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA**

Fijado lo anterior, es preciso aludir que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Máximo Órgano de Cierre Jurisdiccional Laboral, frente al alcance de la protección regulada por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, apartándose de su criterio sentado en la sentencia CSJ SL36115, 16 mar. 2010, reiterada en SL35794, 10 ago. 2010, en la que se delineó que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no consagra una presunción legal o de derecho que permita deducir, a partir del hecho conocido de la discapacidad del trabajador, que su despido obedeció a un móvil sospechoso, adoctrinó en su lugar, que el despido de un trabajador en estado de discapacidad se presume discriminatorio, a menos que el empleador demuestre en juicio la ocurrencia real de la causa alegada (sentencia SL1360-2018, con ponencia de la Mag. Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO).

Del anterior precedente y descendiendo al caso bajo estudio, encuentra esta Colegiatura que, en esta oportunidad, el apoderado judicial de la parte actora esgrime que su prohijado fue despedido en razón de su condición de disminución de la capacidad laboral, ello acogiendo criterios jurisprudenciales de la H. Corte Constitucional; no obstante, es el criterio de la Sala de Casación Laboral, Máximo Órgano de Cierre de la Jurisdicción Ordinaria Especialidad Laboral, el que direccionará el actuar de este Cuerpo Colegiado, por así disponerlo la sentencia C-621 de 2015, aclarando que tampoco se tomaran como criterios para definir el presente asunto los postulados enunciados por la jueza en tanto, como se explicó antecedentemente, a partir del año 2018 se cambió la postura respecto de presunción de discriminación que pesa cuando se produce un despido de un trabajador en estado de discapacidad, obligando al empleador a demostrar en juicio la ocurrencia real de la causa alegada.

Ahora bien, ya se tiene decantando desde la primera instancia, sin que las partes lo reprocharan, que las motivaciones que llevaron al empleador a romper el vínculo laboral no se apegan con rigor a la ley ni al reglamento interno de trabajo, lo que condujo a imponer en su contra y a favor del sujeto activo de la presente Litis la indemnización por despido sin justa causa.

Empero, en el presente asunto se deben poner en consideración otros aspectos que no fueron analizados por la operadora judicial, como es el dictamen de la Pérdida de la Capacidad Laboral, documento que se profirió el **19 de noviembre de 2014** (fol. 38 a 39) y en el que se otorga al demandante un porcentaje de PCL del 10.26% de origen profesional, con fecha de estructuración 19 de agosto de 2014, esto es, luego de 7 meses de la terminación del contrato ocurrida el 30 de diciembre de 2013 y más de un año de ocurrencia del accidente de trabajo, 12 de mayo de 2013.

En otras palabras, para el momento en que el empleador termina el vínculo contractual, desconocía la condición DISCAPACIDAD del actor, no solo porque para esa data tan sólo se le habían reconocidos incapacidades (concepto diferente al primero), sino porque además desde el 6 de octubre de 2013 ya se había reintegrado a sus labores en forma normal, sin que durante este tiempo se haya presentado alguna incapacidad o siquiera un reporte médico, es más en la historia clínica del actor se observa que el último control se hizo el 18 de septiembre de 2013 (fol. 53) y que una vez ocurrido el despido el actor acude a un médico particular quien le ordena una valoración por ortopedia (fol. 54), misma que se realiza el 19 de febrero de 2014 (fol. 55); es decir después de ocurrido el despido.

Sobre el particular la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL 471 de 2018, en un caso similar, se pronunció al respecto señalando:

"No es lo mismo exigir que el estado de discapacidad, razón de la protección reforzada, estuviese estructurado para la fecha de la terminación del contrato de trabajo, como lo hizo el juez de la alzada, a decir, como lo sugiere la censura, que al trabajador se le requirió tener, previamente a la desvinculación, la prueba de la discapacidad con la calificación de su estado por la junta de calificación respectiva, pues ciertamente exigir que se tenga la prueba de dicho hecho previamente al retiro sí resultaría excesivo y desproporcionado para los fines de la garantía en cuestión. El impugnante no solo tergiversó el razonamiento del juzgador de segundo grado sino también la sentencia invocada por el Tribunal para reforzar su argumento. El aparte citado por el ad quem de la decisión de la CSJ SL del 28 de octubre de 2009, No. 35421, fue el siguiente:

Ahora bien, aun si la Sala dispensara las anteriores irregularidades, los cargos no lograrían tener vocación de prosperidad, en la medida en que ninguna de las pruebas que acusa el impugnante, alcanza a acreditar el grado de pérdida de la capacidad laboral del actor para el momento en que fue desvinculado del servicio de la empresa demandada, dado que, como con acierto lo infirió el sentenciador de alzada, la sola enfermedad del trabajador, no impone determinar que sea un limitado físico, psíquico o sensorial, con vocación para ser beneficiario de las prerrogativas consagradas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

En efecto, para merecer la protección especial a que se refiere la norma antes mencionada, es condición ineludible establecer, el grado de limitación o porcentaje de pérdida de la capacidad laboral del asalariado, situación que no aparece demostrada en el proceso, pues sin tal referente no resulta posible deducir, si quien busca la citada protección legal es evidentemente un limitado físico, psíquico o sensorial.

Precisamente, la Corte al fijar el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en sentencia del 31 de marzo del presente año, radicación 32510, en un proceso donde fungió como tal la misma sociedad demandada, al reiterar la del 15 de julio de 2008, radicación 32532, precisó, que "la minusvalía a que se refiere el citado artículo son: (a) la "moderada", perdida de la capacidad laboral entre el 15% y 25%; b) "severa" mayor al 25% pero inferior al 50%; o c) "profunda" cuando el grado de minusvalía supera el 50%, todo de conformidad con el Decreto 2463 de 2001 y la Ley 361 de 1997.

Lo que fácilmente se extrae de la citada sentencia 35421 es que el trabajador debe acreditar que se encontraba en la condición especial al momento de la desvinculación, la cual constituye el supuesto de hecho para hacerse merecedor de la estabilidad laboral reforzada contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Así lo interpretó el Tribunal al determinar que le «correspondía al actor demostrar que al momento del despido se encontraba sufriendo alguna limitación física, sensorial o mental, para trasladar así al empleador la carga de probar que dicha situación no dio origen a la determinación de no prorrogar el contrato».

También se ha de decir por la Sala que no se equivocó el juez colegiado al dar por desvirtuada la discriminación del trabajador en razón de su limitación, con base en el hecho constatado que, para finalización del vínculo, la condición de discapacidad en el 20.30% no se había estructurado, el cual le sirvió para deducir que el empleador no pudo haber fundado la decisión de no prorrogar el contrato de trabajo del accionante en razón de esa limitación, «…en tanto no conocía la discapacidad», puesto que ni siquiera tal situación existía para entonces. El recurrente, en el segundo cargo, edifica el yerro jurídico de la aplicación indebida de las normas incluidas en la proposición jurídica bajo el supuesto que el ad quem le exigió al accionante el acto imposible de entregarle al empleador una prueba idónea de la pérdida de la capacidad laboral por parte de entidad calificada para tal fin, antes del despido.

Nuevamente el recurrente tergiversó las consideraciones del ad quem, pues este lo que constató es que conforme a la fecha de estructuración de la enfermedad del actor, 11 de septiembre de 2006, para el momento de su desvinculación no tenía el estatus objeto de protección de la estabilidad laboral reforzada en comento, por lo que el empleador no pudo tomar la decisión de no prorrogar el contrato por este motivo. Si lo que la censura pretende invocar, para derribar la sentencia, es que así no se haya estructurado la condición de discapacidad para el momento de la desvinculación, era previsible que esta se iba a dar, pues el trabajador ya se encontraba enfermo para la época del retiro, no se puede olvidar que la relación finalizó por la decisión del empleador de no prorrogar el contrato de trabajo a término fijo que ligó a las partes.

Para ahondar en razones, la Sala observa que la incapacidad No. 747842 a la que alude el actor en el hecho séptimo de la demanda para alegar que se encontraba enfermo al momento del retiro, fue de fecha 13 de marzo de 2006, mientras que el preaviso de la terminación del contrato de trabajo se hizo el 1 de febrero de 2006, fl. 34., con vencimiento 22 de marzo siguiente. Por otra parte, la regla general es que la condición de incapacidad médica al momento del retiro no da lugar por sí sola a la protección de la estabilidad laboral reforzada".

En ese orden de ideas y en atención a los criterios jurisprudenciales antes expuestos, es evidente que en el presente caso no es factible aplicar la presunción a favor del actor, de que su despido se dio en razón de su disminución de la capacidad laboral o debilidad manifiesta, puesto que como se dijo, la misma se estructuró en fecha posterior al

despido, incluso al accidente de trabajo, lo que implica que el actor no sea acreedor de la protección aludida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Tal conclusión conduce indefectiblemente a confirmar la decisión que en tal sentido adoptó la falladora de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º 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 resultas del proceso hay lugar a condenar en costas en esta instancia a cargo del apelante por activa y a favor de la parte pasiva de la Litis, fijando las agencias en derecho en el equivalente a ¼ parte del salario mínimo legal mensual vigente; esto es, $207.029, que serán liquidadas por el Juzgado de Primera Instancia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **LA SALA DE DECISIÓN 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. CONFIRMAR la sentencia proferida en audiencia pública llevada a cabo el 21 de junio de 2018, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), objeto de apelación por la parte activa de la Litis, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO. CONDENAR en costas en esta instancia a cargo del apelante por activa y a favor de la parte pasiva de la Litis, fijando las agencias en derecho en el equivalente a ¼ parte del salario mínimo legal mensual vigente; esto es, $207.029, que serán liquidadas por el Juzgado de Primera Instancia, como lo ordena el artículo 366 del C.G.P.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTRADOS** y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Magistrados,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA (M.P.)

JUAN CARLOS MUÑOZ **CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ**

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- BENEFICIARIOS: Cónyuge e hija inválida.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES - PERSONAS EN ESTADO DE INDEFENSIÓN O DE INCAPACIDAD: Deber judicial de protección con perspectiva de género.

PERSONAS EN ESTADO DE INDEFENSIÓN O DE INCAPACIDAD - CARGA DE LA PRUEBA: Es deber del juez distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, para lo cual considerará, entre otros, los estados de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.

No hay lugar a la prosperidad de las pretensiones formuladas por activa, teniendo en cuenta que la demandante no cumplió con su carga probatoria de desacreditar el requisito de la dependencia económica de la hija inválida llamada al proceso en calidad de litisconsorte necesario respecto de su padre, la cual había sido demostrada en el proceso administrativo adelantado por COLPENSIONES y que condujo al reconocimiento pensional a su favor. Por tanto, se procede a la revocatoria de la sentencia proferida en primera instancia, siendo que el funcionario judicial desconoció su deber de adelantar el proceso y de aplicar los parámetros de exigencia de la carga de la prueba, desde la óptica del Derecho Constitucional Colombiano y el bloque de constitucionalidad. Desconoció que se trata de una mujer en estado de indefensión y en situación de discapacidad, con grave impedimento para dirigirse por sí misma y proveer los recursos para su propia subsistencia, desamparándola desde el aspecto procesal con la consecuencia de privarla, por un lado de su derecho pensional el cual le permite tener una mínima condición de vida digna y por otro, de su derecho a la salud, exponiéndola a un perjuicio mayor en tanto vería interrumpidos sus tratamientos que recibe en el régimen contributivo.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE ALEGATOS DE CONCLUSIÓN Y JUZGAMIENTO

FECHA: 6 DE FEBRERO DE 2020
En San Juan de Pasto, a los seis (6) días del mes de febrero de dos mil veinte (2020), fecha programada en auto que antecede 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,** en calidad de magistrada ponente, **JUAN CARLOS MUÑOZ y CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ,** nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del **proceso ORDINARIO LABORA**L instaurado por **TATIANA BONDARENKO** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES,** radicado bajo el número **520013105001 – 2017 – 00084-01 (181)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

AUTO mediante el cual se admite grado jurisdiccional de consulta en favor de la llamada al proceso en calidad de litisconsorte necesario, Sra. CARMEN ALICIA FAJARDO, por ostentar la condición de beneficiaria pensional y porque la decisión de primera instancia resultar totalmente adversa a sus intereses, conforme lo dispone el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la Ley 1149 de 2007. La presente decisión se notifica a las partes en **ESTRADOS**.

Igualmente la Sala asume competencia del presente asunto para resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante y en el grado jurisdiccional de CONSULTA a favor de la entidad accionada COLPENSIONES, por cuanto la decisión proferida el 23 de abril de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, resultó adversa a sus intereses.

PRESENTACIÓN DE ASISTENTES y ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (ART. 82 C.P.L. y S.S. – mod. art. 13 de la ley 1149 de 2007 // art. 107 C.G.P. num. 3º. Máximo 20 minutos). Una vez escuchadas las partes en alegatos de conclusión, se declara clausurada esta etapa procesal. Notifica **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 y por ello se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

Pretende la actora, por la vía ordinaria laboral, que se le reconozca como única beneficiaria de la pensión de sobrevivientes causada con ocasión del fallecimiento de su esposo **JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ**, en su condición de cónyuge supérstite, en un porcentaje del 100% a partir del 19 de febrero de 2011 y en consecuencia, se condene a la demandada a pagar, desde dicha data, la diferencia de la pensión recibida, esto es, el 50% otorgado a la señora CARMEN ALICIA FAJARDO, debidamente indexadas y con los respectivos reajustes anuales. Igualmente se le reconozca y pague los intereses moratorios de que trata el art. 141 de la Ley 100 de 1993, más las costas procesales.

Como fundamento de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que TATIANA BONDARENKO y JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ contrajeron matrimonio civil el 5 de diciembre de 2001, unión que se mantuvo vigente hasta el día de su fallecimiento, 19 de febrero de 2011; que con **Resolución No. GNR –222851 del 31 de agosto de 2013**, le fue reconocida pensión de sobrevivientes en calidad de cónyuge, en un porcentaje del 50% y el 50% restante a favor de **CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO**, en calidad de hija discapacitada, el cual ahora se reclama por cuanto jamás dependió económicamente del causante, con quien además mantenía una mala relación debido a su comportamiento.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada en debida forma la entidad demandada, no contestó la demanda dentro del término de ley, situación procesal que fue declarada mediante auto de 24 de octubre de 2017 (fol. 161).

Notificada de la presente demanda la representante del Ministerio Público, con escrito de 30 de noviembre de 2017 (fol. 165 a170), interviene para solicitar se integre como Litis Consorcio Necesario a la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO, por cuanto se vería afectada frente a lo pretendido con la exclusión como beneficiaria. Formuló como medios exceptivos los de pago y buena fe y solicitó el decretó de algunos medios de prueba, entre ellos, practicar una nueva evaluación de la situación de discapacidad de la hija inválida.

Mediante auto de 14 de marzo de 2018 (fol. 171), el Despacho ordenó integrar el contradictorio con la señora CARMEN ALICIA FAJARDO, persona que fue notificada el mismo día a través de su hermana ALEXANDRA FAJARDO DELGADO, quien actúa como su CURADORA, quien no contestó la demanda ni actúo en las restantes etapas procesales.

La audiencia de que trata el artículo 77 del C. de P. L. y de la S. S., se adelantó el 20 de junio de 2018 (fol. 181), en la cual se evacuaron las etapas respectivas y se decretó como prueba, a ruego del Ministerio Público, la de requerir a la J.R.C.I.N. para que valore nuevamente a la señora CARMEN ALICIA FAJARDO y a cargo de la parte demandante.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas del proceso ordinario laboral y recaudado el material probatorio, el director judicial a cargo del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, mediante sentencia calendada 23 de abril de 2019, declaró el derecho a la pensión de sobrevivientes a favor de la demandante en un porcentaje del 100% a partir de la sentencia. Igualmente declaró que la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO no cumple con los requisitos vigentes para ser beneficiaria del derecho pensional como hija inválida y, por ende, ordenó a COLPENSIONES retirarla de nómina de pensionados. Condenó en costas a la señora CARMEN ALICIA FAJARDO y absolvió de las demás pretensiones a la entidad demandada.

Para asumir tal determinación, el juez, luego de hacer un barrido normativo y jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, concluyó que con el material obrante en el plenario no se configuró el requisito de la dependencia económica por cuanto el causante no llevaba una buena relación con su hija debido a su inaceptable comportamiento, por lo que no le asistía ese sentimiento humanitario de ayudarla.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme parcialmente con la decisión adoptada en primera instancia, quien representa los intereses de la parte demandante formuló recurso de apelación frente al numeral quinto de la parte resolutiva, mediante la cual se absolvió a COLPENSIONES de las demás pretensiones de la demanda. Solicita en consecuencia su modificación,

para que en su lugar se la condene a reconocer el derecho desde el momento en que falleció el causante junto con las costas procesales, por cuanto ésta reconoció una pensión sin contar con las pruebas que acreditaran la dependencia económica de la hija inválida, siendo de su resorte pagar el 50% pretendido.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN (síntesis)

Surtido el trámite en esta instancia sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión atacada en vía de apelación 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 y en vía jurisdiccional de consulta en favor de la llamada en calidad de Litis Consorte Necesario y de la entidad demandada COLPENSIONES, por cuanto la decisión adoptada por el fallador de primera instancia resultó adversa a sus intereses, sin limitaciones de ninguna naturaleza por así disponerlo el art. 69 del C.P.L. y S.S., modificado por el art. 14 de la ley 1149 de 2007, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

Antes de establecer los puntos de estudio, la Sala advierte que no es materia de cuestionamiento i) que el causante señor JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ falleció el 19 de febrero de 2011 (Registro de defunción fol. 17); ii) que la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO es hija del causante JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ (fol. 296), iii) que la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO cuenta con una PCL del 59.85% con fecha de estructuración de 20 de diciembre de 2006 (fols. 129 a 131), iv) que en razón del fallecimiento del señor JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ, COLPENSIONES reconoció la pensión de sobrevivientes de manera vitalicia a favor de su cónyuge TATIANA BONDARENKO en un porcentaje del 50% y de su hija inválida CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO en el restante 50%, de forma transitoria mientras subsista el estado de invalidez, a través de Resolución No. GNR 222851 de 31 de agosto de 2013 (fols. 101 a 104).

Ahora bien, inconforme con esta decisión administrativa la señora TATIANA BONDARENKO, en su condición de cónyuge del señor JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ, alega que la hija inválida CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO no acredita el requisito de dependencia económica respecto de su padre, por lo que no le asiste el derecho a percibir el derecho pensional reconocido.

Así las cosas, le corresponde a esta Corporación plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: ¿La parte demandante cumplió con su carga probatoria de desacreditar el requisito de la dependencia económica de la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO, respecto de su padre JAVIER EMILIO FAJARDO CHAVEZ, demostrada en el proceso administrativo adelantado por COLPENSIONES y que condujo al reconocimiento pensional? En caso afirmativo, alcanzan prosperidad las restantes pretensiones formuladas por la actora? Finalmente, ii) Es procedente la absolución de la condena en costas impuesta a la señora CARMEN ALICIA FAJARDO para en su lugar condenar a COLPENSIONES por este concepto?

Establecido lo anterior y en torno a resolver los anteriores planteamientos, la Sala analizará con rigor el material probatorio obrante en el plenario a efectos de establecer si la parte demandante cumplió con la especial obligación procesal que le impone el art. 167 del C.G.P., aplicable en esta materia laboral en virtud del principio de integración normativa que trae el artículo 145 del C.P.L. y S.S., en el sentido de desacreditar o desvirtuar el requisito de la dependencia económica de la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO respecto del causante, en su condición de hija inválida, misma que en efecto se demostró en el desarrollo de la investigación adelantada por COLPENSIONES y que condujo al reconocimiento pensional, en un 50%, dada su especial condición de discapacidad.

Puestos en esta tarea, en el plenario se cuenta con las siguientes pruebas documentales:

- Resolución No. GNR 222851 del 31 de agosto de 2013, emitida por COLPENSIONES, mediante la cual se distribuyó en partes iguales la pensión de sobreviviente dejada por el causante JAVIER EMILIO FAJARDO a favor de la cónyuge TATIANA BODARENKO y de su hija inválida CARMEN ALICIA FAJARDO. En la parte motiva de esta decisión administrativa se estableció que las peticionarias de la pensión de sobrevivientes cumplieron a cabalidad con los requisitos para acceder a este derecho, contemplado en Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de

2003, enfatizando en que la dependencia económica de la hija frente al causante se encuentra debidamente acreditada.

- Acta de declaración bajo juramento extraproceso rendida por el señor MANUEL EDUARDO RODRIGUEZ ASTORQUISA (fol. 107 a 108).
- Acta de declaración bajo juramento extraproceso rendida por la señora AMALIA PAREJA BINDER (fol. 109)

En esta prueba extraproceso, rendida por quien manifestó ser amigo del señor JAVIER EMILIO FAJARDO durante 30 años y amiga de la señora TATIANA BONDARENKO desde hace 20 años, respectivamente, se expuso al unísono que la hija del causante y ahora beneficiaria de pensión de sobrevivientes, señora CARMEN ALICIA FAJARDO, se fue de la casa paterna desde el año 1991, cuando contaba con 17 años, en razón de todos los problemas entre padre e hija y desde esa data nunca más volvieron a tener contacto entre ellos. Con esta situación fáctica se pretende desvirtuar la dependencia económica.

No obstante, observa la Sala que en las declaraciones antecitadas se presentan contradicciones que le restan credibilidad, como que la señora CARMEN ALICIA ya había procreado a sus dos hijos, siendo precisamente éste el motivo del conflicto familiar en tanto pretendía que su padre vele económicamente por ellos; sin embargo, de la confrontación de este dicho con el material documental – historia clínica de la beneficiara pensional, fol. 207- se desprende que tuvo su primer hijo a los 24 años, por lo que cuando abandonó la casa no había procreado y por supuesto, éste no podía ser el motivo de discordia. Lo cierto es que los deponentes perdieron contacto con la hija del causante desde el año 1991; es decir, 20 años antes del fallecimiento del causante JAVIER EMILIO FAJARDO, por lo que sus versiones no son concluyentes para descartar que en este interregno él cumpliera con las obligaciones paternas –alimentarias- en favor de su hija inválida.

- CD con copia del expediente administrativo del causante y la investigación administrativa para establecer la dependencia económica de la hija invalida.

En la investigación administrativa adelantada por COLPENSIONES se recibieron algunas declaraciones, entre ellas la de una de las hijas del causante, Sra. ALEXANDRA FAJARDO, quien manifestó que su hermana ALICIA dependía económicamente de su padre hasta que falleció y que desde hace 6 años es ella quien asume tal carga.

- Copia de la sentencia judicial proferida por el Juzgado Cuarto de Familia del Circuito de Pasto, en fecha 10 de febrero de 2012 (fols. 298 a 303), mediante la cual se declaró la DISCAPACIDAD MENTAL ABSOLUTA de la señora CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO y se designó como CURADORA GENERAL a su hermana ALEXANDRA FAJARDO DELGADO.

Entre los argumentos de hecho que cimentaron esta decisión judicial, se destaca la prueba testimonial de la cual se estableció que "*CARMEN ALICIA no aprendió ningún oficio, nunca trabajó, carece de ingresos, sus necesidades siempre fueron satisfechas por su padre hasta que falleció en febrero de 2011, (…)".* Es decir, desde este momento se acreditó la dependencia económica frente al causante.

De otro lado cuenta el plenario con dos declaraciones, la una rendida por el señor NICOLAS IGNACIO BRAVO LÓPEZ, amigo de la familia conformada por el causante, la cónyuge y su hijo DENIS BONDARENKO y la otra, de la señora AMALIA PAREJA, quien igualmente rindió declaración extraproceso, analizada antecedentemente; sin embargo, ellas nada aportan para desacreditar la dependencia económica de la señora CARMEN ALICIA FAJARDO frente al causante, por cuanto el primero de ellos fue claro en señalar que nunca la conoció y la segunda, al ser interrogada por este aspecto, afirmó no constarle nada sobre ello puesto que perdió contacto con las hijas del causante desde el año 1991 o 1992.

En consecuencia, tal y como lo señaló la apoderada judicial de COLPENSIONES, con el material probatorio arrimado al plenario no se desacredita el requisito de la dependencia económica de la hija inválida frente a su padre y en este sentido, conforme lo dispone el art. 167 del C.G.P. aplicable en esta materia por remisión del art. 145 del C.P.L. y S.S., siendo esta obligación de cargo de la parte demandante en la forma como antes se explicó, la decisión no puede ser otra que la denegación de las pretensiones formuladas por activa, en tanto la revisión de la presente actuación se surte en el grado jurisdiccional de consulta en favor de la llamada al proceso en calidad de Litisconsorte necesario, Sra. CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO, con la consecuente absolución de las condenas a cargo de COLPENSIONES, en favor de quien igualmente se surte el grado jurisdiccional de consulta.

Ahora, en tratándose de personas con especial protección del Estado, como es el caso de la Sra. CARMEN ALICIA FAJARDO DELGADO, quien fuera calificada con una PCL de 59.85%, con fecha de estructuración 20 de diciembre de 2006, bajo el diagnóstico: "*Quiste intraventracular general, otros transtornos mentales debido a lesión y disfunción cerebral y enf. Sis, tumos cerebral inespecífico, Status convulsivo, hidrocefalia obstructiva, edema cerebra*l" (fol. 202), le correspondía al juez de primer grado prestar especial atención no solo en el decurso del proceso sino también en los parámetros de exigencia de la carga de la prueba, en tanto se encuentra debida y suficientemente acreditado que la convocada a juicio en calidad de Litis consorte necesario a ruego del Ministerio Público, padece una grave condición de salud que le impide comparecer por sí misma, siendo esta circunstancia la que motivo a la autoridad judicial competente a designarle curadora para que le represente en sus intereses de cualquier orden, mediante sentencia proferida por el Juzgado Cuarto de Familia de Pasto, el 10 de febrero de 2012, misma que se encuentra debidamente incorporada al material probatorio que soporta la presente causa a folios 298 y ss.

Lo dicho responde en estricto derecho a lo establecido en el ya citado artículo 167 del C.G.P., en su inciso segundo, en donde advierte que es deber del juez distribuir la carga de la prueba a la parte que se encuentre en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos, para lo cual considerará, entre otros, los estados de indefensión o de incapacidad en la cual se encuentre la contraparte.

Lo cierto es que tal normativa fue declarada exequible por parte de la Corte Constitucional en sentencia C-086-16, argumentando, entre muchos otros aspectos, que: "*En este orden de ideas, en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho, "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". Buscar ese equilibro 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*".

Es por ello que para esta Sala de Decisión la conducta asumida por el juez merece reproche, en tanto con la dirección procesal que le imprimió a este proceso aplicó indebidamente el artículo 167 del Código General del Proceso, no solo por desconocer que la actora se encuentra en estado de indefensión frente al proceder omisivo de la curadora, quien siendo notificada no contestó la demanda ni compareció al proceso, sino que además permitió que a **MUJER** en estado de indefensión, con grave impedimento para dirigirse por sí misma y para proveer los recursos para su propia subsistencia, se le desampare desde el aspecto procesal con la consecuencia de privarla, por un lado de su derecho pensional, mismo que sin duda demostró ante la administradora pensional que ahora funge como demandada y que le permite tener una mínima condición de vida digna y por otro, su derecho a la salud, la cual se expone a un perjuicio mayor en tanto verá interrumpidos sus tratamientos de alta complejidad que ahora recibe en el régimen contributivo y que constan en la historia clínica allegada al plenario a petición del Ministerio Público.

En verdad que desde la óptica del Derecho Constitucional Colombiano y el bloque de constitucionalidad que trae su artículo 93, que le permite integrar al ordenamiento jurídico las normas de carácter internacional, no es desacertado ni exagerado exigir de los operadores judiciales que en el manejo de los asuntos bajo su dirección y en la decisión que ponga fin a la contienda procesal, los derechos y deberes se interpreten de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia, entre ellos, la CONVENCIÓN SOBRE LA ELIMINACIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, el cual se cimienta en la Declaración Universal de Derechos Humanos reafirmando el principio de la no discriminación, que le permita a la mujer no solo alcanzar verdaderos estándares de vida digna sino además participar activamente de la sociedad, sin ninguna clase de limitación, desprotección o discriminación que atente contra la dignidad humana, menos aquella que le impone el Estado, en el marco de un Estado Social de Derecho, a través de los operadores de la justicia.

En la forma como se resuelve la presente causa litigiosa, esto es, revocando íntegramente la decisión impartida en primera instancia, resulta inane el estudio de los restantes problemas jurídicos planteados.

De conformidad con lo previsto en el numeral 1º del artículo 365 del C. G. del P., conforme las resultas de la alzada, se impondrán costas en esta instancia a cargo de la demandante y a favor de la entidad accionada, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1 s.m.l.m.v. Y las que tienen que ver con las de primera instancia, se imponen igualmente a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada COLPENSIONES, fijando las

agencias en derecho en el equivalente a 2 s.m.l.m.v., que conjuntamente serán liquidados por el juzgado de procedencia, en la forma prevista en el código adjetivo en cita.

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: **REVOCAR** en su integridad la sentencia proferida el 23 de abril de 2019, por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, objeto del grado jurisdiccional de consulta en favor de la COLPENSIONES y la señora CARMEN ALICIA FAJARDO y apelación formulada por la parte demandante, de acuerdo a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta providencia; para en su lugar, **ABSOLVER** a **COLPENSIONES** de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de primera instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente a dos (2) s.m.l.m.v., que serán liquidadas en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

TERCERO: CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo de la parte demandante y a favor de la demandada COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente a un (1) S.M.L.M.V., que serán liquidadas en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

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 (M.P.)

JUAN CARLOS MUÑOZ **CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ**

AFILIACIÓN A LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES – AFILIACIÓN TÁCITA:
Si bien el diligenciamiento del formulario de afiliación a la administradora de pensiones, es un requisito indispensable para la vinculación con la misma, existe afiliación tácita cuando se han realizado aportes a un fondo por un tiempo suficiente y éste no ha cumplido con el deber de informar al trabajador y al empleador tan pronto tuvo conocimiento sobre la falta de afiliación.

FONDOS ADMINISTRADORES DE PENSIONES – Conforme el papel que cumplen en el sistema general de pensiones, dada la naturaleza de servicio público de la seguridad social cuya administración tienen a su cargo, no pueden asumir una actitud pasiva y beneficiarse de ella, en detrimento de los derechos de los interesados a la seguridad social.

FONDOS ADMINISTRADORES DE PENSIONES – ANULACIÓN DE LA AFILIACIÓN: Esta es ineficaz si no se cumplen los requisitos legalmente establecidos.

PENSIÓN DE INVALIDEZ - Solo hasta el momento en que se efectúa la calificación de invalidez se hace exigible la obligación.

PENSIÓN DE INVALIDEZ- Requisitos.

Pese a que no se diligenció el respectivo formulario para la afiliación al fondo administrador de pensiones PROTECCIÓN S.A., aquél sí recibió cotizaciones, lo cual comportó una aceptación tácita de la afiliación. La anulación de la afiliación resulta ineficaz más aún cuando se realizó sin el cumplimiento de los requisitos legales, en tanto no fue cuestionada dentro del mes siguiente a la vinculación y siendo que por el contrario se comportó como la administradora de fondo de pensiones del actor cumpliendo las obligaciones que le incumbían, hasta el punto de adelantar el trámite de calificación de invalidez, en el que se determinó que el demandante padecía una invalidez superior al 50% estructurada en el año 2010, haciéndose exigible la obligación. Le corresponde a esta entidad asumir el reconocimiento de la pensión de invalidez al cumplirse con los presupuestos para ello, al acreditarse la condición de invalidez y al haberse cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
Ordinario Laboral No. 2015-00253-02 (231)

En San Juan de Pasto, primero (1º) de agosto de dos mil diecinueve (2019), siendo el día y la hora señalados previamente, los 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 de la Secretaria, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL** instaurado por **HELVER ACOSTA HERNANDEZ** en contra de **la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN S.A., Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES**". Preside el acto el suscrito Magistrado Ponente quien lo declara abierto. La secretaria informa que las partes fueron debidamente notificadas, a quienes se les concede el uso de la palabra 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

HELVER ACOSTA HERNANDEZ, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCIÓN SA Y LA ADMINISTRADORA**

COLOMBIANA DE PENSIONES "COLPENSIONES", para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material, condene a PROTECCION S.A., a reconocer y pagar la pensión de invalidez desde la fecha en que se determine, junto con las costas del proceso. Subsidiariamente solicitó se condene a COLPENSIONES al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Fundó sus pretensiones en que cotizó al ISS desde el **1º de febrero de "20017" (sic) al 31 de enero de 2010** un total de 49.39 semanas y a PENSIONES Y CESANTÍAS ING hoy PROTECCION Y CESANTÍAS - PROTECCIÓN S.A., desde el **año 2010** de manera interrumpida y desde el **1º de abril 2012**, de forma continua hasta la fecha de presentación de la demandada. Que la Compañía de Seguros SURA S.A., le determinó una pérdida de capacidad laboral del 64.81%, derivada de una enfermedad común estructurada el 4 de febrero de 2010. Que le solicitó a PROTECCIÓN S.A., el pago de una pensión de invalidez solicitud frente a la cual no obtuvo respuesta. Que mediante sentencia de tutela se ordenó a PROTECCIÓN S.A., reconocer y pagar la pensión de invalidez de manera transitoria. Que PROTECCION S.A., al contestar la acción referida adujo no ser la entidad a quien le corresponde el pago de la prestación reclamada, como quiera que para la fecha en que se estructuró la invalidez – 4 de febrero de 2010- el demandante se encontraba afiliado a COLPENSIONES, por ende es esa entidad la responsable de su pago.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA, Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, despacho que admitió la demanda mediante auto de **15 de julio de 2015** (Fl. 77), en el que se ordenó la notificación de las entidades demandada, así como también a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y al Agente del Ministerio Público.

Trabada la Litis, la demandada **COLPENSIONES** por intermedio de apoderada judicial contestó la demanda oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones. En su defensa propuso las excepciones de fondo que denominó "PRESCRIPCIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN", "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", "BUENA FE", "SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO OFICIOSO DE EXCEPCIONES" y "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA" (fls. 198 -204).

Por su parte **PROTECCIÓN S.A.,** a través de apoderado judicial contestó la demanda y se opuso a la prosperidad de las pretensiones pues afirma que para la fecha de estructuración de invalidez del demandante **4 de febrero de 2010**, éste se encontraba afiliado al ISS hoy Colpensiones, por ende debe ser esta última entidad quien debe reconocer la pensión de invalidez. Manifestó además que la afiliación del demandante a ING hoy PROTECCIÓN S.A. que data del 27 de febrero de 2012, fue declarada nula, en los términos del artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, por cuanto para la fecha en que el demandante se afilió a ING ya era invalido por ende efectuó la anulación de la afiliación y así mismo realizó dicha actualización ante ASOFONDOS, concluyendo que el actor se encuentra válidamente afiliado a Colpensiones.

En su defensa propuso como excepciones de fondo las que denominó "BUENA FE DEL DEMANDADO", "IMPROCEDENCIA LEGAL DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE INVALIDEZ RECLAMADA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN RECLAMADA" y la "INNOMINADA". (fls. 82-93).

Adicionalmente llamó en garantía a SEGUROS BOLIVAR S.A. (fls. 148-152), entidad que se opuso al llamamiento al considerar que en el evento de existir una condena en contra de la entidad demandada este riesgo no se encuentra cubierto por la póliza previsional contratada. En su defensa propuso las excepciones de fondo visibles a folios 213 a 243.

Adicionalmente PROTECCIÓN S.A., formuló demanda de reconvención en contra de COLPENSIONES y el demandante en la que solicitó: Se declare que el demandante no tiene derecho a la pensión de invalidez reconocida de manera transitoria a cargo de PROTECCIÓN S.A., al considerar que no reúne los requisitos legales para acceder a una pensión de invalidez. Consecuencialmente solicitó se declare que al haberse causado la invalidez de origen común cuando el afiliado se encontraba aportando al ISS hoy Colpensiones le corresponde a esa última entidad asumir dicha pensión y reintegrar los dinero que ha cancelado por virtud del cumplimiento de la acción de tutela de manera indexada. Subsidiariamente solicitó se condene al demandante al pago de las sumas de dinero referidas y se condene en costas a los demandados (fls. 174-179).

Frente a la demanda de reconvención el demandante se pronunció en la forma que se lee a folios 250-251, por ende el Juzgado de conocimiento con auto del 22 de enero de 2018, dispuso tenerla por contestada, situación que no ocurrió respecto de COLPENSIONES. (fl. 252).

El Juzgado de primer grado el **13 de marzo de 2018** llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., (CD N°1, folio 267), acto procesal en el que declaró como fracasada la etapa de conciliación, al no existir animo conciliatorio por parte de las demandadas. Se fijó el litigio, en el sentido de determinar si el demandante acreditó los requisitos para acceder a una pensión de invalidez, se decretaron las pruebas pedidas por las partes y se agotaron las restantes etapas de dicho acto público, fijando fecha y hora para la celebración de la audiencia de trámite y juzgamiento.

Adelantado el trámite del proceso ordinario laboral de primera instancia y una vez recaudado el material probatorio, estando clausurado el debate del mismo, el juzgado de primer grado profirió sentencia en audiencia pública llevada a cabo el **2 de octubre de 2018** (Fls. 290-292 CD. No. 02), en la que declaró que el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de invalidez hasta que persista la causa que la originó a partir del 4 de febrero de 2010, equivalente a un salario mínimo en 13 mesadas al año. Consecuencialmente condenó a PROTECCIÓN S.A. a continuar con el pago en favor del demandante de la pensión de invalidez sin que medie interrupción alguna. Declaró no probadas las excepciones propuestas por PROTECCIÓN S.A. **ABSOLVIÓ** a COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra. DECLARÓ NO PROBADA la excepción de cobro de lo no debido respecto de COLPENSIONES. CONDENÓ a SEGUROS BOLIVAR a cancelar la suma que corresponde a PROTECCIÓN S.A. en virtud del contrato de seguro suscrito entre aquella e ING como entidad fusionada con PROTECCIÓN S.A. por absorción. ABSOLVIÓ a PROTECCIÓN S.A. y a SEGUROS BOLIVAR S.A. de las demás pretensiones incoadas por activa. CONDENÓ en PROTECCIÓN S.A. y a SEGUROS BOLIVAR S.A a pagar las costas del proceso. ORDENÓ a COLPENSIONES a realizar dentro de los 15 días siguientes a la notificación del presente fallo, el traslado de los dineros que corresponde a la totalidad de las cotizaciones realizadas por el demandante al sistema de seguridad social en pensiones a PROTECCIÓN S.A., con el fin de que aquella asuma de manera definitiva el pago de la pensión de invalidez concedida al demandante. COMPULSÓ copias de las piezas procesales pertinentes a la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN, a fin de que se adelante la investigación respectiva por la presunta incursión en una conducta punible según las consideraciones.

Fundó su decisión en que se acreditó que el actor se afilió a PROTECCIÓN S.A. desde el **27 de febrero de 2012**; que dicha entidad realizó las gestiones pertinentes para que al demandante le fuera calificada la pérdida de capacidad laboral. Con relación a la anulación de afiliación del actor que PROTECCIÓN S.A. afirma realizó el 5 de abril de 2013, indicó que ésta no se fundamentó en el retracto del trabajador ni la multiafiliación, por ende el demandante siempre estuvo afiliado a esa entidad, concluyendo que es Protección S.A. la responsable del pago de la pensión de invalidez según lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia – Sala Laboral en sentencia del 22 de enero de 2013, rad. 45973, pues aseguró que además esa entidad recibió aportes desde el año 2010. Finalmente manifestó que la anulación de la afiliación por parte de Protección S.A. lo fue con el objeto de evadir la responsabilidad en el reconocimiento de la pensión por ende compulsó copias a la fiscalía para que se adelante la presunta incursión en una conducta punible esto es ante un posible fraude.

RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDADA PROTECCIÓN S.A.

Insistió en que para determinar quién debe ser la entidad responsable del pago de la pensión de invalidez, se debe tener en cuenta la fecha de estructuración de la misma, es decir el 4 de febrero de 2010, ello de conformidad con lo previsto en el Decreto 1406 de 1999, que establece que las cargas que se le imponen a la administradora solo surten efecto a partir del primer día del mes siguiente a la presentación de la solicitud, pues las causadas con anterioridad deben ser reconocidas por la entidad administradora a la cual se han efectuado cotizaciones a la fecha de ocurrencia del siniestro, luego como para la fecha de estructuración de invalidez el demandante no se encontraba afiliado a PROTECCIÓN S.A., no es la entidad responsable del pago de la pensión, aspecto que resalta si en gracia de discusión se aceptara la afiliación del actor.

Por otro lado cuestionó la jurisprudencia que tomó el juzgado para basar su decisión referente a que es la última entidad de seguridad social la encargada de reconocer la pensión, pues afirma la misma no se ajusta al caso bajo estudio, ya que no se trata de un servidor público ni cuotas partes.

De otra parte manifestó que no es claro como el juzgado le da validez a la fecha de estructuración de la invalidez para determinar que el demandante cumplió con las 50 semanas dentro de los 3 años a ella, y no para determinar que al ocurrir el siniestro el 4 de febrero de 2010, y al no encontrarse el demandante afiliado a PROTECCION S.A., no puede ser esa entidad quien reconozca la pensión.

Adicionalmente, se opuso a la afirmación del Juez A Quo relacionada con que PROTECCIÓN S.A., pudo haber incurrido en una posible conducta punible puesto que afirma toda la documentación existente fue adjuntada al plenario con la contestación de la demanda, resaltando que algunas pruebas que fueron decretadas de oficio demuestran que el demandante estuvo afiliado sin solución de continuidad a COLPENSIONES y no a PROTECCION S.A, ello en la medida en que esta última entidad declaró la anulación de la afiliación del actor al advertir que su traslado tenía por objeto imponer una obligación que no era de su cargo, por ende era procedente su retorno a COLPENSIONES, sin que dicho acto haya sido objetado. Finalmente advirtió que su representada ha actuado de buena fe.

APELACIÓN SEGUROS BOLIVAR S.A.

En síntesis, cuestionó la decisión del Juez A Quo de darle valor probatorio solo algunas pruebas, sin que nadie hubiera tachado el resto, ello para referir que se tiene por autentico el formulario de afiliación a PROTECCIÓN S.A., no obstante no se le da validez al documento mediante el cual la afiliación se anula. También reprochó la decisión de la primera instancia cuando afirma que se encuentra probada la afiliación del demandante a PROTECCIÓN S.A. desde el año 2010, pero contradictoriamente sostiene que existe prueba de afiliación con el formulario que data del año 2012, concluyendo en que dicha inconsistencia pudo darse al interpretar el reporte de semanas expedido por COLENSIONES en el que hay dos periodos cotizados en el año 2010 a ING PROTECCIÓN, pero que afirma lo fue por error porque para esa data no existe formulario de afiliación.
.
En ese orden de ideas concluyó al igual que el apoderado de PROTECCIÓN S.A., que si en gracia de discusión se aceptara la afiliación al fondo en el año 2012, y teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez data del año 2010, PROTECCIÓN S.A., no es la entidad encargada de reconocer la pensión que se reclama, pues afirma que se desconoció el Decreto 1406 de 1999, y que la jurisprudencia traída a colación por el A Quo no resulta aplicable menos las sentencias de tutela las cuales tienen solo efectos interpartes.

Finalmente también cuestionó que el juez haya concluido que el trámite de anulación se hizo para evadir responsabilidades, pues resalta que independientemente de la consideración que se tenga de la anulación y si en gracia de discusión se aceptara que no se anuló en debida forma la fecha de estructuración es la que marca no solamente la aplicación de la Ley sino también delimita la entidad que debe responder por la pensión, por ende solicita se revoque la sentencia que condenó a PROTECCIÓN y a SEGUROS BOLIVAR S.A., en la parte respectiva.

TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Al ser el proveído estudiado adverso a 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, 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.

Con providencia del 11 de abril del año en curso (fl. 305-360), esta Corporación ante la falta de notificación de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, ordenó el juzgado de conocimiento poner en conocimiento de dicha entidad en la forma como lo prevén los artículos 291 y 292 del C.G. del P, la nulidad prevista en el numeral 8º del artículo 133 idem, para que dentro de los tres días siguientes a su notificación la Agencia Nacional de Defensa

Jurídica del Estado, si lo consideraba pertinente la alegue, notificación que se surtió en la forma que da cuenta el folio 317 sin que la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, se hubiera pronunciado el respecto por ende el juzgado de origen con auto del 31 de mayo de 2019, consideró saneada la nulidad. (fl. 319).

RESUMEN DE LOS ALEGATOS PRESENTADOS POR LAS PARTES.

INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

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

PROBLEMA JURÍDICO.

En virtud del grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de COLPENSIONES y en orden a resolver los recursos de apelación interpuestos por PROTECCIÓN S.A., y SEGUROS BOLIVAR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión resolver si el demandante se encuentra válidamente afiliado a PROTECCIÓN S.A. o a COLPENSIONES, para así determinar cuál de esas dos entidades es la responsable del pago de la pensión de invalidez que reclama el actor en caso de que este acredite los requisitos para ello.

NORMA APLICABLE AL CASO

PENSIÓN DE INVALIDEZ.

Al respecto precisa la Sala, que la pensión de invalidez se establece como una compensación económica tendiente a resguardar las necesidades básicas de aquellas personas cuya capacidad laboral se ve disminuida, como una fuente de ingreso para solventar una vida en condiciones de dignidad, conforme lo ha considerado la H. Corte Constitucional en sentencia C-227 de 2004, derecho que adquiere una connotación especial al buscar preservar los derechos de los sujetos de especial protección como los disminuidos físicos, sensoriales o psíquicos[1], siempre y cuando aquellos cumplan con los requisitos legales exigidos en el régimen vigente al momento de la estructuración de la invalidez, pues así lo ha indicado la jurisprudencia de la CSJ, de tiempo atrás que, la norma que gobierna la prestación económica es la vigente para el momento en que se estructuró la invalidez de la demandante. Al respecto se puede consultar entre otras, la sentencia CSJ SL797–2013, 13 nov. 2013, rad. 42648, en la que se reiteró la SL, 30 abr 2013, rad 45815.

Para el presente caso la normatividad respectiva es la Ley 100 de 1993 con las modificaciones introducidas por la Ley 860 de 2003, toda vez que la fecha de estructuración de la pérdida de la capacidad laboral fue determinada para el **4 de febrero de 2010**, según se extrae del dictamen de calificación de invalidez practicado por la compañía SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA S.A., que obra a folios 113 a 116, el cual determina una pérdida de capacidad laboral del demandante de origen común superior al 50%, sin que la parte interesada hubiese atacado dicho experticio, quedando así en firme el multicitado dictamen, prueba *ad substantiam actus* para determinar la fecha de estructuración y la pérdida de capacidad laboral

Ahora bien, previo a determinar si el demandante reúne los requisitos para obtener la pensión de invalidez, es pertinente determinar cuál es la entidad de seguridad social en pensiones a la cual se encuentra válidamente afiliado el demandante esto es PROTECCIÓN S.A. o COLPENSIONES, ello por cuanto en el caso bajo estudio la primera de las entidades referidas desde la contestación de la demanda afirma que la afiliación del demandante a ING hoy PROTECCIÓN S.A., realizada el **27 de febrero 2012**, fue declarada no válida en los términos del artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, como quiera que para la fecha en que el actor se afilió ya era invalido, pues la fecha de estructuración de la misma lo fue el 2 de febrero de 2010, por ende afirma que efectuó la anulación de la afiliación y así mismo realizó dicha actualización ante ASOFONDOS , por lo cual asegura el demandante se

[1] T-26 de 1992, T-011 de 1993, T-427 de 1992, T-144 de 1995; T-1007 de 2004

encuentra válidamente afiliado a COLPENSIONES, entidad quien sostiene es la responsable de reconocer la pensión de invalidez al ser a esa la entidad a la que se encontraba afiliado el actor cuando se estructuró la invalidez.

Para resolver lo pertinente conviene traer a colación lo dispuesto en el artículo 41 del Decreto 1406 de 1999, el cual sobre la efectividad de la afiliación establece:

> *"Artículo 41. Efectividad de la afiliación. El ingreso de un aportante o de un afiliado, tendrá efectos para la entidad administradora que haga parte del Sistema desde el día siguiente a aquél en el cual se inicie la relación laboral, siempre que se entregue a ésta, debidamente diligenciado, el formulario de afiliación. Mientras no se entregue el formulario a la administradora, el empleador asumirá los riesgos correspondientes".*

No obstante lo anterior la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 40531, del 19 jul. 2011; indicó que si bien el diligenciamiento del formulario de afiliación a la respectiva administradora de pensiones, es un requisito indispensable para la vinculación con la respectiva administradora de pensiones, se considera que existe afiliación tácita cuando se han realizado aportes a un fondo por un tiempo suficiente y éste no ha cumplido con el deber de informar al trabajador y al empleador tan pronto tuvo conocimiento sobre la falta de afiliación pues indicó que:

> *"No cabe duda que los actos exteriores consistentes en el pago de aportes por varios meses lleva implícita una manifestación de voluntad por parte del trabajador, quien, ante el silencio del fondo, confía en que se encuentra protegido por el sistema de seguridad social".*

Más adelante indicó que:

> *"En el presente caso, se reitera, el fondo omitió dar información al trabajador y al empleador, oportunamente, sobre la falta de afiliación, y no es para nada razonable que resulte favorecida de su propia omisión, máxime que el trabajador efectivamente realizó los aportes al sistema contribuyendo así a la sostenibilidad financiera del sistema".*

Por ello concluyó que el fondo de pensiones tácitamente aceptó la vinculación del causante, pese a no haber diligenciado el formulario de afiliación.

Ahora bien definido lo anterior, descendiendo al caso bajo estudio y de conformidad con el material probatorio que obra en el expediente la Sala encuentra acreditado los siguientes aspectos:

Según solicitud de vinculación No 953343 el demandante se afilió a ING PENSIONES Y CESANTÍAS, el **27 de febrero de 2012** (fl. 94), no obstante lo anterior y de conformidad con las planillas de autoliquidación de aportes (PENSIONES) allegadas por el demandante visibles a folios 51 a 62, documentos que no fueron tachados de falso en los términos del artículo 269 del C.G. del P, por ende se presumen auténticos de conformidad con el artículo 244 de la misma disposición, se extrae que COOTRANUR LTDA. en calidad de empleador del actor efectuó cotizaciones en pensión en su favor a ING FONDO DE PENSIONES OBLIGATORIOS, para los meses de **septiembre a diciembre de 2010 y de mayo de 2011 a marzo de 2012**, lo que conduce a concluir que el demandante se encontraba afiliado a ING PENSIONES Y CESANTÍAS hoy PROTECCIÓN S.A., al menos desde el mes de **septiembre de 2010**, pues ello se corrobora además con la devolución de los aportes que efectuó PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES como consecuencia de la anulación de la afiliación del actor y de la cual se pronunciará la Sala más adelante, pues según la historia laboral que aportó COLPENSIONES se registran los meses de **septiembre y octubre de 2010** como "VALOR DEVUELTO DEL REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL POR PAGO AL FONDO, por ello se insiste el demandante se encontraba vinculado con PROTECCIÓN S.A. desde septiembre de 2010 y no como lo pretende hacer ver PROTECCIÓN S.A. con el formulario de afiliación que data del **27 de febrero de 2012**, pues pese a que para el año 2010 no existió formulario de afiliación como lo cuestiona el apoderado de SEGUROS BOLIVAR S.A., ING hoy PROTECCIÓN S.A., recibió cotizaciones lo cual comporta una aceptación tácita de la afiliación a pesar de la falta de diligenciamiento del mismo postura que encuentra respaldo en el precedente jurisprudencial antes citado.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que el demandante se encuentra vinculado con **PROTECCIÓN S.A**. desde septiembre de **2010**, carece de relevancia para la Sala la anulación de la afiliación del **27 de febrero de 2012**, que realizó PROTECCIÓN S.A., y que se afirma con la contestación de la demanda se realizó el 5 de abril de 2013, pues esta resulta ineficaz más aún cuando se realizó sin el cumplimiento de los requisitos y existe contradicción con los actos que ejecutó PROTECCIÓN S.A., conforme se explicará:

1. No se advierte que se haya presentado una irregularidad en el proceso de vinculación que implique la cancelación de la misma, pues como se dijo anteriormente PROTECCIÓN S.A., aceptó la afiliación tácita del demandante desde el año 2010.

2. Resulta contrario a la realidad que **PROTECCIÓN S.A.**, asegure que la afiliación del actor se declaró nula y no válida el **5 de abril de 2013**, y que por ello no se encuentra afiliado a esa entidad, ya que según con las documentales de los folios 111 a 119 fue esa A.F.P., quien actuando como fondo de pensiones al que en efecto pertenecía el actor, en cumplimiento del artículo 41 de la Ley 100 de 1993 remitió su caso en el año 2014, a la compañía SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA S.A., con el fin de establecer su porcentaje de pérdida de capacidad laboral, la fecha de estructuración y el origen de invalidez, entidad que emitió dictamen el **2 de julio de 2014**, en el que claramente se identificó como administrador de fondo de pensiones a PROTECCIÓN S.A. y se estableció un porcentaje de pérdida de capacidad laboral de 64.81%, derivado de una enfermedad común estructurada el **4 de febrero de 2010**. (fls. 113-116).

3. PROTECCIÓN S.A. afirma que anuló la afiliación del actor con fundamento en el inciso 2º del artículo 42 del Decreto 1406 de 1990, que dispone:

"*El traslado entre entidades administradoras estará sujeto al cumplimiento de los requisitos sobre permanencia en los regímenes y entidades administradoras que establecen las normas que reglamentan el Sistema. En todo caso, el traslado de entidad administradora producirá efectos sólo a partir del primer día calendario del segundo mes siguiente a la fecha de presentación de la solicitud del traslado efectuada por el afiliado ante la nueva entidad administradora. La entidad administradora de la cual se retira el trabajador tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad*".

Artículo que cita para concluir que al ser la estructuración de invalidez anterior a la afiliación a PROTECCIÓN S.A., no es la entidad que debe asumir el pago de la pensión, argumento con el cual procedió anular la afiliación, no obstante lo anterior, para la Sala dicha actuación no es de recibo pues la A.F.P., demandada nunca cuestionó la afiliación del actor en los términos que lo ordena el artículo 12 del Decreto 692 de 1994, esto es dentro del mes siguiente a la vinculación, por el contrario PROTECCIÓN S.A., se comportó como la administradora de fondo de pensiones del actor cumpliendo las obligaciones que le incumbían, hasta el punto de adelantar el trámite de calificación en el año 2014, esto es en vigencia de la afiliación trámite en el que se concluyó que el actor padecía una invalidez superior al 50% estructurada en el año 2010, es decir que solo hasta el momento en que se efectuó la calificación se hizo exigible la obligación, luego a juicio de la Sala no es procedente que PROTECCIÓN S.A., invoque el artículo antes referido para concluir que no es la responsable de pago de la pensión de invalidez y por el contrario le impute una obligación a COLPENSIONES, puesto que la obligación para el momento en que el actor se afilio tácitamente a PROTECCIÓN S.A. no resultaba exigible, pues se reitera solo lo fue con la calificación adelantada en el año 2014.
En ese orden de ideas, al ser ineficaz la anulación de la afiliación del actor pues la misma opera de pleno derecho conforme lo ha definido la Corte Constitucional en sentencia C-345 de 2017 y al encontrarse válidamente afiliado a PROTECCIÓN S.A., al no haber sido controvertida dicha afiliación y por el contrario ser aceptada tácitamente, es esta última administradora quien debe responder por las obligaciones legales que generan esa afiliación entre ellas el deber de cobro de cotizaciones en mora según los prevé el artículo 24 de la Ley 100 de 1993, tal y como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 42787, 13 mar. 2013.

En consecuencia es PROTECCIÓN S.A., como fondo administrador de pensiones del actor a quien le corresponde asumir el reconocimiento de la pensión de invalidez que le llegara a corresponder al actor, pues conviene advertir que como lo ha señalado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sobre el papel que cumplen las administradoras en el sistema general de pensiones; dada la naturaleza de servicio público de la seguridad social

cuya administración tienen a su cargo, estas no pueden asumir una actitud pasiva y beneficiarse de ella, en detrimento de los derechos de los interesados a la seguridad social, pues la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008 dijo:

> *"Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, -desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, "la dirección, coordinación y control" de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares.*
>
> *Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social.*
>
> *La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.*
>
> *Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez"….*

PENSIÓN DE INVALIDEZ REQUISITOS QUE DEBE DETENTAR EL DEMANDANTE

El artículo 38 de la Ley 100 de 1993, prevé que se considera una persona inválida cuando por "*cualquier causa de origen no profesional, no provocada intencionalmente, hubiere perdido el 50% o más de su capacidad laboral*".

Por su parte el artículo 1° de la Ley 860 de 2003, para acceder al reconocimiento de la pensión de invalidez exige haber cotizado 50 semanas dentro de los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración.

Definido lo anterior, se encuentra en el sub judice que está debidamente acreditado: *i)* que el actor detenta la condición de invalido ya que tiene una pérdida de la capacidad laboral superior al 50% por enfermedad común, estructurada el 4 de febrero de 2010, según el dictamen proferido por la COMPAÑÍA SURAMERICANA DE SEGUROS DE VIDA S.A. (Fls. 111 a 116) y que según la copia del Reporte de Semanas expedido por COLPENSIONES, visible a folios 277 a 279 tiene un total de tiempo cotizado equivalente a **472.43** semanas, sufragadas en forma discontinua en el período comprendido entre el **1º de julio de 1997 al 31 de mayo de 2015**, de las cuales **53.71** semanas fueron cotizadas dentro de los tres (03) años anteriores a la data de estructuración de invalidez, esto es entre el **4 de febrero de 2007 y el 3 de febrero de 2010**, lo cual permite concluir a esta Colegiatura, sin hesitación alguna, que el demandante acredita los requisitos exigidos por la normatividad vigente para ser beneficiario de la pensión de invalidez deprecada, la cual será a cargo de PROTECCIÓN S.A., por ende se confirmará la decisión del Juez *A Quo*, pues basta agregar, que como el fundamento del recurso de apelación interpuesto por los accionados, giró en torno a la entidad en que debía asumir la pensión de invalidez, lo cual queda contestado con lo anteriormente discurrido, y no cuestionaron ninguna inconformidad con los términos precisos en que se impartió la condena por parte de la Juez a quo en lo que respecta al monto de la mesada pensional, en aplicación del principio de consonancia dispuesto en el artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, adicionado por la ley 712 de 2001, se confirmará íntegramente lo decidido en la sentencia objeto del recurso de apelación.

Conviene advertir además que la Sala confirmará la decisión de la primera instancia referente a compulsar copias a la Fiscalía General de la Nación, para que investiguen las posibles conductas punibles en que pudo incurrir

PROTECCIÓN S.A., en el trámite de anulación de afiliación del actor pues la Sala comparte la decisión del Juez de Primera instancia en que la anulación lo fue posiblemente para evadir el pago de una obligación que legalmente le correspondía, pues según el artículo 67 del CPP, es deber de todo servidor público que conozca de la comisión de un delito que deba investigarse de oficio, denunciarlo y ponerlo en conocimiento ante la autoridad competente.

Finalmente también resulta procedente aclarar que la Sala también confirmará la decisión del Juez A Quo respecto de ordenar a Colpensiones el traslado de las cotizaciones realizadas por el demandante en pensiones a PROTECCIÓN S.A., para que esa entidad asuma de manera definitiva el pago de la pensión de invalidez, que valga recordar está a cargo de PROTECCIÓN S.A., por virtud del fallo de tutela proferido por el Juzgado Tercero Penal Municipal para Adolecentes con Funciones de Control de Garantías el 18 de febrero de 2015 (fls. 16-28) el que fue confirmado por el Juzgado Penal del Circuito para Adolecentes con Función de Conocimiento. (fls 22-29).

EXCEPCIONES

Dentro de la oportunidad legal, la demandada COLPENSIONES, respecto de quien se surte el grado jurisdiccional de consulta, propuso como excepciones de fondo las de COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA (fls. 198 -204), excepciones que se declararan probadas en tanto esta entidad no es la obligada a pagar la pensión de invalidez que le corresponde al actor.

En cuanto a la excepción de PRESCRIPCIÓN, la misma se declarará no probada ello en consideración a que la seguridad social es irrenunciable e imprescriptible, conforme lo establece el artículo 48 de la C.P.

CONCLUSIÓN

En mérito de lo expuesto conforme a los argumentos antes expresados, es acertado y ajustado a derecho confirmar en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el día 2 de octubre de 2018, pues tan solo se adicionará con un numeral ONCE para declarar no probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones respecto de la demanda principal y probadas excepciones restantes, conforme se explicó anteriormente.

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 de la alzada, hay lugar a condenar en costas a la parte demandada PROTECCIÓN S.A., y la llamada en garantía SEGUROS BOLIVAR S.A., en favor de la parte demandante, las que se fijan de conformidad con el Acuerdo No 1887 del 26 de junio de 2003, en cuantía de 1 salario mínimo esto es $828.116, para cada una que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

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. ADICIONAR la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia pública llevada a cabo el 2 de octubre de 2018, con un numeral **ONCE** que será del siguiente tenor:

> *"**ONCE: DECLARAR NO** probada la excepción de prescripción propuesta por COLPENSIONES, respecto de la demanda principal y probadas las excepciones denominadas COBRO DE LO NO DEBIDO E INEXISTENCIA DE*

LA OBLIGACIÓN, IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS, BUENA FE, y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, conforme las consideraciones antes expuestas".

SEGUNDO CONFIRMAR en lo restante la sentencia proferida dentro del presente proceso por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto (N), dentro de la Audiencia pública llevada a cabo el 2 de octubre de 2018, objeto de apelación y de grado jurisdiccional de consulta, por las consideraciones antes expuestas.

TERCERO: COSTAS a cargo de la demandada PROTECCIÓN S.A. y SEGUROS BOLIVAR S.A., a favor del demandante. En consecuencia las agencias en derecho se fijan en el equivalente a un salario mínimo mensual vigente, esto es, la suma total de $828.116 para cada una de ellas, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 de C.G. del P.

CUARTO: INCORPORAR a la presente decisión, el anexo único contentivo del conteo de semanas que se hace referencia en la parte motiva de esta providencia.

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.

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada.

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada.

PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES – EXCEPCIONES:
Si bien los recursos del Sistema General de Seguridad Social con destinación específica son inembargables, cuando se trata del pago de obligaciones de procesos judiciales de carácter laboral dicho concepto se encuentra limitado.

PROCESO EJECUTIVO LABORAL – PAGO DE ACREENCIAS DE TIPO LABORAL PRODUCTO DE UNA SENTENCIA JUDICIAL: Reiteración y ampliación de medidas cautelares, al presentarse una excepción al Principio de Inembargabilidad de los Recursos del Sistema General de Participaciones.

No obstante, los recursos de la Seguridad Social en Salud con destinación específica, ser inembargables, al encontrarnos en un proceso ejecutivo por una obligación laboral contenida en sentencia judicial, derivada de actividades relacionadas con la prestación del servicio de salud, en el que además la entidad demandada ha superado ampliamente el plazo para cumplir el pago de la obligación y frente a la imposibilidad en que se encuentra el ejecutante de embargar cuentas de libre destinación que la entidad demandada mantiene con saldos de ceros, es procedente dar aplicación a la excepción de inembargabilidad establecida en la sentencia C-1154 de 2008. Se dispone reiterar la medida cautelar frente al Banco Av. Villas, la que se deberá hacer efectiva inclusive sobre cuentas con destinación específica y que resultan embargables y así mismo mantener la orden de embargo frente al Banco Agrario y ampliar la medida de embargo a otras cuentas de destinación específica que en dicha entidad tenga el demandado o que provengan del sistema general de Participaciones y que resultan embargables en aplicación de la excepción de inembargabilidad, siempre y cuando los recursos tengan cómo fuente actividades relacionadas con la salud.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

AUDIENCIA DE DECISIÓN

MAGISTRADO PONENTE:
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
Ejecutivo Laboral No. 2019 00024-01 (163)

En San Juan de Pasto, a los veintisiete (27) días del mes de noviembre de dos mil veinte (2020), siendo el día y la hora señalados previamente, los 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**, profieren decisión dentro del proceso **EJECUTIVO LABORAL** instaurado por **HELMER TULIO RIASCOS HURTADO** contra H**OSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE JESUS E.S.E. DEL CHARCO (N)**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de decisión el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio de 2020, se dicta el siguiente

AUTO INTERLOCUTORIO

I. ANTECEDENTES

HELMER TULIO RIASCOS HURTADO, a través de apoderado judicial solicitó se libre mandamiento de pago respecto de las condenas impartidas a la ejecutada mediante sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco el 19 de junio de 2018, decisión que fue confirmada por esta Corporación el 1 de noviembre del mismo año. Así mismo, solicitó el embargo y retención de las sumas de dinero que se encuentren depositadas en las cuentas corrientes y de ahorros que posea el Hospital Sagrado Corazón de Jesús E.S.E. del Charco, al igual que los dineros que se tengan en CDT y demás títulos valores en las siguientes entidades bancarias: Banco Agrario Sucursal del Charco- Nariño, Banco de Occidente y Av. Villas sucursal Pasto – Nariño; el embargo y retención de los dineros adeudados al Hospital Sagrado Corazón de Jesús E.S.E. del Charco por parte de la E.P.S. ASMET SALUD y el embargo

y retención de los dineros que le corresponden por el Giro Directo al Hospital Sagrado Corazón de Jesús E.S.E del Charco, por parte de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud "ADRES" (Fls. 318-321).

TRÁMITE Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), mediante auto del **7 de marzo de 2019** libró mandamiento de pago en contra del HOSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS E.S.E DEL CHARCO (N) y en favor del ejecutante por concepto de las acreencias laborales e indemnizaciones que allí se indican, así como por las costas de primera y segunda instancia. De igual forma decretó el embargo y retención de los dineros que posea la ejecutada en los Bancos Agrario, Av. Villas y de Occidente, medida que limitó a la suma de $55.000.000, dineros que precisó deben ser depositados en las cuentas que para esos fines tiene el despacho. Ordenó oficiar en tal sentido a las respectivas entidades, advirtiendo que la orden judicial no procede sobre los dineros que por ministerio de la Ley sean considerados inembargables. Así mismo, se abstuvo de decretar el embargo y retención del giro directo que realiza el ADRES a la entidad ejecutada (Fls. 323-324).

El juzgado de conocimiento mediante auto del 17 de septiembre de 2019, dispuso tener por notificada por conducta concluyente a la ejecutada y ante el silencio guardado por esta así como la falta de pago de la obligación, ordenó seguir adelante la ejecución dentro del presente proceso en la forma ordenada en el mandamiento de pago (Fls. 341-342).

Mediante escrito radicado el 3 de febrero de 2020, el apoderado del ejecutante solicitó al juzgado de conocimiento que con fundamento en la excepción de inembargabilidad de rango constitucional emanada, entre otras, en sentencias C-354 de 1997 y C-793 de 2002 se reitere el embargo de los dineros que posee la entidad ejecutada en las cuentas bancarias del Banco Av. Villas y Banco de Occidente, así como de los dineros adeudados por parte de la E.P.S. ASMET SALUD, al HOSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE JESUS E.S.E. DEL CHARCO NARIÑO y se amplié la medida cautelar de embargo y secuestro a las demás cuentas que posee la accionada en el Banco Agrario de Colombia, de acuerdo al oficio enviado por dicha entidad de fecha 29 de marzo de 2019 (Fls. 343-347).

La anterior solicitud fue resuelta por el Juez A Quo mediante auto del 26 de febrero de 2020, quien se abstuvo de reiterar la medida cautelar solicitada por el ejecutante frente al Banco Av. Villas, no obstante, mantuvo vigente la medida cautelar decretada con auto del 17 de septiembre de 2019, dejando a salvo los dineros que por ministerio de la ley resulten inembargables. Así mismo, mantuvo la orden de embargo frente al Banco Agrario de Colombia hasta que se consignen los recursos objeto de cautela y que no sean inembargables. Ofició nuevamente al Banco de Occidente y a la E.P.S. ASMET SALUD, comunicando la medida cautelar decretada (Fls. 349-350).

APELACIÓN PARTE EJECUTANTE

El apoderado del ejecutante interpuso recurso de apelación en contra de la anterior decisión, al considerar que si bien es cierto el artículo 63 de la C.P. prohíbe de manera expresa el embargo de bienes y rentas de las entidades públicas, así como de los bienes de uso público de propiedad de la Nación y además aquellos que determine la ley, justificación que guarda relación con el cumplimento de los fines del Estado, las normas orgánicas de presupuesto y el principio de prevalencia del interés general sobre el particular, la Corte Constitucional, entre otras, en sentencias C-354 de 1997 y C-793 de 2002 ha señalado que dicho principio no es absoluto estableciendo excepciones así i) Cuando se trate de créditos laborales cuya satisfacción se hace necesaria para realizar el principio de la dignidad humana y efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas ii) Cuando se trate de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respecto de los derechos reconocidos en dichas decisiones judiciales y iii) Cuando se trate de títulos que provienen del Estado deudor y que configuran una obligación clara, expresa y actualmente exigible.

Así las cosas, señala que la excepción de inembargabilidad derivada de la efectividad de la cancelación o pago de las obligaciones dinerarias a cargo del Estado surgidas de relaciones laborales impone la posibilidad de embargar los bienes y recursos incorporados al Presupuesto General de la Nación, debido a que los derechos laborales son materia privilegiada y por ende la especial protección que se prodiga de los mismos por parte del Estado, para ello cita sentencias de tutela de la Sala de Casación Laboral SLT 12663 del 18 de septiembre de 2018, entre otras, así

como sentencias del Consejo de Estado, por ende solicitó se revoque la decisión y se reitere la medida cautelar frente al Banco Av. Villas; se amplié la orden de embargo frente al Banco Agrario de Colombia en referencia a otras cuentas bancarias que posee la entidad ejecutada, y se acceda y decrete por Vía de Excepción Constitucional el embargo de los dineros de propiedad del Hospital ejecutado (Fls. 353-364).

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

El recurso de apelación fue admitido por esta Corporación y en cumplimiento de lo consagrado en el numeral 1º del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, se corrió traslado a las partes por el término allí previsto para que formulen sus alegatos los que se sintetizan así:

El apoderado de la parte ejecutante insistió en que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Constitucional por vía de control constitucional y de tutela, en el caso bajo estudio hay lugar a aplicar las excepciones a la inembargabilidad de los recursos públicos, toda vez que lo que se está ejecutando es el pago de acreencias de tipo laboral producto de una sentencia judicial, es entonces que apelando a las excepciones vertidas por la Corte Constitucional y la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia por vía de tutela citada, debe aceptarse que pese a la destinación específica de los recursos de las entidades que prestan servicios de salud, es procedente por vía jurisprudencial. Finalmente advirtió que el Juez A Quo incurre en error al dar por cierto que a voces de los organismos de control y de vigilancia como es el caso de la Procuraduría General de la Nación y la Contraloría General de la República, existe prohibición de embargar los recursos del sector de la salud, cuando aduce esos organismos al resolver inquietudes de los ciudadanos entre ellos el apoderado del ejecutante, han manifestado que el principio de inembargabilidad no es absoluto, para acreditar su dicho aporta tales respuestas.

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:

PROBLEMA JURÍDICO

Dando aplicación al principio de consonancia establecido en el artículo 66A del Código de Procedimiento del Trabajo y la Seguridad Social, la Sala de Decisión Laboral debe analizar i) Si en el caso bajo estudio es posible reiterar la medida cautelar frente al Banco Av. Villas, de conformidad con las excepciones de inembargabilidad que por vía de jurisprudencia ha desarrollado la Corte Constitucional y ii) Si resulta procedente ampliar la orden de embargo frente al Banco Agrario de Colombia respecto de otras cuentas bancarias que posee la entidad ejecutada

Para resolver lo pertinente debemos remitirnos a los artículos 48 y 63 de la C.P., el primero establece que "*La Seguridad Social es un servicio público de carácter obligatorio que se prestará bajo la dirección, coordinación y control del Estado, en sujeción a los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad, en los términos que establezca la Ley*", y el segundo artículo dispone que "*Los bienes de uso público, los parques naturales, las tierras comunales de grupos étnicos, las tierras de resguardo, el patrimonio arqueológico de la Nación y los demás bienes que determine la ley, son inalienables, imprescriptibles e inembargables*".

Es así como el numeral primero del artículo 594 del C.G. del P, establece que no se podrán embargar "*Los bienes, las rentas y recursos incorporados en el presupuesto general de la Nación o de las entidades territoriales, las cuentas del sistema general de participación, regalías y recursos de la seguridad social*", inembargabilidad respecto de los recursos de la seguridad social que también se contempla en el artículo 21 del Decreto Ley 28 de 2008 y el artículo 25 de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, que dispone que "*Los recursos públicos que financian la salud son inembargables, tienen destinación específica y no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente*".

Así mismo, el artículo 2.6.4.1.4., del Decreto 780 de 2016, adicionado por el artículo 2 del Decreto 2265 de 2017, estableció que "*Los recursos que administra el ADRES, incluidos los de las cuentas maestras de recaudo del régimen contributivo, así como los destinados al cumplimiento de su objeto son inembargables conforme a los previsto en el artículo 25 de la Ley 1751 de 2015*".

Del anterior marco normativo, en principio podríamos afirmar que los recursos de la Seguridad Social en Salud con destinación específica, son inembargables, no obstante, ello no opera de manera absoluta, puesto que la Corte Constitucional ha establecido excepciones con el fin de evitar poner en riesgo principios, valores y derechos constitucionales de carácter particular, tales como la vida en condiciones dignas, la seguridad social y el trabajo.

Es así como en sentencia C 1154 de 2008, declaró exequible el artículo 21º del Decreto 28 de 2008, "*en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a* ***los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudirse a los recursos de destinación específica***" (Negrillas fuera del texto).

Recordemos que el artículo 21 del Decreto 28 de 2008 establece que:

> *"**Artículo 21.** Inembargabilidad. Los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables.*
>
> *Para evitar situaciones derivadas de decisiones judiciales que afecten la continuidad, cobertura y calidad de los servicios financiados con cargo a estos recursos, las medidas cautelares que adopten las autoridades judiciales relacionadas con obligaciones laborales, se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial. Para cumplir con la decisión judicial, la entidad territorial presupuestará el monto del recurso a comprometer y cancelará el respectivo crédito judicial en el transcurso de la vigencia o vigencias fiscales subsiguientes.*
>
> *Las decisiones de la autoridad judicial que contravengan lo dispuesto en el presente decreto, no producirán efecto alguno, y darán lugar a causal de destitución del cargo conforme a las normas legales correspondientes".*

Del anterior artículo se infiere que las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben manejar cuentas de libre destinación, independientes a las cuentas de destinación específica; para que en caso de ejecución de medidas cautelares dentro de los procesos judiciales de obligaciones laborales, sean tomados los ingresos corrientes de libre destinación, y no los que afecten el funcionamiento de las entidades, es decir, los recursos de destinación específica.

Así mismo, en la referida sentencia la Corte Constitucional contempló frente al principio de inembargabilidad tres excepciones i) la necesidad de satisfacer créditos u obligaciones de origen laboral con miras a efectivizar el derecho al trabajo en condiciones dignas y justas ii) el pago de sentencias judiciales para garantizar la seguridad jurídica y el respeto de los derechos reconocidos en dichas providencias, y iii) los títulos emanados del Estado que reconocen una obligación clara, expresa y exigible, dichas excepciones operan frente a la posible embargabilidad de rentas y recursos del Presupuesto General de la Nación y frente a los recursos del Sistema General de Participaciones, siempre y cuando las obligaciones reclamadas tengan como fuente alguna de las actividades a las cuales estaban destinados aquellos (educación, salud, agua potable y saneamiento básico).

Así las cosas, si bien los recursos del Sistema General de Seguridad Social con destinación específica son inembargables, cuando se trata del pago de obligaciones de procesos judiciales de carácter laboral dicho concepto se encuentra limitado.

En ese orden de ideas, le corresponde a la Sala determinar si en el caso bajo estudio se configuró alguna de las excepciones al principio de inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones – Salud.

Al respecto se tiene que el proceso ejecutivo tiene fundamento en las sentencia proferida por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco el 19 de junio de 2018, mediante la cual condenó al Hospital Sagrado Corazón de Jesús E.S.E., al pago de acreencias laborales e indemnizaciones a favor HELMER TULIO RIASCOS HURTADO (Fls. 265-267), decisión que fue confirmada por esta Corporación el 1º de noviembre de 2018 (Fls. 307-308).

Ahora bien el juzgado de conocimiento mediante auto del 7 de marzo de 2019, libró mandamiento de pago decretando el embargo y retención de los dineros que posea la ejecutada en el Banco Agrario, Occidente y Av. Villas, limitándola a $55.000.000, advirtiendo que la orden judicial no procede sobre los dineros que por ministerio de la ley sean considerados inembargables (Fls. 323-325).

Así mismo, se tiene que mediante memorial de fecha 24 de abril de 2019 suscrito por Omar Enrique Galindo Bernal, Jefe de Organismos Jurisdiccionales del Banco Av. Villas, informó que no es posible registrar el embargo contra el Hospital Sagrado Corazón de Jesús, en atención a lo preceptuado en el artículo 594 del C.G.P., y atendiendo a los soportes de inembargabilidad remitidos por el demandado, de los que se derivan que los recursos que se manejan en la cuenta bancaria de la referencia provienen de los servicios de salud a personas afiliadas al régimen de salud subsidiado, a través de todas las E.P.S. como ASMET, EMSSANAR y a otras que contraten con el Hospital y el IDS DE NARIÑO A LA PPNA (Fls. 328-330).

En el plenario igualmente se evidencia, oficio de fecha 23 de mayo de 2019 (fl 331), suscrito por José Contreras Trivaldos del BANCO AGRARIO, en el que se informa que se materializó la orden de embargo, no obstante, indica que no generó título judicial debido a que el demandando no cuenta con recursos, precisando que ese embargo fue procesado a cuentas que manejan recursos propios o de libre destinación, aclarando que en caso de requerirse ampliar la medida a otras cuentas de destinación específica o del Sistema General de Participaciones que son consideradas inembargables, debe reiterarse para proceder de conformidad.

De lo anterior, se puede extraer que para el presente asunto existe una medida cautelar de embargo decretada y ejecutada a una cuenta registrada en el Banco Agrario, no obstante, al no poseer fondos el hospital demandado no generó título, es por eso que solicita el recurrente se reitere la medida cautelar frente al Banco Av. Villas en el sentido en que se aplique respecto de la cuenta que se certifica se manejan recursos que provienen de los servicios de salud a personal afiliados al régimen de salud subsidiado, y se amplié la orden de embargo frente al Banco Agrario, lo cual considera la Sala es procedente pues en un caso similar al estudiado, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SLT1942 de 19 de febrero de 2020, no encontró vulneración alguna respecto de la medida cautelar decretada y ejecutada sobre una cuenta maestra del ADRES en un juicio ejecutivo derivado de un proceso laboral por la prestación de servicios a la salud de una extrabajadora de CLINISALUD SUMINISTROS S.A.S., en el que no se logró concretar el embargo a otras cuentas de libre destinación para el cumplimiento de las obligaciones judiciales impartidas, asunto en el cual la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tuvo en cuenta lo señalado en la Sentencia de Constitucionalidad C-1154 de 2008, en lo que respecta a la excepción de inembargabilidad de conformidad con lo prevenido en el artículo 21° del Decreto 28 de 2008, posición que ha sido reiterada entre otras en sentencia como la STL12663-2018 del 18 de septiembre de 2018 y STL5930-2020 del 19 de agosto de 2020.

En ese orden de ideas, al encontrarnos en un proceso ejecutivo igualmente derivado de un proceso laboral por la prestación de servicios a la salud de un ex trabajador del HOSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE JESUS E.S.E. DEL CHARCO N., en el que además la entidad demandada ha superado ampliamente el plazo para cumplir el pago de la obligación según lo dispone el artículo 192 del CPACA, esto es, 10 meses, puesto que el auto que obedeció y cumplió lo resuelto por el superior data del 14 diciembre de 2018 el que se notificó el 18 del mismo mes y año (fl. 312) y frente a la imposibilidad en que se encuentra el ejecutante de embargar cuentas de libre destinación que la entidad demandada mantiene en saldos de ceros, es procedente dar aplicación a la excepción de inembargabilidad establecida en la sentencia C-1154 de 2008, pues en sentencia STL 1942 del 19 de febrero de 2020 la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, al estudiar la sentencia referida indicó que:

> *"Seguidamente, en la misma sentencia la Corte realiza un análisis del artículo bajo estudio, resaltando que existe una diferencia en la configuración normativa estudiada, frente a decisiones analizadas con anterioridad por la misma corporación, en el sentido que; anterior al examen del artículo 21, la Corte consideraba de manera reiterativa «[que existía] una prohibición absoluta e inflexible de embargo de recursos públicos»., teniendo esta posición, su precedente jurisprudencial en las siguientes sentencias proferidas por la Corte Constitucional: C-546 de 1992, C-013 de 1993, C-017 de 1993, C-337 de 1993, C-555 de 1993, C-103 de 1994, C-263 de 1994, C-354 de 1997, C-402 de 1997, T-531 de 1999, T-539 de 2002, C-793 de 2002, C-566 de 2003, C-1064 de 2003, T-1105 de 2004 y C-192 de 2005.*

De lo anotado se colige, que la Corte Constitucional reconoce que los recursos del Sistema General de Seguridad Social con destinación específica, en atención a lo dispuesto en la Constitución Política y las normas que lo regulan son inembargables, pero este concepto guarda una limitante, relacionado con el pago de las obligaciones de los procesos judiciales de carácter laboral.

Ahora bien, pese a lo dispuesto en el artículo 21º ibídem, la norma consagra el principio de inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones, resaltando que las entidades que integran el Sistema General de Seguridad Social en Salud, deben manejar cuentas de libre destinación, independientes a las cuentas específicas; para que en caso de ejecución de medidas cautelares dentro de los procesos judiciales de obligaciones laborales, sean tomados los ingresos corrientes de libre destinación, y no los que afecten el funcionamiento de las entidades, es decir, los recursos de destinación específica".

En conclusión se accederá a lo solicitado por el recurrente, pues la posición contraria implica que la sentencia que condenó a la demandada al pago de suma de dinero se quede sin efectividad práctica, y en consecuencia se modificaran los numerales primero y segundo del auto proferido el 26 de febrero de 2020 por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco, para en su lugar reiterar la medida cautelar solicitada por el actor frente al Banco Av. Villas, la que se deberá hacer efectiva inclusive sobre cuentas con destinación específica como la Nro. 203082904203084504, aplicando la excepción de inembargabilidad. Así mismo, se modificará el numeral segundo de la providencia citada para en su lugar mantener la orden de embargo frente a las cuentas que posea la demandada en el Banco Agrario de Colombia, hasta que se consignen los recursos objeto de cautela en la cuenta de libre destinación; así mismo ampliar la medida a otras cuentas de destinación específica o del sistema general de participaciones y que resultan embargables en aplicación de la excepción de inembargabilidad.

Bajo las anteriores consideraciones la Sala recoge el criterio que venía sosteniendo en sentido contrario, siguiendo los actuales precedentes de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, dadas las condiciones particulares y probatorias del asunto en estudio, esto es: i) Se trata de una obligación laboral contenida en sentencia judicial en firme, derivada de actividades relacionadas con la prestación del servicio de salud; 2) Ha transcurrido el plazo previsto en el CPACA de que disponía la entidad demandada para hacer la apropiación presupuestal de los recursos y realizar el pago; 3) El trabajador titular de las acreencias laborales no ha logrado embargar cuentas de la entidad demandada que sean de libre destinación la cual se mantiene en ceros.

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 de la alzada, hay lugar a condenar en costas en esta instancia a la parte ejecutada HOSPITAL SAGRADO CORAZON DE JESUS E.S.E. DEL CHARCO (N) en favor del ejecutante HELMER TULIO RIASCOS. En consecuencia y de conformidad con el Acuerdo PSSAA156- 10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura, se cuantifican en 1 S.M.L.M.V., esto es, $877.803 las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera instancia.

II. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, Sala de Decisión Laboral,**

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR los numerales **PRIMERO y SEGUNDO** del auto proferido por el Juzgado Laboral del Circuito de Tumaco (N), el 26 de febrero de 2020, los cuales quedaran así, conforme las anteriores consideraciones.

*"**PRIMERO**: Reiterar la medida cautelar solicitada por el actor frente al Banco Av. Villas, la que se deberá hacer efectiva inclusive sobre cuentas con destinación específica y que resultan embargables en aplicación de la excepción de inembargabilidad, como la Nro. 203082904203084504, siempre y cuando los recursos tengan cómo fuente actividades relacionadas con la salud.*

***SEGUNDO**: mantener la orden de embargo frente al Banco Agrario de Colombia, hasta que se consignen los recursos objeto de cautela en la cuenta de libre destinación; así mismo ampliar la medida de embargo a otras cuentas de destinación específica que en dicha entidad tenga el demandado HOSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS E.S.E. DEL CHARCO (N), o que provengan del sistema general de Participaciones y que resultan embargables en aplicación de la excepción de inembargabilidad, siempre y cuando los recursos tengan cómo fuente actividades relacionadas con la salud".*

SEGUNDO: PRECISAR que de conformidad con el mandamiento de pago de fecha 7 de marzo de 2019, las medidas cautelares se limitaran a la suma de $55.000.000.

TERCERO: CONFIRMAR en lo restante el auto objeto de apelación.

CUARTO: CONDENAR en costas de segunda instancia a cargo del ejecutado HOSPITAL SAGRADO CORAZÓN DE JESÚS E.S.E. DEL CHARCO (N), y a favor del ejecutante fijándose como agencias en derecho 1 S.M.L.M.V., esto es, $877.803 las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera instancia.

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No____ Para efecto de su notificación se dispone que por Secretaría se inserte copia de la misma en Estados Electrónicos, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto
En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

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

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO – Formalidades.

CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO SUSCRITA ENTRE EMPOPASTO Y EL SINDICATO DE TRABAJADORES DEL ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PASTO VIGENTE ENTRE 1999 Y 2002 – Al cumplir con todas las formalidades legales, goza de plena eficacia y validez respecto de los derechos convencionales reclamados.

Teniendo en cuenta que la Convención Colectiva de Trabajo cuya aplicación se pretende fue aportada cumpliendo los requisitos legales, que los demandantes probaron que fueron despedidos sin justa causa y que eran beneficiarios del acuerdo convencional, en el cual se indica que los contratos que han finiquitado sin justa causa, se indemnizarán de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T., incrementándose en 3 veces más. Hay lugar a condenar a la entidad demandada a cancelar la diferencia de la indemnización por tal despido.

DESPIDO SIN JUSTA CAUSA - PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES: Deben probarse.

Improcedencia de la condena al pago de perjuicios materiales y morales derivados de la ruptura del contrato laboral, en tanto no obra prueba que permita determinar su causación y que demuestre la relación de causalidad entre el hecho del despido y el daño o entre este último y las circunstancias alegadas como generadoras del perjuicio ocasionado a los demandantes o a sus familiares.

Magistrada Ponente:
Dra. CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ
Ordinario Laboral No. 2016-00019-02

En San Juan de Pasto, a los trece (13) días del mes de agosto de dos mil diecinueve (2019), los Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, nos constituimos en **AUDIENCIA PÚBLICA** dentro del proceso **ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA** instaurado **por LILIA MORENO ORDOÑEZ, JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA** en contra de **EMPOPASTO S.A. E.S.P.**, radicado 52001310500320160001902.

Preside el acto quien les habla, CLAUDIA CECILIA TORO RAMIREZ.
Se deja constancia que se encuentran presentes.
A continuación, la Sala procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA

LILIA MORENO ORDOÑEZ, JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA, a través de apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria laboral de primera instancia en contra de **EMPOPASTO S.A. E.S.P.**, para que se reconozcan los conceptos indicados en el acápite de peticiones de la demanda[1], las que fundamentan en los supuestos fácticos generales, que se sintetizan:
Que EMPOPASTO S.A. desarrolló un esquema de retiro compensado a través de Actos Administrativos, denominado "bonificación por retiro compensado".

Que el Acuerdo 08 de 2014 y 03 de 2015 expedido por EMPOPASTO, contempló la asignación de recursos económicos para retirar trabajadores.

Que la demandada además de la "Bonificación por retiro compensado" ofreció un paquete de ayudas económicas denominadas: apoyo de sostenimiento educativo para trabajadores, apoyo de sostenimiento alimenticio para

---

[1] "*Indemnización por despido injusto, indemnización a causa del proceso de privatización o tercerización, perjuicios materiales, daño emergente, daño cesante por concepto de aportes a salud y pensión en un 90% del valor ordenado en la ley por el tiempo faltante para jubilarse, daño moral al grupo familiar, pensión del 81% por concepto de implementación de un esquema de tercerización; así como revisar y reajustar las liquidaciones de prestaciones sociales, reintegro a la planta de trabajadores de EMPOPASTO sin desmejorar, asignando funciones laborales, teniendo en cuenta preparación académica, experiencia y capacidad laboral, la que solicitan sin solución de continuidad*."

trabajadores, mujeres en estado de embarazo, discapacitados calificados y no calificados por la Junta de Calificación de Invalidez y bono de antigüedad.

Que los puntos de ofrecimiento de retiro compensado no fueron claros para realizar una comparación y análisis.

Que los demandantes no aceptaron dicho ofrecimiento, por cuanto consideraron que condicionaba a renunciar a las acciones administrativas y judiciales en caso de error económico.

Que mediante Acuerdo 010 de 2015, EMPOPASTO determinó suprimir la totalidad de la planta de trabajadores, con la consecuente indemnización por despido injusto.

Que los trabajadores que aceptaron el plan de retiro compensado de EMPOPASTO fueron reintegrados a través de su intermediario contratista PRESEA APARTADO, mientras que a los trabajadores que no aceptaron el plan de retiro compensado no se los reintegró.

HECHOS ESPECIFICOS DE LA DEMANDANTE LILIA MORENO ORDOÑEZ (folios 462 a 464).

Se indica que la citada nació el 26 de mayo de 1967, tiene dos hijas y laboró en EMPOPASTO entre el 6 de junio de 1990 y el 1º de junio de 2015, contando a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 con menos de 10 años de servicios, y debe pensionarse a 31 de julio de 2023.
Que las sumas liquidadas por EMPOPASTO en la Resolución 451 de 2015, no tuvieron en cuenta las primas, sobresueldos, bonificaciones, horas extras y días de descanso laborados en el último año de servicios.

Que la Convención Colectiva aplicable a ella ordena que la indemnización por despido unilateral y sin justa causa debe hacerse conforme a lo regulado en el artículo 64 del C.S.T. y EMPOPASTO liquidó incorrectamente con base en el artículo 28 de la ley 789 de 2002.

Señala el monto de los conceptos salariales percibidos, y afirma que aplicando todos los factores salariales el ingreso base de liquidación a la fecha de retiro es del orden de $4’027.486,67.

Que según la Convención Colectiva de Trabajo la indemnización debe multiplicarse por cuatro.

Que por concepto de daño emergente ha gastado $5’000.000,00 en asesoría e inicio de diferentes acciones, con el fin de suspender el proceso de retiro y modernización de EMPOPASTO.

Que su núcleo familiar ha sufrido daños materiales y morales por stress laboral en razón de la supresión de la planta de trabajadores.

Que la sanción por concepto de pensión vitalicia según la Convención Colectiva de Trabajo, equivale al 81% del último salario devengado, liquidado con los factores prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras, trabajo nocturno y trabajo suplementario.

Que presentó reclamación ante EMPOPASTO el 21 de agosto de 2015, la cual fue negada mediante oficio del 21 de septiembre siguiente.

HECHOS ESPECIFICOS DE JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA (folios 464 a 466).

JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA, nació el 23 de mayo de 1964, tiene esposa y dos hijos y laboró en EMPOPASTO entre el 4 de septiembre de 1989 y el 1º de junio de 2015. Que a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990 tenía menos de 10 años de servicios y debe pensionarse el 18 de mayo de 2025.
Que las sumas liquidadas por EMPOPASTO en la Resolución 455 de 2015, no tuvieron en cuenta las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario o de horas extras, días de descanso laborados en el último año de servicios.

Que la Convención Colectiva aplicable a él, ordena que la indemnización por despido unilateral y sin justa causa debe hacerse conforme a lo regulado en el artículo 64 del C.S.T., siendo para su caso el Decreto 2351 de 1965 y EMPOPASTO liquidó incorrectamente con base en el artículo 28 de la ley 789 de 2002.

Señala el monto de los conceptos salariales percibidos y afirma que aplicando todos los factores salariales el ingreso base de liquidación a la fecha de retiro es del orden de $4'428.789,21.

Que según la Convención Colectiva de Trabajo, la indemnización debe multiplicarse por cuatro.

Que por concepto de daño emergente ha gastado $5'000.000,00 en asesoría e inicio de diferentes acciones con el fin de suspender el proceso de retiro y modernización de EMPOPASTO.

Que su núcleo familiar ha sufrido daños materiales y morales por stress laboral en razón de la supresión de la planta de trabajadores.

Que la sanción por concepto de pensión vitalicia, según la Convención Colectiva de Trabajo, equivale al 81% del último salario devengado, liquidado con los factores prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras, trabajo nocturno y trabajo suplementario.

Que presentó reclamación ante EMPOPASTO el 21 de agosto de 2015, la cual fue negada mediante oficio del 21 de septiembre siguiente.

HECHOS ESPECIFICOS DE FANNY YOLANDA PAZ OJEDA (folios 466 a 468).

Que nació el 10 de enero de 1967, tiene un hijo y laboró en EMPOPASTO entre el 7 de junio de 1990 y el 1º de junio de 2015. Que a la entrada en vigencia de la Ley 50 de 1990, tenía menos de 10 años de servicios, y debe pensionarse el 17 de marzo de 2023.

Que las sumas liquidadas por EMPOPASTO en la Resolución 453 de 2015, no tuvieron en cuenta las primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, trabajo suplementario o de horas extras, días de descanso laborados en el último año de servicios.

Que la Convención Colectiva aplicable a ella ordena que la indemnización por despido unilateral y sin justa causa debe hacerse conforme a lo regulado en el artículo 64 del C.S.T., siendo para su caso el Decreto 2351 de 1965 y EMPOPASTO liquidó incorrectamente con base en el artículo 28 de la ley 789 de 2002.

Señala el monto de los conceptos salariales percibidos y afirma que aplicando todos los factores salariales el ingreso base de liquidación a la fecha de retiro es del orden de $4'014.857,00.

Que según la Convención Colectiva de Trabajo la indemnización debe multiplicarse por cuatro.

Que por concepto de daño emergente ha gastado $5'000.000,00 en asesoría e inicio de diferentes acciones con el fin de suspender el proceso de retiro y modernización de EMPOPASTO.

Que su núcleo familiar ha sufrido daños materiales y morales por stress laboral en razón de la supresión de la planta de trabajadores.

Que la sanción por concepto de pensión vitalicia según la Convención Colectiva de Trabajo, equivale al 81% del último salario devengado, liquidado con los factores prima de servicios, prima de vacaciones, prima de navidad, horas extras, trabajo nocturno y trabajo suplementario.

Que presentó reclamación ante EMPOPASTO el 21 de agosto de 2015, la cual fue negada mediante oficio de la misma fecha.

Notificado el contenido del auto admisorio de la demanda, EMPOPASTO contestó, manifestando frente a los hechos que unos son ciertos, otros no lo son, y los restantes son parcialmente ciertos. Se opuso a las pretensiones incoadas y propuso excepciones previas y de mérito (folios 508 a 528).

Surtidas las etapas procesales pertinentes, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto dirimió el asunto mediante sentencia calendada 21 de enero de 2019, a través de la cual, absolvió a la demandada de todos los cargos formulados en su contra por los demandantes, a quienes condenó en costas equivalentes a un salario mínimo legal mensual vigente y dispuso el grado jurisdiccional de consulta.

Para arribar a tal conclusión, la A quo consideró que en cuanto a los factores salariales, la Convención Colectiva de Trabajo, hizo una trascripción del artículo 127 del C.S.T. y no se incluyen a las primas como factor salarial, por ser prestaciones sociales. Además, sí se aplicó el principio de favorabilidad por cuanto la convención incrementa la liquidación de la indemnización tres veces más y revisadas las liquidaciones de cada demandante se obtiene que las mismas se encuentran ajustadas a la ley, incluso el salario base de liquidación tomado por EMPOPASTO es superior. En lo relacionado a la pensión deprecada, a partir del Acto Legislativo No. 01 de 2005, no es posible pactar en las convenciones pensiones diferentes a las establecidas en la Ley de Seguridad Social, salvo que hubiera derechos adquiridos, algo que no ocurrió en el presente caso, sin que se evidencie daño moral que hubiese afectado a los demandantes.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, el apoderado judicial de la parte demandante formuló recurso de apelación, fundamentado en que el despacho no tuvo en cuenta los factores salariales previstos en las cláusulas terceras y octava de la Convención Colectiva de Trabajo; que sirven para liquidar el salario base de liquidación de la indemnización por despido injusto para trabajadores de EMPOPASTO, sin necesidad de remitirse a fuentes legales, por el principio de favorabilidad, indemnización que debe multiplicarse cuatro veces, ante la privatización parcial o total, conforme a la Convención Colectiva.

Que se deben tener en cuenta todos los factores salariales para la liquidación de pensiones además del 81% del último salario, conforme a la Convención Colectiva cláusula décima séptima, siendo la causa de la pensión que se reclama la sanción, así como lo contempló la Convención Colectiva.

Que los perjuicios materiales deben liquidarse independiente de la indemnización por despido injusto.

Que probar los daños morales resulta muy difícil, pues fue un hecho notorio para la época.

TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Surtido el trámite en segunda instancia, 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

Sea lo primero indicar que en el presente asunto no es punto de controversia la existencia de la relación laboral entre EMPOPASTO S.A. ESP y los actores, los extremos temporales de la misma, ni la terminación del vínculo contractual por parte de la demandada, hechos que fueron admitidos por la traída a juicio al dar respuesta a la demanda y se corroboran con el contenido de la prueba documental arrimada al expediente. Definido lo anterior, pasa la Sala a,

PLANTEAR EL PROBLEMA JURÍDICO

En virtud de los argumentos expuestos en el recurso de alzada, le corresponde a esta Sala de Decisión analizar: *¿Cuál es el alcance de la Convención Colectiva de Trabajo y la carga de la prueba?; para luego descender al análisis del caso concreto y establecer en primer término si la Convención Colectiva de Trabajo cuya aplicación se pretende*

fue aportada con los requisitos legales, y si les asiste a los actores los derechos convencionales reclamados en la demanda, de ser así, cómo deben liquidarse los mismos, si hay lugar a condena por concepto de pensión sanción y perjuicios morales y materiales.

SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURIDICOS PLANTEADOS.

SOBRE EL ALCANCE DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO Y LA CARGA DE LA PRUEBA.

El artículo 467 del Código Sustantivo del Trabajo, define la Convención Colectiva de Trabajo como: "*la que se celebra entre uno o varios empleadores o asociaciones patronales, por una parte, y uno o varios sindicatos o federaciones sindicales de trabajadores, por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia*."

De acuerdo con la anterior definición, la Convención Colectiva es un acto bilateral que busca mejorar el catálogo de derechos y garantías mínimas que las normas legales otorgan a los trabajadores, de allí que tenga un carácter esencialmente normativo.

El artículo 468 del Código Sustantivo del Trabajo, establece el contenido de la Convención Colectiva de Trabajo y en tal virtud prevé: "*Además de las estipulaciones que las partes acuerden en relación con las condiciones generales de trabajo, en la convención colectiva se indicarán la empresa o establecimiento, industria y oficios que comprenda, el lugar o lugares donde ha de regir la fecha en que entrará en vigor, el plazo de duración y las causas y modalidades de su prórroga, su desahucio o denuncia y la responsabilidad que su incumplimiento entrañe."; en tanto que el artículo 469 ibídem consagra: "La convención colectiva debe celebrarse por escrito y se extenderá en tantos ejemplares cuantas sean las partes y uno más, que se depositará necesariamente en el Departamento Nacional de Trabajo, a más tardar dentro de los quince (15) días siguientes al de su firma. Sin el cumplimiento de todos estos requisitos la convención no produce ningún efecto*."

La referida norma, consagra las formalidades de que debe gozar la Convención Colectiva para que produzca efectos jurídicos, esto es, que se celebre por escrito y que necesariamente se surta su depósito dentro del término legal, tema sobre el cual emitió pronunciamiento la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 378 del 24 de enero de 2018, con ponencia del Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas, radicación 64611[2].

Ahora bien, los actos jurídicos formales son de dos clases i) Actos solemnes (ad solemnitatem o ad sustantiam actus) y; ii) Actos formales (ad probationem). De acuerdo con ello, la Convención Colectiva como acto jurídico regulador de las relaciones entre el empleador y sus trabajadores es un acto solemne y por tanto la existencia de un derecho convencional no puede acreditarse por otro medio de prueba diferente a la misma convención, pues es jurídicamente imposible deducir derechos por fuera de lo que encierra su texto normativo y en consecuencia, una vez se ha probado la existencia y contenido de la norma convencional, sus efectos obligatorios y generales no son susceptibles de ser desconocidos por las autoridades judiciales.

En relación con la carga de la prueba, según el artículo 167 del C.G.P., aplicable en este proceso por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, es el demandante quien tiene la

[2] "*De antaño, la jurisprudencia de la Sala ha entendido la exigencia consagrada en la norma legal no solo como una formalidad, sino además, como un requisito asociado estrechamente a la existencia misma del convenio colectivo de trabajo, no tanto por blindar con mayores garantías los derechos de los trabajadores beneficiarios de la convención, como sí por la necesidad de revestir de certeza ante las partes y frente a terceros la existencia del acto y la correlativa generación de efectos del mismo. Al respecto, vale la pena rememorar lo dicho por esta Sala, en sentencia CSJ SL8718-2014: En cuanto a la aplicación que reclama la acusación, en este caso de los postulados constitucionales de prevalencia del derecho sustantivo y de la situación más favorable al trabajador en caso de duda en la aplicación e interpretación de las fuentes formales del derecho, debe decirse que no es válido invocar estos principios para suplir la falta de una exigencia prevista por la ley como condición imprescindible del acto solemne para que se constituya en un acto jurídico válido, dotado de poder vinculante, pues la razón de ser de este medio de prueba es precisamente dar certeza a las partes y a terceros sobre la existencia del acto, y su consecuente generación de efectos, precisamente con el propósito de garantizar sus derechos, de manera que la ausencia de una exigencia requerida para la validez de un acto no puede identificarse como un problema de conflicto de normas, de interpretación de las mismas o simplemente de una formalidad superflua, pues se trata de un asunto de derecho probatorio*".

obligación de probar los supuestos de hecho en que fundamenta sus pretensiones y es por ello que de conformidad con el contenido del artículo 61 del CPTSS, en casos como estos en que la ley exige una solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio.

ANÁLISIS DEL CASO CONCRETO

Se reclama en la demanda la aplicación de las cláusulas tercera y décima séptima parágrafo II, de la Convención Colectiva de Trabajo vigente al interior de la demandada entre 1999 y 2002, suscrita entre EMPOPASTO y el SINDICATO DE TRABAJADORES DEL ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE PASTO el 23 de agosto de 1999, cuya copia reposa entre folios 49 y 77 del expediente, misma que fue depositada ante la Dirección de Trabajo e Inspección y Vigilancia Regional Nariño, el 9 de septiembre de 1999 (folio 486), esto es, dentro del término previsto en el artículo 469 del C.S.T., por lo tanto la misma cumple con la solemnidad prevista en la referida normatividad.

Ahora bien, de conformidad con la prueba documental que reposa en autos, LILIA MORENO ORDOÑEZ, JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA, se vincularon como trabajadores oficiales a EMPOPASTO el 6 de junio de 1990, 4 de septiembre de 1989 y 7 de junio de 1990 (folios 245, 345 y 403), respectivamente, y laboraron para la entidad hasta el 31 de mayo de 2015, pues a partir del 1º de junio de esa anualidad, fueron suprimidos los cargos de trabajadores oficiales (folios 195 a 205), siendo beneficiarios en consecuencia, de la Convención Colectiva de Trabajo en que sustentan sus pretensiones, por expresa disposición de la cláusula primera del referido acuerdo colectivo (folio 49)[3].

Así las cosas, se tiene que la cláusula tercera convencional determina en caso de despido injusto una indemnización de acuerdo con el artículo 64 del C.S.T. incrementado tres (3) veces más, y sin detrimento de la indemnización de perjuicios a que haya lugar, estableciendo en el parágrafo de la referida cláusula, los factores que constituyen salario para efecto de la indemnización[4].

De acuerdo con lo anterior, teniendo en cuenta el tiempo de servicios de cada demandante, de conformidad con la liquidación efectuada por la Sala y que se dispondrá glosar al expediente, para que haga parte del acta de esta audiencia, se tiene que LILIA MORENO ORDOÑEZ, tendría derecho con un salario base de liquidación de $2'180.334,04 a una indemnización por despido injusto convencional equivalente a $292'035.556,60, y como la demandada le pagó por este concepto la suma de $269'736.331,00, le adeuda $22'299.225,60; mientras que la indemnización correspondiente a JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA, es del orden de $311'169684,17 y como la demandada le canceló a la terminación de la relación laboral $300'791.188,00, le adeuda $10'378.496,11. Con respecto a FANNY YOLANDA PAZ OJEDA, la indemnización convencional es del orden de $291'297.075,15, y como la demandada le canceló a la terminación de la relación laboral $269'706.916,00, le adeuda $21'590.159,15.

Lo anterior, conlleva a revocar la sentencia apelada, para condenar a la demandada a cancelar el excedente adeudado por este concepto en favor de los demandantes.

DE LOS PERJUICIOS MATERIALES Y MORALES

Se reclama en la demanda perjuicios materiales por lucro cesante futuro y daño emergente, sin que en autos se encuentren demostrados los mismos, circunstancia que impide a la Sala su reconocimiento.

---

[3] "***I.- BENEFICIOS DE ORDEN JURÍDICO. CLAUSULA PRIMERA*** *Los trabajadores al servicio de la Empresa de Obras Sanitarias de Pasto, EMPOPASTO S.A., tienen el carácter de trabajadores oficiales cuya vinculación a la misma se regirá mediante Contrato de Trabajo para los efectos que señale la Ley, quienes igualmente gozarán de las prestaciones legales y extralegales consagradas en diferentes Convenciones Colectivas suscritas entre la Empresa y el Sindicato y las que se establezcan.*
"La presente Convención Colectiva de Trabajo se aplicará a los trabajadores de la Empresa de Obras Sanitarias de Pasto "EMPOPASTO S.A." ***vinculados mediante contrato de trabajo a término indefinido***." (Resalta y Subraya la Sala).

[4] "*PARAGRAFO: Para liquidar la indemnización de que trata la Cláusula Tercera, se entiende o constituye salario no solo la remuneración ordinaria, fija o variable, sino todo lo que recibe el trabajador en dinero o en especie como contraprestación directa del servicio, sea cualquiera la forma o denominación que se adopte, como primas, sobresueldos, bonificaciones habituales, valor del trabajo suplementario o de horas extras, valor del trabajo en días de descanso obligatorio.*
En caso de liquidación o privatización de la Empresa se aplicarán las mismas indemnizaciones anteriores."

Igualmente se afirma que a causa del despido por parte de EMPOPASTO S.A. E.S.P., los demandantes sufrieron stress laboral, circunstancia que afectó igualmente a su grupo familiar, a quienes la entidad debe cancelar perjuicios morales, argumentando el recurrente por activa que resulta muy difícil demostrar los mismos, siendo un hecho notorio para la época.

En lo que respecta, a los perjuicios morales solicitados por la parte activa del contradictorio, considera necesario esta Colegiatura aclarar que de conformidad con lo expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 20 de febrero de 2004, radicación 22.015, es procedente el cobro de perjuicios morales que puedan derivarse del despido, para lo cual es necesario que exista un daño, que éste se encuentre probado en el proceso y que se demuestre la relación de causalidad entre el hecho del despido y el daño ocasionado.

De acuerdo con lo anterior, no hay ninguna oposición a que un ex trabajador tenga derecho a reclamar indemnización por perjuicios materiales y morales que le haya ocasionado la ruptura de su contrato de trabajo; sin embargo, conforme a las previsiones del artículo 167 del C.G.P., aplicable al procedimiento del trabajo y de la seguridad social, deberá probar y determinar en nexo de causalidad entre daño ocasionado y despido, sin que en el plenario exista prueba fehaciente de que algún miembro del grupo familiar de cualquiera de los demandantes, haya sufrido problemas psicológicos o patológicos derivados de la ruptura del contrato de trabajo de las citadas, y si bien el hecho del despido puede generar sentimientos de angustia a su grupo familiar, no necesariamente por ello, hay lugar al reconocimiento de la indemnización de perjuicios, cuando no obra prueba que permita a la Sala determinar su causación y que demuestre la relación de causalidad entre el hecho del despido y el daño o entre este último y las circunstancias alegadas como generadoras del perjuicio ocasionado a sus familiares, por manera que no hay lugar a impartir condena por este ítem.

DE LA PENSION DE JUBILACION

Aduce el apoderado de la parte actora que debió ordenarse la pensión de jubilación convencional a sus representados, pero lo cierto es que no le asiste la razón al recurrente por activa, toda vez que de conformidad con la cláusula décima séptima de la Convención Colectiva de Trabajo 1999 – 2002, para hacerse acreedor a dicha prestación, era necesario estar vinculado con la empresa demandada a 31 de diciembre de 1995, requisito que cumplen los demandantes, si se tiene en cuenta que LILIA MORENO ORDOÑEZ, empezó a trabajar con EMPOPASTO el 6 de junio de 1990 (folio 245), JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA se vinculó con la demandada el 4 de septiembre de 1989 (folio 345) y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA el 7 de junio de 1990 (folio 403).

Sin embargo, a cada uno de los demandantes para el 31 de diciembre de 1995, les faltaba más de 18 años de servicios para jubilarse, por consiguiente, no son acreedores a la pretendida prestación convencional, por cuanto para esa data, a LILIA MORENO ORDOÑEZ, le hacían falta 19 años, 5 meses y 4 días para completar los 25 años de servicios, a JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA 18 años, 8 meses y 2 días y a FANNY YOLANDA PAZ OJEDA 19 años, 5 meses y 5 días, por manera que al no reunir los requisitos establecidos en la cláusula convencional (folios 57 a 59), esta pretensión no prospera.

EXCEPCIONES

Ante las conclusiones a las que llegó la Sala quedan sin piso jurídico las excepciones formuladas por pasiva incluida la de prescripción, pues entre la fecha de terminación de la relación laboral, la de reclamación administrativa y la formulación de la demanda no transcurrió el término trienal contemplado en el artículo 151 del C.PT.S.S.

COSTAS

Conforme con el resultado de la apelación, las costas de primera instancia correrán a cargo de EMPOPASTO S.A. E.S.P. entidad que deberá pagar en favor de LILIA MORENO ORDOÑEZ, JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA, por concepto de agencias en derecho el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente para cada uno de ellos.

En segunda instancia no se condenará en costas por no haberse causado.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, La Sala de Decisión 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 la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 21 de enero de 2019, objeto de apelación, por las razones indicadas en precedencia, para en su lugar:

SEGUNDO: CONDENAR a la **EMPRESA DE OBRAS SANITARIAS DE PASTO EMPOPASTO S.A. E.S.P.**, a pagar a LILIA MORENO ORDOÑEZ, JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA, de condiciones civiles acreditadas en juicio, la suma de $22'299.225,60, $10'378.496,11 y $21'590.159,15, respectivamente, por concepto de saldo insoluto de indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de los demás cargos formulados en su contra por los actores.

CUARTO: CONDENAR en costas de primera instancia a EMPOPASTO S.A. E.S.P. a favor de LILIA MORENO ORDOÑEZ, JHON JAIRO ESPAÑA GARCIA y FANNY YOLANDA PAZ OJEDA, entidad que deberá pagar a cada uno los citados, por concepto de agencias en derecho, la suma de $828.116,00, equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO: SIN COSTAS en segunda instancia por no haberse causado.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada al dar contestación a la acción.

SÉPTIMO: GLOSAR a la presente acta de audiencia, la liquidación efectuada por la Sala.

NOTIFÍQUESE EN ESTRADOS Y DEVUÉLVASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. 227.

Se declara surtida la presente audiencia y en constancia se firma por los que en ella intervinieron.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

CLARA INÉS LOPEZ DAVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

ACCIÓN DE TUTELA – Vulneración de derechos fundamentales que afectan a su vez derechos colectivos.

Quedó demostrado que se han conculcado las garantías fundamentales invocadas por activa, al no contar con una adecuada red hospitalaria, unidades de cuidados intensivos, personal médico capacitado y demás insumos pertinentes, para atender de manera efectiva la alarmante cifra de ciudadanos contagiados por el virus COVID-19, reportados hasta el momento en ese territorio nacional.

ACCIÓN DE TUTELA- Procedencia excepcional frente a derechos colectivos: Requisitos

"*(i) existan otras personas en la misma situación; (ii) exista identidad de derechos fundamentales violados; (iii) en el hecho generador; (iv) deudor o accionado; además de (v) un derecho común a reconocer; y, finalmente, (vi) identidad en la pretensión*".

"(…) constata esta Corporación el cumplimiento de las anteriores exigencias, toda vez que coinciden los actores en manifestar su deseo de representar a la población residente en la zona de la Costa Pacífica y Piedemonte Costero Nariñense, invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida y salud de dicho grupo poblacional, en ocasión de la severidad con que la pandemia por el virus COVID-19 ha atacado a ese territorio, sin que el Gobierno Nacional, Departamental y Local, hubieran actuado con diligencia y eficacia para menguar el impacto de la epidemia en los habitantes de esa zona geográfica".

ACCIÓN DE TUTELA – Procede cuando al encontrarse acreditados los requisitos de subsidiariedad y perjuicio irremediable.

Se demostró que la acción popular es ineficaz en este asunto "*por encontrarse suspendidos los términos judiciales para ese tipo de trámite procesal (…). Es claro para esta Colegiatura, que la solicitud de protección superior impetrada por el accionante y coadyuvantes, atiende plenamente el cumplimiento de los anteriores postulados, en tanto que los hechos narrados en los escritos petitorios, muestran a detalle la inminencia en la necesidad de adoptar medidas efectivas, para atender la epidemia ocasionada por el virus COVID-19, en ese sector de la geografía nariñense*".

MAGISTRADA PONENTE
DRA. CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
ACCIÓN DE TUTELA Nº 2020 – 00011 – 00 (114)

San Juan de Pasto, veintisiete (27) de mayo de dos mil veinte (2020).

Se decide, dentro de la oportunidad legal, la acción de tutela interpuesta por **DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ** contra **la PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUMACO, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E.**

1.- ANTECEDENTES:

DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ, instauró acción de tutela en contra de la **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUMACO, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E.,** con el fin de que esta Corporación, en sentencia de mérito, tutele sus derechos fundamentales a la salud y vida, y de los habitantes de los Municipios de la Costa Pacífica Nariñense: Tumaco, Barbacoas, Magüí Payán, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Santa Bárbara (Iscuandé), Olaya Herrera (Bocas de Satinga), Mallama (Piedrancha), Ricaurte, Mosquera y Francisco Pizarro (Salahonda), a fin de que se ordene la articulación interinstitucional necesaria para consolidar un sistema de atención integral, que establezca condiciones, procedimientos y mecanismos adecuados para enfrentar la pandemia del COVID-19 en la Costa Pacífica y el Piedemonte Costero Nariñense.

La solicitud anterior se fundamentó en los siguientes,

1.1.- HECHOS:

Refirió el accionante, que el 7 de enero de 2020 ante la identificación del nuevo Coronavirus COVID-19, la Organización Mundial de la Salud – OMS declaró la emergencia de salud pública de importancia internacional y el 11 de marzo hogaño, declaró que la epidemia había adoptado carácter de pandemia.

En consecuencia, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, expidió la Resolución No. 385 de 2020, declarando la emergencia sanitaria en todo el territorio nacional y mediante Decreto 457 del 22 de marzo hogaño, el Gobierno Nacional impartió instrucciones en virtud de la emergencia sanitaria, como el aislamiento preventivo obligatorio desde el 25 del mismo mes y año, hasta el 13 de abril; medida que fue prorrogada en tres ocasiones, y al momento de la formulación de la tutela se conocía que avanzaría hasta el 25 de mayo de la presente anualidad.

Que el 3 de abril de 2020, el MINISTERIO DE SALUD publicó en su página web, la estrategia denominada "*Expansión hospitalaria para atención del COVID-19*", que contiene 9 componentes principales de acción, así:

1. *Lineamientos de gestión diagnóstica y tamizaje poblacional.*
2. *Procedimiento para la atención ambulatoria.*
3. *Plan de acción de prestación de servicios.*
4. *Lineamiento ampliación infraestructura.*
5. *Programa territorial suficiencia de oferta.*
6. *Paquete básico de beneficios.*
7. *Lineamientos para redes de servicios y EPS.*
8. *Transporte asistencial de casos COVID-19.*
9. *Telesalud COVID-19.*

Afirmó que según certificado del DANE, el Distrito de Tumaco cuenta con más de 257.000 habitantes y limita con la provincia Esmeraldas en Ecuador, país que a la fecha de presentación de la acción de amparo, registraba un total de 30.419 contagiados y 2.327 fallecimientos, lo que equivale a una tasa de mortalidad por 100.000 habitantes de 13.62% y de contagio de 178.05%, en ambos casos, entre las más altas de Latinoamérica, siendo en Colombia de 0.96% y 23.39%, respectivamente.

Que conforme al informe oficial emitido por el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, la situación en el Departamento y en especial en Tumaco, se ha visto afectada con las condiciones padecidas por el vecino país, de ahí que Nariño figura como el 8º departamento con más contagios en Colombia, de los cuales el 85.1% se localiza en Municipios limítrofes con el Ecuador, así: Tumaco (165), Magüí Payán (1), La Tola (1), Mosquera (1), Ipiales (109), Cuaspud (6) y Cumbal (4).

Teniendo en cuenta el total poblacional de Tumaco, que asciende a 257.052 habitantes, la tasa de contagios por cada 100 habitantes es de 54.6%, es decir, más del doble que la nacional que es de 23.39%, y la mortalidad en 5.7%, siendo la nacional del 4.1%.

Consideró que la dramática diferencia está en el número de Unidades de Cuidados Intensivos, que conforme a la información oficial del país, en la ciudad de Tumaco no se cuenta con ninguna, siendo que en Colombia asciende a un total de 5.462.

Que esa localidad cuenta con el HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y el CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E., para la atención de la población de ese Municipio y los adyacentes, es decir, para aproximadamente 450.000 ciudadanos, y en vista de que no poseen unidades de cuidados intensivos, se han visto en la obligación de remitir a los pacientes a la ciudad de Pasto, desplazamiento que dura en promedio 6 horas, lo cual afecta las posibilidades de supervivencia de los contagiados, razón por la cual consideró vulnerados los derechos fundamentales a la salud y vida, en cabeza de la población de ese territorio.

2.- TRÁMITE IMPARTIDO

Mediante auto del 13 de mayo de 2020, esta Sala asumió el conocimiento de la presente acción de tutela imprimiéndole el trámite preferencial y sumario previsto en el Decreto 2591 de 1991, decretando las pruebas allegadas al plenario y las que de oficio se consideraron pertinentes, así como vinculando al **DEPARTAMENTO DE NARIÑO, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, ALCALDÍA DISTRITAL DE TUMACO, MIGRACIÓN COLOMBIA, MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E.** y corriendo traslado al **MINISTERIO PÚBLICO**, para que actúe dentro de la acción tuitiva en defensa del interés público.

En la misma providencia se decidió negar por improcedente la solicitud de medida provisional, por considerar que la misma únicamente podría ser impuesta, de encontrarse evidenciada la conculcación de las garantías constitucionales invocadas por activa y haberse garantizado en el trámite tutelar, el ejercicio de los derechos de defensa y contradicción a todos los sujetos procesales intervinientes.

3.- RESPUESTA DE LOS ACCIONADOS, VINCULADOS Y COADYUVANTES

3.1.- DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA

La Dra. MARÍA CAROLINA ROJAS CHARRY, en calidad de apoderada del PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA y del DEPARTAMENTO ADMINISTRATIVO DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, mediante escrito arribado a esta Sala el 14 de mayo de 2020, refirió que conforme al artículo 215 de la Constitución Política, el estudio de conveniencia, oportunidad, legalidad y constitucionalidad de todo lo que tenga que ver con los actos expedidos con ocasión de una crisis grave como la que vivimos y en estados de excepción, corresponde exclusivamente a la Corte Constitucional, al Congreso de la República y al Consejo de Estado.

Señaló que las autoridades territoriales deben poner todo el esfuerzo y recursos en fortalecer la red pública de salud, de cara al COVID-19 y la propagación del virus y en calmar las necesidades básicas de alimentación de la población más vulnerable.

Afirmó que en la presente acción, se configura la falta de legitimación en la causa por pasiva del PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA, toda vez que ninguna de las facultades y competencias presidenciales tienen que ver con lo pretendido por quien acciona y solicitó se declare la improcedencia del trámite superior.

3.2.- INSTITUTO NACIONAL DE SALUD

El Dr. LUIS ERNESTO FLÓREZ SIMANCA, en calidad de Jefe de la Oficina Asesor Jurídica del INSTITUTO NACIONAL DE SALUD, mediante memorial No. 2-1200-2020-001817 fechado a 15 de mayo de 2020, refirió que esa es una entidad de naturaleza científica y técnica, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio propio creado por el Decreto 470 de 1968, con cambio de naturaleza mediante el Decreto 4109 de 2011 y reestructurado a través de los Decretos 2774 y 2775 del 28 de diciembre de 2012, adscrita al Ministerio de Salud y Protección Social, perteneciente al Sistema General de Seguridad Social en Salud y al Sistema Nacional de Ciencia, Tecnología e Innovación.

Acorde con lo anterior, todas las entidades que participan en los procesos de vigilancia en Salud Pública (IPS, EAPB, INS vigilancia laboratorio), deben cumplir con las funciones establecidas por el marco normativo que establece y describe el Sistema Nacional de Salud Pública.

Que corresponde a esa entidad recolectar el flujo de información de interés en salud pública y definir las funciones particulares de cada actor desde el nivel municipal, departamental, distrital y de este hasta los niveles nacional e internacional, atendiendo lo descrito; es así, como desde la IPS que detecta el caso de COVID 19 (SARSCoV2), la información fluye por el Sistema de Vigilancia en Salud Pública Nacional, hasta el nivel nacional para la toma de decisiones.

Aseguró que esa entidad entregó el modelo de transmisión epidemiológica SIR, que fue elaborado por el Observatorio Nacional de Salud y que contiene los indicadores de tasa de contagio, mortalidad y clasificación de gravedad de los casos con estimaciones derivadas del modelo.

Teniendo en cuenta que los datos sobre casos de contagio de COVID 19 (SARSCoV2), varían constantemente, informó que se ha creado un espacio dentro de la página institucional del INS, donde se pueden verificar en tiempo real los casos informados, los cuales se detallan por departamentos y municipios de Colombia.

3.3.- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO

La Dra. CAROLINA JIMÉNEZ BELLICIA, en calidad de delegada del MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, mediante oficio No. 2-2020-019797 del 18 de mayo de 2020, manifestó que las pretensiones de la acción no son compatibles con la naturaleza de la acción de tutela, toda vez que se fundamentan erróneamente en un supuesto de vulneración que no ha ocurrido y en consecuencia, solicitó se deniegue el amparo, toda vez que el accionante no logró comprobar si quiera un perjuicio irremediable, que pueda llegar a surgir con la prestación de servicios de salud en el Municipio de Tumaco.

Recordó que desde la declaratoria del estado de emergencia, la prioridad ha sido atender las necesidades y requerimientos del sector salud relacionados con la pandemia, y que la función de ese Ministerio se encuentra limitada a la asignación global de recursos, a las entidades que conforman el presupuesto público nacional, más no como órgano ejecutor del sistema y por lo tanto, solicitó se absuelva a esa cartera Ministerial de la presente acción constitucional.

3.4.- MIGRACIÓN COLOMBIA

La Dra. GUADALUPE ARBELÁEZ IZQUIERDO, Jefe de la Oficina Asesora Jurídica de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA – UAEMC, mediante memorial allegado a esta Corporación el 18 de mayo de 2020, afirmó que esa entidad es la encargada de ejercer las funciones como autoridad de vigilancia y control migratorio, verificación y extranjería del Estado Colombiano, además de implementar mecanismos de facilitación relacionadas con el proceso de control migratorio, tanto de ingreso como de salida del país, de ciudadanos nacionales y extranjeros.

A raíz de la declaratoria del estado de emergencia sanitaria por parte del Gobierno Nacional, se procedió al cierre de los pasos marítimos, terrestres y fluviales fronterizos con la República del Ecuador, exceptuando de este cierre, los tránsitos que deban realizarse por razones de caso fortuito o fuerza mayor y el transporte de carga.

Igualmente, se procedió a cerrar los Puestos de Control Migratorio de Rumichaca, Chiles y Tumaco, en coordinación con las autoridades de la Policía Nacional, Ejército Nacional y autoridades de salud municipal y departamental.
En consecuencia, al considerar que esa entidad no ha vulnerado derecho fundamental alguno, por no ser la entidad competente para prestar servicios de salud, extender la capacidad hospitalaria, ampliar la capacidad de transporte para hospitalización o dotar de pruebas de detección del COVID-19, solicitó denegar las pretensiones y ser desvinculada de la acción de tutela, por falta de legitimación en la causa por pasiva.

3.5.- SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD

La Dra. ROCÍO RAMOS HUERTAS, en calidad de Asesora del Despacho del SUPERINTENDENTE NACIONAL DE SALUD, informó a esta Sala mediante oficio No. 2-2020-53516 del 15 de mayo de 2020, que la acción tutelar no posee legitimación en la causa por pasiva, toda vez que la vulneración de los derechos que se alega, no deviene de una acción u omisión atribuible a esa entidad.

Igualmente predicó que el actor no cuenta con legitimación en la causa por activa, toda vez que se basa en supuestos, pero no identifica a las personas perjudicadas por los hechos expuestos en la tutela, ni advierte ser agente oficioso en casos específicos que requieran inmediata intervención de la justicia para reparar el derecho fundamental cuya inobservancia amenaza la vida y la salud de un paciente en particular y por lo anterior, solicitó la desvinculación de esa entidad en el trámite tuitivo.

3.6.- DEPARTAMENTO DE NARIÑO

La Dra. ANA MARÍA GONZÁLEZ BERNAL, en calidad de jefe de la Oficina Jurídica de la entidad departamental, mediante memorial fechado a 15 de mayo de 2020, informó a esta Corporación que mediante Decreto 401 del 15 de julio de 1993, se organizó el Sistema de Salud del Departamento de Nariño y se creó el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, definido como un establecimiento público descentralizado del orden departamental, dotado de personería jurídica, patrimonio propio y autonomía administrativa, con una Junta Directiva, un Director nombrado por el Gobernador del Departamento y una planta de personal, ente regulado por la Ley 10 de 1990 y a las demás disposiciones que le son aplicables como establecimiento público.

Por lo anterior, consideró que la acción de tutela carece de legitimación en la causa por pasiva, toda vez que como presupuesto procesal, se exige que la persona contra quien se incoa, sea la autoridad o el particular que efectivamente vulneró o amenaza vulnerar el derecho fundamental invocado, a contrario sensu, la acción no resulta procedente si quien desconoció o amenaza desconocer el derecho no es el demandado, sino otra persona o autoridad.

Detalló extensamente las actividades y estrategias implementadas por la Gobernación de Nariño para menguar el efecto de la pandemia en el territorio nariñense y solicitó se declare improcedente el amparo impetrado, toda vez que no existe ningún hecho u omisión atribuible al Departamento de Nariño, que pueda predicarse como una afectación de los derechos fundamentales en cabeza del accionante.

3.7.- INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO

La Dra. DIANA PAOLA ROSERO ZAMBRANO, en calidad de directora del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, mediante memorial fechado 15 de mayo de 2020, explicó que esa entidad ha realizado el procesamiento de muestras COVID-19 en los 64 municipios del Departamento de Nariño, con un total de 2.939 e informó que el laboratorio de salud pública del IDSN cuenta con 20.700 insumos para el procesamiento de ese tipo de pruebas, con una capacidad de procesamiento de 100 muestras diarias.

Que en razón de la emergencia sanitaria declarada por el Gobierno Nacional, el Gobernador de Nariño mediante Decreto 155 del 17 de marzo de 2020, declaró la calamidad pública en el Departamento y ordenó por parte del Consejo Departamental de Gestión de Riesgo de Desastres, la elaboración de un plan de acción específico para atender la crisis y superar la emergencia suscitada por el COVID-19.

Sin embargo, aclaró que la prestación y financiamiento de servicio de toma y procesamiento de las pruebas, son de competencia de la EPS a la cual se encuentra afiliado el usuario, con cargo a la UPC.

Que una de las estrategias adoptadas es el fortalecimiento de la atención y servicios de salud pública de la población en situación de emergencia social, económica y ecológica en el Departamento de Nariño, con los recursos provenientes del Sistema General de Regalías Regionales y/o recursos propios de la Gobernación de Nariño.

Afirmó que el IDSN está apoyando técnicamente en la estructuración del proyecto de ampliación de la red hospitalaria para COVID-19 y su alcance es dotar de Unidades de Cuidados Intensivos e Intermedios, con equipos biomédicos pertinentes, como: monitores, bombas de infusión, succionadores, entre otros.

Que el proyecto en comento tiene un valor aproximado de $54.000.000 y una vez en firme, la Secretaría de Planeación Departamental de Nariño y el Sistema General de Regalías, realizarán el cargue al SUIFP-SGR para luego ser presentado al OCAD en pos de su aprobación.

Manifestó que el proyecto fortalecerá los hospitales públicos entre ellos, el Hospital Universitario Departamental de Nariño, Hospital Civil de Ipiales y el Hospital San Andrés de Tumaco, con 20 camas de cuidados intensivos y 30 de hospitalización, y recordó que en el caso de Tumaco, son las IPS del Municipio las responsables de la ejecución del plan de acción en relación con las fases y con los recursos que dada la emergencia sanitaria, disponga el Gobierno Nacional, Departamental y Municipal, correspondiéndole al IDSN la verificación de las condiciones de habilitación de cada servicio.

3.8.- HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E.

El Dr. PEDRO ESPITIA MANCIPE, en calidad de Agente Especial Interventor del HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E, mediante escrito fechado a 15 de mayo de 2020, informó que ese ente es el único referente hospitalario de segundo nivel de la Costa Pacífica Nariñense, donde su margen de población supera los 460.000 habitantes, distribuidos en 10 municipios.

Informó que con recursos propios, adecuó una zona de aislamiento desde los primeros casos confirmados de contagio por COVID-19, lo cual ha permitido atender de manera independiente a los pacientes contagiados y a los que asisten por otro tipo de patologías, reduciendo el riesgo de contaminación.

Que adelantó ante la Gobernación de Nariño, las gestiones necesarias para la puesta en funcionamiento de la Unidad de Cuidado Intensivo por 10 cubículos, la cual es vital para la disminución de pérdidas humanas derivadas de la pandemia, e informó que se han puesto en marcha las medidas encaminadas a obtener recursos y donaciones desde distintos sectores, para prestar el servicio de forma continua.

3.9.- CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E.

La Dra. CAROLINA FARINANGO HERNÁNDEZ, en calidad de Gerente del CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E., manifestó a esta Sala mediante oficio de fecha 18 de mayo de 2020, que a raíz de la declaratoria de la pandemia, esa entidad creó una carta de navegación y planteó estrategias de prevención, intervención, respuesta y atención del COVID-19, en concordancia con los lineamientos establecidos por la OMS, el MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO.

Que la entidad dispuso de una zona aislada para presuntos pacientes contagiados con COVID-19, con acceso diferente a los otros servicios y dentro del plan de contingencia, capacitó al talento humano necesario para la atención y el direccionamiento de las personas con sintomatología presuntiva de infección respiratoria aguda y COVID-19.

3.10.- PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN

El Dr. MARIO RIGAUR SOLARTE ORTEGA, en su condición de Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, mediante memorial arribado a esta Colegiatura el 16 de mayo hogaño, señaló que la acción tuitiva interpuesta por DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ presenta como objeto de análisis, la disponibilidad de camas UCI en el Municipio de Tumaco y ante la falta de ellas, se ordene la dotación de al menos 10 camas de este tipo en forma provisional, respiradores artificiales y bombas de oxígeno.

Dice actuar en representación de la población de la Costa Pacífica Nariñense, constituido por 9 Municipios con aproximadamente 450.000 habitantes, lo que evidencia que no tiene la legitimación en la causa por activa, lo cual pretende derivar de su domicilio en la ciudad de Tumaco y sitio donde desarrolla sus actividades laborales, pues según su criterio, el habitar en ese territorio lo pone en riesgo.

Sin embargo, no refiere ningún presupuesto fáctico que permita determinar cómo se ven afectados sus derechos fundamentales de manera concreta y particular, pues sus apreciaciones son de carácter general, impersonal e hipotéticas.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio Público consideró que la acción de tutela se torna improcedente, pues no cumple con los requisitos jurisprudenciales para que se viabilice excepcionalmente su estudio, al existir el mecanismo pertinente que es la acción popular.

Además de lo anterior, por la complejidad de la situación que requiere la implementación de políticas públicas que permitan conjurar la crisis, dotar de elementos indispensables al sector salud del Municipio de Tumaco que afectan el presupuesto público, así como también por el carácter técnico y científico que implica tomar medidas administrativas y de políticas públicas en medio de la pandemia, consideró que se está frente a una controversia que suscita un debate probatorio especialmente complejo que torna la acción de tutela en improcedente, conforme a los preceptuado por la Sentencia T-362 de 2014.

3.11.- COADYUVANTE JHON ALVAREZ MONTOYA

El Sr. JHON ÁLVAREZ MONTOYA, coadyuvó la acción de tutela en curso y manifestó que no es aceptable que se hable de República y existan vastos territorios como el del Pacífico Nariñense, sin garantías de un adecuado sistema de salud.

Impetró nuevas pretensiones para el amparo y consideró que se encuentra legitimado en la causa, porque tiene domicilio y residencia en el Distrito de Tumaco, donde está su familia, bienes, amigos, vocación de trabajo, servicio, permanencia y es usuario como todos los cohabitantes, del sistema de salud.

3.12.- COADYUVANTE CÉSAR AUGUSTO MARÍNEZ ANGULO

El Sr. CÉSAR AUGUSTO MARÍNEZ ANGULO, coadyuvó la solicitud de amparo constitucional, refiriendo que desde el 16 de marzo de la presente anualidad, se encuentran suspendidos los términos de los despachos judiciales conforme al Acuerdo PCSJA20-11549 de mayo 7 de 2020, emitido por el Consejo Superior de la Judicatura y a través del cual prolongó el período de suspensión hasta el 24 de mayo de 2020.

Las acciones populares, de grupo y de cumplimiento, establecidas en la Ley 472 de 1998, que pueden ser un mecanismo expedito para este tipo de escenarios, no se encuentran dentro de las excepciones previstas en el acuerdo mencionado, por lo que hace viable la acción de tutela, al no existir otro medio de defensa judicial para los derechos colectivos.

Que el Pacífico Nariñense, está conformado por zonas que tienen una identidad representada y comparte unos intereses, cosmovisiones y procedimientos, entre los cuales destaca, la presencia mayoritaria de las comunidades negras e indígenas (pueblo AWA), como las organizaciones que los representan, entre ellos los consejos comunitarios y los resguardos indígenas.

Señaló que es importante que se coordine de manera interinstitucional desde el Gobierno, Departamento, Municipios, Distrito y Hospitales, la puesta en marcha de acciones específicas y estratégicas, tendientes a superar las condiciones existentes en el territorio y hacer que los derechos no se conviertan en nugatorios.

Que en la actualidad no existen las condiciones que permitan afirmar que se entregaron efectivamente los elementos médicos y petitorios de esta acción y que hubieran desaparecido las condiciones de vulnerabilidad del sistema de salud en ese territorio y, por lo tanto, la protección constitucional se convierte en un elemento de seguimiento de las órdenes, políticas públicas, directrices y estrategias para armonizar el sistema de salud y garantizar la vida de la población en condiciones dignas.

3.13.- COADYUVANTE OSCAR ISAAC REINEL ROSERO

El Sr. OSCAR ISAAC REINEL ROSERO, coadyuvó la presente solicitud tutelar y afirmó que la curva de contagio solo en Tumaco, sin incluir, los demás municipios de la Costa Pacífica y el Piedemonte Costero, se encuentra en fase de expansión, y que cualquier persona que tenga conocimientos mínimos de epidemiología, puede inferir que en ese territorio se encuentran muy lejos de aplanar la curva de contagios.

Que la infraestructura hospitalaria que se encuentra en el territorio es completamente insuficiente, para paliar los efectos de la pandemia, que tiene un índice de letalidad alto, y que, teniendo esa zona, solo un tercio de la población total del Departamento, está colocando más del 57% de los muertos por el virus, situación aberrante y desproporcionada, que radica en la falta de atención médica y personal hospitalario en esa región geográfica.

Solicitó nuevas pretensiones y consideró que se encuentra legitimado en la causa, por ser representante de los egresados de la Universidad de Nariño y abogado litigante, que nació y ha vivido en Tumaco y, por lo tanto, es potencial usuario de los servicios de salud.

3.14.- COADYUVANTE GUILLERMO GARCÍA REALPE

El Dr. GUILLERMO GARCÍA REALPE, coadyuvó la acción de amparo constitucional en curso y manifestó que se encuentra legitimado en la causa por activa, al ostentar el cargo de Senador de la República, razón por la cual asegura actuar en ejercicio del mandato popular, de los sufragantes en los municipios afectados por la pandemia, en la costa nariñense.

Señaló que la acción de tutela es procedente como mecanismo transitorio de protección de derechos fundamentales, puesto que no existe otro mecanismo de defensa eficaz, en tanto que el Acuerdo PCSJA20-11549 del Consejo Superior de la Judicatura, determinó prorrogar la suspensión de términos judiciales por motivos de salubridad pública y fuerza mayor.

Adicionó pretensiones y solicitó que se prevenga a la autoridad con base en el artículo 24 del Decreto 2591 de 1991, mediante la presentación de informes periódicos al despacho en lo concerniente a los avances y ejecución de los gastos que emanen de la orden que dicte el juez de tutela, así mismo, se ordene la creación de una mesa de trabajo que agrupe los entes territoriales de nivel Nacional, Departamental y Municipal, para la solución pronta de los problemas de salud expuestos por el accionante.

3.15.- COADYUVANTE JUAN LUIS CASTRO CÓRDOBA

El Sr. JUAN LUIS CASTRO CÓRDOBA, coadyuvó la solicitud tuitiva y señaló que se encuentra legitimado en la causa por activa, por fungir actualmente como Senador de la República y contar desde su rol político, con conocimiento de temas relacionados con las condiciones del sistema de salud en Colombia, aspectos que ha profundizado en el marco de su actividad legislativa.

Manifestó que en reiteradas ocasiones dentro de esta crisis, ha pedido públicamente al Gobierno Nacional una actitud mucho más activa por parte de las Fuerzas Militares en materia de sanidad para mitigar la pandemia y en debates en el Senado de la República, ha pedido al Ministro de Salud la implementación de un Plan de Atención Urgente para el Pacífico Colombiano y la ciudad de Tumaco.

3.16.- COADYUVANTE EULIQUIO BIOJO GUEVARA

El Sr. EULIQUIO BIOJO GUEVARA, coadyuvó la presente acción de tutela y refirió que como representante legal del Consejo Comunitario Cortina Verde Mandela, ha tenido que comprobar que los promedios de necesidades básicas insatisfechas de los pueblos del Pacífico Nariñense, están por debajo del promedio nacional e hizo un recuento histórico de las dificultades sociales, económicas y culturales que ha padecido ese territorio del departamento de Nariño.

Impetró nuevas pretensiones de amparo y manifestó que la acción de tutela es viable en razón de que es el único mecanismo idóneo vigente en trámite.

3.17.- COADYUVANTE ROSA NOHEMY ERAZO

La Sra. ROSA NOHEMY ERAZO, coadyuvó la presente acción superior y manifestó que en su condición de acompañante del pueblo indígena AWA, ubicado en el territorio del pacífico nariñense, también ha sufrido gran violencia, maltrato, abandono, guerra y desplazamiento forzado, razón por la cual consideró que se encuentra legitimada en la causa por activa.

Solicitó nuevas pretensiones y refirió que si bien las acciones populares, de grupo y de cumplimiento, pueden ser mecanismos expeditos para este tipo de escenarios, no se encuentran actualmente dentro de las excepciones previstas en el acuerdo que dispuso la suspensión de términos judiciales.

4.-CONSIDERACIONES:

4.1.- PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a esta Sala determinar si la presente acción de tutela es procedente o no, ante la posible vulneración de los derechos fundamentales a la vida y salud en cabeza de DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ y en general de toda la población ubicada en la Costa Pacífica y Piedemonte Costero Nariñense, al considerar que la PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA, MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUMACO, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E., han conculcado las garantías fundamentales invocadas por activa, al no contar con una adecuada red hospitalaria, unidades de cuidados intensivos, personal médico capacitado y demás insumos pertinentes, para atender de manera efectiva la alarmante cifra de ciudadanos contagiados por el virus COVID-19, reportados hasta el momento en ese territorio nacional.

4.2.- SITUACION FÁCTICA

De acuerdo con el artículo 86 de nuestra Constitución, la acción de tutela, instituida como un instrumento auxiliar y excepcional con el fin de proteger los derechos fundamentales cuando sean violados o amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad o de los particulares en los casos expresamente señalados por la ley, procede: (i) cuando no existan otros medios de defensa judicial, o (ii) cuando existiendo, no resulten eficaces o idóneos para salvaguardar los derechos fundamentales, en atención a las circunstancias del caso concreto y las condiciones personales del accionante, o (iii) cuando sea imprescindible la intervención del juez constitucional para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable, por cuanto el Decreto 2591 de 1991, en su artículo 6.1, de manera expresa dispone que la eficacia de los medios ordinarios de defensa judiciales será apreciada en el caso concreto.

Claro lo anterior, se tiene que, en el escrito tutelar presentado por el accionante, DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ, se elevan las pretensiones constitucionales en el siguiente tenor:

*"**PRIMERA: TUTELAR LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A LA SALUD EN CONEXIDAD CON EL DERECHO A LA VIDA DE LOS HABITANTES DE LOS MUNICIPIOS DE LA COSTA PACÍFICA NARIÑENSE** Tumaco, Barbacoas, Magüí Payán, Roberto Payán, La Tola, El Charco, Santa Bárbara (Iscuandé), Olaya Herrera (Bocas de Satinga), Mallama (Piedrancha), Ricaurte, Mosquera y Francisco Pizarro (Salahonda), así las cosas, Ordenar a la Presidencia de la República, El Ministerio de Salud, Superintendencia Nacional de Salud, Gobernación de Nariño y Alcaldía Distrital de Tumaco, la articulación interinstitucional necesaria para la consolidación de un sistema de atención integral que establezca condiciones, procedimientos y mecanismos para enfrentar la pandemia del Covid-19 en el pacífico nariñense, garantizando la salud de todos los habitantes del territorio.*

***SEGUNDA**: Ordenar a la Presidencia de la República de Colombia, el Ministerio de Salud y La Superintendencia Nacional de Salud la rápida expansión de la capacidad hospitalaria del Hospital San Andrés de Tumaco, con el incremento de camas de cuidados intensivos, cuidados intermedios y de hospitalización general en un número, en cada caso, definido por los parámetros técnicos que para el manejo de la crisis del COVID19 haya definido el Ministerio de Salud Entre tanto y/o simultáneamente, ampliar la capacidad de transporte, incrementando el número de ambulancias en revisión a que aumente la cantidad de pacientes que deban ser remitidos a pasto (sic) u otras ciudades del País.*

***TERCERA**: Ordenar a la Presidencia de la República de Colombia y el Ministerio de Salud dotar a Tumaco del número suficiente de pruebas de detección del COVID19, con el fin de realizar un tamizaje intensivo que permita la identificación, atención y cerco epidemiológico de las personas infectadas.*

***CUARTA**: Ordenar a la Presidencia de la República de Colombia, el Ministerio de Salud, la Superintendencia Nacional de Salud, La Gobernación de Nariño y La Alcaldía de Tumaco adoptar y coordinar la implementación de las medidas financieras, técnicas, laborales y administrativas complementarias que sean necesarias para el cumplimiento de lo anteriormente ordenado".*

En suma, considera la parte actora que las entidades accionadas conculcaron sus derechos a la vida y salud, y los derechos de quienes habitan en la Costa Pacífica y el Piedemonte Costero Nariñense, al no garantizar unas adecuadas condiciones en la red hospitalaria, para la prestación efectiva de los servicios de salud y conjurar en alguna medida la severa crisis padecida por esa población a raíz de la pandemia provocada por el virus COVID-19.

Pues bien, en torno a esclarecer los aspectos torales que el accionante plantea en su escrito inaugural, la Sala abordará el estudio de los siguientes temas:

4.3.- DERECHO FUNDAMENTAL A LA VIDA Y LA SALUD EN CONDICIONES DIGNAS

Recordemos que nuestra Constitución Política, ha consagrado que 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[1], señalando además que las autoridades están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Como vemos, la preponderancia de la vida, impone al Estado colombiano una clara tendencia a proteger el máximo bien jurídico tutelado, y así lo dispone:

"***ARTICULO 11.*** *El derecho a la vida es inviolable. No habrá pena de muerte*."

Ahora bien, en desarrollo de ello, la Corte Constitucional en sendos pronunciamientos jurisprudenciales ha establecido que:

"La Corte reitera las reglas jurisprudenciales que establecen que el derecho a la vida: (i) tiene una protección prevalente en la Constitución Política de 1991 y en la concepción del Estado Social de Derecho; (ii) constituye un presupuesto indispensable para que una persona pueda ser titular de otros derechos y de obligaciones; (iii) no solamente consiste en la posibilidad de existir, sino que debe presuponer la garantía de una existencia digna y (iv) comprende la protección de otros derechos fundamentales como la salud y la integridad física"[2].

En efecto, el artículo 49 de la Constitución Política de Colombia, modificado por el Acto Legislativo 02 de 2009, consagra el derecho a la salud y establece que "*la atención de la salud y el saneamiento ambiental son servicios públicos a cargo del Estado. Se garantiza a todas las personas el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud*".

Esto se complementa con los diferentes instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad entre los cuales se destacan la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 25), la Declaración Universal de los Derechos del Niño (principio 2) y el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (artículo 12) que contemplan el derecho a la salud y exigen a los estados partes su garantía y protección.

En desarrollo de dichos mandatos constitucionales, la evolución jurisprudencial proferida por el Máximo Órgano de Control Constitucional, dando alcance al espíritu de la Ley Estatutaria 1751 de 2015, le atribuyeron al derecho a la salud el carácter de fundamental, autónomo e irrenunciable, en tanto reconocieron su estrecha relación con el concepto de la dignidad humana, entendido este último, como pilar fundamental del Estado Social de Derecho donde se le impone tanto a las autoridades como a los particulares "*(…) el trato a la persona conforme con su humana condición (…)"[3].*

En consecuencia, que el goce del derecho a la vida y la salud en condiciones de dignidad, ha sido entendido como la posibilidad de todo ciudadano de disfrutar de su existencia, amparado en la protección estatal de las mínimas condiciones de humanidad, pero entendiendo, que la vulneración de la vida no solo debe ser asumida como las actuaciones u omisiones que conducen a extinguir la persona (la muerte), sino todas aquellas situaciones que hacen del vivir, del estar en el mundo, algo insoportable, invivible, indeseable, como por ejemplo la indigencia, una

[1] *Artículo 1º de la Constitución Política de Colombia*
[2] *Sentencia SU-677 de 2017 M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado*
[3] *Sentencia T-010 de 2019 M.P. Cristina Pardo Schlesinger*

enfermedad, el rechazo, vivir alejado de la familia en un lugar extraño, estar privado de la libertad, padecer hambre, etc., que de por sí, no son los escenarios ideales para el ser en plenitud[4].

4.4.- PROCEDENCIA EXCEPCIONAL DE LA ACCIÓN DE TUTELA FRENTE A DERECHOS COLECTIVOS

4.4.1- PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Recordemos inicialmente que la acción de tutela ha sido implementada por el legislador, como un mecanismo de protección de derechos fundamentales y se encuentra regulada a través del Decreto 2591 de 1991, así:

"***ARTICULO 1o. OBJETO.*** *Toda persona tendrá acción de tutela para reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública o de los particulares en los casos que señale este Decreto. Todos los días y horas son hábiles para interponer la acción de tutela.*

La acción de tutela procederá aún bajo los estados de excepción. *Cuando la medida excepcional se refiera a derechos, la tutela se podrá ejercer por lo menos para defender su contenido esencial, sin perjuicio de las limitaciones que la Constitución autorice y de lo que establezca la correspondiente ley estatutaria de los estados de excepción*". (Negrilla fuera de texto)

Si bien es claro, que la acción de tutela se funda en el principio de la Subsidiariedad, también lo es que por vía jurisprudencial la Corte Constitucional ha establecido los siguientes requisitos para viabilizar la acción de amparo de manera excepcional, incluso existiendo otros medios judiciales de defensa, respecto de lo cual señaló lo siguiente:

"*Subsidiariedad. De los artículos 86 de la Constitución Política y 6 del Decreto 2591 de 1991, se desprenden tres escenarios para analizar el requisito de subsidiariedad de la acción de tutela: El amparo resulta procedente: (i) siempre que no existan otros mecanismos ordinarios de defensa, o cuando éstos ya fueron agotados; (ii) cuando existe otro medio de defensa ordinario que puede ser idóneo para solventar la necesidad jurídica de quien interpone la acción, pero es ineficaz para garantizar la salvaguarda de los derechos fundamentales en atención a las circunstancias concretas del caso y a las condiciones del peticionario. En este caso, la acción de tutela procede como mecanismo definitivo de protección; y* ***(iii) cuando existe otro medio de defensa judicial ordinario, pero el afectado se halla en riesgo de un perjuicio irremediable, evento en el cual el amparo deviene como mecanismo transitorio, hasta que el juez ordinario decida de forma definitiva el asunto.***

(…)

No obstante, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la vulneración de un derecho colectivo puede conllevar la afección de derechos fundamentales de carácter individual, caso en el cual la acción de tutela se torna en el mecanismo idóneo y definitivo para su preservación. En este sentido, la Corte ha subrayado que el hecho de que se pretenda la protección de un derecho colectivo no implica per se la improcedencia de la solicitud de amparo"[5]. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Aunado a lo anterior, la Corte Constitucional en la sentencia T-206 de 2019 con ponencia del Dr. Antonio José Lizarazo Ocampo estableció que la acción de tutela es excepcionalmente procedente para dirimir eventuales casos de violación a derechos colectivos, cuando se constate la existencia de un grupo en el cual:

"*(i) existan otras personas en la misma situación; (ii) exista identidad de derechos fundamentales violados; (iii) en el hecho generador; (iv) deudor o accionado; además de (v) un derecho común a reconocer; y, finalmente, (vi) identidad en la pretensión*".

---

[4] *García Arango, Gustavo Adolfo - Derecho a la vida digna El concepto jurídico del dolor desde el Derecho Constitucional, Universidad de Medellín, 2007.*

[5] *Sentencia T-406 de 2018 M.P. Diana Fajardo Rivera*

Al verificar tanto los argumentos esbozados por el accionante DIEGO ALEXANDER ANGULO MARÍNEZ, como los esgrimidos por los coadyuvantes, JHON ALVAREZ MONTOYA, CÉSAR AUGUSTO MARÍNEZ ANGULO, OSCAR ISAAC REINEL ROSERO, GUILLERMO GARCÍA REALPE, JUAN LUIS CASTRO CÓRDOBA, EULIQUIO BIOJO GUEVARA Y ROSA NOHEMY ERAZO, constata esta Corporación el cumplimiento de las anteriores exigencias, toda vez que coinciden los actores en manifestar su deseo de representar a la población residente en la zona de la Costa Pacífica y Piedemonte Costero Nariñense, invocando la protección de los derechos fundamentales a la vida y salud de dicho grupo poblacional, en ocasión de la severidad con que la pandemia por el virus COVID-19 ha atacado a ese territorio, sin que el Gobierno Nacional, Departamental y Local, hubieran actuado con diligencia y eficacia para menguar el impacto de la epidemia en los habitantes de esa zona geográfica.

Los peticionarios solicitan a esta Sala la emisión de varias órdenes que en síntesis persiguen imponer a las autoridades competentes, la implementación armónica e interinstitucional de la ampliación en la red hospitalaria para atención de los pacientes contagiados con COVID-19, específicamente la creación de unidades de cuidados intensivos, ampliación de capacidad para transporte hospitalario y ambulancias, así como los demás suministros necesarios para una adecuada atención médica.

Al evaluar los argumentos arribados por la parte activa del litigio, en relación a la ineficacia que comporta la acción popular para el presente asunto, por encontrarse suspendidos los términos judiciales para ese tipo de trámite procesal, es menester precisar que en efecto, la Corporación evidencia que el CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, mediante Acuerdo PCSJA20-11517 del 15 de marzo de 2020, adoptó y prorrogó dicha medida a través de los Acuerdos PCSJA20-11518, PCSJA20-11519, PCSJA20-11521, PCSJA20-11526, PCSJA20-11532, PCSJA20-11546, PCSJA20-11549 y PCSJA20-11556, este último que dispuso la suspensión de términos judiciales hasta el 8 de junio inclusive, exceptuando algunos trámites judiciales entre los cuales no se encuentra la acción popular.

Así las cosas, al imposibilitarse el acceso a la administración de justicia a través de un proceso idóneo para impetrar la protección de garantías constitucionales, la presente solicitud de amparo cumple con el primer requisito para el análisis de la *Litis*, y por lo tanto, la Sala verificará el segundo de los requisitos indispensables para su estudio, consistente en la configuración de un perjuicio irremediable.

4.4.2.- PERJUICIO IRREMEDIABLE

Según lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991, que reglamenta la acción de tutela, ésta no procede cuando se pretenda proteger derechos colectivos, salvo que se solicite la tutela de derechos fundamentales amenazados o violados en situaciones que comprometan intereses o derechos colectivos, siempre que se trate de impedir un perjuicio irremediable[6].

Es igualmente importante recordar que la Corte Constitucional, frente a este concepto jurídico, ha establecido que:

"*En el evento en que la tutela sea instaurada como mecanismo transitorio, se tendrían que dar las siguientes hipótesis para ser procedente: "(i) que se trate de un hecho cierto e inminente; (ii) que las medidas a tomar deben ser urgentes; (iii) que la situación a la que se enfrenta la persona es grave; y finalmente (iv) que las actuaciones de protección han de ser impostergables*".

Es claro para esta Colegiatura, que la solicitud de protección superior impetrada por el accionante y coadyuvantes, atiende plenamente el cumplimiento de los anteriores postulados, en tanto que los hechos narrados en los escritos petitorios, muestran a detalle la inminencia en la necesidad de adoptar medidas efectivas, para atender la epidemia ocasionada por el virus COVID-19, en ese sector de la geografía nariñense.

4.5.- CASO CONCRETO

[6] *Auto A-186 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.*

Verificada la procedencia de la acción en curso, es deber de la Corporación manifestar inicialmente que no son desconocidos, los múltiples flagelos padecidos por el Municipio de Tumaco y sectores circunvecinos, atacados hace varias décadas por el narcotráfico, corrupción, analfabetismo, pobreza extrema, desplazamiento forzado, entre otros, que han convertido a esta zona en una de las más conflictivas y violentas del país en los últimos años.

Pese a contar con una gran diversidad no solo en su riqueza de flora y fauna, sino por la abundante identidad cultural y étnica de que goza, este hermoso territorio colombiano no ha logrado avanzar económicamente y una de sus claras deficiencias consiste en el limitado acceso a la prestación de servicios de salud con calidad.

La declaración de la Organización Mundial de la Salud, sobre la pandemia ocasionada por el virus COVID-19, ha obligado a nuestro país y en general al mundo entero, a adoptar políticas gubernamentales de urgencia, en virtud del riesgo inminente en que se encuentra la vida misma de la humanidad, en razón de la letalidad y alto índice de contagio del mencionado virus.

Ahora bien, lo cierto es que los primeros brotes de la epidemia se conocieron a nivel mundial en el mes de diciembre del año inmediatamente anterior, lo cual dio un margen de tiempo prudencial al Gobierno Nacional, para preparar los mecanismos, recursos y estrategias a requerir para enfrentar la pandemia.

Así lo confirma el INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, cuando informa en su escrito de contestación, que se encuentra en curso un proyecto por aproximadamente $54.000.000 para ampliar la red hospitalaria del Departamento, en pos de atender con efectividad a los pacientes contagiados con el virus COVID-19.

Sin embargo, coinciden los actores en señalar, que siendo una zona fronteriza con el Ecuador, país donde se ha visto excedida con gran rapidez la curva de contagios masivos, la adopción de las medidas pertinentes en nuestro país no fue diligente, al no contar en ese territorio y hasta el momento de la presentación de la solicitud de amparo constitucional, con ninguna unidad de cuidados intensivos en los dos únicos hospitales ubicados en el Municipio de Tumaco.

Las cifras reportadas a 26 de mayo de 2020, por el INSTITUTO NACIONAL DE SALUD en su página web, informan que en Colombia figuran un total de 23.003 contagiados, 5.511 recuperados y 776 fallecidos[7].

Por su parte, conforme a la información ofrecida en la página web del INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, a la presente fecha en el Departamento se registran un total de 843 contagiados, 127 recuperados y 33 fallecidos[8], siendo realmente alarmante que del total de contagiados, el Municipio de Tumaco cuente con 530, lo cual asciende a un total de 62.87% del total regional, sin tener en cuenta los demás Municipios circunvecinos, que hace más alarmante el escenario.

Se conoce sin embargo, a través de la publicación del IDSN el 21 de mayo de 2020, en la página web http://www.idsn.gov.co/index.php/noticias/5564-en-nuestra-costa-pacifica-hacemos-frente-comun-contra-el-covid-19, que:

"*En Tumaco, en el Día de la Afrocolombianidad, la directora del Instituto Departamental de Salud de Nariño Diana Paola Rosero Zambrano, junto al Gobernador de Nariño Jhon Rojas, hicieron entrega de 5 ventiladores, con los cuales se pondrán a funcionar 5 Unidades de Cuidados Intensivos y 10 de Cuidados Intermedios que ya se habían entregado. En nuestra Costa Pacífica, hacemos frente común contra el Covid-19, para proteger la salud y vida de los nariñenses*".

Por una parte, es menester aseverar que esta Corporación encuentra tardía la asignación de recursos, el avance del proyecto y la aprobación del mismo, con lo que se corrobora la conculcación de los derechos fundamentales a la vida y salud en condiciones dignas, impetrado por la parte actora, pues si bien, el actual panorama de sanidad mundial es novedoso para todos los Estados del planeta y obliga a adoptar medidas a la par de la evolución de la pandemia, lo cierto es, que como se dijo en párrafos anteriores, el Pacífico y Piedemonte Costero Nariñense,

[7] https://www.ins.gov.co/Noticias/Paginas/Coronavirus.aspx
[8] http://www.idsn.gov.co/index.php/covid19/5575-informativo-no-57

presenta condiciones de precariedad en su sistema de salud, que no han sido atendidas oportunamente por parte de las autoridades competentes.

Empero, la información arribada por la GOBERNACIÓN DE NARIÑO y el IDSN en sus escritos de contestación, en relación a que se encuentra en curso una estrategia de ampliación de la capacidad hospitalaria con unidades de cuidados intensivos, se verifica efectivamente en desarrollo y avanzando, con lo cual se demuestra que si bien existe un claro interés por atender la situación de salubridad de la zona del Pacífico Nariñense, aún es incipiente con respecto a la severidad que se ha demostrado de la epidemia en ese sector.

Se sabe además, que en el HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO se adecuó el espacio para diez camas UCI y 70 camas hospitalarias, con capacidad de expansión para otras 70 y que hasta el momento la GOBERNACIÓN DE NARIÑO ha hecho entrega de 5 unidades de cuidados intensivos y 10 camas hospitalarias, lo cual permite entrever que se encuentra pendiente la implementación efectiva del proyecto, sin que el mismo pueda dar mayor margen de espera en razón del latente riesgo que enfrenta la vida de los nariñenses en esa zona geográfica del Departamento.

Tampoco es desconocido, que el costo del mantenimiento del sistema de salud es sumamente alto y que el Gobierno Nacional debe atender a todo el territorio colombiano, lo cual se constituye per se en un tema de suma complejidad, sin embargo, el juez constitucional está llamado a buscar que los derechos fundamentales vulnerados puedan ser materialmente garantizados para su goce pleno y es por lo anterior, que esta Colegiatura concederá el amparo impetrado por activa, de manera transitoria hasta tanto se adelante y decida el presente estudio ante el juez de conocimiento especializado y a través de la acción popular que es idónea para el efecto, una vez se levante la suspensión de términos judiciales dispuesta por el Consejo Superior de la Judicatura para dicho trámite procesal.

En consecuencia y con base en los múltiples razonamientos vertidos en antecedencia, la Sala de Decisión considera pertinente ordenar al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUMACO, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E., que de manera coordinada e interinstitucional, informen, valoren y analicen de manera continua, las necesidades físicas de los centros hospitalarios de Tumaco, para determinar la necesidad de ampliación de unidades de cuidados intensivos, la capacidad de transporte en ambulancias a otros centros hospitalarios del Departamento, la contratación y capacitación de mayor número de personal para la prestación de los servicios de salud y el suministro de elementos físicos, farmacológicos y de bioseguridad para la atención oportuna de la crisis sanitaria padecida en la Costa Pacífica y el Piedemonte Costero Nariñense, en razón de la pandemia por COVID-19.

Para dicho análisis deberá tener en cuenta que la implementación material del mismo debe ser ejecutada a corto, mediano y largo plazo, entendido cada plazo así: corto plazo de ejecución inmediata deberá verse reflejado en un término no mayor a 10 días; mediano plazo efectivamente ejecutados e informar a la corporación en un plazo no mayor a un mes y largo plazo en un término superior a un mes, pero cuya ejecución se debe empezar de manera inmediata; siendo imperante determinar fechas exactas, valores y detalle del proyecto, que deberán ser informadas a esta Sala y al señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, semanalmente para su vigilancia constante, hasta tanto se supere la suspensión de términos antes referida.

5.- DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión 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: CONCEDER transitoriamente el amparo constitucional de los derechos fundamentales a la vida digna y salud, en cabeza de la población residente en la Costa Pacífica y Piedemonte Costero Nariñense, por las razones contenidas en la parte considerativa de la presente providencia.

SEGUNDO: ORDENAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUMACO, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E., que dentro del término improrrogable de cinco (5) días calendario siguientes a la comunicación de la presente providencia, de manera coordinada e interinstitucional informen, valoren y analicen, las necesidades físicas de los centros hospitalarios de Tumaco, para determinar la necesidad de ampliación de unidades de cuidados intensivos, la capacidad de transporte en ambulancias a otros centros hospitalarios del Departamento, contratación y capacitación de mayor número de personal para la prestación de los servicios de salud y suministro de elementos físicos, farmacológicos y de bioseguridad para la atención oportuna de la crisis sanitaria padecida en la Costa Pacífica y el Piedemonte Costero Nariñense, en razón de la pandemia por COVID-19.

TERCERO: ORDENAR al MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL, SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD, DEPARTAMENTO DE NARIÑO, INSTITUTO DEPARTAMENTAL DE SALUD DE NARIÑO, ALCALDÍA MUNICIPAL DE TUMACO, HOSPITAL SAN ANDRÉS DE TUMACO E.S.E. y CENTRO HOSPITAL DIVINO NIÑO DE TUMACO E.S.E., que una vez realizado el análisis ordenado en el numeral primero de la presente providencia y de manera inmediata, alleguen un informe ante esta Corporación, que deberá contener datos exactos sobre la implementación y ejecución material del proyecto, a corto, mediano y largo plazo, en los términos indicados en la parte considerativa de esta providencia, esto es: corto plazo de ejecución inmediata deberá verse reflejado en un término no mayor a 10 días; mediano plazo efectivamente ejecutados en un plazo no mayor a un mes y largo plazo en un término superior a un mes, pero cuya ejecución se debe empezar de manera inmediata; siendo imperante determinar fechas exactas, valores y detalles del proyecto, a fin de que esta Sala pueda ejercer la debida vigilancia al cumplimiento del mismo, para lo cual deberán presentar informes tanto a la Corporación como al señor Procurador 30 Judicial II para Asuntos del Trabajo y de la Seguridad Social semanalmente, hasta tanto se supere la suspensión de términos judiciales vigente en razón del Acuerdo PCSJA20-11556 del 22 de mayo de 2020 del Consejo Superior del a Judicatura, y la parte accionante pueda adelantar la acción popular ante la jurisdicción contencioso administrativa.

CUARTO: **COMUNICAR** mediante el medio más eficaz por la Secretaría de la Sala lo aquí resuelto tanto a la parte accionante como a los sujetos accionados, vinculados y requeridos.

QUINTO: **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, si este fallo no es impugnado dentro del término de su ejecutoria.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

La anterior providencia fue discutida y aprobada en sesión de esta fecha según acta No. En constancia se firma por los intervinientes.

CLAUDIA CECILIA TORO RAMÍREZ
Magistrada Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

...

JURISPRUDENCIA SALA PENAL

...



Magistrados:

- Dr. Héctor Roveiro Ágredo León.
- Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno.
- Dr. Franco Solarte Portilla.
- Dr. Silvio Castrillón Paz.

FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN CALIFICACIÓN JURÍDICA – VARIACIÓN –
Le corresponde a la Fiscalía General de la Nación definir la acusación, escogiendo en los tipos penales establecidos con correspondencia a la situación fáctica ocurrida, teniendo en cuenta todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar; lo cual permitirá que la defensa pueda desarrollar en forma eficaz su derecho de contradicción.

CALIFICACIÓN JURÍDICA – VARIACIÓN: El componente jurídico es variable no así el componente fáctico.

VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – CONGRUENCIA FLEXIBLE: Al ser la calificación jurídica provisional se puede variar por cualquier tipo penal dentro del código, lo fundamental es que se respete el núcleo fáctico, que sea un delito de menor entidad y las partes hayan tenido la posibilidad de contradicción, lo cual no afecta la Congruencia.

USO DE LAS DECLARACIONES ANTERIORES INCONSISTENTES CON LO DECLARADO EN JUICIO COMO MEDIOS DE PRUEBA - Requisitos para su admisibilidad y valoración.

RETRACTACIÓN - Valoración del testimonio: Análisis comparativo entre las diferentes versiones y en conjunto con el material probatorio obrante dentro del proceso.

SENTENCIA CONDENATORIA – Requisitos.

Hay lugar a proferir sentencia condenatoria en contra del procesado, pues pese a que el ente acusador se equivocó al efectuar la adecuación típica, existe una situación fáctica que ha resultado inalterable, que desde la formulación de imputación se ha mantenido y que denota la existencia de una situación irregular que afecta el desarrollo sexual de los menores, lo cual hace factible que, sin vulnerar el Principio de Congruencia al darse los presupuestos para ello, la calificación jurídica pueda con los medios probatorios legalmente aducidos al debate oral, enmarcarse en otro comportamiento, en tanto no es posible adecuar los hechos a la estructura del artículo 208 del Código Penal pero si respecto del artículo 209, el cual abarca comportamientos diferentes al acceso carnal que pueda ser sujeto pasivo un menor.

En el presente asunto las víctimas no fueron accedidas, pero si convencidas, persuadidas de realizar prácticas sexuales no apropiadas para su edad; situación que no afecta el derecho de defensa del procesado por cuanto se ha permitido realizar la contradicción en ejercicio de sus derechos y garantías y no puede decirse que se lo ha sorprendido con la condena por un hecho diferente. Se condena al sentenciado, pues no obstante los testigos de cargo se retractaron de sus dichos y en tanto se cumplen los requisitos es procedente la admisión como prueba de los documentos que contienen las declaraciones anteriores y que resultan inconsistentes con lo que han declarado en juicio, determinándose que las últimas versiones no son creíbles y que valoradas en conjunto con el restante material probatorio debatido, se adquiere el conocimiento más allá de toda duda razonable respecto de la materialidad del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente	**:**	Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N°	**:**	52678600053120150028
Número Interno	**:**	19674
Conducta Punible	**:**	Acceso Carnal Abusivo con menor
Sentenciado	**:**	GAMB
Decisión	**:**	Revoca Sentencia
Aprobado	**:**	Acta N° 32 de 28 octubre de 2019

San Juan de Pasto, treinta y uno de octubre de dos mil diecinueve
(Hora: 09:00 a.m.)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe la Sala entrar a estudiar el recurso de apelación que dentro de la oportunidad legal formuló y sustentó el representante del ente instructor en contra de la providencia emitida el 17 de noviembre de 2016 por medio de la

cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego (N), absolvió de los cargos presentados en su contra al señor GAMB.

1. Los hechos

Del recuento fáctico expuesto en el escrito de acusación, mismo que se basa en la denuncia presentada en el caso y las valoraciones psicológicas efectuadas sobre los dos menores víctimas, se tiene lo siguiente.

Los gemelos BDMB y HRMB, de doce (12) años de edad, para el año 2014, mantenían una relación cercana con el procesado dada su condición de docente. El primero, relata que GAMB solía gastarle cosas y pagar sus deudas en la tienda y que en una oportunidad se quedó a dormir en su casa despertando desnudo. Agrega que en aproximadamente cuatro oportunidades sostuvo relaciones sexuales con el procesado, pero que era él quien se encargaba de efectuar penetraciones vía anal a su docente, en tanto que éste se masturbaba. El segundo, por su parte señaló que en una oportunidad accedió a penetrar vía anal a su profesor, a cambio de dinero.

2. Antecedentes procesales y providencia impugnada

2.1. El tres de marzo de 2016, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Sotomayor se solicitó orden de captura en contra de GAMB, y concedida, se hizo efectiva en la misma calenda.

En el mismo despacho judicial se adelantó la audiencia de formulación de imputación, oportunidad en la que se formuló cargos por el delito contenido en el artículo 208 del C.P., atinente a la conducta de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, oportunidad en la que no se aceptó la conducta punible.

El 6 de mayo de 2016 se radicó escrito de acusación[1], cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego, Despacho Judicial que avocó el conocimiento y fijó como fecha para la realización de la audiencia de formulación de acusación el 27 de mayo de 2016[2]; fecha en la que en efecto se realizó acusando al procesado como responsable de la conducta contenida en el artículo 208 del C.P., y se fijó el 21 de junio de 2016 como día para la realización de la audiencia preparatoria[3].

Tras algunos aplazamientos, la última diligencia en mención finalmente se llevó a cabo el 7 de julio de 2016[4], en tanto que la audiencia de juicio oral tuvo lugar entre los días 11 de agosto, 1 de septiembre y 5 de octubre de 2016[5], siendo que en la última oportunidad se anunció un sentido de fallo absolutorio.

2.2. En la providencia apelada[6], de la cual se dio lectura el 17 de noviembre de 2016, el a quo luego de recordar los fácticos del asunto, los antecedentes de la actuación y efectuar la individualización del procesado, sentó las consideraciones del caso.

En el punto, comenzó por hacer alusión a la postura asumida por las partes, para pasar a hacer una valoración jurídica de la prueba con el fin de responder los cuestionamientos de las partes intervinientes.

Así, indicó que la realidad nacional y la modernización del Estado exigen que el derecho penal sea en esencia garantista y protector de los derechos fundamentales, señalando que el principio rector es el de la dignidad humana.

Seguidamente trae a colación el artículo 7 inciso 4 y el artículo 381 del C.P., con el fin de recordar que para condenar se requiere de un conocimiento más allá de toda duda razonable acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio oral y público. Además, señala que conforme al contenido

[1] Folios 1-6
[2] Folio 7
[3] Folios 11-13
[4] Folios 35-38
[5] Folios 40-41, 55-60, 65-67
[6] Folios 72-89

del artículo 9 de la misma normativa, para que una conducta sea punible se requiere que sea típica, antijurídica y culpable.

En ese orden, refirió que luego de haber escuchado los testimonios llevados a juicio, revisadas las pruebas documentales y las opiniones periciales, era dable concluir que en el asunto existe atipicidad de la conducta punible investigada o inexistencia de la misma, tal y como se describe en el artículo 208 del C.P., pues en el caso los menores no fueron accedidos carnalmente, esto, conforme a la definición del artículo 212 de la misma normativa, pues al parecer fueron aquellos quienes accedieron vía anal al acusado.

Señala que no es posible aceptar los argumentos de la Fiscalía para emitir un fallo condenatorio por el reato de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, y que aquel tampoco se presenta en el caso traído como ejemplo por el ente acusado en el cual una mujer mayor induce a un menor para que la acceda carnalmente, pues en dicho evento lo que se puede configurar es el delito contenido en el artículo 209 del C.P.

Agrega que para el caso los hechos se ajustan a las descripciones del último delito en mención, situación que se acredita a partir de las declaraciones rendidas por los menores y su tía, pues aunque aquellos se retractaron, la Fiscalía válidamente impugnó credibilidad, siendo claro para la judicatura que aquellos dijeron la verdad en las versiones que arrojaron inicialmente. Sin embargo, a juicio del *a quo*, la Fiscalía no varió o modificó la acusación como era su deber hacerlo, siendo imposible para sí emitir una condena por un delito por el cual no se ha solicitado ese efecto, pasando a citar jurisprudencia que trata de la posibilidad de condenar por un delito diferente al acusado, siempre y cuando de manera expresa así lo haya solicitado el ente acusador.

Así las cosas refiere que si bien los medios probatorios dieron cuenta de la configuración del delito de actos sexuales con menor de 14 años, el Juzgado se encuentra vedado para modificar de oficio la acusación, pues se está en un sistema adversarial o de partes, en el que rige lo contemplado en el artículo 448 del CPP, según el cual el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación ni por delitos respecto de los cuales no se ha solicitado condena.

A continuación trajo a colación jurisprudencia respecto de la duda razonable, la presunción de inocencia y la certeza probatoria para condenar, lo anterior a efectos de indicar que en el caso existe atipicidad del delito por el cual se imputó y acusó a GAMB, por la elemental razón de que el acusado no accedió carnalmente a los menores.

Finalmente, también con apoyo jurisprudencial, hizo alusión a la atipicidad de la conducta, esto con el fin de indicar que con los medios probatorios allegados al proceso no era posible efectuar un juicio de responsabilidad contra el acusado por el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en tanto que los hechos investigados no se encajan dentro de esa descripción legal, aunque si en otra tipificación, insistiendo en el hecho de que no le era posible emitir una condena por un delito diferente al acusado so pena de haber acreditado su concurrencia.

Con lo anterior, resolvió absolver al procesado de los cargos endilgados y compulsar copias contra los menores BDMB y HRMB, a su tía RMMR, para que se adelante un proceso por falso testimonio.

3. Sustentación del recurso

El señor Fiscal 47 Seccional de Samaniego, inconforme con la decisión de primera instancia la apeló buscando su revocatoria para que, de manera principal, se condene a GAMB como responsable del delito de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años, o para que, subsidiariamente, se haga por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, bajo los siguientes términos.

Como primera medida señala que el *a quo*, partiendo del hecho de que quienes efectuaron la penetración en el caso fueron los menores, concluyó que la conducta endilgada resultaba atípica, realizando así una interpretación excesivamente gramatical del contenido del artículo 208 del C.P., pues aunque acepta que existieron los actos sexuales abusivos por parte del profesor, señaló que la Fiscalía no varió o mutó la calificación jurídica, por lo que no podía emitirse una condena en los términos solicitados.

Señala el recurrente que en el caso debe efectuarse un análisis de cada uno de los componentes dogmáticos de la conducta punible y observarlo desde su aspecto objetivo; así, partiendo del sujeto activo, señaló que el mismo puede ser cualquier persona indistintamente de su género, por lo que aceptar la tesis del *a quo* sería tanto como descartar a las mujeres como posibles autoras de dicho punible.

En lo que atañe al sujeto pasivo indica que de la descripción típica objetiva se extracta que es un hombre o una mujer menor de 14 años, así cualquier género puede ser víctima independientemente de que sea o no el sujeto pasivo de la relación sexual como tal, pues la prohibición es la mediación en la relación sexual, el aprovechamiento de la condición de inferioridad en razón de la edad.

Continuando trae a colación el bien jurídico protegido, indicando que se trata de la libertad y formaciones sexuales, insistiendo en el hecho de que lo que se reprime es el abuso de las condiciones de inferioridad o incapacidad en las que se presume legalmente se encuentra un menor de 14 años, pues se da por sentada la incapacidad para determinarse y actuar libremente en el ejercicio de la sexualidad, explicando que la ley ha determinado que a esa edad se debe estar libre de inferencias en materia sexual, prohibiendo las relaciones de dicha índole con ellos.

Aunado a lo anterior, señala que la relación sexual, como la ocurrida en el caso, esto es, la penetración con miembro viril vía anal en un varón mayor de edad, tampoco se adecua a las descripciones típicas del artículo 209 conforme lo sostiene el *a quo*, pues en ese contexto no se vislumbran las descripciones típicas, en tanto que no existen actos diversos al acceso carnal, no se realizan actos sexuales en presencia de menores de edad, pues los menores víctimas son los verdaderos protagonistas del acceso carnal, con lo que considera que el hecho efectivamente se encaja en los postulados del artículo 208 del C.P.

Así las cosas, indicó que en el caso al estar en zonas de penumbra, la interpretación del juzgador debe hacerse en favor de los derechos de los menores.

Claro lo anterior y con el fin de sustentar la pretensión subsidiaria, trajo a colación la sentencia con radicado No. SP8398-2016, que hace relación a la variación del *nomen iuris*, esto es, las condiciones para que el juez pueda condenar por un delito diferente al que fue objeto de imputación. Solicitando que con base en dicho recuento jurisprudencial, mismo que da la posibilidad al juzgador de condenar por un delito menos grave así la Fiscalía no lo haya pedido en el decurso procesal, solicitó que se condene al procesado por el delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el señor Fiscal 47 Seccional de Samaniego contra la sentencia de 17 de noviembre de 2016 emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Samaniego, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. Problema a resolver

De conformidad con la situación procesal presentada, la Sala encuentra que el problema a resolver radica en determinar si es factible sin afectar el principio de congruencia realizar el análisis con los medios probatorios debidamente aducidos de un punible distinto al acusado.

3. De la formulación de acusación.

La consagración del sistema penal acusatorio en la forma como lo tiene establecido el artículo 250 de la Carta Política, le otorga la facultad a la FGN para que adelante el ejercicio de la acción penal en aquellos eventos que revistan características delictuales, esta delegación al ente investigador le reviste de plena atribución para adecuar el comportamiento punible de acuerdo a aquel acontecer fáctico.

La demarcación de este importante aspecto tiene la trascendencia de conceder la oportunidad para que quien se encuentre vinculado a la actuación penal, pueda ejercer su defensa de una forma adecuada.

Quiere decir lo anterior, que la forma como la FGN defina la acusación, realice ese proceso de escogencia en los tipos penales establecidos por el legislador con correspondencia a la situación fáctica ocurrida, para lo cual debe tener en cuenta todas las circunstancias de tiempo, modo y lugar; permitirá que la defensa pueda desarrollar en forma eficaz su derecho de contradicción.

La acusación es un acto importante, se ha dicho por la jurisprudencia que se trata de un acto complejo, escrito de acusación más audiencia de formulación de acusación, que va a corresponder al marco dentro del cual debe emitirse la sentencia, es por ello que se ha indicado que tiene un componente personal, fáctico y jurídico; y que debe ser clara, precisa, concreta.

No ha sido poca la jurisprudencia que hace énfasis sobre la definida demarcación de los hechos jurídicamente relevantes que deben expresarse en el escrito de acusación, es por ello que se ha dicho:

"Hechos jurídicamente relevantes. Según la Corte Suprema de Justicia "la relevancia jurídica de hecho está supeditada a su correspondencia con la norma penal". De esta forma, "los hechos jurídicamente relevantes son los que corresponden al presupuesto fáctico previsto por el legislador en las respectivas normas penales" (…). Su presentación debe hacerse en forma sucinta, de suerte que el operador jurídico pueda advertir el foco de la respectiva situación fáctica". (CSJ SP 5660. Radicado 52311 de fecha 11 de diciembre de 2018).

Entonces el hecho jurídicamente relevante está supeditado a la facilidad con que lo factual describa la hipótesis que contiene el código penal en su descripción como delito de una situación concreta.

Ello significa que la enmarcación que realiza el ente acusador, pueda al final del juicio con los medios probatorios legalmente aducidos enmarcarse en otro comportamiento, lo que permite replicar que la calificación jurídica que se hace es provisional sin que el núcleo fáctico cambie, en otras palabras, el componente jurídico es variable no así el componente fáctico.

Todo lo anterior supone que la audiencia de formulación de acusación no puede realizarse en cualquier tiempo, es obvio que dado el sistema que nos rige, sistema acusatorio, es el ente acusador quien para llegar a este vital momento debe tener su investigación lo más íntegra posible, lo que le va a permitir realizar una adecuación jurídica conforme el grado de conocimiento exigido para ese momento probabilidad de verdad, es decir que la conducta si existió y que el imputado es autor o participe.

Corolario de lo anterior, la calificación jurídica que la fiscalía otorgue a la situación fáctica sucedida, no pude ser cuestionada por el Juez, por las partes ni los intervinientes, salvo las observaciones que ellos pueden sobre la concurrencia de los requisitos legalmente indicados (Artículo 339 CPP), por ello es que se ha indicado que dicho acto no tiene un control material por el Juez de Conocimiento sino formal.

4. Del principio de Congruencia.

Dada la metodología utilizada para la elaboración de la providencia, iniciamos con el primer acto procesal de trascendencia dentro del proceso penal, y que como se dijo establece el marco dentro del cual se va a desarrollar el proceso, y permite el ejercicio concreto del derecho de defensa.

Es decir, establecido unos derroteros sobre una determinada acusación; en este contexto se aplica el debido proceso y el derecho de defensa como garantías para el enjuiciado, es a lo que vamos a llamar el principio de congruencia, consagrado en el artículo 448 del CPP, así: "*El acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*".

Inicialmente diremos que resulta obvio y garantista en atención a que existiendo una acusación por una situación fáctica definida enmarcada en un tipo penal específico, consecuencia lógica es que los alegatos conclusivos y la sentencia emitida correspondan con esa acusación, se itera con ese marco establecido; y resultaría ilógico que se

vaya a proferir sentencia condenatoria por un distinto delito del cual la defensa no tuvo la oportunidad de controvertir.

De ahí la relevancia de los componentes de la acusación, elemento personal, fáctico y jurídico, por cuanto la congruencia de la acusación con la sentencia debe ser en estos tres aspectos, la misma persona identificada en contra de la que se presentó acusación debe ser la condenada, el mismo núcleo fáctico y la descripción jurídica.

La jurisprudencia de la CSJ Sala de Casación Penal radicado 52321 del 13 de junio de 2018 ha dicho:

"68. Se ha dicho en concreto que se quebranta el principio de congruencia, en el marco de la Ley 906 de 2004, si se está frente a determinadas circunstancias, las cuales fueron compendiadas en la decisión AP4064-2016 y reiteradas en la SP107-2018. Esto es, cuando:

"(i) Se condena por hechos distintos a los contemplados en las audiencias de formulación de imputación o de acusación, o por delitos no atribuidos en la acusación.

(ii) Se condena por un delito que no se mencionó fácticamente en el acto de formulación de imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación.

(iii) Se condena por el delito atribuido en la audiencia de formulación de la acusación, pero se deduce, además, circunstancia genérica o específica de mayor punibilidad no imputada en la acusación.

(iv) Se suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la acusación.

Es de anotar que frente a la primera de las aludidas hipótesis, la Corte tiene dicho también que la vulneración del principio de congruencia, en lo referente a la imputación fáctica, se produce siempre que se desconozca el núcleo esencial de la misma".

Este listado de formas de vulneración de este axioma, en su mayoría denotan el desconocimiento por un núcleo fáctico, el cual cobra relevancia desde la formulación de imputación donde también se hace la exigencia al ente investigador de la *relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes* (Artículo 288 núm. 2 CPP), situación fáctica que debe ser idéntica a la presentada en la audiencia de formulación de acusación, por ello se habla de la correspondencia fáctica en estos dos momentos.

Claro es que el desarrollo del proceso penal es realizado por seres humanos, indiscutible que se presenten diversas interpretaciones al encuadrar los comportamientos ontológicos en los tipos penales, es por ello que aquel principio de la congruencia se ha modulado para que respetando el marco fáctico –que resulta inalterable- pueda obtener otra calificación jurídica siempre y cuando resulte benéfica para el acusado.

Lo que se ha indicado es que esa variación sea de tal magnitud que le haya permitido a la defensa realizar la contradicción correspondiente en el ejercicio de sus derechos y garantías y que no sea sorprendida con la condena por un hecho diferente.

Al respecto la CSJ ha dicho en AP 1898 de fecha 22 de mayo de 2019, con radicado 52947:

"La congruencia no puede entenderse como una exigencia de perfecta armonía e identidad entre la acusación y el fallo, sino como garantía en cuanto a que el proceso transita alrededor de un eje conceptual fáctico-jurídico, que sirve como marco y límite de desenvolvimiento y no como una atadura irreductible, merced a lo cual el ente investigador puede solicitar condena por un delito diverso del formulado en la acusación siempre que la nueva tipicidad guarde identidad con el núcleo básico y que no implique desmedro de la situación del encausado."

Y en esa posibilidad de cambiar el marco de la acusación ha dicho la jurisprudencia[7]:

[7] CSJ SP 2390 del 22 de febrero de 2017. Radicación 43041

"1.2.1. Pues bien, la jurisprudencia ha sido consistente en señalar que la posibilidad de que el juez profiera sentencia por comportamientos punibles diversos a los contenidos en la acusación, está sometida a que: i) la nueva conducta corresponda al mismo género; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii)) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ SP, 15 oct. 2014, rad. 41253 y CSJ SP, 25 jun.2015, rad. 41685)."

Es a lo que se llama congruencia flexible, según la providencia de la CSJ Sala de Casación del 25 de mayo de 2015, radicado 44287. Y en decisión del 30 de noviembre de 2016 con radicación 45589, y ratificado en radicado 51513 del 29 de agosto de 2018 dijo la CSJ que la identidad del bien jurídico en el nuevo comportamiento no era presupuesto del principio de congruencia por lo cual la modificación se podía realizar dentro de todo el código penal, es decir que hoy se puede variar así no corresponda dentro del mismo título, capítulo y no sea el mismo bien jurídico, lo fundamental para que pueda realizarse la variación es que se respete el núcleo fáctico, que sea un delito de menor entidad y las partes hayan tenido la posibilidad de contradicción.

3. Del caso en concreto

El caso que hoy ocupa la atención de la Sala tiene una particularidad bien importante y está referida a que en la sentencia de primera instancia se llega a la conclusión que para el caso del delito acusado de acceso carnal abusivo con menor de 14 años se presenta una atipicidad relativa y que dada la estructura del sistema acusatorio, no puede el Juez variar la calificación jurídica dada por el ente acusador, por lo tanto considera que esta impedido para dar un fallo condenatorio por el delito de actos sexuales con menor de catorce años.

En el proceso penal adelantado en el Juzgado promiscuo del Circuito de Samaniego (N), la fiscalía formuló acusación por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en calidad de autor material y a título de dolo[8], en los mismos términos solicitó condena al momento de los alegatos de conclusión[9].

En principio podemos decir que la absolución que se ha dado no obedece a la no concurrencia de los hechos o a la no participación del acusado, sino que el esquema del sistema oral por esencia de partes imponía a la entidad instructora la obligación de efectuar una correcta adecuación jurídica y los criterios jurisprudenciales imperantes imposibilitaban que el Juez de Conocimiento realizara una enmarcación típica distinta a la expuesta en la formulación de acusación.

Resulta necesario para la Sala, hacer énfasis en los aspectos importantes de la formulación de imputación y formulación de acusación. Como en precedencia se anotó, son dos momentos procesales importantes y que tienen como elemento común la relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, de igual manera ya se dijo que tal aspecto tiene que ver con la adecuación a esos elementos estructurales del tipo penal por el cual se comunica o se acusa al procesado, es por lo que jurisprudencialmente se ha diferenciado de los hechos indicadores y de los medios de prueba (CSJ SP 8 mar. 2017, Rad.44599).

Para la correcta adecuación típica, se debe tener en cuenta todas las circunstancias genéricas y específicas que agraven o atenúen el comportamiento, ello por cuanto van a modificar los límites punitivos, además este componente fáctico detallado en su totalidad permite una mejor aplicación a efectos de la adecuación que corresponde, sin ambigüedades, para la total claridad de las partes e intervinientes en el ejercicio del derecho a la contradicción, es a lo que se llama juicio de imputación.

Entonces, si la FGN tiene bajo su monopolio el ejercicio de la acción penal, la labor de la correcta adecuación jurídica es de su resorte exclusivo, y ya en reiterada jurisprudencia se ha dicho que el Juez no tiene el control material de la acusación, por ende debe mirar en que tipo penal encaja mejor una conducta para que iniciado el proceso penal se pueda llegar a un fallo correcto.

Para el caso en comento debemos decir que se ha tramitado el proceso de forma normal, por una situación fáctica definida, el acceso carnal que realizan los menores BDMB y HRMB al docente y acusado GAMB, la fiscalía

[8] CD audiencia formulación de acusación minuto 15:22
[9] CD alegatos de conclusión minuto 39:22

considerando se dan los presupuestos estructurales del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, así presentó la formulación de imputación, la acusación y la realización de la audiencia en la que se enmarca el proceso penal en el mismo delito y se solicita la condena por idéntico delito; la defensa por su parte en los alegatos de conclusión señala que el hecho es atípico por cuanto obra un vacío sustancial que impide que se adecúe a aquel delito, y haciendo el análisis del dicho de los menores y sus familiares señalan que ni siquiera hay delito, se dice que lo que la tía vio son unos actos y se solicita se absuelva o se condene por injurias por vías de hecho. Así, la judicatura absuelve indicando que no se estructura el punible por el cual se acusa, pues lo que se evidenció fue la existencia de unos actos sexuales, pero ante la imposibilidad de modificar la calificación jurídica lo propio era absolver.

En ese escenario, conviene ver lo que las pruebas nos arrojan, así:

La FGN empieza su práctica probatoria, tomando el testimonio de quien en la época de los hechos era el comisario de familia del lugar, Luis Ernesto Miranda Cerón, ciudadano que narra que se entera de lo que estaba sucediendo por la rectora y la orientadora social de la institución que van hasta su despacho, resolviendo llamar a la tía de los menores dado que la abuela estaba en lugar alejado, a quien le toma entrevista y la nota preocupada por lo que estaba sucediendo; arguye que la psicóloga de aquella dependencia realiza las valoraciones a los menores, destacando que uno de los niños estaba afectado dado el temor que le generaba que lo traten de homosexual. Con este testigo ingresan las valoraciones mencionadas de los menores BD y HR, al igual que la entrevista a la señora RMMR.

El anterior es entonces un testimonio desprovisto de interés alguno en las resultas del proceso, por el contrario su declaración espontánea, clara, detallada, con fácil recuerdo de lo sucedido, vemos que está narrando lo que directamente ha percibido y que le permitió iniciar la ruta para la atención a los menores. Importante por cuanto indica con claridad que debido a la información de las autoridades del colegio donde estudiaban los menores es que se activa la protección de los mismos; tomando como prueba de referencia de este testimonio, que son estas autoridades las que le indican lo que ocurría con estos menores y el docente hoy acusado.

Por su parte, la psicóloga de la comisaria de familia de los Andes, Patricia Rojas Caicedo, indicó que vio a uno de los menores (DB) triste, pero coherente, en tanto que en su narración dice como suceden los hechos y que su tía una vez los vio. Respecto del otro menor indicó que llegó llorando, y en su narración dijo que fue solo una vez. Señala que al momento de valorarlos a los dos son creíbles en sus manifestaciones y que al examen mental están orientados.

Dicho testimonio resulta importante dado que nos cuenta de forma directa como estaban los menores, uno de ellos triste, otro llora, pero en términos generales orientados, su narración coherente y ubicados en tiempo y espacio, y claramente nos dice que el sentimiento que presentan los menores es visible, al punto que se cuestionó sobre la intervención en crisis para uno de ellos.

Se tiene también la declaración de la señora RMMR, tía de los menores, quien señala que conoce al docente, que se preocupó porque el sobrino no llegaba a casa, salió a buscarlo y encuentra a BD donde el profesor Morán, vio a través de la ventana a las dos personas adentro, que vio sombras, que no estaban los dos solos y finalmente señala que con rabia piensa cualquier cosa; dice que fue llevada por la rectora a la comisaria y que le dijeron que eso quedaba ahí, dio entrevistas a la comisaria y a la fiscalía.

En esta oportunidad la fiscalía utiliza la entrevista que ella ha rendido ante ese ente, en la que se lee que ella fue a buscar a su sobrino a la casa del docente, golpeó y como no abren observa por la ventana a su sobrino estaba boca arriba y el profesor encima dándole besos, su sobrino vestido y el profesor sin camisa, con rabia continua golpeando, sin conseguir ser atendida, hasta que un señor llega a dicho inmueble con el cual hace llamar al profesor y sale con BD, indica en este documento que habló con su sobrino en casa sobre lo observado pero el menor prometió cambiar, que pasado un mes hubo quejas y es cuando van a la comisaria.

De los documentos que ingresan con el comisario de familia, y a los cuales la defensa no se opone, se tiene la declaración rendida por la señora RMMR ante esta entidad, en la que relaciona lo dicho en la entrevista leída por el fiscal al momento de la audiencia de juicio oral, que con claridad ve a su sobrino BD y al profesor que estaba

encima de aquel manoseándolo y besándolo, de igual manera se desprende de este documento que el menor aceptó que solo era aquel acto que ella observó y le dijo que el otro hermano también se sabía quedar con el profesor, por lo que pidió investigación dado que cree hay más cosas.

Obsérvese que este documento que ingresó como prueba número 1 no fue utilizado para refrescar memoria, impugnar credibilidad, ni como testimonio adjunto.

Es claro que hay una sustancial retractación de la testigo, que es tan evidente que ella procura desmentir lo ya dicho y ahora dice que le pareció ver, que no ha visto nada, que no estaban los dos solos, que miró al muchacho y pensó las cosas que podían estar pasando, que le dio rabia, niega lo que aparece en su entrevista relacionado con el contacto del acusado y el menor. Ante preguntas del Juez, dice que al mirar por la ventana vio sombras, luego que ve al muchacho y al profesor con cuadernos, que no ve bien; sin embargo, dice sentir rabia. Sumado a lo anterior, no desmiente la conversación sostenida en casa con el menor sobre lo acontecido en aquella habitación.

Declaran los menores BD y HR, sus testimonios son absolutamente iguales, dicen conocer al docente, aceptan ir a su casa, que les daba dinero y que al incumplirles una promesa de darles unos uniformes, balón, zapatos para un equipo, les produjo rabia, por lo que deciden crear aquel relato, que se trató de un mal entendido, pero que con el docente no ha pasado nada.

Se precisa que la fiscalía utiliza una entrevista realizada con los menores de la cual le preguntan sobre lo dicho ahí que relatan relaciones intimas con el docente, pero lo niegan manifestando que todo se debió a la rabia por el incumplimiento de la promesa.

Debe dejarse en claro que se aceptó como prueba documental el *Informe de Valoración Psicológica* realizado a los menores HR y BD fechada 29 de octubre de 2014 ante la psicóloga de la comisaria de familia Los Andes, documento en el que el menor HR de 13 años dice haber tenido una sola relación íntima con el acusado, que le ha dado dinero y que a su hermano le ha dado más cosas; BD también de 13 años señala que el profesor lo manoseaba, les gastaba, le pagaba las deudas en la tienda, relata una vez que se quedó en el cuarto del docente se queda dormido y aparece desnudo, otra ocasión que fue observado por su tía RMMR quien le preguntó si era gay.

Como se dijo con anterioridad, estas pruebas demarcadas con los números 3 y 4 no fueron utilizadas para los fines que se dan a las declaraciones fuera del juicio, se utilizó la entrevista que el fiscal tenía en su poder, que había descubierto para la defensa, y que en su contenido consagra todo lo contrario a lo dicho en audiencia por los menores y por la señora RMMR, donde los testigos sí dan cuenta de los actos sexuales que tuvieron con el acusado.

De la defensa se recibe el testimonio de la señora BSRM, abuela de los menores, quien señala que para el mes de abril (dos años atrás de la fecha de su declaración), el acusado le llevó una caja de remesa en consideración a su estado, que de sus nietos tiene la custodia, que aquellos iban donde el profesor a realizar tareas y que escuchó de unos balones y uniformes que aquel les iba a dar.

Vemos entonces que aunque no se ha demostrado en este proceso que la familia de los menores HR y DB tengan una situación económica precaria, se habla de una ayuda que se recibe del profesor hoy acusado, la abuela es enfática en que es solo una vez, lo cual denota que tiene conocimiento del docente y como prueba de referencia señala que escuchó que les iba a dar unos balones y uniformes.

No es un testigo que por su presencia en el escenario de los acontecimientos aduzca elementos de convicción que determinen la ocurrencia de los hechos que se juzgan, el tema de su rememoración debido a lo dudoso de su manifestación tampoco fue nítida, titubeo para definir la fecha en que le fue entregada la ayuda y por la forma de sus respuestas no es un testigo que ofrezca credibilidad.

Se recibe la declaración de la novia del acusado, la señora ALTL, quien manifiesta tener un noviazgo de 15 años y recibir un trato normal, señala conocerlo como heterosexual, y con ella tiene relaciones sexuales normales, reconoce en él su entrega a la profesión y su solidaridad; sin embargo no es un testigo que nos pueda entregar elemento de convicción alguno, en tanto que no estuvo en el escenario de los hechos y el conocimiento que tiene de su pareja, hoy acusado, lo es en un campo distinto al laboral y al personal que con regularidad el procesado tiene,

pues no puede dar fe de lo que ocurra en el trascurso de la semana, solo indica lo que sucede el fin de semana que regresa a esta ciudad.

Declaró también el acusado, docente GAMB, quien indica que los menores hacen parte de una familia de bajos recursos y que por ello les colaboró; que en dos ocasiones envió remesa y que a los muchachos les ayudó con tareas de inglés, que no les ha prometido nada, que cuando le dijeron de los uniformes les aclaró que no tenía medios económicos para ello; reconoce que pago deudas que tenían en la tienda del colegio, aclara que no fue docente de ellos, que ante aquel iban otros alumnos a pedir ayuda, que tiene su pareja que se llama ALTL con quien se ve cada 8 días y que una vez que estaba con un compañero docente fueron los muchachos a su pieza, evento en el que la tía de los menores acudió a su casa y los llamó.

Es la manifestación que en su defensa realiza el acusado, en procura de estar al unísono con la declaración que han dado en aquella audiencia los testigos.

En ese escenario, de la prueba producida en juicio, deberá analizarse el tema de la retractación de la tía de los menores y el dicho de aquellos en consideración a que es la prueba que llevó a que la FGN adelantara una investigación, formulara una imputación, presentara una acusación, solicitara y se delimitara sus medios de prueba y se produzca la práctica probatoria en juicio oral, versión que después se cambió por los actores, desconociendo el real motivo que generó la variación. Así, el análisis deberá realizarse solo con el fin de que haya justicia, para que el simple cambio de versión no genere impunidad.

No es nuevo el tema de la retractación de los testigos en los juicios orales y como lo dice la jurisprudencia el cambio de versión obedece a múltiples factores de los cuales los más corrientes son las amenazas y cuando ha mediado acuerdo económico entre las partes respecto de lo sucedido, para con estas causas cambiar la declaración que inicialmente han presentado.

Esta situación conllevó a que nuestro máximo Tribunal en Sala Penal, con radicado 44950 del 25 de enero de 2017, explicara de una manera didáctica el uso de las declaraciones y entrevistas, no solo para temas de refrescar memoria e impugnar credibilidad, sino el uso de estos documentos como medios de prueba, respecto de la prueba de referencia y el uso de las declaraciones anteriores inconsistentes con la declaración emitida en juicio.

Respecto del tema de las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio dijo:

"Bajo esa premisa, se estableció que la admisibilidad de esas declaraciones está sujeta principalmente a dos requisitos: (i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y (ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.

A la luz del desarrollo jurisprudencial del derecho a la confrontación, de la prueba de referencia y, en general, de los usos de declaraciones anteriores al juicio oral, relacionados en otros apartados de este fallo, el anterior precedente debe precisarse en los siguientes sentidos:

La retractación de los testigos en el juicio oral es un fenómeno frecuente en la práctica judicial colombiana, como también parece serlo en otras latitudes, al punto que diversos ordenamientos jurídicos han regulado expresamente la posibilidad de incorporar como prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio.

La retractación o cambio de versión de un testigo, que puede obedecer a amenazas, sobornos, miedo, el propósito de no perpetrar una mentira, entre otros, puede generar graves consecuencias para la recta y eficaz administración de justicia.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral "no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio

de las partes". Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario."

Ello significa que la utilización de este documento anterior que contiene una manifestación distinta a la vertida en el juicio y que ingrese como de prueba y sea valorada por el Juez debe cumplir con los requisitos siguientes: i) Que haya retractación; ii) Que el testigo esté disponible en juicio; iii) Que se incorpore a través de la lectura, así el Juez tiene las dos versiones; iv) Que la parte contra la que se incorpora la declaración anterior pueda contrainterrogar; v) Que se haga a solicitud de parte.

La Sala debe manifestar, que la preocupación de la alta Corte radicaba en ese acto de retractación de los testigos que impedía que se sancione a los autores de comportamientos y con mayor énfasis en tema de abuso sexual de menores, es por lo que ha avanzado la jurisprudencia en entender aquellas dificultades que tiene el ente investigador y por ello hoy los documentos anteriores al juicio dejan de ser un elemento material y pueden ingresar como medios probatorios.

En el caso en comento, tenemos que los menores HR, BD y su tía RMMR, al presentar una declaración absolutamente contraria a la plasmada en los documentos exhibidos por el fiscal de los cuales tenía completo conocimiento la defensa nos deja en el campo de la retractación, claro, una fue la versión dada a finales del mes de octubre de 2014 que obra en documentos, y otra, la ofrecida en desarrollo del juicio oral de fecha 1º de septiembre de 2016.

Es por ello que se hace necesario verificar la lista de chequeo de los requisitos que se exige para la admisión de las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio, para saber si es posible su análisis. Veamos: hay retractación, por cuanto los testigos ofrecen de manera oral una versión distinta a la ya plasmada en escritos; los testigos comparecieron al juicio oral, estuvieron presentes y atendieron las preguntas de fiscalía y defensa; ante la versión cambiada la fiscalía da lectura a las entrevistas con una manifestación diferente, con lo cual ingresa este contenido[10]; la defensa tuvo la oportunidad de realizar el contrainterrogatorio[11]; y la FGN ha realizado la petición que sean valoradas las versiones ingresadas[12].

Evidenciando que se cumple con los requisitos expuestos por la jurisprudencia para la admisión de estos documentos que contienen declaraciones anteriores al juicio y que hoy resultan inconsistentes con lo que los testigos han declarado, es menester avocar el análisis correspondiente.

Emprendemos la valoración con este tema de las versiones encontradas que se han entregado en el presente juicio oral, para ello la Corte Suprema de Justicia, Sala Penal ha indicado:

"…pues de antiguo la jurisprudencia de esta Corte tiene establecido que la retractación no constituye en sí misma una causal que automáticamente deje sin valor alguno las anteriores manifestaciones del testigo, toda vez que tanto en esta materia como en todo lo que tenga que ver con la credibilidad del testigo, corresponde al juez realizar una labor analítica de comparación, no sólo entre las distintas versiones del testigo sino de manera conjunta con los demás medios de conocimiento que integran el arsenal probatorio, a fin de establecer cuál de las diversas versiones corresponde a la verdad de lo ocurrido, y los motivos que pudieron haber animado al declarante para que se retractara de su inicial dicho, que también deberán ser ponderados por el juzgador conforme a las reglas de la persuasión racional, pues, como ha sido señalado por la Sala «cuando la persona desdice de su dicho sin explicación alguna o razones atendibles que la justifiquen, en principio queda incólume su versión anterior en aquello materia de rectificación, siempre que sometida al tamiz de la sana crítica se ofrezca creíble y no haya motivos que le resten veracidad a lo aseverado inicialmente»"[13].

[10] DVD a las 2:42:58 Rosa Maya. CD que contiene testimonio menores minutos 19:10 y 32:41.
[11] DVD a las 2:59:30 Rosa Maya. CD que contiene declaración menores minuto 24:28 y 46:32
[12] Alegatos de conclusión minutos 5:25 y 10:40 y ss.
[13] CSJ SP6767 del 16 de mayo de 2018 Radicado 48696

Existe una situación que llevó al ente investigador a afrontar esta investigación penal y obedece a la forma como inicialmente se presentan los menores víctimas ante la comisaria de familia de los Andes, su lugar de residencia.

Los menores BD y HR cuando fueron llevados ante aquel ente municipal, informaron con sobrados detalles los actos sexuales que venían sucediendo con el docente GAMB, como ambos habían accedido al docente en fechas distintas por proposición que el adulto realizara, para lo cual había venido dándoles dinero, cancelando deudas en la tienda escolar, que dicho sea el docente no pertenecía a la institución donde estaban estudiando, manifestación ésta que acepto el procesado, para lo cual debemos entender que debía desplazarse desde su sede hasta la institución donde estudiaban los menores. La excusa que los menores presentan al momento del juicio oral para justificar el señalamiento al docente como la persona que se gana su confianza, que les ayuda en tareas, que les da dinero, y con el cual sostienen actos sexuales, es que les incumple una promesa de donar un uniforme para el equipo de futbol, excusa que es el fundamento de la retractación; sin embargo, dicha manifestación no es tan sólida como para generar la credibilidad esperada por la defensa y vamos a ver por qué no tiene esa firmeza probatoria que se requiere para sustentar una decisión.

En primer lugar, no existe unanimidad en lo solicitado y en el plazo, el menor BD dice que fue un uniforme y zapatos para el equipo de fútbol de la escuela, el menor HR dice que fue uniforme, y la señora MSR, abuela de los menores indica que escuchó de unos balones y uniformes que iba a dar; el docente indica que no prometió nada, es decir que no se puso un plazo, sino que en el mismo momento de la petición les informó que no tenía el dinero para tal requerimiento.

Entonces si el docente no prometió nada y fue muy claro al contarles su condición económica, cuál es la razón para que en los menores aflore ese sentimiento de rabia que han señalado fue producto del incumplimiento, es clara la contradicción que entre ellos se presenta en cuanto a los elementos a donar y el plazo que no hubo, por ello no es creíble el enojo de los menores.

Además, dice el menor HR que el profesor le llevó cosas al hospital a su abuela y le envió una remesa; la señora BSR, dice que le envió una sola remesa después de la cirugía que ella no podía hacer nada; y el acusado dice que le envió dos remesas a la mencionada señora, aspecto que tampoco resulta unánime, pese a que se dijo que era solidario, no se tiene claridad en lo entregado y donde.

Ahora, respecto de la visita de los menores a la casa del docente, dice el acusado que el día que fueron estaba otro docente, no dijo el nombre y que llegaron los muchachos, no dijo quienes; sin embargo, que ese día cuando la señora los llamo le dijeron que estaba con otro profesor y salieron los muchachos; este aspecto no lo relata la señora RMMR en sus dos versiones, en una dice haber tocado en aquella casa donde vivía el profesor sin obtener resultados lo que la lleva a observar por la ventana y ver en actos sexuales al profesor y su sobrino; para luego seguir tocando hasta que alguien abre y es llamado el profesor que le dice le está ayudando a las tareas de su sobrino y ella se lleva al menor y en casa dialogan sobre lo observado, este último aspecto no ha sido desvirtuado a lo largo del proceso; en la versión cambiada de la señora dice que vio sombras, que no observó nada, que no vio bien lo que pudiera estar pasando, que no estaban los dos solos, que estaba con cuadernos y salió con cuadernos; sin embargo, el docente indica que ese día fue cuando estaban realizando un trabajo del sistema solar.

El testimonio dado por la señora RMMR resulta incoherente, si ahora manifiesta que no ha observado nada, si lo que dice haber narrado fue lo que pensó, cual la razón para que hoy diga que tiene rabia, señala *con rabia piensa cualquier cosa*, pero que podía generarle aquella emoción negativa si no había un detonador para ello.

Esta situación nos lleva con claridad a deducir que el testimonio que han brindado los menores BD, HR y la señora RMMR, no corresponde con la realidad, que ahora hubo una motivación para variarlo, y ello condujo a presentar una nueva situación con unas justificaciones que no encajan, en todos ellos la causa de aquella anterior declaración es la rabia, la cual no se encuentra fundamento para que se produzca.

Por lo tanto el análisis probatorio se debe realizar utilizando como medios de prueba las declaraciones anteriores inconsistentes con lo declarado en juicio que han ingresado producto de la petición de la Fiscalía, de las cuales dio lectura y que como se dijo con anterioridad cumple con los requisitos para su admisibilidad y valoración.

Para ello debemos partir de la aclaración cronológica de la situación fáctica, y es que cuando se produce la denuncia ante el comisario de familia, los hechos ya tenían más de un mes de estar sucediendo, no ocurre que la señora RMMR observa al menor en casa del profesor y decide ir a denunciar los hechos, de este acontecer trascurre más de un mes y deben dar inicio a la ruta de atención a los menores por la situación que uno de los menores estaba viviendo, el menor BD, para ello recuerda la Sala que la sicóloga de la comisaria de familia de los Andes manifestó que uno de los menores llegó afectado y que debieron darle atención en crisis, al leer el documento que ingresa de su valoración ante esta profesional que obra como prueba número tres en su hoja tres parte final del relato que hace el menor indica: *"…aunque hace dos semanas el (sic) me cogió con fuerza yo me sentía mal porque él dijo que yo me había ofrecido pero eso no fue así*." Y es este menor quien indica que aquel lugar también va el hermano, por lo cual también se realiza valoración psicológica y entrega detalles de lo ocurrido meses atrás.

Debido a la situación del menor mencionado, es que las directivas del colegio acuden a comisaria de familia, para dar protección a los menores, no se trata de enemistades que tengan los docentes, como lo pretendió presentar la testigo RMMR, acuden porque la situación ya estaba desestabilizando a los menores y debe tenerse en cuenta que los derechos de los mismos prevalecen sobre los derechos de los demás (artículo 44 Carta política).

Es por ello que el Comisario de familia presenta la denuncia acorde con las valoraciones y los informes obtenidos de la tía señora RMMR, de la rectora de la institución donde se encuentran matriculados los menores y de la orientadora escolar LPP.

Es la declaración presentada por el señor MC quien basado en situación real, observó al menor en crisis, observa al otro menor llorando, aspectos que denotan la certeza de la situación que estaban viviendo, los que dan inicio a la investigación por parte de la FGN. Lo dicho por la profesional de la sicología quien en su dictamen cuenta como observa a los menores, ella obtiene directamente su relato sobre los actos de intimidad que en ese momento suceden, atiende a uno en crisis, a HR lo encuentra llorando pero más tranquilo ante aquella situación.

El contenido de las entrevistas que ingresaron como medios probatorios, que dan cuenta clara de la situación que aprovecha el docente para ganar la confianza de los menores, darles dinero, pagar sus deudas en tienda escolar, prestarles dinero, darles ayuda en la materia de inglés, acciones que constituyen la creación de un escenario apropiado en el cual el acusado pudiera exponerles el tema sexual y con lo cual logra que estos menores lo accedan, fin pretendido por el acusado.

Con el mismo rasero se analiza el testimonio de la señora RMMR, no existe razón para que transcurrido más de un mes desde los hechos diga que le ha generado rabia, o que se ha llenado de rencor sin aparente motivo porque ha dicho que vio sombras, le pareció ver, que vio cosas que no son verdaderas, pero no puso en discusión que luego de haber observado al menor en casa del docente, en su casa le reclama por la escena observada, a lo cual el menor BD acepta y que solo ha sucedido lo observado por ella.

Claro, porque cuál es la razón para que en la casa le llame la atención si ella no ha observado nada como lo trato de decir en su versión cambiada en el juicio oral, desde que hubo un llamado de atención obedeció por un acto reprochado por la señora y es por lo que se ha dado credibilidad al dicho que ingresa como medio de prueba al cual da lectura la FGN en el que señala haber observado al docente sobre el menor acariciándolo y dándole besos en aquel lugar de residencia del acusado.

Como se dijo, los testimonios de BRSM y de la novia del acusado ALTL, no aportan nada al tema de la responsabilidad del acusado, sin mucho sustento procuraron hacer de la excusa que presentó la defensa, pero desvirtuada esa posición, es claro que estos testigos dejan de tener un valor probatorio para el tema señalado.

Igual sucede con los argumentos presentados por el señor GAMB, quien basó su defensa en la solidaridad ofrecida a la familia de los menores y en que cuando estuvieron en su cuarto existían más personas, afirmación que quedó sin sustento probatorio, dado que dentro de la dinámica de la carga de probar, a él le correspondía demostrar la situación que estaba presentando, y no es inversión de la carga probatoria, por cuanto el Estado a través del ente investigador ya le está demostrando una situación con la cual se lo despoja de su presunción de inocencia, por ello era su deber probar sus afirmaciones.

La defensa técnica indicó que se trata de una persona inocente, por cuanto la investigación presentaba vacíos sustanciales, que dan lugar a la atipicidad de los hechos, además fundamenta su argumentación en que se valore el dicho de los menores presentado en la audiencia y no los documentales, en alguno de sus apartes señala que lo observado por la tía serian actos y que al no existir prueba de medicina legal pueden darse unas injurias por vías de hecho.

Si bien la no adecuada calificación jurídica pudo generar problemas a la defensa, no debe pasarse por alto que el argumento central es que el comportamiento no encaja en el acusado, pero existe una situación fáctica que ha resultado inalterable, que desde la formulación de imputación se ha mantenido y que denota la existencia de una situación irregular en el desarrollo de los menores.

La defensa conoce bien lo sucedido y por ello pide que se valore el nuevo testimonio, llegando a manifestar que de tipificarse son otros los comportamientos que pueden resultar, como actos o injurias por vías de hecho. A lo cual debe decirse que las injurias por vías de hecho no trascienden a esferas íntimas de los sujetos pasivos, así como lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, en pronunciamiento con radicado 34661 del 16 de mayo de 2012:

"A propósito, la Sala ratifica el criterio expuesto a partir de la sentencia de 5 de noviembre del 2008, radicación 30.305, en el sentido de que cuando se hace objeto a un menor de edad de tocamientos en sus partes íntimas, besos en la boca o actos similares, ese tipo de comportamientos no atraen el calificativo de injurias de hecho, porque es claro que con ellos se persigue afectar la integridad sexual del perjudicado, quien por sus mismas condiciones de inmadurez dada la edad, no está en condiciones de comprender la naturaleza y trascendencia de los mismos. No se trata entonces de conductas que denoten un trato afectuoso hacia el menor, sino de acciones evidentemente lujuriosas, dirigidas según se dijo a satisfacer el instinto sexual del victimario, luego en atención al estado de especial vulnerabilidad en que se hallan los menores, y considerada además la incapacidad para disponer libremente de su sexualidad, deben ser objeto de una especial protección, lo cual implica que hechos como los aquí investigados se valoren en su justa medida y susciten el reproche punitivo adecuado."

Con claridad se deduce que la defensa también previó la posibilidad de que el comportamiento se adecuara a otro tipo penal y así lo manifestó, en cuyo análisis se alcanza a esbozar aspectos relacionados con los otros punibles.

Respecto de solo tener en cuenta el último testimonio de los menores ya se hizo el análisis y no resulta viable dado que la variación en el dicho no tiene justificación alguna, como se dijo, no se halla explicada la rabia que manifiestan les generó un evento que no existió porque no hubo promesa, como a la tía, no explica la rabia de un hecho no observado.

No alcanza la defensa a desvirtuar la prueba de cargo presentada con la que se alcanza a desvirtuar la presunción de inocencia del acusado.

Bajo este análisis, la Sala arriba a decisión diferente del A quo y encuentra que el señor GAMB es responsable penalmente de este accionar, a título de autor material, pero si se debe decir que la adecuación típica que otorga la FGN es equivocada, por cuanto no es posible adecuar este acontecer fáctico a la estructura del artículo 208 del código de las penas que establece: "*El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años*", con claridad se habla de acceder a una persona menor del rango etario establecido, y esta no es la situación fáctica presentada, como tampoco es asimilable a la situación que pudiera suceder con el género femenino, porque en este evento el legislador penal protege dentro del bien jurídico de la libertad, integridad y formación, para el caso de un menor y lo que se procura es que a su debida edad los menores encuentren la formación sexual que corresponda.

El artículo 208 del código de las penas, que se ubica en el título de la libertad, integridad y formación sexuales, reclama que el menor sea el sujeto pasivo del acceso carnal, entendido de la forma como lo expone el artículo 212 ibídem; y claramente no es lo que ocurre en los facticos presentados, por el contrario los menores son sujetos activos por lo cual su adecuación no podía ser a dicha norma solicitada por la FGN, actos como el que se presenta en este evento contraria aquella premisa, entonces no se debe procurar tomar el acceso y pretender su ubicación en alguna de las normas sancionatorias, lo que se debe buscar es la norma que mejor abarque lo relacionado con la formación sexual de los menores

Y aquella norma no es otra que el artículo 209 de la misma codificación que establece: "*ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales*", se trata de una norma que abarca comportamientos diferentes al acceso carnal que pueda ser sujeto pasivo un menor, y los condensa en tres eventos: i) realizar actos sexuales distintos del acceso, ii) realizar actos sexuales en presencia del menor, iii) induzca al menor a prácticas sexuales, así lo ha considerado de vieja data la jurisprudencia, indicando que: "*La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, estos es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito; la segunda modalidad implica que el menor sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan, y la última hipótesis requiere que al menor se le instigue o persuada para que entre a practicar actos relativos a su instinto sexual, con anticipación al natural despertar de su libido*." (CSJ Cas. Penal Rad.2037 de fecha 8 de marzo de 1988)

A sabiendas que el legislador penal establece una edad en la que considera que los menores dada su evolución cognitiva y afectiva, deben tener un adecuado desarrollo del aspecto sexual y que solo después de los 14 años puedan tener ese conocimiento y la disposición, por ello fija estas normas que sancionan cualquier adelanto que pueda llevar a aprendizajes en este tema.

Descendiendo al caso que ocupa a la Sala, como los menores no fueron accedidos, pero si fueron convencidos, persuadidos de realizar prácticas sexuales no apropiadas para su edad, es por ello que este comportamiento se denomina Actos sexuales con menor de catorce años.

Recordemos que basados en el radicado 43041 del 22 de febrero de 2017 que evoca jurisprudencias de años anteriores, tales como 41253 y 41685 de 2014, que permiten la modificación en la calificación jurídica y que en aquella época permitía dicha variación, sin dejar de mencionar que en códigos de procedimiento anterior tales como la ley 600 de 2000 se menciona que la calificación jurídica es provisional y por ende procedía su variación, para ello consagraba un procedimiento establecido en el artículo 414.

Ahora con los radicados mencionados y en especial con 45589 del 30 de noviembre de 2016 se continua señalando la permisión de la variación de la calificación jurídica respetando el principio de la congruencia cuando: i) la nueva conducta corresponda a cualquier tipo penal dentro del código; ii) la modificación se oriente hacia un delito de menor entidad; iii) la nueva tipicidad respete el núcleo fáctico de la acusación, y iv) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes.

Para el caso, el punible en el cual se da la nueva adecuación resulta más benigno en su punibilidad basado en la misma situación fáctica, ella no ha cambiado lo que ha operado es un mejor entendimiento de la estructura del nuevo tipo penal y es por ello que las partes e intervinientes tuvieron la oportunidad de ejercer los derechos en procura de sacar avante los intereses de sus clientes.

Por ello la Sala considera que se debe variar la calificación jurídica otorgada al comportamiento desplegado por el acusado y que corresponde al tipo penal de actos sexuales con menor de catorce años.

El dolo en la ejecución del comportamiento se ha demostrado dado que el acusado ha desplegado un accionar que empezó desde el acercamiento a los menores, dado que no era su docente, era docente en otra institución, pero basado en su amabilidad y ofrecimiento de sus servicios para ayudar a realizar las tareas, en la materia de inglés y otras asignaturas logra acercarse a los menores, luego con dádivas obtiene su confianza, y con un lenguaje sugestivo empieza a llevarlos al tema sexual hasta que con ofrecimiento de dinero obtiene que los menores lo accedan por vía anal, todo lo cual denota el conocimiento y la voluntariedad para conseguir la finalidad perseguida.

Como se ha expresado existe clara afectación al bien jurídico tutelado en cuanto la formación sexual producida de esa manera altera el normal desarrollo de los menores, se trata de dos menores pero la FGN no acusó por el concurso de comportamientos existente, solo lo hizo como si se tratara de un solo delito.

Se trata de una persona que por su profesión se exigía otro tipo de comportamiento en el trato con los menores, debía dar una instrucción adecuada a la edad y comprometida con la verdadera educación de los menores. Su formación le permite tener el conocimiento de la antijuridicidad en su accionar, conoce que resulta prohibido

sostener relaciones íntimas con menores dado su proceso de formación en que se encuentran, como lo dice la jurisprudencia, no es permitido adelanta ese natural despertar de su libido.

No se allegó prueba alguna que demuestre que se trata de una persona que no comprendía lo que realizaba y que no podía dirigir su accionar conforme esa comprensión, por ello se indica su imputabilidad.

De esta forma, deberá revocarse la decisión de primera instancia y reunidos los requisitos del artículo 381 del CPP, se procede a dar un fallo condenatorio.

3.1 Punibilidad.

Se ha demostrado que el comportamiento por el cual se encontró autor penalmente responsable al acusado GAMB es el consagrado en el código penal libro segundo título IV capitulo segundo, que sanciona el artículo 209 con una pena de prisión de 9 a 13 años (108 a 156 meses) de prisión.

Establecido al ámbito punitivo de movilidad se procede a determinar los cuartos correspondientes, en meses de prisión:

Un cuarto mínimo de:	108 a 120 meses
Un primero cuarto medio de:	120 meses y un día a 132 meses
Un segundo cuarto medio de:	132 meses y un día a 144 meses
Un cuarto máximo de:	144 meses y un día a156 meses.

Se indica en el artículo 61 inciso 2 del código penal, que cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurran solamente circunstancias de atenuación punitiva enrostradas al acusado, la pena debe estar en el cuarto mínimo, es decir un rango de discrecionalidad de 108 a 120 meses de prisión.

En el presente evento, no manifestó el ente fiscal la existencia de circunstancias que de mayor o menor gravedad, y por el contrario concurre una de menor gravedad cual es carencia de antecedentes judiciales, por ello como se dijo la pena debe estar ubicada en este cuarto mínimo.

En este orden de ideas tenemos que se trata de un comportamiento grave por cuanto es una persona que aprovechando su labor profesional se aproxima a estos menores para llevarlos a realizar comportamientos atentatorios a su normal desarrollo, observa la Sala que las víctimas en sus exposiciones tienen el temor que se los rotule como gays, lo que indica un problema psicológico; la forma como ejecutó el comportamiento denota el dolo directo con el que obró, una labor de acercamiento basado en los escasos recursos de los menores y de forma lenta los compromete a sus placeres libidinosos, denota pocos valores morales porque le resta importancia al desarrollo de los menores, es por ello que se hace necesario la imposición de una pena por cuanto cuando se trata de una persona que está en permanente contacto con menores, y por la naturaleza del comportamiento debe conllevar las funciones de prevención general, retribución justa, prevención especial y reinserción social; por ello la pena a imponer será de ciento catorce (114) meses de prisión.

Como pena accesoria, en virtud de lo normado en el artículo 52 inciso 3 del código penal, se impone la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena de prisión.

Llama la atención de la Sala el hecho que el representante de la FGN desde el inicio de la investigación se refiere a un sólo delito, y así solicita la captura, así formula imputación, presenta escrito de acusación y formula acusación, cuando resulta evidente que se trata de dos menores los afectados y que de acuerdo a lo relatado por el menor BD, en su caso podía darse un concurso de actos, con ello queremos decir que el concurso de comportamientos es evidente y que el ente que está facultado para guiar la investigación y hacer efectivos los derechos de las víctimas, se ha quedado corto en este señalamiento, pero debe de igual manera la Sala indicar que dada esa facultad constitucional es la FGN quien debe establecer el marco legal de la imputación y acusación por lo que en esta instancia no se puede corregir esta irregularidad que conllevaría la determinación de una pena mayor a los límites fijados con antelación en un proceso rodeado de garantías.

Es oportuno señalar que esta situación no afecta el derecho de defensa del procesado por cuanto ha tenido la oportunidad de ejercer la contradicción y controversia sobre todos los medios probatorios allegados, y que tiene total conocimiento de la situación fáctica ocurrida al punto que entre los temas de estipulación están las identidades de los dos menores.

3.2 Subrogados y Sustitutos Penales.

En tratándose de menores que son víctimas de delitos sexuales, el código de infancia y adolescencia tiene establecido:

Artículo 199. 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:*
(…)
4. No procederá el subrogado penal de Suspensión Condicional de la Ejecución de la Pena, contemplado en el Artículo 63 del Código Penal.
(…)
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 ésta sea efectiva.

Bajo esta prohibición expresa, es claro que no se puede realizar el análisis de ninguno de los subrogados o sustitutos penales, por lo cual deberá ordenarse la captura del sentenciado señor GAMB, para que cumpla la condena que ha sido impuesta.

Debe advertirse que el tiempo que estuvo en detención preventiva por cuenta de este proceso, será abonado a cumplimiento de la pena.

3.3 Del principio de doble conformidad.

Resulta claro que dentro del Estado garantista por los derechos de las partes proceda la posibilidad de revisión de la sentencia que resulta condenatoria en segunda instancia, lo cual se halla consagrado en el acto legislativo 01 de 2018 para los aforados y otorga la competencia en esta segunda instancia a la Corte Suprema de Justicia (art. 235-7 Carta Política) Sala de Casación Penal y en decisión del 03 de abril de 2019 la Sala mencionada con radicado 54215 ha indicado que mientras legisla el congreso sobre este vital tema, y con el fin de salvaguardar este principio de impugnar la sentencia condenatoria emitida en segunda instancia se deben cumplir estas directrices:

"(i) Se mantiene incólume el derecho de las partes e intervinientes a interponer el recurso extraordinario de casación, en los términos y con los presupuestos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

(ii) Sin embargo, el procesado condenado por primera vez en segunda instancia por los tribunales superiores, tendrá derecho a impugnar el fallo, ya sea directamente o por conducto de apoderado, cuya resolución corresponde a la Sala de Casación Penal.

(iii) La sustentación de esa impugnación estará desprovista de la técnica asociada al recurso de casación, aunque seguirá la lógica propia del recurso de apelación. Por ende, las razones del disenso constituyen el límite de la Corte para resolver.

(iv) El tribunal, bajo esos presupuestos, advertirá en el fallo, que, frente a la decisión que contenga la primera condena, cabe la impugnación especial para el procesado y/o su defensor, mientras que las demás partes e intervinientes tienen la posibilidad de interponer recurso de casación. (y) Los términos procesales de la casación rigen los de la impugnación especial. De manera que el plazo para promover y sustentar la impugnación especial será el mismo que prevé el Código de Procedimiento Penal, según la ley que haya regido el proceso -600 de 2000 o 906 de 2004-, para el recurso de casación.

(vi) Si el procesado condenado por primera vez, o su defensor, proponen impugnación especial, el tribunal, respecto de ella, correrá el traslado a los no recurrentes para que se pronuncien, conforme ocurre cuando se interpone el recurso de apelación contra sentencias, según los artículos 194 y 179 de las leyes 600 y 906, respectivamente. Luego de lo cual, remitirá el expediente a la Sala de Casación Penal.

(vii) Si además de la impugnación especial promovida por el acusado o su defensor, otro sujeto procesal o interviniente promovió casación, esta Sala procederá, primero, a calificar la demanda de casación. (viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.

(viii) Si se inadmite la demanda y -tratándose de procesos seguidos por el estatuto adjetivo penal de 2004- el mecanismo de insistencia no se promovió o no prosperó, la Sala procederá a resolver, en sentencia, la impugnación especial.
(ix) Si la demanda se admite, la Sala, luego de realizada la audiencia de sustentación o de recibido el concepto de la Procuraduría -según sea Ley 906 o Ley 600-, procederá a resolver el recurso extraordinario y, en la misma sentencia, la impugnación especial.

(x) Puntualmente, contra la decisión que resuelve la impugnación especial no procede casación.

Ello porque ese fallo correspondiente se asimila a una decisión de segunda instancia y, tal como ocurre en la actualidad, contra esas determinaciones no cabe casación (cfr., entre otros pronunciamientos, CSJ AP6798-2017, rad. 46395; CSJ AP 15 jun. 2005, rad. 23336; CSJ AP 10 nov. 2004, rad. 16023; CSJ AP 12 dic. 2003, rad. 19630 y CSJ AP 5 dic. 196, rad. 9579).

(xi) Los procesos que ya arribaron a la Corporación, con primera condena en segunda instancia, continuarán con el trámite que para la fecha haya dispuesto el magistrado sustanciador, toda vez que la Corte, en la determinación que adopte, garantizará el principio de doble conformidad."

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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°. **CONDENAR** al señor GAMB, de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso penal, por haberlo encontrado responsable penalmente como autor material del delito de Actos Sexual con menor de catorce años a las siguientes penas:
PRINCIPAL: Ciento Catorce (114) meses de prisión.
ACCESORIA: Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.
2º. No conceder al señor GAMB, ni la suspensión de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria por expresa prohibición legal, y en consecuencia, se dispondrá librar orden de captura en su contra.
3º Confirmar en lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.
4º Ejecutoria esta sentencia, líbrense las comunicaciones a que se refiere el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.
5º En firme el fallo se dispondrá el envío del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas de esta ciudad, para lo de su competencia.

Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para el procesado y/o su defensor y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales, en los términos explicados en precedencia.

Notifíquese y Cúmplase

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN	**BLANCA ARELLANO MORENO**	**SILVIO CASTRILLÓN PAZ**
Magistrado Ponente	**Magistrada**	**Magistrado**

PREACUERDO – IRRETRACTABILIDAD: Verificada la legalidad del mismo, no es posible su retractación.

PREACUERDO – NULIDAD: Aprobado por el juez de conocimiento, y de verificarse vicios del consentimiento del procesado o vulneración de garantías fundamentales, no procede la retractación sino la nulidad del acto procesal que lo aprobó.

No procede la variación de la adecuación típica respecto de la sentencia que adoptó tal calificación producto de la aprobación de un preacuerdo, al haberse verificado su legalidad; determinándose que lo que realmente se pretende es una retractación del acuerdo, lo cual no es posible en este momento procesal; ni tampoco es factible la declaratoria de invalidez del acto que dio aprobación al convenio, al no acreditarse que la aceptación de responsabilidad del procesado estuvo viciada por error, fuerza o dolo o que se desconocieron garantías fundamentales.

FEMINICIDIO CON CAPTURA EN FLAGRANCIA - DOSIFICACIÓN PUNITIVA: Rebaja de pena conforme la etapa procesal en que procede la aceptación de cargos.

Teniendo en cuenta que se procede por la comisión de un delito de feminicidio, cuyas penas resultan ser más contundentes al propender por la protección a la mujer que es objeto de violencia por motivos de género y discriminación y frente al cual existe la prohibición para realizar preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias, con posibilidad de allanamiento, pero mínimas rebajas, que se produjo la captura en flagrancia y la aceptación de cargos se hizo en sede de audiencia preparatoria, se determina que la dosificación realizada se encuentra ajustada a la legalidad en cuanto a la pena de prisión, toda vez que se ha efectuado con aplicación al artículo 61 del Código Penal, y una vez individualizada la sanción se hizo la rebaja que por el momento procesal sería de 8,33%, pero que en adecuada aplicación al artículo 5 de la Ley 1761 de 2015, solo puede ser de la mitad de este beneficio por ende corresponde a 4,165%. Sin embargo hay lugar a modificar la pena de inhabilitación de derechos y funciones públicas, al haber superado el límite máximo permitido que corresponde a 20 años.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrado Ponente : Dr. Héctor Roveiro Agredo León
Proceso N° : 520016000485201700498-01
No. Interno : 20179
Conducta Punible : Feminicidio tentado
Acusado : FHBB
Decisión : Confirma sentencia
Aprobado : Acta Nº 164 de 9 de diciembre de 2020

San Juan de Pasto, catorce de diciembre de dos mil veinte (2020)
(Hora: 10:00 am)

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por el Defensor del procesado FHBB, en contra de la sentencia de fecha 19 de marzo de 2019, dictada por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto (N) con funciones de conocimiento, que impuso sentencia condenatoria al mencionado por el delito de feminicidio tentado producto de un preacuerdo suscrito con el ente acusador y el investigado con una pena de prisión de 258 meses y 22 días, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término.

El motivo de inconformidad del apelante, gira en torno a la adecuación típica por la que se realizó el preacuerdo señalando que el punible acaecido es Lesiones Personales Agravadas y que en subsidio la pena irrogada resulta excesiva al no emplear la rebaja procesal correspondiente.

1. Supuestos fácticos

Los supuestos fácticos del caso serán transcritos taxativamente de los consignados en el escrito de preacuerdo:

"De acuerdo a la información legalmente obtenida y elementos materiales probatorios con que cuenta la Fiscalía, y en especial por lo manifestado por la víctima NMEM, el testigo presencial de los hechos Señor BALM, y el informe de policía de vigilancia en casos de captura en flagrancia, suscrito por el Patrullero JHONATAN REVELO CEBALLOS, se conoce que el día 25 de enero del año 2017, siendo aproximadamente las tres y treinta de la tarde, cuando la víctima NMEM se encontraba en compañía de su compañero de trabajo BALM, laborando como estilistas o peluqueros en el Establecimiento Comercial denominado PELUQUERIA J. DAVID, ubicado en el Local 202 del Centro Comercial Ponte Vedra en la carrera 24 No. 16-54, de repente ingresó al establecimiento un sujeto de sexo masculino de quien luego se supo respondía al nombre de FHBB, quien sin mediar palabra y haciendo uso de un arma blanca corto punzante (cuchillo), le pega varias puñaladas en diferentes partes del cuerpo a NMEM, con violencia y sin parar la acción de agresión hasta que la vió tendida en el piso, para luego huir del lugar, siendo seguido por parte del compañero de trabajo de la víctima, quien lo sigue hasta la salida del Centro Comercial en donde informa a una patrulla de la policía quien realiza la persecución, fruto de la misma es capturado el agresor FHBB, en la Calle 16 con carrera 22 esquina; llevando consigo una arma blanca con el mango de color negro; en tanto la víctima es auxiliada por su compañero de trabajo y trasladada de manera inmediata al Hospital Departamental de esta ciudad donde es atendida por urgencias, en donde se determinó que la paciente recibió seis heridas con arma blanca a nivel de región cervical posterior y bilateral en ambos campos pulmonares.

Se conoce además de acuerdo a lo manifestado por la victima NMEM, que con el agresor Señor FHBB, ella mantuvo una relación sentimental fruto de la cual tuvieron un hijo que actualmente tiene diecinueve años, que dos años antes de los hechos reanudaron sus relaciones sentimentales y amorosas; que únicamente convivieron durante cuatro meses y que se separó nuevamente de dicha persona en razón de que se trataba de una persona muy violenta que la maltrataba verbal y físicamente, y que la amenazaba de muerte; y todo ese tipo de agresiones se ha dado en razón de que ella no ha querido continuar con las relaciones amorosas con su excompañero, y que él quiere a toda costa a las buenas o a las malas esté con él; que últimamente la amenazó de que la iba a matar a ella o al hijo si no volvía con ella; y que por ello ella presentó denuncia por unos hechos que se sucedieron el día 18 de enero de 2017; y que la agresión de que ahora fue víctima, por el arma que utilizó y la forma en que lo hizo y por las amenazas que le había proferido, todo ello indica que quería acabar son su vida; ya que esas no solo eran sus intenciones sino que además la había amenazado de muerte en varias oportunidades y tan solo días antes en razón de que ella no quería reanudar las relaciones sentimentales con él, y por ello la amenazó de muerte a ella y a su familia"[1].

2. Actuación procesal y providencia recurrida

2.1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal Ambulante con función de control de garantías, el 26 de enero de 2017, se surtieron las correspondientes audiencias preliminares de legalización de captura, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento, donde se declaró la legalidad de la captura y se imputó el delito de feminicidio del artículo 104 A literal a) del código penal, bajo la modalidad tentado que conlleva una pena de 125 a 375 meses de prisión en calidad de autor a título de dolo, frente a lo cual el procesado manifestó no aceptar los cargos.

Aunado a lo anterior, se impuso en cabeza del procesado, medida de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario.

El 7 de marzo de 2017 ante el Centro de Servicios la Fiscalía radicó escrito en el cual acusa al señor FHBB como autor, a titulo de dolo, del delito de Feminicidio tentado de los articulo 103 y 104 A Literal a) agravado por los numerales 6 y 7 del artículo 104 del código penal; audiencia que se realiza el día 24 de mayo de esa anualidad, acto en el cual la defensa anuncia que hará uso de la figura de la inimputabilidad de su prohijado.

Con fecha 11 de septiembre de aquel año, se inicia la audiencia preparatoria, en tema relacionado con el descubrimiento probatorio, la defensa solicita aplazamiento debido a la falta de la valoración para determinar la inimputabilidad del acusado.

El 16 de noviembre de 2018 se allega escrito de preacuerdo suscrito por el fiscal, el acusado FHBB y el abogado defensor, en dicho escrito el procesado acepta los cargos de tentativa de feminicidio a titulo de dolo y en calidad de

[1] Acta de Preacuerdo del 14 de noviembre de 2018, Folio 120 de la Carpeta.

autor por lo que se ofrece conforme lo establecido en el artículo 5º del la Ley 1761 de 2015. Un medio del beneficio que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004, pena que será fijada por la Juez que conoce del proceso penal, por cuanto dicha ley prohíbe la realización de preacuerdos y solo concede esta rebaja.

El día 19 de marzo de 2019 se da aprobación al preacuerdo antes mencionado y se emite la sentencia de rigor.

2.2. En la providencia materia de recurso, la *a quo*, sentó el objeto del pronunciamiento, la individualización e identificación del acusado y los términos del preacuerdo.

Claro lo anterior procedió a pronunciase sobre la sanción a imponer, punto en el que recordó que la defensa solicitó que se aplique por favorabilidad la Ley 1826 de 2017, que consagra la posibilidad de que el reconocimiento de la rebaja del 50% sea aplicable a todos los delitos, a excepción de los establecidos en el código de infancia y adolescencia.

Al respecto menciona que, aunque en un principio la jurisprudencia del máximo órgano de cierre en materia penal reconoció tal posición, el 5 de diciembre de 2018 se recogió tal tesis, indicando que la Ley de pequeñas causas y todos sus artículos, incluyendo la disposición a la que hace referencia la defensa, sólo debe aplicarse para los delitos contemplados en el artículo 534 del CPP, y que, en los casos en los que ha existido flagrancia debe aplicarse el artículo 301 del CPP, por lo que no es procedente a acceder a tal pedimento.

Luego efectuó el proceso de dosificación punitiva para lo cual trajo a colación el marco de las penas a imponer teniendo en cuenta que la conducta se presentó en grado de tentativa, indicó que en el caso no se presentan circunstancias de mayor punibilidad, con lo que resolvió ubicarse en el cuarto mínimo.

Luego señaló que la pena a imponer sería la de 270 meses de prisión, esto, teniendo en cuenta el modo en el que se desarrollaron los hechos y la afectación que con los mismos sufrió tanto la víctima, como el hijo que tiene en común con el procesado.

Finalmente recordó que en el caso existió captura en flagrancia y se está frente a la aceptación de cargos durante la celebración de la audiencia preparatoria, por lo que, atendiendo a la naturaleza del delito, se reconocería la mitad del beneficio dispuesto para esos efectos, esto es, de un 4.165%, imponiendo de manera definitiva una pena de prisión de 258 meses y 22 días de prisión y las accesorias de inhabilitación de derechos y funciones públicas por el mismo término.

Colateral a lo anterior se pronunció sobre los subrogados penales, indicando que en el caso no se cumple con los presupuestos objetivos para acceder a alguno de ellos, por lo que los negó.

3. Argumentos de la Defensa como apelante.

El abogado defensor de FHBB, inconforme con la decisión adoptada en primera instancia la recurrió.

Para sustentar su postura comenzó por recordar los fácticos que motivaron el asunto y el trámite procesal agotado.

Luego sentó sus consideraciones, aludiendo en primera medida a la modificación de la calificación jurídica; en el punto, indicó que en el caso resulta apropiado cambiar el reato de feminicidio en la modalidad de atentado, vía preacuerdo, por la de lesiones personales agravadas, pues esta conducta es la indicativa conforme a los hechos presentados el 25 de enero de 2017.

Añade que la conducta de su defendido no puede tener la calificación de feminicidio sino de lesiones personales, tal y como lo dictaminó medicina legal, pues para que se configure la primera, la actuación de su defendido el día de los hechos debió estar impregnada de agresividad, una violencia extrema, provocando heridas en los órganos vitales, por lo que existió una equivocada imputación del delito.

Indica que conforme se expone en la denuncia presentada por la víctima, puede verse que la intención de su defendido no era acabar con la vida de su ex compañera sino lograr una reconciliación, y que, aunque se haya

aceptado la conducta de feminicidio, ello se debió a la renuencia de la Fiscalía a degradar la conducta a un delito menor, por lo que solicita que sea ésta instancia la que proceda a efectuar tal variación de la calificación jurídica, cambiándola a lesiones personales agravadas, insistiendo en el hecho de que los móviles de FHBB se dirigieron a ésta última, y que así se dictaminó en medicina legal.

Seguidamente hizo alusión a la dosificación de la pena del delito de Feminicidio en modalidad de tentativa, sobre la cual, en aplicación del artículo 27 del CP, la pena oscilaría entre los 20,8 años como mínimo y 41,6 años como máximo; además, que el caso debe aplicarse el contenido del artículo 352 del CPP por allanamiento a cargos.

Así, encontró que la pena impuesta en la sentencia recurrida, que en sí fue la de 21,6 años, sobrepasa el límite mínimo de la ley, 20,8 años, de la cual se debe partir por el operador judicial para reconocer la rebaja respectiva.

Además, que, para el caso, en la aceptación de cargos no se incluyó circunstancias de mayor punibilidad o circunstancias de agravación, y sí una circunstancia de menor punibilidad, como lo es, la carencia de antecedentes penales, por lo que se debe partir del mínimo de la pena fijada para el delito.

A su juicio entonces, en aplicación de las circunstancias y prescripciones normativas arriba descritas, consideró que el caso debió imponerse una pena de 13,7 años de prisión, por lo que la impuesta por el juzgado no obedece a lo establecido en el artículo 352 del CPP, por lo que solicita que se efectúe una redosificación en dicho sentido.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Esta Corporación es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor de FHBB contra la sentencia de fecha 19 de marzo de 2019 emitida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, conforme a lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

Corresponde que en esta oportunidad la Corporación se pronuncie sobre dos temas que plantea la defensa. El primero está relacionado con la legitimación que tiene el defensor para solicitar la variación de la adecuación típica respecto de la sentencia que adoptó tal calificación producto de la aprobación de un preacuerdo suscrito por las partes; y el segundo, la pretensión de una rebaja mayor a la permitida para el delito de feminicidio dejando de atender las previsiones de la Ley 1761 de 2015.

3.- De la irretractabilidad del preacuerdo.

No cabe duda, detrás de la petición del defensor en cuanto a su inconformidad con la adecuación típica que fue objeto de preacuerdo, concertada entre las partes verificada por el Juez de conocimiento, con el aval de la víctima, con la comprobación que se trata de un acto voluntario del acusado, cumpliendo con las exigencias de los artículos 131 y 293 del códice procesal penal, lo que se avizora es la presentación de la retractación a la decisión de aceptar los cargos formulados en audiencia de acusación por vía de preacuerdo.

Recordemos que el parágrafo del artículo 293 antes mencionado establece: La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vicio su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales.

Del mencionado artículo se entiende que una vez se ha presentado el escrito de preacuerdo ante el juez de Conocimiento correspondiente quien en ejercicio de su facultad lo ha encontrado ajustado a la realidad basado en el mínimo probatorio exigido y examinada la voluntad libre de vicios del consentimiento, puede el fallador emitir su aprobación. Una vez encontrado ajustado a la normatividad procesal penal, no es procedente la retractación por parte del procesado; ello en otras palabras significa que si el acusado decide no aceptar el preacuerdo en el que va la aquiescencia de su responsabilidad penal antes del beneplácito otorgado por el Juez, es procedente la rescisión,

y a *contrario sensu* una vez aprobado el preacuerdo por el funcionario judicial correspondiente no hay lugar a retirar su manifestación de asentimiento.

Lo consagrado en el parágrafo indica que ocurrida la conformidad por el servidor judicial **solo** es procedente la retractación si del análisis efectuado a la actuación realizada se avizora que existen vicios en el consentimiento o que hay violación a garantías fundamentales.

Debemos recordar que el acuerdo suscrito entre las partes se convierte en ley para las mismas, que una vez producida la aprobación por el funcionario constitucionalmente facultado se traduce en sentencia que pone fin de forma anticipada al proceso penal.

Respecto del tema, de tiempo atrás la CSJ Sala de Casación Penal, en radicado 45333 del 25 de febrero de 2015 ha señalado que:

"5. Respecto de la retractación, la Sala de Casación Penal se ha pronunciado en los siguientes términos que hoy reitera (CSJ AP 830-2014, 26 de febrero de 2014, rad. 34.699):

"La Corte ha indicado que la limitación a la posibilidad de discutir o controvertir los términos de las aceptaciones o acuerdos, ha sido normativamente regulada por la ley a través de lo que la doctrina y la jurisprudencia han denominado principio de irretractabilidad , que comporta, precisamente, la prohibición de desconocer el convenio realizado, ya en forma directa, como cuando se hace expresa manifestación de deshacer el convenio, o de manera indirecta, como cuando a futuro se discuten expresa o veladamente sus términos.

En este sentido, la jurisprudencia constitucional ha establecido que <<una vez realizada la manifestación de voluntad por parte del imputado, en forma libre, espontánea, informada y con la asistencia del defensor, de modo que sean visibles su seriedad y credibilidad, no sería razonable que el legislador permitiera que aquel se retractara de la misma, sin justificación válida y con menoscabo de la eficacia del procedimiento aplicable y, más ampliamente, con detrimento de la administración de justicia>> CC SC C-1195-05.

Cabe advertir que la aceptación o el acuerdo no sólo es vinculante para la fiscalía y el implicado. También lo es para el juez, quien debe proceder a dictar la sentencia respectiva, de conformidad con lo convenido por las partes, a menos que advierta que el acto se encuentra afectado de nulidad por vicios del consentimiento, o que desconoce garantías fundamentales, eventos en los cuales debe anular el acto procesal respectivo para que el proceso retome los cauces de la legalidad, bien dentro del marco del procedimiento abreviado, o dentro de los cauces del juzgamiento ordinario.

Y si bien es cierto que por estos mismos motivos, es decir, cuando el fallo anticipado se produce con fundamento en una aceptación o acuerdo ilegal, o con quebrantamiento de las garantías fundamentales, los sujetos procesales están legitimados para pretender su invalidación en las instancias o en casación, también resulta claro que estas nociones difieren sustancialmente del concepto de retractación, que implica, como se ha dejado visto, deshacer el acuerdo, arrepentirse de su realización, desconocer lo pactado, cuestionar sus términos, ejercicio que no es posible efectuar cuando su legalidad ha sido verificada."

Más adelante expresó:

"En tal orden de ideas, ha de entenderse que el parágrafo a que se alude en el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, lo único que hace es precisar que por excepción, una vez aprobado por el juez de garantías o el de conocimiento, el allanamiento a cargos o el acuerdo celebrado entre Fiscalía e imputado, no procede la retractación sino la solicitud nulidad de lo aceptado o acordado con la Fiscalía, y su prosperidad sería viable, sólo en la medida que el interesado acredite que la determinación del imputado o acusado, estuvo viciada o que hubo transgresión de sus derechos fundamentales."

4.- Dosificación punitiva en casos de feminicidio.

Importante para entender el tema resulta manifestar que la expedición de la Ley 1761 de julio de 2015 se da en un ambiente social donde la creciente violencia de género en la que se tipifica el delito de feminicidio en aras de

encontrarse nuestro Estado acorde a los tratados y convenios internacionales suscritos para la protección de la mujer especialmente del maltrato propiciado por el hombre en el ámbito familiar.

Lo que se procura con este instrumento legal es encaminar hacia una igualdad real, a la prevención y la disminución de agresiones hacia la mujer, especialmente aquellos actos ignominiosos que impiden una vida digna a la mujer que es objeto de aquellos.

Dentro de los instrumentos internacionales que han permitido la expedición de la citada Ley se puede contar la Declaración sobre Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia en contra de la Mujer, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer o como es conocida "Convención de Belém do Pará" adoptada en 1984.

En ese orden de ideas es preciso señalar que lo pretendido con la Ley 1761 es poder adoptar medidas drásticas contra los agresores que permitan entornos de una mejor vida para la mujer y que como lo consagra el artículo 1º de aquella: "*La presente ley tiene por objeto tipificar el feminicidio como un delito autónomo, para garantizar la investigación y sanción de las violencias contra las mujeres por motivos de género y discriminación, así como prevenir y erradicar dichas violencias y adoptar estrategias de sensibilización de la sociedad colombiana, en orden a garantizar el acceso de las mujeres a una vida libre de violencias que favorezca su desarrollo integral y su bienestar, de acuerdo con los principios de igualdad y no discriminación*."

Es por lo que la Corte Constitucional en la sentencia de constitucionalidad 539 de 2016 que analiza aspectos de la Ley de feminicidio, entre sus explicaciones de este tipo penal señala:

"5. En la disposición que se analiza, la expresión "por su condición de ser mujer" introduce un elemento subjetivo, consistente en la motivación que debe llevar al sujeto activo a privar de la vida a la mujer. Este ingrediente identifica el tipo de feminicidio, le otorga autonomía normativa y permite diferenciarlo particularmente del homicidio simple causado a una mujer. En ambos casos el resultado material es el mismo, pues se concreta en la supresión de la existencia del ser humano de ese género. Sin embargo, mientras que el homicidio simple de una mujer no requiere motivación alguna, el feminicidio sanciona la circunstancia de haberse finalizado con la vida de la víctima por su propia condición de mujer."

Mas adelante señala:

"A partir de una lectura sistemática y teleológica del tipo penal y, en especial, de su finalidad[8], de la definición técnica de feminicidio[9] y los problemas de discriminación de la mujer en el acceso a la justicia[10], la Sala puso de manifiesto que las situaciones indicadas en los mencionados literales son elementos contextuales que contribuyen a revelar, a mostrar, el elemento subjetivo del tipo penal, pero que no lo reemplazan ni conllevan a que pueda prescindirse de él. En consecuencia, en cada uno de tales contextos descriptivos se requiere todavía mostrar que, efectivamente, la vida de la mujer fue suprimida "por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género", para que se realice el delito.

8. Dichos conjuntos de circunstancias implican, entonces, siempre el citado elemento subjetivo del tipo. La implicación en sentido contrario, en cambio, no se da, pues la condición de mujer de la víctima, como ingrediente motivacional del agente, da lugar al feminicidio no solo en las situaciones indicadas en los mencionados literales. El elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos. El delito consiste en ocasionar la muerte a una mujer por el hecho de serlo, lo cual puede ocurrir y ser inferido de una gran cantidad de contextos que, evidentemente, no correspondan con los expresados en los citados enunciados. Por lo tanto, se comete feminicidio cuando se priva de la vida a la mujer en razón de su condición, ya sea en esas u otras situaciones."

Se itera lo pretendido por el legislador con este tipo penal es que la mujer no sea objeto de violencia en sus relaciones familiares, sociales y laborales, que existe un ambiente de no discriminación por su condición de mujer, que se establezca un mejor ambiente en su rol y para ello por política criminal se ha diseñado incremento ostensible de las penas y prohibición de cualquier forma de preacuerdos, con posibilidad de allanamiento, pero mínimas rebajas, pues lo fundamental es mediante la imposición de una pena disuadir al posible agresor de realizar el acto,

pues la pena que se irroga a través del aparato Estatal resulta elevada, por ello como se trata de medidas extremas, su rigidez es inobjetable, y al darse la aplicación de la norma no hay cabida a otro tipo de interpretación distinto a la filosofía de la norma creada.

Respecto de la dureza de la norma la CSJ en radicado 49209 del 8 de septiembre de 2017 expuso:

"Si bien el título del artículo 5.° de la Ley 1761 de 2015 corresponde a "Preacuerdos", lo cierto es que con esa disposición se afecta la rebaja de pena prevista por el primer inciso del artículo 351 del C. de P. P., que no es exclusiva de estos, sino que también se aplica en caso de allanamiento a cargos, según lo indica el numeral 3.° del artículo 288 ibídem, que prevé la: "Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351" (se subraya).

Es decir, si la posibilidad de obtener rebaja de pena por el allanamiento a cargos en la audiencia de formulación de imputación se supedita al artículo 351 y tal descuento se encuentra limitado para los casos de feminicidio, esa previsión también es extensiva a la eventualidad contemplada por el artículo 288-3, por la inescindible conexión que existe entre los dos preceptos. (Subrayas fuera del texto)

Si bien la intención de eliminar beneficios y subrogados para los perpetradores de feminicidio fue morigerada en forma significativa durante el trámite del proyecto de ley en la Cámara de Representantes (Gaceta del Congreso n.° 322 del 22 de mayo de 2015, página 11), en todo caso se mantuvo el propósito declarado en la exposición de motivos, esto es, obtener la imposición de una sanción ejemplarizante para los responsables de feminicidio, debido a la gravedad del hecho y al grado de repudio que el mismo merece (Gaceta del Congreso n.° 773 del 26 de septiembre de 2013, página 8).

Pues bien, a ese designio se ajusta la interpretación prohijada por la Sala, así como también a la conceptualización que ha retomado a partir de la providencia CSJ SP14496-2017, 27 sep. 2017, Radicado 39831, en el sentido que el allanamiento a cargos es una modalidad de preacuerdo."

Lo anterior por cuanto la Ley 1761 de 2015 indica en su artículo 5º: Preacuerdos: La persona que incurra en el delito de feminicidio solo se le podrá aplicar **un medio del beneficio de que trata el artículo 351** de la Ley 906 de 2004. Igualmente, no podrá celebrarse preacuerdos sobre los hechos imputados y sus consecuencias. Como lo dice la jurisprudencia antes citada, se trata de un descuento que se ha limitado por tratarse del delito de feminicidio, con el propósito de imponer sanciones drásticas para prevenir y erradicar toda clase de violencia a la mujer.

5. Del caso en concreto

5.1. Para dar respuesta al primer problema planteado la Sala debe manifestar que la deprecación de la defensa, en cuanto al cambio de adecuación típica respecto de una situación fáctica que ya se ha definido mediante la aprobación de un convenio o preacuerdo, que al momento procesal se encuentra con decisión judicial que goza de firmeza formal y material, NO ES POSIBLE y entonces, bajo tal contexto, se debe entender que con su inconformidad lo que procura es que se deshaga dicho pacto, y que su recurso va encaminado a una retractación del arreglo estipulado.

Sea lo primero indicar al togado, que no opera en nuestra legislación procesal penal aquella figura de manera simple y llana, por el contrario, rige el principio de la irretractabilidad en materia de allanamientos y preacuerdos en aquellas condiciones. Y como con anterioridad se expuso, solo cuando se evidencia que el consentimiento pueda adolecer de vicios que de acuerdo con la legislación civil pueden ser el error, la fuerza y el dolo, y que bajo una cualquiera de aquellas se emitió la aceptación de cargos es viable la nulidad, y la otra forma que también resulta procedente dicha rescisión es cuando se presente vulneración a garantías fundamentales.

Claramente se otea que dichas situaciones afectan el debido proceso de forma sustancial por lo que producida su demostración de una de las circunstancias aludidas conlleva la declaratoria de invalidez del acto procesal que dio aprobación a un preacuerdo en aquellas condiciones. Por tratarse de una causal de nulidad puede exponerse en contra de la sentencia formulada, pero con la base probatoria y argumentativa adecuada, porque tal ejercicio conlleva una exposición específica tendiente a probar el derecho fundamental afectado.

También en acápite anterior se indicó que es válida la retractación cuando el Juez de conocimiento aún no se ha pronunciado sobre la aprobación del convenio suscrito entre las partes, dado que se está en un estadio de negociación en que las manifestaciones a favor o en contra corresponden a esa esfera y es facultativo de las partes aceptar o rechazar.

En este orden de ideas, refulge claro que para la procedencia de la retractación una vez se ha dado la aprobación por parte del Juez de Conocimiento, deben demostrarse los vicios o violaciones a las garantías, no es un mecanismo que opere de manera insular, y que al capricho del acusado primero acepta y luego mediante un recurso niega el delito realizado, por ello tiene establecidos procedimientos que necesario es respetar por las partes, y en tratándose de preacuerdos se ha dicho son ley para las partes.

Téngase en cuenta que para que el Juez pueda llegar a la decisión de aprobar el preacuerdo recorrió un camino verificando al tenor del artículo 327 inciso final del procedimiento penal, que exista el mínimo de prueba del que se puede inferir el comportamiento penal y la participación del acusado, por ello no es un acto sin sustento alguno, si el Juez observa que la situación fáctica ostensiblemente no corresponde con la adecuación jurídica, dicha pretensión no podrá ser acogida. Además, existe un momento procesal en la audiencia que de forma directa el fallador ausculta que la decisión del acusado de aceptar su responsabilidad por la vía del preacuerdo es un acto libre, consciente, voluntario y asesorado; todo lo cual indica que dicho procedimiento debe estar rodeado de plenas garantías por cuanto es la forma de terminación abreviada de tramite procesal, que como se sabe para emitir una sentencia condenatoria debe cumplir con el baremo establecido en el artículo 381 de la ley adjetiva penal.

La postulación de la defensa conlleva la protección de un bien jurídico diferente al determinado por el ente fiscal conforme la situación factual, rememoremos que es la fiscalía quien tiene la facultad constitucional de realizar conforme ese *factum* los juicios de imputación y acusación, y si en tal decurso concluyó que la investigación determina que se trata de un atentado la mujer producto de una violencia que se viene produciendo en la que se considera un objeto del cual puede predicarse una propiedad, no existe otra tipificación que la expuesta por el aquel órgano investigador.

Y si su pretensión era la solicitud de nulidad de aquel acto de aprobación del preacuerdo, como ya se anotó, la argumentación no tiene ni sustento normativo ni demostración respecto de alguna de las posibilidades señaladas en la norma, que requieren prueba para comprobar que no es un simple acto de querer deshacer un tramite que goza de legalidad con respecto por las garantías del acusado.

Bajo estas consideraciones, la Sala encuentra que la pretensión de variación de la calificación jurídica en esta actuación procesal ceñida de garantismo y que ha dado lugar a despachar una sentencia condenatoria en contra de FHBB por el delito de feminicidio, no encuentra eco dadas las argumentaciones expuestas en precedencia.

5.2. Respecto del segundo problema jurídico que de forma subsidiaria formula el defensor y que se encuentra relacionado con su aspiración a una mayor rebaja al momento de la dosificación punitiva, debe la Sala recordar al apelante que la política criminal que ha regido la expedición de normas para la regulación de conductas que se encuentran inmersas en el campo penal, busca que mediante la imposición de la pena privativa de la libertad, que mediante esta amenaza como criterio de prevención, se persuada a que el ciudadano no ejecute la acción demarcada como delictual.

Es por lo que el artículo 4º del estatuto de las penas consagra como fines de la pena entre otros la prevención general, que procura mediante la intimidación de la imposición de una pena desanimar, disuadir a los potenciales delincuentes de ejecutar dicho acto (prevención general negativa), es por lo que la norma penal luego del supuesto de hecho tiene una consecuencia jurídica que es la sanción que puede ser de multa o prisión.

Ello unido a que existen situaciones de ocurrencia del delito que ofrecen mayor claridad como la flagrancia y la necesidad de proteger bienes jurídicos especiales, donde el legislador penal ha limitado con drasticidad la rebaja de la pena cuando opera la aceptación de cargos sea por vía de allanamiento o de preacuerdo.

Debe la Sala indicar que es la ley 1453 de 2011 en su articulo 57 que determinó que la rebaja de pena cuando se presentaba la captura en flagrancia sea menor, norma que tuvo la revisión de constitucional por la Corte y mediante sentencias 645 de 2012 y 240 de 2014 fue encontrada ajustada a la normatividad.

El artículo 301 del código de procedimiento penal nos define las situaciones que deben considerarse como captura en flagrancia y con la Ley citada se introduce un parágrafo que indica: La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, es el mismo legislador penal quien en su potestad de configuración en tal materia quien establece cómo deben operar las rebajas de pena cuando se está ante un caso de flagrancia, cantidad de rebaja que comprende todos los momentos procesales en que procede la aceptación de cargos.

Sobre este tópico recordemos la jurisprudencia de la CSJ en su Sala de Casación Penal radicado 38285 del 11 de julio de 2012 que dijo:

"Así, como lo destacó la Procuradora Delegada, la disminución del beneficio punitivo en una cuarta parte consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, debe extenderse a todos los momentos o etapas procesales en que se autoriza allanarse a cargos y suscribir acuerdos entre las partes, respetando desde luego las rebajas de pena inicialmente previstas para cada momento.

Conforme con lo anterior, la persona que haya sido capturada en flagrancia tendrá derecho a las siguientes rebajas de penas progresivas según el momento en que se allane a los cargos formulados:

Rebajas punitivas por aceptación de cargos

Audiencia de formulación. Art. 351	***Rebaja original ½ (50%)***	***Rebaja actual*** *12.5 % (1/4 de la mitad)*
Audiencia preparatoria. Art.356 N.5	*1/3 (33.3%)*	*8.33% (1/4 de la tercera parte)*
Audiencia juicio oral. Art. 367	*1/6 (16.6%)*	*4.16% (1/4 de la sexta parte)*

En lo atinente a los preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación, dado que el artículo 352 de la Ley 906 de 2004 prevé una rebaja de la pena imponible en una tercera parte, ésta quedará únicamente en un 8.33 por ciento, conforme a la operación aritmética hecha en precedencia.

Y en lo que atañe a los preacuerdos celebrados antes de la presentación del escrito de acusación, la rebaja de pena no podrá exceder del 12.5%, que es la cuarta parte de la mitad.

Huelga señalar que dichas rebajas se harán efectivas luego de individualizarse la respectiva sanción."

Queda claro que cuando se está ante la figura de la flagrancia los montos de la rebaja no pueden ser iguales a los procesos donde no opera este fenómeno y el ente investigador ha debido desplegar un mayor esfuerzo por identificar al autor del comportamiento, para los eventos de flagrancia las pesquisas tendientes a determinar al autor o participes resulta mas fácil por ende quiso el legislador que ante dicha evidencia la rebaja no sea significativa.

Y es la misma facultad de configuración del legislador penal que ha querido tener más contundencia con las penas para el delito de feminicidio, que como antes se dijo se crea esta figura que propende por la protección a la mujer que es objeto de violencia por motivos de género y discriminación y como lo pretendido son penas ejemplarizantes, con igual filosofía se indica la prohibición para realizar preacuerdos sobre los hechos y sus consecuencias, **solo** permite una minina rebaja como ya se expresó en el citado artículo 5º de la ley 1761 de 2015, que sólo corresponde a la mitad del beneficio del artículo 351 del procedimiento penal.

El evento que hoy concita a la Sala se ha dado bajo la figura de la flagrancia cuando el 25 de enero de 2017 en horas de la tarde fue capturado FHBB cuadras más adelante del centro comercial Ponte Vedra, por policía de la vigilancia

del sector, por petición del compañero de trabajo de la víctima quien lo señala como el agresor de NMEM, encontrando en su poder el arma con que acababa de lesionarla en distintas partes del cuerpo.

En tratándose del delito de feminicidio agravado, se establece la figura del preacuerdo reglada por la ley 1761 de 2015, que contiene la prohibición expresa de una mayor rebaja a la mitad del beneficio del artículo 351 de la Ley 906 de 2004, con ello se brinda una protección a la mujer objeto del delito, quien procura justicia por tal accionar.

La dosificación realizada por la primera instancia se encuentra ajustada a la legalidad en cuanto a la pena de prisión, toda vez que se ha efectuado con aplicación al artículo 61 del estatuto de las penas, se han elaborado lo cuartos correspondientes y se ha escogido el cuarto mínimo para imponer la pena, de igual manera se ha motivado conforme el inciso 3º de la norma citada para apartarse del tope mínimo y una vez individualizada la pena en 270 meses de prisión se hace la rebaja que por el momento procesal tiene señalado la norma de 8,33%, pero que en adecuada aplicación al artículo 5 de la Ley 1761 de 2015 que regula el delito de feminicidio solo puede ser de la mitad de este beneficio por ende corresponde a 4,165%. Es por lo que la pena irrogada corresponde a 258 meses y 22 días de prisión, (21,5 años y 22 días) como se indica en la sentencia que se revisa.

Son estas las razones por las cuales la rebaja no puede corresponder a una tercera parte de la pena, como lo solicita la defensa en su recurso, dado que se trata de una situación de flagrancia y que en protección a la víctima la ley 1761 de 2015 permite la mitad de la rebaja para los casos de flagrancia cuando se presenta la aceptación de cargos en sede de audiencia preparatoria como en el presente caso.

Suficientes argumentos para indicar a la defensa que su pretensión de obtener una mayor rebaja a la pena establecida no sea procedente.

Colofón de lo anterior, una vez zanjados los aspectos referentes a los motivos de inconformidad contenida en el recurso de apelación presentado por la Defensa, procede esta Corporación a confirmar la decisión de primera instancia en aquellos tópicos, conforme los argumentos expuestos con anterioridad.

6. De la inhabilitación de derechos y funciones públicas

La pena de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es una pena que puede ser principal a voces de los artículos 43, 44 y 52 del códice sustantivo penal, y también basado en la última norma mencionada es pena accesoria a la pena de prisión, así lo establece el inciso 3º.

Pero por virtud del artículo 51 de la misma normatividad, esta pena tiene unos límites los cuales no pueden ser rebasados, reza la norma anunciada: La inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá una duración de cinco (5) a veinte (20) años, salvo en el caso del inciso 3o. del artículo 52.

De lo anterior refulge con claridad que esta pena cuando opera como principal o accesoria tiene una demarcación máxima que en aplicación al principio de legalidad de la pena no puede ser excedido y que corresponde a 20 años.

La CSJ Sala de Casación Penal en radicado 46244 del 20 de enero de 2016 expresó sobre este tópico:

"5. En cuanto hace al primer aspecto, impera recordar que el inciso 3º del artículo 52 de la Ley 599 de 2000 prevé que, en cualquier caso, "la pena de prisión conllevará la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por un tiempo igual al de la pena a que accede". Sin embargo, la disposición en comento también establece que dicho monto no puede "exceder el máximo fijado en la ley, sin perjuicio de la excepción a que alude el inciso 2º del artículo 51", la cual se relaciona con la intemporalidad de tal sanción, prevista en el inciso 5º del artículo 122 de la Constitución Política, para los eventos en los que son condenados los servidores públicos por delitos contra el patrimonio del Estado.

El citado artículo 51 del Código Penal, que regula en su integridad la duración de las penas privativas de otros derechos, señala que la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas tendrá "una duración de cinco (5) a veinte (20) años".

Interpretadas esas disposiciones de manera armónica, la Sala en reiteradas decisiones ha sido pacífica al señalar que, en ningún evento esa sanción accesoria superará los veinte (20) años, sin importar que la pena privativa de la libertad a la que es aneja por mandato legal, corresponda a un guarismo mayor (CSJ. SP, 10 feb. 2010, rad. 32216 y SP, 25 sep. 2013, rad. 40241)."

En este marco conceptual deberá la Sala corregir el error en que ha incurrido la primera instancia al acompañar a la pena de prisión de 21 años 6 meses y 22 días, la de inhabilitación de derechos y funciones públicas cuyo límite máximo permitido por la normatividad corresponde a 20 años.

En este sentido se deberá modificar el numeral primero de la sentencia emitida en contra de FHBB.

III. LA DECISIÓN

Por lo expresado, 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. MODIFICAR el numeral primero de la sentencia recurrida, que quedará así:

Declarar a FHBB de condiciones personales y civiles señaladas en el acápite de individualización, autor penalmente responsable del delito de **feminicidio agravado en grado de tentativa**. En consecuencia, imponerle en su contra la pena principal de **doscientos cincuenta y ocho (258) meses y veintidós (22) días de prisión** acompañada de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de veinte (20) años, por hechos cometidos el 25 de enero de 2017.

2º. CONFIRMAR en lo que fue objeto de apelación

3º Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que procede el recurso de casación, que deberá ser interpuesto en la forma como lo establece el artículo 183 del código de procedimiento penal.

Notifíquese y Cúmplase

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado Ponente

BLANCA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES –
Aplicación de los Instrumentos Internacionales en conjunto con la Constitución y el ordenamiento jurídico interno.

PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PRINCIPIO "PRO INFANS" - En toda actuación legal o administrativa al igual que en la penal, se debe buscar el bienestar integral del menor.

DERECHOS ESPECIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS, INTERSECCIONALIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO – Constituyen herramientas de hermenéutica jurídica que deben ser observadas al adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, tanto por quienes intervienen en la etapa de investigación como en la de juzgamiento.

DERECHOS ESPECIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS, INTERSECCIONALIDAD Y PERSPECTIVA DE GÉNERO – Deber constitucional de administrar justicia aplicando estos enfoques.

DERECHOS ESPECIALES DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – DEBERES NEGATIVOS DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES EN LA INVESTIGACIÓN Y JUZGAMIENTO: El ordenamiento jurídico exige analizar el contexto de la víctima, eliminando prejuicios y absteniéndose de realizar actos de discriminación.

DERECHOS ESPECIALES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - PRUEBAS EN MATERIA DE VIOLENCIA SEXUAL: El consentimiento no debe inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima, cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

ACOSO SEXUAL – Elementos.

ACOSO SEXUAL, ACTO SEXUAL E INJURIA POR VÍAS DE HECHO – Características.

DUDA PROBATORIA - Debe tener unas bases objetivas demostradas en el juicio y deben brindarse las explicaciones por las cuáles se toma la decisión de absolver.

IN DUBIO PRO REO – El grado de certeza lo excluye de plano.

No obstante la constatación de una serie de irregularidades en el procedimiento seguido por el funcionario judicial en la audiencia de Juicio Oral, algunas de las cuales incluso llegaron a afectar el derecho a la dignidad de las menores, al realizar cuestionamientos respecto de su comportamiento y actos de discriminación, en aplicación de moduladores y principios que se armonizan con el interés superior del menor para evitar a las víctimas una nueva comparecencia a juicio y por ende su re victimización, no hay lugar a una declaratoria de nulidad. Es procedente adoptar una decisión de fondo conforme la valoración en conjunto de la prueba recaudada y los principios que deben guiar la interpretación en los casos de menores de edad, mujeres en estado de vulnerabilidad, víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, estableciéndose que ofrece la certeza relativa de índole racional que se requiere frente a la ocurrencia del ilícito y la responsabilidad penal del procesado. Las declaraciones de las menores y su comparación con otros medios probatorios, hacen arribar al convencimiento de que el acusado si cometió el delito de acoso sexual, el cual se consolidó en los verbos rectores de acoso, hostigamiento y asedio verbal y físico, que existió persistencia en dichas acciones, las cuales ocasionaron mortificación en las menores, presentándose una relación de asimetría por la edad de los involucrados, además de la comprobación de los fines sexuales pretendidos por el agresor y la carencia de consentimiento de las infantes por su falta de capacidad para decidir sobre su sexualidad; procediendo por tanto la revocatoria del fallo absolutorio proferido y la consecuente condena.

Magistrada Ponente: Blanca Lidia Arellano Moreno
Asunto: Apelación sentencia absolutoria
Delitos: Acoso Sexual agravado
Condenado: LFZP

Proceso No: 520016000485 2016 04059 01 N.I. 18251
Aprobación: Acta N° 30 del 29 de julio de 2019

San Juan de Pasto, dos (02) de agosto de dos mil diecinueve (2019)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto[1] y sustentado por la abogada representante de víctimas, contra la sentencia proferida el día 21 de febrero de 2019, por medio de la cual el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto absolvió al señor LFZP, por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO.

1. LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Conforme a lo presentado en la audiencia de Juicio Oral, se conoce que por un período aproximado de dos semanas el señor LFZP, abordó a las menores AVRP[2] y AJOP[3] de 10 años y 11 meses de edad la primera y 8 años y 3 meses de edad la segunda, ofreciéndoles dinero y elementos como muñecas o tablets, a cambio de que le indiquen o se hagan tocar sus partes íntimas, hasta que el 4 de agosto de 2016, pasado el mediodía, llega a inmediaciones del Colegio ERR ubicado en el barrio Popular de esta ciudad, del cual eran estudiantes las precitadas y les llama la atención para que se acerquen a la reja que separa el establecimiento educativo de la vía pública como lo había realizado por varios días durante aproximadamente dos semanas y tras hacerles nuevamente el ofrecimiento libidinoso, procede a introducir su mano entre la reja y a tocar los glúteos de las precitadas, hecho del cual se da aviso a una de las docentes, lo que motiva la solicitud de apoyo al personal policivo del CAI del sector, a cuyo llamado acuden los patrulleros Christian Javier Castro Botina y Jeisson Henao Henao, a quienes las menores informan lo ocurrido y señalan al individuo que adelantó tal acción, por lo que ellos proceden a aprehenderlo.

2. ACTUACIÓN PROCESAL

Tras la legalización de la captura del señor LFZP, el 5 de agosto de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con funciones de control de garantías, la Fiscalía procedió a imputarle el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, conforme a lo previsto en los artículos 210 A y 211 numerales 4º y 7º del C.P., teniendo en cuenta que la conducta se realiza respecto de menores de 14 años y dada su situación de vulnerabilidad por su edad de 9 y 10 años.

En cuanto al verbo rector, se adujo que era el de "*asediar física y verbalmente*", en lo primero por el tocamiento físico realizado y en lo segundo por la solicitud que se realizaba a las víctimas para que se quiten la ropa.

La anterior imputación no fue aceptada por el precitado, a lo que seguidamente la Fiscalía solicitó la imposición de medidas no privativas de la libertad, lo que fue acogido por la Jueza para ordenar las previstas en los numerales 3, 4 y 5 del artículo 307 de la Ley 906 de 2004.

Prosiguiendo el trámite correspondiente, el ente investigador, presentó escrito de acusación el 3 de octubre de 2016, realizándose la audiencia de formulación de acusación, el 7 de febrero de 2018, y la preparatoria el 25 de julio del mismo año.

En cuanto a la audiencia de Juicio Oral tuvo lugar después de varios aplazamientos, el día 21 de febrero de 2019, fecha en la cual el Juez de conocimiento tras conocer la teoría del caso y pruebas presentadas por la Fiscalía, y

[1] Se anticipa el turno para estudio de segunda instancia teniendo en cuenta que las víctimas son menores de edad, en aplicación de lo exigido en el artículo 193-1 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), y que dada la pena máxima del delito imputado que llega a 54 meses de prisión, la fecha de prescripción opera el 4 de agosto de 2019.
[2] Nacida el 8 de septiembre de 2005, según registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias - Fl. 39 de la Carpeta Principal
[3] Nacida el 6 de mayo de 2007, según el registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias. Fl. 36 de la Carpeta Principal

escuchar los alegatos conclusivos dictó el sentido de fallo absolutorio e inmediatamente emitió la sentencia que fue apelada por la representación de víctimas.

3. LA SENTENCIA APELADA

El señor Juez de primera instancia, presenta inicialmente una breve reseña de los fácticos según el registro realizado en el escrito de acusación que involucra a dos menores de 10 y 11 años de edad, pasa luego a exhibir los datos que permiten identificar al acusado, realiza enseguida un resumen de los alegatos presentados en juicio por parte de la Fiscalía y la representante de Víctimas quienes solicitan que se profiera sentencia condenatoria y de la defensa que requiere la absolución. Expone también lo concerniente a la actuación procesal adelantada.

Invocó los artículos 7º y 381 del C.P.P. enfatizando en lo que tales preceptivas exigen para que la Fiscalía como titular de la acción penal exhiba prueba acerca de existencia del delito y la responsabilidad penal del acusado, la que de generar duda propiciará una resolución a favor del procesado, que es lo que sucede en el caso sometido a su análisis, de lo que deviene la sentencia absolutoria.

Prosigue presentando el contenido de la norma penal que tipifica el delito de Acoso Sexual Agravado, esto es el artículo 210 A del C.P., el que según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, relaciona una serie de verbos rectores de los que se desprende que los actos deben ser persistentes, reiterativos o significativos en el tiempo y que tengan fines sexuales no consentidos, aunque no necesariamente demanda que ellos ocurran por un lapso prolongado de tiempo.

Igualmente presenta el señor Juez un resumen de la explicación brindada por la Corte para diferenciar los delitos de acceso y acto sexual con el de acoso sexual.

Ahora en lo que corresponde al análisis en concreto que lo lleva a adoptar la decisión a favor del procesado presentó los siguientes fundamentos:

Estableció en primer lugar que la Fiscalía no concretó en su acusación cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes puesto que no detalló cuál de los verbos rectores corresponde a la conducta desplegada por el acusado, esto es, asediar, acosar, perseguir u hostigar a las menores, lo que debe ser parte de tales fácticos como ya lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia y es uno de los pilares del principio de congruencia, pues si no se cumple con uno de estos postulados lógicamente que decae la teoría de la Fiscalía.

En segundo lugar, encuentra el funcionario de primer nivel que las declaraciones rendidas por las menores son contradictorias, ya que por una parte dicen que los hechos ocurrieron en una cancha de fútbol, y que acudieron ante el llamado del señor de quien pensaban que quería agua, pero que éste les ofrece dinero y dádivas a fin de que le indiquen sus partes íntimas, y que estos hechos se repitieron en dos semanas consecutivas, información que no le fue suministrada al perito a quien dijeron que sólo ocurrió en una sola oportunidad, persona que al comparecer al juicio explicó que las menores eran coherentes y que se mostraban colaboradoras, a la vez que determinó que no presentaron traumas.

Analiza también el testimonio de la segunda de las menores declarante, de quien aduce fue mucho más baja en sus dichos, pero menciona que nunca observó que el agresor haya exhibido sus genitales, al contrario de la primera de las menores que dijo que sí, para enseguida meter la mano y tocarle la cola. La testigo no logró explicar qué es "rosar".

Igualmente considera el *A quo* que las menores no dieron mayor claridad ante la pregunta del despacho de que si ya tenían conocimiento de que el acusado les hacía este tipo de solicitudes, por qué razón acudían a sus llamados, ante lo cual no se supo dar una explicación razonable.

Finalmente analiza la declaración del policial quien manifiesta que a través del radio se le pidió que acudiera a la escuela del barrio Popular en donde se estaba presentando un caso y sin embargo al llegar al lugar sólo encontró una aglomeración de menores de edad, recordando el nombre del procesado, más no el de las víctimas quienes le informaron las características de un sujeto que les había tocado la cola, además de que informa que no se

encontraba ninguna persona mayor de edad pese a que las menores en sus relatos dijeron haberle dicho a la profesora.

No se determina además que se esté ante la comisión de un delito de acoso sexual, ya que la Corte ha sido muy clara en establecer que uno de sus elementos es que existan situaciones de superioridad en las que debe haber subordinación, elemento que no se presenta en el caso porque las menores no se encontraban en estado de desprotección ante el procesado, dada la existencia de una reja y así una distancia que los separaba, por lo cual no podía el procesado ejercer una función de superioridad.

En consecuencia, al presentarse dudas en cuanto a la existencia del delito el Juez de primer nivel resuelve a favor del procesado y profiere sentencia absolutoria.

4. LA SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

La representación de víctimas, como única parte apelante, hace una exposición inicial a través de la cual resume los fácticos, al igual que presenta la actuación procesal, incluyendo lo ocurrido en la audiencia de Juicio Oral relacionando la prueba practicada consistente en los testimonios del perito psiquiatra Forense Álvaro Fernando Jurado (Sic[4]), de las menores víctimas y del patrullero Christian Javier Castro Botina. Finalmente indicó los fundamentos principales de la sentencia apelada.

En cuanto a los motivos de disenso que la llevan a apelar la sentencia expone los siguientes:

En el caso objeto de estudio se debe tener en cuenta la condición de las víctimas de doble connotación, debido a que se trata de menores de edad, a quienes cobija la protección especial bajo el principio del interés superior del niño, y de igual forma se trata de mujeres, grupo poblacional que ha sido sometido históricamente a una constante discriminación por parte de la figura patriarcal masculina; por lo cual merecen un trato diferencial tal como lo ordena la Constitución Nacional en su artículo 44, al igual que las leyes 1257 de 2008 y 1098 de 2006.

Bajo el anterior contexto la representante de víctimas, analiza la decisión del *A quo* en lo que califica como inconsistencias surgidas en el juicio oral, en las versiones de las víctimas, ante lo cual resulta pertinente avizorar que para la fecha en que acaecieron los hechos (4 de agosto de 2016) las víctimas tenían 10 y 11 años de edad, y hasta la data del juicio habían transcurrido dos años y medio, no obstante la dificultad para rememorar dichos sucesos, ellas fueron interrogadas frente a las partes e intervinientes, determinando que la primer testigo AJOP tuvo mayor espontaneidad y elocuencia al ser interrogada, y afirmó que el victimario permaneció por dos semanas tras las rejas del colegio, proponiéndoles que a cambio de ver sus partes íntimas, les recompensaría con diferentes dádivas, asimismo el victimario se bajó los pantalones y les mostró sus genitales.

Ahora bien, en lo que concierne a la segunda testigo, la víctima AVRP, discrepa con el análisis del señor Juez, toda vez que lo que se determinó en juicio es que la ella no recuerda que el victimario haya "*raspado*" la cola y que dicho suceso haya ocurrido en varias oportunidades, del mismo modo, manifestó que no recuerda si realmente el victimario exhibió sus genitales.

Entonces las disconformidades surgidas del testimonio de las víctimas se explican en que su relato fue realizado de manera espontánea, sin haber mediado ningún tipo de acuerdo previo respecto a lo que dirían en juicio oral, es decir que comunicaron aquello que su mente rememoró y que por lo íntimo del tema, el transcurso del tiempo, la vergüenza, su edad y la personalidad más extrovertida de AJOP en contraste a la timidez de AVRP, pudo haber desencadenado estas disconformidades.

Empero lo anterior, de lo que no cabe duda, es el hecho de que el victimario sí permaneció durante un lapso de tiempo *acechando y hostigando* a las dos víctimas, ofreciéndoles regalos en contraprestación de que le enseñaran sus partes íntimas y que aunado a ello les tocó la parte trasera del cuerpo a ambas por encima de la ropa interior;

[4] Registra error en el nombre cuando el testigo fue identificado en la audiencia de Juicio Oral, con el nombre de FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, según record 00:15:39 de la jornada de la mañana de fecha 21 de febrero de 2010.

pudiéndose concluir y mantener la postura de que el núcleo fáctico, que fundamentó la materialidad del punible de Acoso Sexual Agravado, se mantuvo incólume.

Resaltó que era menester tener en cuenta que el bien jurídico tutelado en el delito en mención, es decir la libertad, integridad y formación sexual, puede verse afectado con un solo acto, roce físico o manifestación; dicho esto, señaló que, si sucedió o no aquello del roce, tocamiento de los glúteos o si realmente el victimario les enseñó sus zonas genitales, no desdibujaría la materialidad del punible, como así lo explica la Corte Suprema de Justicia (En adelante CSJ), en la sentencia 86287 del día 30 de junio de 2016, ya que el acoso sexual no es un delito de resultado pues refiere que "no debe superar las ropas para hacer el tocamiento" como sucede en el presente asunto en el que el victimario solo realizó un roce de los glúteos por encima de la licra que utilizan las niñas debajo del uniforme.

Indicó que el fallo de primera instancia resaltó la disparidad entre lo informado por el psiquiatra forense Álvaro Jurado y lo manifestado por las víctimas en juicio, en cuanto a la persistencia (factor de tiempo) del acosador, como quiera que al perito no le dijeron que el victimario estuvo durante un período tras las rejas del colegio acechándolas. Contrario a lo decidido en el fallo de la primera línea la Corte en sentencia SP107-2018 radicado No. 49799 Mg Ponente Fernando León Bolaños, ha dicho que no se requiere permanencia en el tiempo, sino la persistencia del sujeto activo.

Dicho lo anterior, la representante de víctimas enfatizó en el estudio realizado por el psiquiatra a las menores, concluyendo que de acuerdo a su conocimiento las mismas son coherentes, y consistentes, no tienen una fantasía desbordada, ni ideas delirantes. Consecuencia de ello es que los relatos son creíbles.

Igualmente, trae a colación acerca de la evaluación de los testimonios de los niños víctimas de delitos sexuales, estudios como el que realiza Vásquez 2004 en su obra ABUSO SEXUAL EN NIÑOS. HAMPI RUNA, 163-170 y lo expresado por la CJS, Sala de Casación Penal en sentencia SP8611-2014 Mg Ponente José Leonidas Bustos Martínez.

Así, las declaraciones vertidas en juicio por las víctimas gozan de credibilidad y se les debe dar el debido valor probatorio, no solo porque las inconsistencias advertidas por el fallador no son de tal contundencia que generen grave incertidumbre en la construcción de la verdad procesal, sino porque no se develó algún motivo por el cual las mismas pudieran idear una historia carente de verdad perjudicando a un completo desconocido como lo es el victimario LFZP.

Por otro lado, consideró que, en lo concerniente a lo alegado en el fallo de primera instancia respecto a la ausencia de subordinación de las víctimas frente al agresor, en el entendido de que el punible exige esta condición, contrario sensu no se tipificaría la conducta en la descripción, resaltó lo establecido en la sentencia SP107 (49799) del 7 de febrero de 2018 Mg ponente León Bolaños Palacios.

Ahora bien, para el caso en concreto se pone de presente que el victimario tenía 74 años de edad y las víctimas tenían 10 y 11 años de edad, lo que pone en evidencia que la edad fue un factor determinante en los fácticos, pues llama la atención como las niñas se acercaron al sujeto que venía hostigándolas, y que a pesar de que no lo conocían tal vez querían saber si deseaba agua, tal como lo manifestó AJOP lo que denota cierto respeto por la persona "vieja" como fue denominado por las víctimas, aunado a la asimetría de género que ha existido desde siempre por los roles de poder ejercidos por los hombres en la sociedad, se demuestra que en el caso existió la mentada subordinación; misma que no se desvirtúa como lo entiende el Juez de primera línea, con la existencia de las rejas que separaba a las víctimas del victimario, toda vez que nada impidió a que el procesado asediara a las víctimas y alcanzara a rozar sus glúteos como se expresó en su momento.

Resaltó la situación socio-económica de las víctimas, su escasa edad, ubicada en un plano de desigualdad de la cual se valió el victimario, para hostigarlas, perseguirlas y ofrecerles dádivas en contraprestación a favores sexuales, este último aspecto demostrativo del componente subjetivo del interés sexual establecido en la descripción del delito.

De igual forma precisó que respecto a la falla de la Fiscalía en determinar en qué verbos rectores del acoso sexual recae la conducta del victimario, había que retrotraerse a los alegatos del ente acusador donde señaló que se le

atribuían las conductas consagradas en el delito, esto es, acose, persiga, hostigue o asedie; de los precitados verbos manifestó que tienen como fin denotar la persistencia, mas no hay una mayor diferencia entre los mismos.

En lo atinente al patrullero Cristian Javier Castro, testigo del ente acusador, quien fuere el último en rendir testimonio, que para el Juzgado de primer nivel no encontró asidero, por el contrario fue relevante, toda vez que corroboró la angustia que padecieron las víctimas por la conducta del sujeto activo, lo cual puso de presente cuando le contaron lo sucedido a la profesora, sus respectivas madres y se decide llamar a la autoridad policiva, misma que procedió a capturar a LFZP, posterior al reconocimiento efectuado por las víctimas respecto a que era el sujeto que había estado acosándolas y que alcanzó a tocar sus glúteos. Destacó que el procedimiento policial respecto a la captura fue en flagrancia, debidamente legalizado ante el Juez de Control de Garantías, razón por la cual generar controversia de ello en etapa de juicio no guarda una relación lógica.

Ante tal panorama, la representante de víctimas concluye lo siguiente:

1. Que las omisiones, inconsistencias o confusiones en que pudieron incurrir las menores durante el juicio, no afectaron el núcleo fáctico, que sus versiones son creíbles, además tampoco se develó motivación alguna para confabularse contra una persona desconocida. Sus versiones articuladas con lo dicho por el perito Álvaro Jurado quien concluyó que las niñas eran coherentes, consientes y su relato era lógico, reafirman su confiabilidad y poder suasorio.

2. En igual sentido lo aseverado por el agente de Policía Cristian Javier Castro, que resulta pertinente para demostrar la teoría del caso de la fiscalía, ya que el testigo llegó pocos minutos después de la ocurrencia del delito, pudo ver a las víctimas quienes le manifestaron que un sujeto, del cual describieron su fisionomía, las había tocado y les mostró sus genitales, por lo cual el agresor fue capturado y reconocido por las víctimas.

3. El procesado ha evadido a la justicia, dado que se desconoce su ubicación y no se ha presentado ante las autoridades a pesar de que conocía la existencia del proceso en su contra, indicio que deberá tenerse en cuenta en contra del mencionado.

4. De las pruebas arrimadas al juicio se puede colegir que se cumple a cabalidad con lo descrito en la conducta punible de Acoso Sexual consagrado en el artículo 210 A del C.P., toda vez que:

-El sujeto activo era una persona mayor que ejerce subordinación frente a las afectadas.
-Las víctimas son unas niñas de escasos recursos y tímidas, en estado de debilidad.
-El sujeto activo las ACOSÓ, PERSIGUIÓ, HOSTIGÓ Y ASEDIÓ.
-Los fines del victimario eran de carácter sexual.
-La conducta les ocasionó molestia, intimidación, temor como ellas mismas lo expresaron en el juicio.
-Con su obrar el enjuiciado no alcanzó a superar las prendas de la víctima, pues de lo contrario estaríamos frente a un reato de mayor gravedad.

En consecuencia, solicitó se revoque el fallo de primera instancia y en su lugar se profiera sentencia condenatoria en contra del acusado por el delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Esta Corporación, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la representación de víctimas en contra de la decisión emitida el día 21 de febrero de 2019, por el Juzgado Cuarto 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 formulados por la parte 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 LFZP para proferir en su contra sentencia condenatoria.

Para resolver, la Sala revisará los siguientes aspectos: i) Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) víctimas de delitos, Interseccionalidad y Perspectiva de Género; ii) Características de los delitos de Acoso Sexual, Acto Sexual e Injuria por vías de hecho; iii) Análisis de la Valoración adelantada por el Juez de conocimiento y; iv) Duda probatoria.

5.3. ESTUDIO DEL CASO

El abordaje que debe realizar la Sala desde la normativa procesal aplicable se centra en lo exigido en 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, con base en las pruebas debatidas en el juicio, agregando a la última de las normas, que tal decisión no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.

Atendiendo a estas preceptivas el Juez de primera instancia realizó un análisis a través del cual arribó a la conclusión de que la prueba que le fue presentada en juicio generaba una duda en cuanto a la existencia o materialidad del delito de Acoso Sexual y expuso varios argumentos sobre los cuales la parte apelante requiere su revisión en segunda instancia.

Sin embargo, antes de proceder a analizar cada uno de los puntos que llevaron al *A quo* a adoptar una decisión favorable para el acusado LFZP en contraposición a los reparos formulados por la parte apelante, encuentra la Sala una serie de irregularidades sobre las cuales se hace necesario llamar la atención, por lo que presentaremos diferentes tópicos que paulatinamente se irán relacionando con lo ocurrido en la Audiencia de Juicio Oral, conforme se indicó al formular el problema jurídico.

Ahora bien, aunque se presenten como irregularidades ello no impedirá que se adopte una decisión de fondo, ya que pese a los diferentes obstáculos que enseguida se pondrán de relieve, de la prueba recaudada afloran suficientes elementos que aportan el conocimiento necesario para avanzar hasta determinar si se confirma o no lo resuelto en primera instancia, pues se encuentra claramente establecido que una declaratoria de nulidad solo podría sobrevenir como solución procesal extrema, que cede ante la aplicación de aquellos moduladores y principios fijados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, que se armonizan con el interés superior del menor para evitar a las víctimas AJOP y AVRP una nueva comparecencia a juicio y por ende su revictimización, situaciones que se deben proscribir de la actuación judicial.

Realizada esta precisión, procede la Sala enseguida a exponer los diferentes puntos relacionados en la formulación del problema jurídico.

i) Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) víctimas de delitos, Interseccionalidad y Perspectiva de Género.

Desde el artículo 13 de la Carta Política, se enfatiza en varias condiciones que al ser ostentadas por determinados grupos poblacionales exigen un trato diferenciado a fin de consolidar a su favor la oportunidad de ejercer el derecho a la igualdad desde el enfoque material y no simplemente formal.

Uno de los factores a que alude el precepto constitucional enunciado, tiene que ver con la discriminación, el cual debe ser eliminado a través de diferentes acciones por parte del Estado y sus agentes, conforme a su función, como así lo ha realizado la Corte Constitucional, al incluir en su línea jurisprudencial el criterio interseccional como una herramienta de hermenéutica jurídica, aplicable precisamente a situaciones de violencia de tipo sexual como la que se ha ventilado en el presente caso, el cual es explicado entre otras de sus decisiones en el fallo T-448 de 2018 y que en los apartes relevantes para nuestro estudio, enuncia:

"Las víctimas de violencia sexual resultan expuestas a un mayor grado de vulnerabilidad y de afectación de sus garantías constitucionales y legales cuando se enfrentan a múltiples factores de discriminación simultáneamente. Ante la colisión de diversos componentes de desigualdad se ha implementado el concepto de interseccionalidad, el cual permite, por un lado, comprender la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas, adecuadas y

necesarias para lograr el respeto, protección y garantía de sus derechos[5]. Concepto que se ha ido desarrollando en los casos de violencia cometidos contra la mujer, respecto de las cuales por su género, per se están expuesta (sic) a factores estructurales de desequilibrio en la sociedad.

(…)

Igualmente, la Corte Constitucional ha reconocido que la convergencia de factores estructurales de vulnerabilidad repercute en la generación de riesgos adicionales contra la mujer, de tal manera que la combinación de los mismos crea "una situación de naturaleza concreta con cargas de discriminación mayores por la confluencia de los factores"[6]. En consecuencia, ante la "interseccionalidad, los Estados están obligados a adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas"[7]. Se trata, en consecuencia, de mujeres expuestas a más de un factor de discriminación como, por ejemplo, su edad, en el caso de las niñas o adultas mayores; su situación financiera, cuando tienen escasos recursos económicos; su situación de salud física o psicológica, como sucede en el caso de quienes se encuentran en estado de discapacidad; su orientación sexual; su condición de víctimas de violencia o del conflicto armado, de desplazamiento forzado, de refugiadas; de migrantes; de mujeres que habitan en comunidades rurales o remotas; de quienes se encuentran en condición de indigencia, las mujeres recluidas en instituciones o detenidas; las mujeres indígenas, afro descendientes o miembros de población Rrom; las mujeres en estado de embarazo, cabeza de familia, víctimas de violencia intrafamiliar, entre otros".

Acogiendo este criterio, encuentra la Sala que para las víctimas del presente caso confluyen al menos dos factores de vulnerabilidad que exigían del señor Juez de conocimiento atención especial no solo por la condición etaria a la fecha de los hechos que las ubica en la fase de la niñez, sino además por su condición de mujeres, los que de manera muy acertada puso de relieve su representante judicial.

Adicionalmente la apelante hace referencia al factor económico como otra situación de vulnerabilidad relacionada con el sector en el que residían las menores y la modestia de sus familias, sin embargo, al respecto no se aportó en juicio prueba de respaldo, razón por la cual no se incluirán estos aspectos como elementos de análisis.

Y no solo era necesario que el Juez A quo reconociera las condiciones de vulnerabilidad de las víctimas sino dar aplicación a los principios "*pro infans*" y el "*interés superior*" de los niños y niñas que exigen velar por su bienestar, y que encuentran su reconocimiento en nuestra Carta Política cuando impone en su artículo 44 la prevalencia de los derechos de los niños, ante el hallazgo de tensiones que confronten estos con los de otros intereses procesales.

Recordemos que el Interés Superior del niño, es un principio universal que se consagra por primera vez en la Declaración de Ginebra de 1924 que trata sobre derechos del niño, y posteriormente se reproduce en otros instrumentos internacionales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración de los Derechos del Niño de 1959 (Principio 2°), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 23 y 24) y la CIDN.

Y para acercarnos a una definición del principio aludido, resulta pertinente citar la conclusión a la que llegó el doctrinante Miguel Cillero Bruñol en su escrito "*El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño*", así:

"De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus

---

[5] Werneck,2007. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/4.%20Interseccionalidad%20y%20violencia%20de%20g%C3%A9nero.pdf

[6] Sentencia C-754 de 2015.

[7] Sentencia C-754 de 2015.

derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática"[8].

Al principio del interés superior del niño se une de manera indefectible aquel que impone que en toda actuación legal o administrativa al igual que la penal, se busque su bienestar el cual debe ser integral. Y así lo expone la misma CIDN en el artículo 3º que exige "*asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar*" y que "*En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

A tono con estos instrumentos internacionales y los principios constitucionales encontramos en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia (en adelante CIA), varias normas que se constituyen en herramientas indispensables a la hora de adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, y que no son optativas sino imperativas en cuanto a su aplicación, y no solo para quienes intervienen en las etapas de investigación sino también en la de juzgamiento que incluye como el que más y como garante de sus derechos al Juez de conocimiento que para nuestro caso se encuentra en cabeza del Señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

Iniciemos por citar el artículo 12 del CIA que fija como uno de sus principios a la hora de aplicar dicho estatuto, el de PERSPECTIVA DE GÉNERO, que es enunciado en los siguientes términos:

"Se entiende por perspectiva de género el reconocimiento de las diferencias sociales, biológicas y psicológicas en las relaciones entre las personas según el sexo, la edad, la etnia y el rol que desempeñan en la familia y en el grupo social. Esta perspectiva se debe tener en cuenta en la aplicación de este código, en todos los ámbitos en donde se desenvuelven los niños, las niñas y los adolescentes, para alcanzar la equidad".

Más adelante encontramos el artículo 192 que establece los derechos especiales de los NNA víctimas de delitos, en los siguientes términos:

"En los procesos por delitos en los cuales los niños, las niñas o los adolescentes sean víctimas el funcionario judicial tendrá en cuenta los principios del interés superior del niño, prevalencia de sus derechos, protección integral y los derechos consagrados en los Convenios Internacionales ratificados por Colombia, en la Constitución Política y en esta ley".

Seguidamente el artículo 193 fija los criterios a tener en cuenta en el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los NNA víctimas de los delitos, para cualquier "*autoridad judicial*" que incluye por su puesto como lo hemos resaltado a quien como en este caso es el juzgador, y que indica entre otros los siguientes:

"2. Citará a los padres, representantes legales o a las personas con quienes convivan, cuando no sean estos los agresores, para que lo asistan en la reclamación de sus derechos. Igualmente, informará de inmediato a la Defensoría de Familia, a fin de que se tomen las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes, en los casos en que el niño, niña o adolescente víctima carezca definitiva o temporalmente de padres, representante legal, o estos sean vinculados como autores o partícipes del delito.
(…)
7. Pondrá especial atención para que en todas las diligencias en que intervengan niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos se les tenga en cuenta su opinión, su calidad de niños, se les respete su dignidad, intimidad y demás derechos consagrados en esta ley. Igualmente velará porque no se les estigmatice, ni se les generen nuevos daños con el desarrollo de proceso judicial de los responsables.
(…)

[8] BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño. Disponible en http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/miguel-cillero-brunol.pdf

12. En los casos en que un niño niña o adolescente deba rendir testimonio deberá estar acompañado de autoridad especializada o por un psicólogo, de acuerdo con las exigencias contempladas en la presente ley.
13. En las diligencias en que deba intervenir un niño, niña o adolescente, la autoridad judicial se asegurará de que esté libre de presiones o intimidaciones".

A su vez, el artículo 194, sobre el manejo de la audiencia en los procesos penales, exige:

"En las audiencias en las que se investiguen y juzguen delitos cuya víctima sea una persona menor de dieciocho (18) años, no se podrá exponer a la víctima frente a su agresor. Para el efecto se utilizará cualquier medio tecnológico y se verificará que el niño, niña o adolescente se encuentre acompañado de un profesional especializado que adecue el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Si el juez lo considera conveniente en ellas sólo podrán estar los sujetos procesales, la autoridad judicial, el defensor de familia, los organismos de control y el personal científico que deba apoyar al niño, niña o adolescente".

El artículo 195, enuncia, en cuanto a las facultades del defensor de familia en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un NNA, "*podrá solicitar información sobre el desarrollo de la investigación, para efectos de tomar las medidas de verificación de la garantía de derechos y restablecimiento pertinentes*".

Igualmente, se encuentran aspectos atentatorios del sistema jurídico que busca erradicar la violencia contra la mujer, que a nivel interno se ve representado por leyes como la 1257 de 2008 y la 1761 de 2015, y en el plano internacional, con instrumentos que hacen parte del concepto de Bloque de Constitucionalidad, por un lado la *Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (En adelante Cedaw)*, que fue aprobada por la 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; y por otro lado la Convención Interamericana *Para Prevenir, Sancionar y Erradicar La Violencia Contra La Mujer "Convención De Belem Do Pará",* 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.

En específico, la Convención, en su artículo 2º, 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, …"

Igualmente, la Convención, reconoce varios derechos de las mujeres a través de su artículo 3º, entre otros los fijados en los literales b) y e) que exigen el respeto por su integridad física, psíquica y moral y la dignidad inherente a su persona.

La anterior enunciación legislativa podría en un momento dado parecer redundante cuando día a día, los diferentes actores y sectores de nuestra sociedad luchan por la defensa de los derechos de los NNA y las mujeres, sin embargo encuentra la Sala al constatar la actuación adelantada a lo largo de la audiencia de Juicio Oral, situaciones que degeneraron en la afectación de los derechos de las menores víctimas, que nos exige recordarle al señor Juez de conocimiento estas preceptivas para que en adelante se preocupe por mejorar en su formación como así lo exige la Corte Constitucional en el Auto 733 de 2017 y la sentencia de tutela T 388 de 2018 y que han llevado a la Rama Judicial a adelantar varias jornadas de capacitación a nivel nacional en lo que a Perspectiva de Género se refiere.

Adicionalmente a las exigencias legales que presenta la Sala debemos adicionar el criterio de la Corte Constitucional expuesto en la sentencia T – 458 de 2007, que ahora nos permitimos ampliar en varios de sus apartes.

En dicho fallo se hace un recuento jurisprudencial en sede de tutela y de Casación Penal, evidenciando una tendencia creciente a la protección de la dignidad e intimidad, en general de las víctimas de delitos sexuales dentro del proceso penal, independientemente del sexo o la edad, estableciendo los siguientes derechos a su favor:

1) El derecho a que se garantice su acceso a un recurso legal efectivo, de tal manera que se asegure la efectividad de sus derechos a la verdad, a la justicia y a la reparación;
2) El derecho a expresar sus opiniones y preocupaciones y a ser escuchadas, y a que se les comuniquen todas las decisiones que puedan afectar sus derechos;
3) El derecho a ser tratadas con respeto y consideración durante todo el proceso judicial y a que se adopten medidas para evitar que el proceso penal conduzca a una segunda victimización, por ejemplo, reduciendo las molestias que puedan causarle las diligencias que se adelanten en el proceso, tales como contactos directos con el agresor, repetición innecesaria de exámenes o pruebas, etc.;
4) El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;
5) El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;
6) El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima.
7) El derecho a solicitar a las autoridades judiciales que se abstengan de ordenar la práctica de pruebas o excluyan las ya practicadas que conlleven una intromisión innecesaria o desproporcionada de su derecho a la intimidad;
8) El derecho a que se entienda que no existe consentimiento real y libre de presiones, por la simple ausencia de rechazo físico o de expresiones que lo exterioricen;
9) El derecho a que la investigación penal se adelante con seriedad y objetividad y esté orientada al esclarecimiento de la verdad y al logro de la justicia.

Más adelante, se agregó:

"Ahora bien, la Corte Constitucional en casos en donde ha estudiado delitos de abuso sexual, ha considerado que si bien los hechos no ocurren en escenarios de conflictos armados, es pertinente la alusión a las normas de derecho penal internacional en la medida en que ellas ilustran la trascendencia del tema[9].
En efecto, algunos instrumentos internacionales de los que Colombia hace parte, han abordado el tema de la protección de las víctimas de violencia sexual dentro del proceso penal han reconocido la obligación de las autoridades de darles un trato digno y respetuoso y de adoptar medidas para reducir los riesgos de la doble victimización que pueda ocasionarse en la práctica de pruebas o de otras diligencias judiciales o en el manejo de la información, sobre los hechos del proceso y la identidad de las víctimas.
Así, por ejemplo, en el Estatuto de la Corte Penal Internacional[10] se establecen expresamente los derechos de las víctimas a presentar observaciones sobre la competencia de la Corte o la admisibilidad de la causa, a que se haga una presentación completa de los hechos de la causa en interés de la justicia, a ser tratadas con dignidad, a que se proteja su seguridad e intimidad, a que se tengan en cuenta sus opiniones y observaciones, a ser reparadas materialmente y apelar ciertas decisiones que afecten sus intereses. Igualmente, las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, adoptadas por la Asamblea General de los Estados parte del Estatuto de Roma, el 9 de septiembre de 2002, indican pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual:

"Regla 70. Principios de la prueba en casos de violencia sexual
En casos de violencia sexual, la Corte se guiará por los siguientes principios y, cuando proceda, los aplicará:
a) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo."

[9] T-554-03 M.P. Manuel Cepeda Espinosa.
[10] Ley 742 del 5 de junio de 2002 "Por medio de la cual se aprueba el Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, hecho en Roma el día diecisiete (17) de julio de mil novecientos noventa y ocho (1998)" Revisado mediante sentencia C-228 de 2002, MMPP: Manuel José Cepeda Espinosa y Eduardo Montealegre Lynett.

Y en relación a las personas que ostentan una condición doble de vulnerabilidad al ser menores de edad y víctimas de delitos sexuales, la Corte explica lo siguiente en el mentado fallo T-458 de 2007:

"La Sala considera que si bien, en principio, el juez goza de un margen de discrecionalidad para valorar las pruebas, en tanto que supremo director del proceso, no obstante, en los asuntos donde los niños sean víctimas de un abuso sexual, esta facultad legal se encuentra limitada por el interés superior del menor, lo cual conduce a que el funcionario judicial no interprete a su arbitrio una prueba que termine afectando los derechos de una menor (…)
d. Deberes negativos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad. Pruebas que deben excluirse
Recuerda la Corte, que las autoridades judiciales que intervienen en las etapas de investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores deben abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos[11] (…)".

El estudio que realiza la Corte en el caso, proporciona además aspectos que sirven de ejemplo de valoraciones subjetivas que el juzgador debe excluir, cuando encuentra expresiones como las siguientes:

"En efecto, a folio 24 de la sentencia objeto de tutela, el fallo sostuvo:
… "al estar la menor presuntamente agredida bajo su cuidado y no es lo propio dejar que un hijo esté a esas horas de la noche fuera de casa, como es que si su hija sólo toma media copa de champaña en navidad, luego diga que le sirvieron ron y no supiera tomarlo con CoCa Cola, es que solo, sí lo sabe tomar".

Y a folio 25 igualmente se dijo:
… "… y como para el derecho penal y la judicatura no le es dado perseguir conductas inmorales como se duelen las señoras XXX y XXX, que no sean típicas, tampoco le es permitido reprochar actos que han sido permitidos por la víctima e indirectamente por el exceso de confianza y libertad que dan a sus hijas".
Estima la Corte que tales expresiones vulneran gravemente la Constitución y en tanto cualquier comportamiento del funcionario judicial que no tome en consideración la situación de indefensión en la que se encuentra el menor abusado sexualmente, y por lo tanto dispense a la víctima el mismo trato que regularmente se le acuerda a un adulto, omita realizar las actividades necesarias para su protección, asuma una actitud pasiva en materia probatoria o profiera frases o expresiones lesivas de la conducta de los menores, lesiona la dignidad del afectado.

El interés superior del niño conduce necesariamente a que los funcionarios judiciales modifiquen su actitud frente las víctimas de delitos sexuales especialmente en el caso de menores, absteniéndose de cualquier comentario suyo o de sus descendientes ajeno a lo sustancial en el debate[12].
Además de lo anterior, se recuerda que las víctimas de delitos sexuales, tienen un derecho constitucional a que se proteja su derecho a la intimidad contra juicios, valoraciones y pruebas que impliquen una intromisión irrazonable, innecesaria y desproporcionada en su vida íntima, como ocurrió en este caso, al referirse la juez al comportamiento social de la menor antes del hecho investigado y a la conducta de la madre, que no es sujeto procesal, en torno a la educación que le dio a su hija. Tales circunstancias son constitucionalmente inadmisibles, frente a las cuales tanto la Carta como el legislador ordenan su exclusión"[13].

Presentado el anterior contexto legal y jurisprudencial en lo que atañe a los derechos de los y las NNA, las mujeres y las víctimas de delitos sexuales, la Sala pasa a constatar aquellas actuaciones y omisiones o falencias en cuanto al procedimiento seguido en la audiencia de Juicio Oral:

El escenario que organizó el señor Juez fue totalmente intimidante, al no utilizar una cámara Gesell, y permitir que las testigos víctimas estuviesen separadas tan solo por el espacio que ocupa un escritorio del abogado defensor quien objetaba las preguntas con visualización total y directa por parte de las menores, lo cual disminuía la

[11] Sentencia T-554 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[12] Sentencia T-408 de 1995 M.P. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz
[13] Corte Constitucional, Sentencias SU-159 de 2002, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV conjunto Jaime Araujo Rentería, Alfredo Beltrán Sierra, Rodrigo Escobar Gil y SU-1159 de 2003, MP: Manuel José Cepeda Espinosa, SV conjunto Alfredo Beltrán Sierra, Jaime Araujo Renteria, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis.

capacidad de concentración, como así se evidencia, sobretodo en la menor AVRP quien repetidamente volteaba su rostro hacia el lugar en el que se ubicaba el abogado defensor, aún si él no intervenía.

En cuanto a lo que estipula el artículo 194 del CIA, cuando se exige que el NNA se encuentre acompañado de un profesional especializado para que adecue las preguntas a un lenguaje comprensible a su edad, debe aplicarse tal preceptiva desde el punto de vista material y no simplemente formal, entendiéndose además que si bien la norma hace referencia a que ello es aplicable para la realización del interrogatorio y contrainterrogatorio, no significa que se deba excluir cualquier otra pregunta que se formule en la dinámica propia del Juicio Oral, además porque en concordancia con el artículo 193 del CIA, los criterios que en dicho código se fijan, deben ser acatados por cualquier autoridad judicial.

Alejándose de estas preceptivas, el señor Juez, realizó las preguntas de manera directa sin acudir al psicólogo JAVIER HERNÁN ALMEIDA ESPAÑA quien acompañaba a la menor AJOP, y contaba con experiencia en el manejo de este tipo de cuestionarios por encontrarse adscrito a la Unidad Caivas de Pasto, situación que impidió al profesional para que adaptara las preguntas del señor Juez a un lenguaje comprensible para la menor.

Sorprende esta actitud del juzgador, cuando se denota que ostenta un conocimiento sobre la exigencia legal, pues al momento en que adelantaría el contrainterrogatorio el señor defensor le aclaró para que elaborara el cuestionario por escrito, a fin de que sea trasladado al psicólogo, con lo cual se busca la evaluación de las preguntas y la adaptación de las mimas para que sea este profesional el que las exponga a la víctima menor de edad[14].

Para que se comprenda lo antedicho, y por la trascendencia del interrogatorio en la decisión absolutoria del juez, la Sala pasa a presentar el contenido del mismo, respecto de la menor AJOP[15]:

JUEZ: "*El despacho quiere que le aclare un punto que no es muy claro. Usted dice que durante dos semanas él las llamaba para decirles que les, que le muestre sus partes íntimas, ¿Verdad?. Conteste*".
AJOP: "*si el cuando estábamos jugando él siempre …*"
JUEZ: "*Solo SI o NO*"
AJOP: "*Sssi …*"
JUEZ: "*Usted dice que ya lo conocía*"
AJOP: "*Si*"
JUEZ: "*Si eso era así y si ustedes sabían que las llamaba para hacerles ese tipo de exigencias, ¿por qué razón acudían?*".
AJOP: "*Porque la primera semana pensábamos que el necesitaba algo o quería algo y después cuando nos dijo eso nosotros nos dirigimos a decirle a la profesora*".
JUEZ: "*Igual pues el despacho sigue sin entender, si ustedes ya sabían que las llamaba para hacerles ese tipo de exigencias, ¿Por qué ustedes acudían cada vez que las llamaba, porque me dice que fueron dos semanas que las estuvo llamando para hacerles ese tipo de exigencia (sic)?*"
AJOP: "*Si Nosotras siempre … ee … jugamos en un rincón y él siempre nos llamó cerca allá*".

El interrogatorio así formulado fue intimidatorio porque el señor Juez no permitía a la menor que contestara de manera espontánea, sino que la interrumpía y la presionaba para que contestara SI o NO, y cuando daba una de esas respuestas, le reclamaba diciéndole que seguía sin entender su comportamiento.

El interrogatorio además de intimidatorio, fue revictimizante, porque cuestionaba y juzgaba el comportamiento de la víctima, cuando le preguntaba sobre el motivo por el cual acudía a los llamados del agresor, o por qué si ya sabía de la posibilidad de estar en riesgo o peligro, le obedecía.

Respecto de la menor AVRP, la situación fue más dramática, ya que, al observar el video de su testimonio, con facilidad se detecta su nerviosismo, y ante las objeciones del defensor del procesado debía de manera forzada voltear su rostro hacia él, quien como ya hemos dicho quedó separado por tan solo el espacio ocupado por un escritorio.

[14] Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AJOP. Minuto 00:15:49 y ss
[15] Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AJOP. Minuto 00:22:25 y ss

El escenario judicial se convirtió así en un espacio hostil, en el que no se tuvo en cuenta las condiciones especiales de la menor AVRP, quien a pesar de ser mayor con más de dos años respecto de AJOP, se denotaba su nerviosismo, su falta de claridad y fluidez al entregar sus respuestas, su vocabulario muy básico, su incomprensión frente a algunas preguntas, condición que no se tuvo en cuenta por parte del señor Juez para permitir un mejor y mayor manejo por parte del psicólogo, para explicar las preguntas o al menos para evitar que no se confundiera.

Debía el juzgador tratar a la testigo AVRP con mayor tolerancia dadas algunas condiciones especiales, cuando además ya había rendido su testimonio el Médico Psiquiatra Forense Dr. FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien daba cuenta de su situación como integrante de una familia desestructurada. Al punto que por ejemplo ni siquiera tenía conocimiento de aspectos básicos de su vida, como su lugar de nacimiento, como quedó registrado al rendir su testimonio en la audiencia de Juicio Oral[16].

En cuanto a su forma de hablar o expresarse, se denota también falencias en cuanto a su vocabulario, como ocurrió para el momento en que se le preguntó en interrogatorio directo, por la manera en la que el agresor le tocó sus glúteos y ella respondió que "*Raspando*"[17], pero luego cuando se le requirió en sede del contrainterrogatorio para que explicará el significado de la expresión "*raspar*", la menor guardó silencio. Igual sucedió cuando se le preguntó por lo que sintió con el comportamiento del agresor, y contesto "*mal*" pero cuando se le pidió hablar de ese sentimiento o de lo qué significaba, guardó silencio.

Y aquí también, se impidió la intervención del psicólogo, ya que cada vez que la menor se tardaba en contestar, el señor Juez sin permitirle al profesional que le explicara la pregunta para inquirirle una respuesta, le daba la orden para que continuara con el interrogatorio.

La situación se torna compleja cuando se realiza una pregunta confusa a la menor, ya que, en principio al exponer el relato de los hechos de manera espontánea, describe la escena de tal forma que se entiende que el tocamiento de la cola, se dio por una sola ocasión, sin embargo, se le hace el siguiente interrogante: "*Eso que tú nos cuentas cuántas veces sucedió? Tu nos comentabas que el señor te decía que te dejaras tocar, te dejaras mirar tus partes íntimas y que te tocó la cola, ¿cuántas veces sucedió eso?.*"

Nótese que en un solo interrogante se presentan tres situaciones diferentes y al final se trata como una sola, pues en principio se hace referencia a: i) el momento en que el agresor le decía que se dejara tocar ii) el momento en que le decía que se dejara mirar sus partes íntimas y iii) el momento en que le hace el tocamiento. Sin embargo, al final se refiere a todo como un solo suceso cuando se utiliza la expresión "*eso*".

Lo anterior sin duda llevó a la menor a una confusión, pues su respuesta se manifestó con la siguiente frase "*Fueron hartos días*", pero, se pregunta la Sala: ¿a cuál de esos eventos hacía referencia?. Al respecto la Sala determina según el contexto general del relato y una de las respuestas entregada más adelante, que ella hacía referencia al primer momento, puesto que al interrogarse sobre lo que comentó a su abuela y a su tía, contesto: "*que había un señor en la escuela, en las afueras del colegio, que siempre decía que vayamos para que nos hacía (sic) tocar la cola*"

Ante lo sucedido el psicólogo trató de aclarar la confusión de la menor pero no le explicaba las preguntas sino que ampliaba el interrogatorio, a la vez que era interrumpido con objeciones del señor Juez, quien no le permitió ejercer el rol que le correspondía[18], lo cual complicaba aún más la situación de la menor, al punto que el psicólogo realizó algunos gestos con sus manos al señor Juez para que le permitiera explicarle la pregunta a la menor y como no lo logró, prácticamente ella ya no quiso contestar y decidió guardar silencio, ante lo cual el señor Juez decide no esperar e interviene y le llama la atención con lo siguiente[19]:

[16] Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AVRP. Minuto 00:28:00 y ss
[17] Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AVRP. Minuto 00:32:19 y ss
[18] CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:33:30, 00:39:16
[19] Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AVRP. Minuto 00:28:00 y ss

"*Vamos a contestar por favor niña, con la verdad, lo que usted sepa o lo que usted recuerde, sin …por eso le fui claro en que cuente, narre qué fue lo que ocurrió, sin aumentar, y sin quitar, contar exactamente qué fue lo que pasó, NO MÁS*"[20].

Ante lo anterior la menor contestó: *"¿seis veces?*" y el señor Juez de manera intimidatoria le interroga nuevamente y le dice *"¿O sea me pregunta o contesta?".*

Y decimos que tal interrogante es intimidatorio porque lleva implícito un regaño, además que al utilizar la expresión "*niña*" en lugar de dirigirse a la menor por su nombre, la diligencia se vuelve impersonal, se despersonifica así a la víctima; y aunque el CIA exige ocultar su nombre por ser menor de edad, ello tiene como finalidad evitar la publicidad y proteger su derecho a la intimidad, pero no se puede llegar al extremo de despersonalizar a la víctima en juicio en la forma en que lo hizo el señor Juez.

Y no se puede negar que el escenario judicial que organizó el Director de la audiencia fue intimidatorio, cuando fue más que evidente el cambio de actitud de la menor, ya que, en el registro visual, se observa al inicio del interrogatorio a cargo de la Fiscalía que en su rostro se reflejaba una sonrisa, pero al iniciar el contrainterrogatorio de la defensa, tal expresión desapareció. Evidente también la presión, cuando la menor dejó pasar varios intervalos de tiempo sin contestar.

Finalmente, en cuanto a estas falencias de tipo procedimental, la Sala no observa en el registro de video de la audiencia de Juicio Oral, la presencia de un defensor de familia, ni tampoco se determina que se haya dejado constancia en las actas o actuación del juzgado, acerca de su citación, pues era la autoridad que podía exigir algunas condiciones en defensa de los derechos de las menores de edad por ser afectadas de un delito en especial cuando es de connotación sexual, como así lo exige el CIA. Dicho funcionario tenía le facultad de solicitar un receso para que por ejemplo a la menor A.V.R.P se le explicaran con más detenimiento las preguntas, cuando era evidente que ella no las entendía, en atención a que ese espacio no fue otorgado por el señor Juez y ninguna de las partes o intervinientes lo requirió; igualmente para que se exigiera la utilización de cámara Gesell, a fin de propiciar un escenario menos intimidante, o recordarle al señor Juez que acudiera al psicólogo para que le transmitiera y explicara sus preguntas; igual tarea pudo adelantar el Ministerio Público, sin embargo ningún delegado de dicha institución estuvo al tanto del Juicio Oral.

Y no siendo suficiente todo lo anterior que se relaciona con falencias de tipo procedimental, el señor Juez superó ese plano, y avanzó en la afectación del derecho a la dignidad de las menores víctimas, cuando empieza a realizar cuestionamientos respecto de su comportamiento, tal como se pudo evidenciar, al inquirirse para que se explicara el motivo por el cual acudían a los llamados del agresor.

La forma en que interviene el señor Juez, lo aleja del principio de imparcialidad para resolver el caso, lo que se denota desde el inicio del interrogatorio a cargo de la Fiscalía, pues adopta una posición dirigida a favorecer al procesado, como al momento de realizar objeciones que solo las debía formular la defensa o por la forma y contenido de las preguntas que se adicionaron so pretexto de ser complementarias, pero que en realidad se realizaron a la manera de un contrainterrogatorio defensivo; para muestra cuando la menor trató de dar una explicación y el señor Juez la interrumpió y obligó a que contestara "SI" o "NO".

Inclusive el funcionario judicial además de que realiza objeciones como una labor que le es propia a las partes en controversia, se equivoca en las razones, reflejando su confusión en aspectos importantes en cuanto a la prueba de referencia, la cual considera inadmisible de plano, como ocurrió durante el testimonio del patrullero de la Policía Nacional CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, cuando lo interrumpe para que no declare sobre lo dicho por las menores al momento en que llega al establecimiento educativo, para atender el caso y lo objeta por iniciativa propia, aduciendo que ello constituye prueba de referencia inadmisible[21].

El *A quo* incurre en error por dos vías, la primera porque confunde el testimonio de oídas con la prueba de referencia; y la segunda porque considera inadmisible y descarta de plano cualquier valor probatorio tanto de lo

[20] CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:33:55 y ss
[21] CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 Jornada de la tarde. Record 00:52:00 y ss

uno como de lo otro, en oposición al principio de libertad probatoria previsto en el artículo 373 de la Ley 906 de 2004 cuando indica que "*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*".

En cuanto a la primera confusión, resulta pertinente traer a colación lo explicado por la CSJ en SP, 6 mar. 2008, rad. 27477 y AP 25 may 2015, rad. 45578, a efectos de diferenciar el testimonio de oídas de la prueba de referencia, así:

"De otra parte, el censor incurre en el error de calificar a (sic) al supranombrado como «testigo de referencia», basado en que no presenció el hecho en que se dio muerte a Miguel Antonio Pinilla Pinilla, sino que un tercero le contó sobre lo ocurrido, con lo cual revela que confunde el concepto del testimonio de oídas, «que es aquel cuyo conocimiento de un hecho le ha sido transmitido por comentarios o experiencias de terceros, pudiendo garantizar la existencia del relato o la fuente de su información»[22], con la prueba de referencia, que para ser considera (sic) como tal, según la jurisprudencia de la Sala, debe reunir los siguientes elementos: «(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)».

De esa forma conforme a esta orientación jurisprudencial, fácilmente se establece que el patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA era un testigo de oídas respecto del relato que las menores víctimas le entregaron al momento en que llega al establecimiento educativo para atender el caso, y no constituía prueba de referencia como lo entendió el señor Juez.

La segunda confusión en la que incurre el funcionario judicial, tiene que ver con la decisión de descartar de plano cualquier valor probatorio el testimonio al menos en el aparte que analizamos, efecto que se produjo al objetar el relato de oídas en la forma en que lo hizo, porque de esa forma se desconoció el principio de libertad probatoria que impera en nuestro código de procedimiento penal.

Inclusive, y si en gracia de discusión se hubiese tratado de una prueba de referencia, la problemática no se centra en un tema de admisibilidad sino del grado de conocimiento que otorga frente a la responsabilidad del procesado, ya que de aportarse como única prueba, efectivamente y conforme a la regla de tarifa legal negativa, dispuesta en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004, no podría servir de fundamento de una sentencia condenatoria; no obstante tendría potencialidad de aportar elementos de juicio admisibles como base de una condena cuando apoye o complemente una prueba directa.

Entonces era muy relevante conocer en juicio el relato del patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA en relación a las circunstancias de tiempo, modo y lugar para el momento en que acude al establecimiento educativo, porque era necesario saber el motivo por el cual intervino, y en ese espacio lógicamente que él como agente del orden debía interrogar sobre lo ocurrido a las menores y enterarse a través de ellas de los sucesos, y más cuando en este punto el señor Juez encontró elementos por los cuales consideró que las víctimas incurrieron en contradicción para así restar credibilidad a sus dichos.

Es decir que primero impide que el testigo declare sobre los detalles del inicio del procedimiento policivo y luego cuando no hay claridad sobre esa fase, aduce que por ello la versión de las menores es contradictoria del relato del agente del orden, ya que ellas cuentan que de lo sucedido en esa ocasión le informaron a una docente, pero el patrullero no menciona nada sobre la intervención de un adulto.

Se denota así, con esta serie de injerencias desbordadas por parte del señor Juez, que perfila su propia teoría del caso a favor del procesado, sin esperar a que el juicio se desarrolle hasta el final conforme al principio adversarial que caracteriza el SPA, según lo regulado en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, que estipula que la confrontación y contradicción se deben dar ante el Juez de conocimiento y no por este.

[22] CSJ AP, 25 mar. 2015, rad. 45126.

No obstante que la Sala pone de relieve todas estas irregularidades en que incurrió el juzgador, el hecho de que las menores víctimas hayan acudido a declarar de manera presencial y directa en juicio, ofrece un plus probatorio que al hacer su comparación con los testimonios del Médico Psiquiatra Forense Dr. FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO y el patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, permiten rescatar elementos suficientes para analizar los reparos de la parte apelante, a fin de establecer al final si efectivamente tal como lo adujo el *A quo*, subsisten dudas probatorias en cuanto a la existencia de un delito de acoso sexual, que permitan fundar una sentencia absolutoria a favor del acusado.

Para el efecto, entonces, procede la Sala a exponer algunos fundamentos jurisprudenciales que permiten comprender la esencia del delito de Acoso Sexual, así como su diferencia con otros punibles como el de Acto Sexual y el de Injuria por vías de hecho, a los que también tendrían potencialidad de adecuarse los hechos que nos ocupan, y más cuando se trata de comprender el enfoque que presentó el Juez de primer nivel.

ii) Características de los delitos de Acoso Sexual, Acto Sexual e Injuria por vías de hecho

Al establecer las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se hacen conocer los fácticos por parte de las menores AVRP y AJOP, se fijan claramente dos fases que tienen una concatenación e ilación que no se debe desconocer, porque al desconectarlas o al descartar una de ellas, el proceso de adecuación jurídica puede cambiar, o llevar a un equívoco como aquel en el que incurrió el Juez de primera instancia, cuando consideró que la duda que se generó en su proceso de evaluación le permitía descartar la existencia del delito de Acoso Sexual pero sin asumir una posición concreta respecto del culmen de la actuación del acusado que se concretó en una acción física de tocamiento de los glúteos de las menores.

Estas fases, se consolidan básicamente, la primera en aquel período de tiempo en el cual el señor LFZP observaba a las menores en cercanías del establecimiento educativo donde ellas estudiaban y que era separado de la vía pública a través de una reja, llamaba su atención para ofrecerles elementos con el fin de que le permitieran o tocar o ver sus partes íntimas; y la segunda la que tiene ocurrencia cuando el precitado luego de que las menores acudieran a su llamado, introduce sus manos entre la reja y realiza el tocamiento de sus glúteos.

Dependiendo de la perspectiva evaluativa que se adelante y la fase a la que se pretenda dar prevalencia, a la manera en que lo hace el a quo, o que se analicen conforme al contexto en el que el señor LFZP involucró a las menores AVRP y AJOP, como lo expondrá esta instancia, pueden entrar en escena varios delitos, de los cuales resaltaremos al menos tres que pueden presentar algunos elementos en común.

El primero de ellos corresponde al que se incluyó en la imputación jurídica por parte del ente acusador, que se encuentra tipificado en nuestro C.P. en el artículo 210 A, en el que uno de sus ingredientes normativos, es aquel relacionado con los fines libidinosos pretendidos por el sujeto activo desplegados sin consentimiento de aquella persona que se convierte en el objeto de los mismos y que se pretenden alcanzar 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 otro elemento 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, del autor respecto de la víctima, el cual opera en cualquier escenario público o privado, y que se conoce también como relaciones asimétricas.

El delito de acoso sexual 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.".

Los otros delitos tienen relación estrecha con la acción desplegada por LFZP sobre la integridad física de las menores, específicamente sobre sus glúteos, y que dependiendo de las circunstancias que en otros casos han acompañado tal tocamiento, la Corte ha adoptado al menos dos decisiones por solo citar un ejemplo, adecuando tal hecho al delito de Injuria por vías de hecho o al delito de Acto sexual.

Para el primero de ellos, se encuentra el asunto SP, del 26 de octubre de 2006, rad. 25743, en el que los fácticos se consolidan cuando una mujer adulta caminaba por un sendero peatonal y es abordada por un joven que transitaba en bicicleta, quien al observarla desacelera y toca los glúteos y la vagina de la mujer, luego de lo cual siguió su camino.

Tales hechos fueron adecuados al delito de Injuria por vías de hecho, al concluir lo siguiente:

"Se hace énfasis: en materia de delitos sexuales, la Ley 599 del 2000 para Colombia no consagra un tipo que reprima la ejecución de actos sexuales sin violencia y en los que la ausencia de consentimiento obedezca al actuar sorpresivo del agente, sino que la vincula con situaciones de inconsciencia, trastorno mental o incapacidad para resistir en las que se encuentre la víctima (artículo 210). Y si alguno de esos estados es ocasionado por aquél, la adecuación típica se desplaza del capítulo que establece los actos abusivos al que regula los violentos (artículo 207).

La conducta consistente en realizar tocamientos fugaces e inesperados en las partes íntimas del cuerpo de una persona capaz sin su aquiescencia es, sin duda, un acto reprochable, sea que se realice súbitamente en vía pública –como en este caso- o en el servicio del transporte masivo o aprovechando las conglomeraciones humanas en manifestaciones, centros comerciales, espectáculos públicos, etc., pero no constituye actualmente un delito contra la libertad, integridad y formación sexuales que consagra el título IV de la Ley 599 del 2000.

Objetivamente constituye, sí, delito de injuria, concretamente en su modalidad injuria por vía de hecho.
(…)
Desde este punto de vista, no hay duda que tentar sin consentimiento las regiones corporales que la cultura occidental asocia con el sexo, constituye un ultraje a la dignidad de la persona que recibe el comportamiento, una afrenta, una agresión y, en fin, un desprecio absoluto por su honor, es decir, su valor como ser humano, unido al libre desarrollo de su personalidad, entendido este, a la luz del artículo 16 de la Constitución Política, como el derecho a la autonomía personal, que permite, ante la variedad optativa, tomar decisiones sin intromisiones, obstáculos ni presiones[23].
(…)
De manera semejante, puede imputarse a título de injuria por vías de hecho actos de claro contenido libidinoso que la legislación no consagra como delitos sexuales, en tanto afectan la dignidad de la persona agraviada, lesionan su integridad moral y constituyen actos de menosprecio al tratarla como objeto de lujuria, degradando su condición humana".

En otro caso, en SP, 11 nov. 2008, rad. 30305, los hechos tienen ocurrencia cuando una menor de 8 años de edad jugaba a las escondidas con otros primos en el patio de la casa de su padre, momento en el cual se le acerca el

[23] Corte Constitucional, sentencia T-542, de 1992.

compañero permanente de su prima, y aprovechando el juego le introdujo la mano por debajo de los interiores y procedió a tocarle la cola.

En esta oportunidad la Corte, enmarcó el análisis bajo el principio del interés superior del menor, y procedió luego a rememorar el caso y el estudio adelantado en el radicado 25743 de 2006 para establecer diferencias sustanciales que le permitieron mantener la imputación jurídica por la que fue condenado el procesado, correspondiente al delito de Acto Sexual con menor de 14 años agravado por los numerales 2º y 4º del artículo 211 del C.P.

Lo divergente consistió en que en el precedente la víctima era una mujer adulta, la conducta endilgada se ejerció así, respecto de una persona capaz que fue tocada sin su consentimiento, se descartó además la violencia del agresor, no había ningún parentesco o cercanía entre éste y la víctima, y finalmente el acto no fue apto para excitar o satisfacer la lujuria de la víctima. En cambio, en el asunto objeto de análisis en el rad. 30305 de 2008, la víctima era menor de edad cuya madurez psicológica y desarrollo físico todavía están en formación y su capacidad no es plena pues carece de una cabal conciencia acerca de sus actos y de las consecuencias que de ellos se derivan, además de que había un parentesco, y el tocamiento sí fue idóneo para despertar la libido del procesado y causar daño en la menor.

Y a propósito de la diferencia que se establece respecto a la capacidad de las víctimas menores de edad, para tomar decisiones sobre su sexualidad, en el fallo SP de 26 de septiembre de 2000, rad. 13466, advierte al respecto:

"... que el Estatuto de Roma, o Estatuto de la Corte Penal Internacional, así como las Reglas de Procedimiento y Prueba de la Corte Penal Internacional, indican las pautas específicas sobre pruebas en materia de violencia sexual. Al efecto menciona la Regla 70 b, sobre los principios de la prueba en caso de violencia sexual, específicamente en lo relacionado con el consentimiento de la víctima, el cual, según dicha disposición, no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

Al efecto no puede perderse de vista que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34 del Código Civil, atendiendo la redacción que queda después de la expedición de la Ley 27 de 1977 -que estableció la mayoría de edad a los 18 años- , y de la sentencia C-534 de 2005, se tiene que la ley considera infante a todo aquél que no ha cumplido siete años; impúber, el que no ha cumplido catorce años; adulto el que ha dejado de ser impúber; mayor de edad o simplemente mayor, el que ha cumplido dieciocho años; menor de edad o simplemente menor, el que no ha llegado a cumpliros; niño o niña, las personas entre los 0 y los 12 años; por adolescente las personas entre 12 y 18 años.

Entonces, si las dos adolescentes Y y F contaban con apenas trece años de edad, es claro que a términos de lo dispuesto por el artículo 1504 del Código Civil, al momento de ocurrencia de los hechos eran impúberes, es decir, absolutamente incapaces, no solamente para comprometerse sino para determinarse y actuar libremente frente a situaciones de riesgo que pudieran generarles perjuicio para los bienes jurídicos de la cual son titulares, más aún aquellos bienes altamente personalísimos como la vida, la integridad personal, la libertad personal, la autonomía o la libertad, integridad y formación sexuales, pues, al contrario del criterio del Tribunal, la ley presume que las personas menores de 14 años, no se encuentran en condiciones de asumir, sin consecuencias para el desarrollo de su personalidad, la realización de conductas que puedan lesionarlas debido al estadio de madurez que presentan sus esferas intelectiva, volitiva y afectiva, como en tal sentido ha sido declarado por la jurisprudencia de esta Corte26 . Esta presunción, contrario a lo expuesto por el ad quem, es de carácter absoluto, de derecho, es decir "iuris et de iure", pues la edad a la que a la que se refiere la ley es la edad cronológica, y no puede ser desconocida por una prueba de la que pueda llegar a inferirse la existencia de capacidad de autodeterminación, pues la ley determina que hasta los catorce años el menor debe estar totalmente libre y protegido en todos los ámbitos. Antes de esa edad, tampoco es posible admitir que los adolescentes se enfrentan voluntariamente a situaciones de riesgo para sus bienes jurídicos, por eso la ley prohíbe las relaciones sexuales con ellos, dentro de una política de Estado encaminada a preservarles el desarrollo de su sexualidad, le niega todo efecto jurídico a aquellos actos en los que exterioricen una manifestación de voluntad que en otras condiciones sería vinculante, y sanciona aquellos comportamientos de terceros que no sólo desconozcan las claras previsiones legales sino que los lesionen o pongan en peligro".

En el caso, las menores Y y F fueron víctimas de un delito sexual, cuando se encontraban en estado de embriaguez, previa ingesta voluntaria de una de ellas, y el juzgador realizó su análisis cuestionando dicha acción ante lo cual adujo "*más cuando ellas sabían que el consumir licor las podía llevar a un estado de embriaguez*".

La Corte llamó la atención frente a tal reproche indicando:

"Este tipo de argumentaciones resultan contrarias al deber judicial de acatar la ley y declarar el derecho cuando corresponde hacerlo, pues al juzgador no le es dable entrar en consideraciones contrarias a la ley para deducir la existencia de un consentimiento de la víctima, que la ley expresamente prohíbe tomar en consideración atendiendo su inmadurez en las esferas intelectiva, volitiva y afectiva, al punto de prever que sus actos no producen ni siquiera obligaciones naturales, a términos del artículo 1504 Inc. 2do. del Código Civil".

De manera más reciente, la CSJ en SP, 7 feb. 2018, rad. 49799, expuso acerca de las notas características de los delitos de acoso sexual e injuria por vías de hecho, así como su diferencia con los actos sexuales violentos, y si bien el asunto que se ventiló en dicho fallo no tiene similitud fáctica con el que nos concita en esta oportunidad, lo expuesto resulta pertinente como cita temática.

La Corte, acerca del delito de injuria por vías de hecho, rememoró el proceso Radicado 25743, del 26 de octubre de 2006, y aclaró que cuando se está ante este delito, la acción que adelanta el sujeto activo no puede desbordar el simple tocamiento o caricia fugaz o imprevista, so pena de que, superados estos límites, la conducta derive hacia otros tipos penales, dada la mayor envergadura del bien jurídico afectado. O dicho en otras palabras, si el acto o actos de claro contenido erótico-sexual, dirigido indudablemente a satisfacer la libido del sujeto activo, se manifiesta evidente, ajeno a la repentina y fugaz acometida, no es posible mutarlo hacia el delito injurioso por vías de hecho.

En cuanto al delito de Acoso sexual, la Corte reconoce que dada su reciente incorporación al ámbito penal, no ha sido objeto de detenido examen.

Y para comprender la importancia de tal tipificación, acude a los instrumentos internacionales que buscan proteger a las mujeres del acoso sexual, que tradicionalmente se daban en el ámbito laboral por lo que el reconocimiento de esta problemática inició con una resolución del año 1985 de la OIT[24], a la que se han sumado otros como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW, 1979), la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará, 1994); La Declaración y Programa de Acción de la Conferencia Internacional de Población y Desarrollo (El Cairo, 1994), La Declaración y Plataforma de Acción de la Cuarta Conferencia Mundial de la Mujer (Beijing, 1995); y el Convenio Nº 169 de la OIT.

De tal conjunto normativo, la Corte resalta el artículo 2°, de la Convención de Belem do Pará de 1994, que reseña:

"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, …"***

Y continua explicando la Corte, que en seguimiento de estas pautas y tratados internacionales, muchos países de América, la conducta es circunscrita a ámbitos laborales, educativos y de salud, o aquellos en los que pueda manifestarse algún tipo de superioridad del victimario sobre la víctima, diferenciándose del estricto delito de contenido sexual como el acceso carnal o los actos sexuales- a partir de sancionar no el hecho consumado, sino, precisamente, las insinuaciones, tratos o solicitudes que, prevalidas de la posición de autoridad o producto del ámbito laboral, busquen ese como fin.

Destaca la Corte que, si bien, no se posee una definición unívoca de acoso sexual, sí es posible determinar un lugar común, referido a que se trata de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil en ámbitos de trabajo o similares, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión, pero no la consumación de la misma.

[24] Resolución sobre igualdad de oportunidades y de trato para los trabajadores y las trabajadoras en el empleo, emitida en la 71 Conferencia Internacional del Trabajo, en Ginebra, Suiza

Y en concreto en Colombia el delito de acoso sexual fue introducido en la Ley 1257 de 2008, que adicionó al C.P. el artículo 210 A, y señala la Corte que dicha norma contiene una textura bastante abierta, a la espera de consignar allí todas las posibilidades de ejecución de la conducta e incluso de beneficiarios de la misma, pues, se alude al "beneficio" propio o de un tercero.

Y de manera textual menciona:

"En este sentido, se hace evidente que lo buscado es superar el ámbito meramente laboral, educativo o de salud y la relación de dependencia y subordinación que de los mismos dimana, como quiera que alude no solo a la superioridad manifiesta que pueda existir de parte del perpetrador hacia la víctima, sin establecer en dónde puede radicar esta, sino a las relaciones de "autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica".

Tan variado catálogo imposibilita que pueda aventurarse un listado de hechos que, aunque fuese a título ejemplificativo, delimiten en cuáles circunstancias es factible ejecutar el delito, sin que ello impida, desde luego, sostener que no existe discusión acerca de la materialidad del punible en escenarios de trabajo y que la esencia de la conducta radica en las posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla.

Ahora bien, de similar forma a los aspectos descriptivos y normativos, el tipo penal propone una enumeración exhaustiva de los verbos rectores que conforman la conducta, significando que ella se materializa en los casos en que el sujeto activo "acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente".

De dichos verbos rectores cabe anotar que todos indican, en principio, una idea de actos persistentes o reiterativos en el tiempo, pues, basta verificar las acepciones consagradas en el diccionario, para asumir dinámico y no estático el comportamiento.

Más adelante indica:

Se ratifica, con lo transcrito, que el acoso sexual, en sus varios verbos rectores, dice relación con una suerte de continuidad o reiteración, que no necesariamente, aclara la Corte, demanda de días o de un lapso prolongado de tiempo, pero sí de persistencia por parte del acosador.

Ello, estima la Sala, para evitar que por sí misma una manifestación o acto aislado puedan entenderse suficientes para elevar la conducta a delito, independientemente de su connotación o efecto particular, en el entendido que la afectación proviene de la mortificación que los agravios causan a la persona.

Desde luego, es posible advertir que el bien jurídico tutelado –libertad, integridad y formación sexuales-, puede verse afectado con un solo acto, manifestación o roce físico, pero se entiende que para evitar equívocos el legislador, dado que aplicó un criterio bastante expansivo de la conducta, estimó prudente consagrar punibles solo los actos reiterados, persistentes o significativos en el tiempo, y así lo plasmó en la norma con la delimitación de dichos verbos rectores, compatibles con la noción de acoso.

(…)
Se resalta, eso sí, que el asedio, entre otros verbos contemplados en la norma examinada, no reclama de prolongación en el tiempo, sino de insistencia en el actuar, que se traduce en la inequívoca pretensión de obtener el favor sexual a pesar de la negativa reiterada de la víctima.

Si se tratase de ejemplicar, es posible señalar que existe asedio y, en consecuencia, acoso sexual, cuando el encargado de brindar un empleo, de manera específica reclama favores sexuales a quien busca obtenerlo, pues, efectivamente el contexto informa de una suerte de sin salida para la víctima, puesta en el parangón de acceder a lo solicitado o perder dicha posibilidad.
(…)

Por último, en lo que al tipo penal respecta, este contiene lo que la doctrina denomina elemento subjetivo específico o ánimo especial, referido a que el acoso tenga, en favor del sujeto activo o de un tercero, "fines sexuales no consentidos".

Vale decir, el acoso sexual opera ajeno a algún tipo de acto sexual o acceso carnal que se produzca por ocasión de los comportamientos del victimario, en tanto, cabe reiterar, lo sancionado no es que se logre el propósito, sino que con tal fin se emprendan conductas en sí mismas vejatorias que directamente afectan a la persona, razón suficiente para definir que no se trata de un delito de resultado, en lo que al cometido eminentemente sexual respecta.

Explica también la Corte, sobre el artículo 212 A del C.P., que define "***Violencia***", para efectos de los delitos de connotación sexual, lo siguiente:

"… no cabe duda que dentro de las hipótesis reseñadas en dicha norma, se incluyen los factores de superioridad, autoridad o poder que por su factor intimidatorio menguan la oposición de la víctima al vejamen, en los casos de acoso sexual.
Por manera que, la distinción entre la materialización de un delito de acceso carnal o actos sexuales violentos, y uno de acoso sexual, estriba en los alcances de lo ejecutado por el agente".

iii) Análisis de la Valoración adelantada por el Juez de conocimiento

Expuestos los anteriores elementos de los punibles que de alguna forma u otra se involucran en los hechos atribuidos a LFZP, procede enseguida la Sala a analizar el material probatorio recaudado, ahora si contrastando aquellos argumentos expuestos por el Juez de primera instancia y los que la parte apelante presenta a fin de que se revoque la absolución emitida, como también aquellos aspectos que fueron expuestos por la Sala en precedencia.

a) Sobre los elementos estructurales del tipo de Acoso Sexual

- Verbos rectores

Estableció el juzgador en primer lugar que la Fiscalía no concretó en su acusación cuáles eran los hechos jurídicamente relevantes puesto que no detalló cuál de los verbos rectores corresponde a la conducta desplegada por el acusado, esto es, asediar, acosar, perseguir u hostigar a las menores, lo que es relevante para no afectar el principio de congruencia.

Sin embargo, no tuvo en cuenta el señor Juez, que desde la audiencia de imputación que se realizó el 5 de agosto de 2016 ante el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con funciones de Control de Garantías, la Fiscalía sí realizó una exposición de los fácticos relevantes, describiendo circunstancias de tiempo antecedentes y concomitantes, al mencionar que en ocasión anterior LFZP ofreció dinero a las menores para que indiquen sus partes íntimas, y que para el 4 de agosto de 2016 se realizó un tocamiento de sus glúteos, igualmente se describieron circunstancias de modo, al indicar lo relacionado con el ofrecimiento de dádivas y la rapidez con que se adelantó el tocamiento, y finalmente se describieron las circunstancias de lugar, cuando se menciona que los hechos se desarrollaron en el km 4 vía oriente, específicamente en el Colegio ERR, ubicándose LFZP en la parte exterior de las rejas que separan la institución educativa de la vía pública.

Adicionalmente, la Fiscalía concretó el verbo rector, al explicar a LFZP, que su actuación se enmarca en la norma penal como un asedió físico y verbal, ya que por un lado se realizó un tocamiento físico y por otro se realizó una solicitud para que se quiten la ropa.

Los fácticos mencionados fueron reproducidos y enriquecidos en la acusación, y aunque se agregó que el procesado había exhibido sus genitales a las menores, tal hecho no fue motivo de adición de la imputación inicial al menos en lo que atañe al proceso de adecuación jurídica.

Ahora bien, se verifica que en verdad, tanto en el escrito como en la formulación de acusación, no se mencionó en concreto un verbo rector, sin embargo, ello no elimina el conocimiento previo que obtuvo el procesado desde la imputación, acerca de que sus acciones se califican jurídicamente como un asedio tanto físico como verbal, lo que garantizó el ejercicio pleno de su defensa.

Igualmente, en los alegatos de conclusión el ente acusador, señaló que lo probado en juicio permitía atribuir al procesado, las conductas consagradas en el delito que le fue imputado, y parafraseando lo explicado por la Corte en el radicado 49799 de 2018, enuncia los verbos rectores que conforman la conducta, la que se materializa en los casos en que el sujeto activo "*acose, persiga, hostigue o asedie*", indicando que no hay una mayor diferencia entre los mismos, ya que todos denotan la idea de persistencia.

Y efectivamente, en dicho fallo, encontramos que la Corte presenta las acepciones de la RAE, respecto de los verbos rectores referidos en el artículo 210 A del C.P., y verificamos por ejemplo que para definir "acosar", se acude al verbo "perseguir" y éste a su vez, significa seguir y también "molestar", verbo éste que se presenta como una de las acepciones de "hostigar". Y finalmente "asediar", que se relaciona con "cercar" un lugar fortificado, e igualmente con "presionar" insistentemente a alguien.

Entonces, al tener en cuenta estas acciones, se determina que los hechos relevantes que fueron imputados e incluidos en la acusación, encuadran en estas acciones, por cuanto el comportamiento asumido por LFZP causó molestia y hostigamiento a las menores, dadas las continuas solicitudes con contenido libidinoso que se concretaron al final en un tocamiento de los glúteos, lo que implica a la vez una presión o asedio hacia las víctimas que al ser mujeres menores de 14 años, no podían adoptar una decisión libre sobre su sexualidad.

- Superioridad manifiesta

Expone en su decisión el A quo, que no se presenta en el caso una situación de superioridad en la que debe haber subordinación, ya que las menores no se encontraban en estado de desprotección ante el procesado, dada la existencia de una reja y así una distancia que los separaba, por lo cual no podía el procesado ejercer una función de superioridad.

Determina la Sala sin embargo, que este planteamiento resulta equivocado, al excluir una lectura integral de la norma que tipifica el delito de Acoso Sexual, y que muy bien la explica la Corte en el pluricitado fallo con radicado 49799 de 2018; ya que el accionar delictivo no se limita a los ambientes de dependencia o subordinación como los laborales, o educativos o los de salud, sino que se extiende a aquellas relaciones de "*autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social o económica*", lo que abre la puerta a la ocurrencia de un sinnúmero de "*posibilidades que surgen de la asimetría entre la víctima y el agresor, en cuanto permite a este último subyugar, atemorizar, subordinar, amedrentar, coaccionar o intimidar a la primera, permitiéndole agraviarla, humillarla o mortificarla*".

Entonces descartó el Juez de primera instancia, la asimetría existente entre el agresor y las víctimas AVRP[25] y AJOP[26] de 10 años y 11 meses de edad la primera y 8 años y 3 meses de edad la segunda, asimetría por el factor etario que se configuró en el momento en que LFZP entra en contacto verbal con ellas, cuando él contaba para la data de los hechos con cerca de 70 años de edad, si nos atenemos a su fecha de nacimiento del 6 de octubre de 1945[27].

Se denota inclusive que el *A quo*, no tuvo en cuenta siquiera la edad real de las menores conforme a la prueba aportada al juicio, consistente en los registros civiles de nacimiento, ya que en su recuento fáctico menciona que la edad de aquellas era de 10 y 11 años, cuando la menor apenas superaba los 8 años.

La asimetría a que estamos haciendo referencia colocó a las víctimas en situación de vulnerabilidad, al entablar una relación así no sea prolongada en el tiempo, pero que se produjo al menos por dos semanas, en la que el adulto llamaba a las menores durante los descansos de su jornada educativa, para que se acerquen a la reja que separaba su institución de la calle, e inicia una interlocución ajena totalmente al ambiente familiar, social y educativo que se debe procurar para las niñas, y que sin duda causó mortificación a las mismas, cuando AJOP menciona en sus

[25] Nacida el 8 de septiembre de 2005, según registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias - Fl. 39 de la Carpeta Principal
[26] Nacida el 6 de mayo de 2007, según el registro civil de nacimiento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias. Fl. 36 de la Carpeta Principal
[27] Según documento presentado como anexo de las Estipulaciones probatorias. Fl. 36 de la Carpeta Principal

propias palabras que se sentía un poco asustada y nerviosa, porque de pronto le pudiese hacer daño, y AVRP también en sus propias palabras que se sintió mal.

Ahora bien, la última de las mencionadas, dada su baja escolaridad, su falta de fluidez al hablar y su estado de nerviosismo, entre otros, no logró explicar qué significaba para ella sentirse mal, pero ello no implica que deba descartarse esa sensación que en definitiva es negativa conforme a la palabra utilizada por la menor y al contexto de su relato.

No se debe olvidar además que el accionar del procesado ejercía presión sobre las víctimas, quienes por su edad a la fecha de los hechos, no estaban en capacidad de dar consentimiento o tomar decisiones sobres su sexualidad, lo que constituye un acto de agresión en su contra, y más cuando se acudió a una estrategia muy recurrida por parte de los adultos respecto de los niños, a través del ofrecimiento de incentivos para lograr que actúen de determinada manera, solo que en este caso, tal estímulo representado en muñecas, tablets o dinero, buscaba una actuación de connotación sexual.

En ese contexto, de nada servía la existencia de una barrera física representada en la reja del colegio, o de sistemas de protección o vigilancia que pudiesen de alguna forma impedir este tipo de abordajes, puesto que la vulnerabilidad se deriva de la asimetría etaria, en la que se ubica al agresor adulto frente a dos menores de quienes se presume la falta de capacidad para tomar decisiones respecto de su sexualidad, en donde se quebrantan las barreras físicas para entablar una comunicación que busca convencer a la víctima a tomar decisiones que le pueden atraer consecuencias dañinas para su integridad sexual.

Lo anterior sirve de ejemplo también para que no olvidemos que frente a otros eventos, la situación de vulnerabilidad se incrementa ante los avances de la tecnología, que nos hacen reevaluar nuestras reglas de la experiencia, cuando claramente se observa el asedio a través de las redes sociales y sistemas de comunicación, que desbordan las paredes de nuestras casas, apartamentos o aulas escolares.

Finalmente, sobre este punto, debemos recordar aquí lo que aportan los instrumentos internacionales que atrás reseñamos, ya que la violencia contra la mujer puede tener como escenario también la comunidad y el entorno educativo, y puede desarrollarse entre otros comportamientos a través del acoso sexual. Y acogiendo este criterio, vemos que si bien en el caso no hay relación o nexo causal entre el establecimiento educativo y alguna situación que involucre al acusado de manera directa con dicho sitio, lo cierto es que cuando se menciona como escenario la "comunidad" y que puede serlo en cualquier lugar, aquí encontramos un entorno más amplio en el que se ubica el establecimiento educativo, y que corresponde al barrio Popular de esta ciudad, sector con el cual necesariamente debía tener alguna relación el acusado, en cuanto tenía la facilidad de llegar a observar a las menores desde las afueras del colegio.

Esa relación del acusado con la comunidad a la cual pertenecían las menores, se determina también porque con posterioridad a los hechos, la judicialización y la puesta en libertad del procesado, la menor AJOP lo observa cerca al lugar donde jugaba con sus hermanos, cuando llegó inclusive a ofrecerle monedas, y también porque la menor AVRP lo miró en el sector conocido como la Playa, que explica queda detrás del barrio Popular, lo que ocurrió también después de los hechos por los cuales fue judicializado.

Debía entonces el señor juez, no limitarse a evaluar la situación de manera superficial, sino que, en términos de la Perspectiva de Género que exige aplicar como principio el artículo 12 del CIA, reconocer las diferencias biológicas y psicológicas en la relación que se entabló entre LFZP y las víctimas AVRP y AJOP por espacio de dos semanas, ya que el primero era un hombre adulto con experiencia y capacidad para discernir y decidir sobre su sexualidad y sus interlocutoras eran mujeres menores de edad, que no ostentaban para la fecha de los hechos tal capacidad. Reconocer que el rol que debía asumir el procesado en el grupo social es de mayor exigencia por tratarse de un adulto que antes que agredir verbal o físicamente a las niñas con contenidos de índole sexual, debía velar por su protección, ya que se encontraban desarrollando su rol como estudiantes de un establecimiento educativo y por ende estaban más que desprevenidas para afrontar con suficiente discernimiento el riesgo al que se estaban sometiendo.

b) Contradicciones de los testimonios de las víctimas

Encuentra el *A quo* que las declaraciones rendidas por las menores son contradictorias, ya que por una parte ellas aducen que los hechos ocurrieron en una cancha de fútbol, y que el ofrecimiento de dádivas para que indiquen sus partes íntimas, se repitió en dos semanas consecutivas, pero esta información no le fue suministrada al perito a quien dijeron que sólo ocurrió en una sola oportunidad.

Analiza también el testimonio de la segunda de las menores declarantes, quien menciona que nunca observó que el agresor haya exhibido sus genitales, al contrario de la primera, igualmente dicha testigo no logró explicar qué es "rosar".

También encuentra contradicción ante lo manifestado por el policial quien informa que al presentarse en el establecimiento educativo, no se encontraba ninguna persona mayor de edad, pese a que las menores en sus relatos dijeron haberle dicho a la profesora.

Pasa la Sala a revisar estos planteamientos, para lo cual se debe tener en cuenta que de tiempo atrás, la Corte en consolidada jurisprudencia[28], ha fijado el criterio de que, la sola existencia de contradicciones en las versiones de la víctima, no son suficientes para restarles mérito, cuando se constatan sobre aspectos circunstanciales o detalles que no afectan la parte esencial o estructural del relato.

Igualmente es de anotar que, en atención a lo explicado respecto a la prueba de referencia y el testimonio de oídas, el relato que expuso el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, en torno a lo que las menores le comentaron, por la forma en que se presentó en el juicio, se encuadra más bien como un testimonio de oídas y no como prueba de referencia que hubiese sido utilizada para impugnar la credibilidad de las víctimas.

Siendo así, la valoración probatoria que se debe aplicar debe dar prevalencia al testimonio directo rendido en juicio por las menores AJOP y AVRP, además, porque la parte inicial de la que da cuenta el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, en su estudio, en la que se registra el relato de las menores, no contiene ninguna pregunta sobre los hechos, a la manera en que sí lo hacen los servidores con funciones de policía judicial que recogen las entrevistas con fines de conformar el conjunto de EMP que orientan la investigación, lo que significa que el hecho de que las precitadas no hayan relatado hechos antecedentes al 4 de agosto de 2016 al perito, no descarta necesariamente su ocurrencia.

Explicado lo anterior, pasa la Sala a revisar el testimonio de las menores a efectos de verificar la existencia de contradicciones y sí estas tienen ocurrencia sobre aspectos sustanciales o no.

En cuanto a que el acto acosador se produjo por dos semanas en una sola ocasión, ello fue objeto de interrogatorio y aclaración durante el testimonio de AJOP, quien de manera contundente explicó que los requerimientos verbales para que exhibiera o permitiera tocar sus partes íntimas, el agresor lo repitió por dos semanas y que el tocamiento de la cola, fue lo que ocurrió en una sola ocasión.

Igualmente, del relato espontáneo e inicial que realizó en juicio la menor AVRP se comprende que el tocamiento de sus glúteos se realizó por una sola vez, solo que como lo explicamos anteriormente, se generó una confusión al realizar una pregunta alternativa, dificultad que no fue solventada por el psicólogo que acompañó a la testigo y la actitud procesal del señor Juez. Pero que igualmente conforme a lo que esa oportunidad analizamos, se determina que las solicitudes de tipo verbal se dieron por más de una ocasión, si acudimos a la frase por ella utilizada "*Fueron hartos días*".

También, en cuanto al lugar concreto de ocurrencia de los hechos, la menor AJOP al dar cuenta de las circunstancias espaciales y temporales, explica que estos ocurren cuando se encontraba jugando durante el recreo con las amigas, y que el señor siempre las llamaba y se acercaban a ver lo que quería, lo cual tiene como escenario la cancha de futbol, en una parte donde hay una reja que se ubica en la institución educativa y que la niña entendía era para que los estudiantes no salieran de dicho lugar.

[28] CSJ. SP 11 oct 2001, radicado 16471, reiterada en SP, 11 nov. 2008, rad. 30305.

Y cuando es contrainterrogada con base en las preguntas de la defensa, para que aclare lo concerniente a la cancha de futbol, aclara que en el lugar hay dos espacios de este tipo, uno al interior del colegio y otro que queda por fuera, pero que ella estaba ubicada por dentro.

Ahora AVRP no es tan descriptiva sobre el sitio, pero si coincide con el entorno físico, que corresponde a la cancha de futbol.

Entonces, en cuanto al lugar tampoco hay contradicciones.

Encuentra también el señor Juez diferencias entre la versión de las menores y de éstas con el testimonio del agente policivo. En lo primero porque mientras AJOP da cuenta de un exhibicionismo por parte del agresor al dejar ver sus genitales, AVRP indica que ella no observó este episodio; y en lo segundo porque las menores manifiestan que lo sucedido fue comunicado a una profesora, pero el agente del orden no menciona la intervención de alguna persona adulta.

En relación al exhibicionismo que describe AJOP, es importante anotar que la forma en que se adelantó el interrogatorio, no permitió ahondar en detalles sobre las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ello ocurrió, ya que inicialmente al adelantarse el proceso de aprehensión de LFZP para el 4 de agosto de 2016, no se menciona nada al respecto, y no se tiene conocimiento de la fase investigativa en la que aflora dicha información, aunque si fue consignado en el escrito de acusación, razones por las cuales no se estableció en juicio si AJOP se encontraba sola para ese momento o en compañía de la menor AVRP, resaltando además que cada una de ellas por sí misma se constituye en víctima de los hechos, lo que significa que no necesariamente deben coincidir en su totalidad las vivencias por las cuales atravesaron, razón por la cual el hecho de que LFZP no se haya exhibido ante AVRP no descarta su ocurrencia frente a AJOP.

Ahora, en cuanto a la aparente contradicción entre lo manifestado por las menores y el testimonio del agente policivo CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, se determina que si bien éste no menciona en concreto la intervención de un adulto que atendiera el caso, ello no descarta el apoyo de personal del establecimiento educativo ya sea docente o del grupo de estudiantes, porque no de otra manera la unidad de información del CAI de la Estrella, que cubre el sector del barrio del mismo nombre y el barrio Popular pudiese conocer acerca de lo que ocurrió con las menores; lo cual además resulta irrelevante a la hora de establecer si los hechos tuvieron ocurrencia o no, cuando de todas formas se presentó el apoyo policivo y las víctimas comparecen en el Juicio Oral y declaran sobre lo que a ellas les ocurrió, lo que tiene mayor relevancia a que testificara la persona que haya solicitado la intervención policiva.

Y más cuando como en este caso, no se alcanzó a conocer los detalles, debido a la intervención desbordada del señor Juez, que objetó el relato del testigo, sobre este punto específicamente.

Ahora bien, analizado el relato que sí logró realizar el testigo CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, quien se desempeñaba a la fecha de los hechos como Patrullero de la policía antes que contradecir, corrobora la versión de las menores, en los siguientes puntos:

- Hace mención el precitado que al llegar al establecimiento educativo, se encontró con una aglomeración de niños, lo cual confirmaría la versión de las víctimas cuando hacen mención a que los hechos ocurrieron durante el período del recreo, y que la escena del tocamiento fue observada por otras compañeras.

- Da cuenta el testigo de que el agresor fue ubicado gracias a la descripción y al señalamiento que realizaron las menores afectadas[29], lo cual corrobora el relato de estas cuando dan cuenta de que dicho personaje se encontraba en cercanías de la escuela.

- El agente del orden da a conocer que inicialmente se requiere su intervención porque estaban amedrentando a los niños, y efectivamente cuando llega a la escuela de manera inmediata se entera de que ello sucedió porque un

[29] CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:52:40 y ss

individuo tocó los glúteos de las menores y les ofreció dinero, acciones que constituyen el núcleo central de los fácticos, que aún en el juicio se mantiene en el relato de las víctimas.

Adicionalmente, el señor Juez cuestionó al testigo CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, para restar credibilidad a las víctimas, por no conocer el nombre de ellas aunque sí el del agresor, pero advierte la Sala que ello no resulta de tal fuerza que anule su credibilidad, puesto que el patrullero participó en el procedimiento de captura del procesado dado el señalamiento realizado por las menores[30], y era respecto de él de quien se le exigía para ese momento el trámite de individualización e identificación, a efectos de lo que le correspondería a la Fiscalía para realizar la imputación, lo que necesariamente facilitó su contacto con él, por el tiempo requerido para adelantar las audiencias preliminares. Siendo así, no resulta extraño que tuviese más familiaridad y capacidad de rememoración respecto del nombre del aprehendido que de las víctimas, lo que no significa que el testigo mienta sobre el contacto que realizó con aquellas, de quienes se percató en lo esencial por su aspecto física que eran menores de edad.

De esa manera se concluye que las contradicciones a que hace referencia el juez de primera instancia o son inexistentes o son irrelevantes, y por ello no disminuye el poder suasorio de los testimonios de las menores AJOP y AVRP a lo que podemos agregar, la evaluación que realizó el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO[31] quien concluyó que las menores en términos generales no presentan conductas repetitivas de alteración de la verdad, sus fantasías no son desbordantes ni son de contenido erótico, como tampoco exponen ideas delirantes, o padecen de enfermedades mentales, que lleven a la Sala a considerar alguna posibilidad de que los fácticos sean producto de una invención, además de que si el agresor era una persona del sector con quien no mantenían alguna relación estrecha, no se vislumbra ninguna posible causa de pretender generar algún tipo de perjuicio.

c) Ausencia de explicación razonable sobre el comportamiento de las víctimas

Considera el *A quo* que las menores no dieron mayor claridad o no suministraron una explicación razonable acerca del motivo por el cual acudían a los llamados del agresor cuando ya conocían qué tipo de solicitudes se les estaba realizando.

Sobre este punto es importante retomar el aparte del juicio en el que el señor Juez increpó a la menor AJOP para pedirle, casi que exigirle que brinde una explicación de su comportamiento frente a los llamamientos que le realizaba el agresor, y sin necesidad de que volvamos a presentar el interrogatorio adelantado, el que además ya fue objeto de estudio desde el punto de vista procedimental, se encuentra en cuanto su contenido material, que es atentatorio de los principios que deben orientar la actuación y valoración probatoria, por encontrarse de por medio los derechos de víctimas de un delito sexual, que son mujeres menores de edad.

En esa línea, se expondrán algunos de esos aspectos, siguiendo la orientación que la Corte presentó en la sentencia T – 458 de 2007 y otros elementos del ordenamiento jurídico reseñado párrafos atrás.

- En cuanto a los derechos de las víctimas de delitos sexuales, se fija como uno de ellos *"…que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima*".

En cuanto al contexto debía tener en cuenta el señor Juez que las víctimas eran dos niñas, AVRP y AJOP de solo 10 años y 11 meses de edad la primera y 8 años y 3 meses de edad la segunda, quienes son abordadas en su establecimiento educativo, mientras disfrutaban del descanso propio de la jornada escolar, lo que lógicamente en principio les haría actuar de manera muy desprevenida frente al llamado de cualquier persona.

Aplicaron las menores una regla de experiencia a la que hubiese acudido cualquier persona, en pensar que si otra persona las llama es porque necesita algo, ahora lo que sí resulta extraño al común de los casos en un entorno educativo, es que el requerimiento sea de índole sexual, razón por la cual con seguridad ante un primer llamado sería lo último que se esperaría.

[30] CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 segundo archivo. Record 00:52:40 y ss
[31] CD Juicio Oral febrero 21 de 2019 Jornada de la mañana. Record 00:28:30 respecto de AJOP y 00:33:30 respecto de AVRP

En ese contexto, no tuvo en cuenta el señor Juez, pese a que ello era notorio y así también lo resaltó en uno de sus aspectos, relacionado con la forma de expresarse, las condiciones especiales de la menor AVRP, ya que según el perito que compareció a juicio el Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, quien realizó su estudio el 4 de octubre de 2016, ella provenía de un hogar desestructurado, al punto que asistió a la entrevista acompañada de la madre sustituta y que en relación a los hechos no logró dimensionar su carácter delictivo, razón por la cual debía prodigarse en juicio un trato digno, acorde con sus condiciones y asumir una actitud más tolerante para propiciar un espacio que facilite la comprensión de las preguntas, y que si nada de ello daba resultado, valorar sus expresiones de manera acorde a su edad y a sus capacidades.

Y no solo se debe atender el contexto de las víctimas, sino que además se exige eliminar cualquier prejuicio contra la víctima, en este caso, el interrogatorio lleva implícita la idea de que si una mujer acepta en más de una ocasión un acto que puede considerarse que la perjudica, es porque le gusta y si es así se descarta la ocurrencia de un daño.

O peor aún, que se realice una valoración que pueda llevar a equívocos, como en este caso en el que el señor Juez establece una duda en cuanto a la persistencia de la acción acosadora, cuando aplica el análisis que se desprende de su valoración, en el que prácticamente se envía el siguiente mensaje a la víctima: *Si usted ya sabía que el señor le podía hacer daño, no le creo que haya atendido a sus llamados por espacio de dos semanas, en conclusión, no es verdad que usted haya atendido sus llamados o que estos hayan existido*.

- Continuando con nuestro análisis, se impone como principio, que, en casos de violencia sexual, el consentimiento no se infiera de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre.

Y es aquí, donde se impone al juzgador de primer nivel el respeto por los principios que deben guiar la interpretación en los casos de menores de edad víctimas de delitos contra su libertad, integridad y formación sexuales, en cuanto a la obligación de velar por su interés superior, atendiendo a que una condición especial de los NNA, corresponde a su inmadurez, como así se señala en la Convención Americana sobre los Derechos del Niño (CDN), que en su preámbulo parte del presupuesto de que "*el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento*".

Atendiendo igualmente conforme a la normativa y jurisprudencia que en su momento presentamos, que dada la edad de las menores AVRP y AJOP no tenían la capacidad de dar su consentimiento para aceptar las solicitudes lujuriosas, razón por la cual aún si hubiesen acudido por más de una ocasión, con conocimiento del fin que se había propuesto el agresor, de ninguna manera se puede inferir de tal conducta que ellas estaban consintiendo en el tocamiento de sus partes íntimas.

De ahí la connotación penal que se ha impuesto a comportamientos y conductas, aún si no media violencia física o psicológica, ya que se tipifica cualquier acceso o acto sexual como abusivo dada la edad de las víctimas, de lo cual no sería dable excluir tampoco el delito de Acoso Sexual, que perfectamente se consuma también para menores de 14 años, aún si no ostentan esa capacidad de consentimiento.

Lo anterior se explica porque precisamente uno de los elementos que se incluyen como factores de asimetría que pueden dar lugar a cualquiera de los verbos que configuran el acoso, es aquel relacionado con la edad, en el que no se impone un límite temporal, lo cual interpretado a tono con el artículo 211 del C.P., permite establecer que el límite de los 14 años, configura una causal de agravación cuando se está en frente de víctimas menores de ese tope.

Igualmente porque conforme lo destaca la CSJ en SP, 7 feb. 2018, rad. 49799, el artículo 210 A del C.P. contiene una textura bastante abierta, a la espera de consignar allí todas las posibilidades de ejecución de la conducta y que además no se cuenta con una definición unívoca de acoso sexual, no obstante sí es posible determinar un lugar común, referido a que se trata de actitudes o comportamientos que por sí mismos causan mortificación o crean un clima hostil a la víctima, respecto de actos, gestos o palabras que en muchas ocasiones representan una pretensión libidinosa, sensaciones que fueron vivenciadas por las menores AJOP y AVRP, cuando la primera manifiesta que se sentía un poco asustada y nerviosa y la segunda que se sintió mal ante el comportamiento de aquel señor que las estuvo acechando por algún tiempo.

- Finalmente se advierte el alejamiento del Juez de conocimiento, sobre la finalidad del ordenamiento interno e internacional, entre ellos de la CEDAW, para evitar actos de discriminación contra la mujer, lo mismo que se exige respecto de menores de edad, para quienes se debe actuar al amparo del principio *Pro infans*, pero además conforme a uno de los deberes negativos de las autoridades judiciales en la investigación y juzgamiento de delitos sexuales cometidos contra menores de edad, que ya fue citado, y que exige abstenerse de actuar de manera discriminatoria contra las víctimas, estando en la obligación de tomar en consideración la situación de indefensión en la cual se encuentra cualquier niño que ha sido sujeto pasivo de esta clase de ilícitos[32].

Vemos sin embargo que el interrogatorio realizado por el juzgador, contiene de manera implícita un acto de este tipo, ya que al preguntarse a la menor AJOP sobre el motivo por el cual acudía a los llamados del agresor si ya sabía lo que le pediría, está cuestionando y juzgando a la víctima, dejando de lado el comportamiento del adulto que la abordó con intenciones de tipo libidinoso. Se atribuye así también de manera tácita una responsabilidad de lo ocurrido a la víctima, enviando este mensaje: *si en verdad usted acudió al llamado de tipo libidinoso del agresor en más de una ocasión, usted tiene la culpa de que él le haya tocado sus glúteos*.

Se adelanta así un reproche que implica un acto de discriminación al atribuirse responsabilidad a las mujeres por la agresión que sufrieron de parte del acusado, a la vez que se deja a un lado el interés superior que les asiste por su condición de niñas.

Ese reproche se dirige también frente a una de las motivaciones que orientaron el comportamiento de las menores, lo cual resulta comprensible por tratarse de unas niñas que a la fecha de los hechos no sobrepasaban los 12 años de edad, y que aún de aceptarse como cierto, no puede aceptarse como un consentimiento que motive la agresión sexual.

Es así, como encuentra la Sala dos razones, que necesariamente el juez debía extraer no solo de la respuesta entregada por la menor AJOP sino de la integralidad del relato de ésta y de la otra víctima AVRP

La primera razón que fue presentada por la menor en respuesta al interrogante directo realizado por el Juez, cuando explica que acudieron al llamado del agresor porque al principio pensaban que quería agua, lo cual como atrás analizamos, resulta entendible, aceptable y razonable, dado el entorno y el contexto de las menores al encontrase en su establecimiento educativo, que les permitía aplicar al inicio una regla de experiencia muy frecuente en las relaciones interpersonales, en las que en la generalidad de los casos se acude al llamado de una persona porque se piensa de manera más que lógica que necesita algo.

La otra razón se encuentra transmitida en juicio a través de la declaración de las menores AJOP y AVRP, así la primera no la haya brindado al momento en que el señor Juez le interrogó al respecto, ya que existía de por medio un aliciente, un estímulo, en tanto que había un ofrecimiento material, al prometerles juguetes o elementos tecnológicos, y así lo describe la menor AJOP: "*Me repetía y me repetía todos los días, que me haga tocar mis partes íntimas y que me daba muñecas, tablets o $ 10.000*".

Entonces, se insiste en este punto, en aquello que se exige en aras de proteger los derechos de las menores, ya que esta estrategia es de uso muy frecuente en los entornos comunes de los niños, cuando se los motiva para alcanzar logros estudiantiles por ejemplo a cambio de estímulos materiales.

Y si ello era así, y eso explicaría por qué las niñas acudían ante los llamamientos que realizaba el agresor, pese a que ya sabían lo que requería, de ello no se puede derivar su consentimiento, como tampoco por ello se les puede responsabilizar de lo ocurrido ni mucho menos realizar reproches.

Y con razón, una de las recomendaciones planteada en el trabajo escrito desarrollado por la Rama Judicial para manejo de las decisiones judiciales con Perspectiva de Género "*Lineamientos de atención y protección a las mujeres víctimas de violencia sexual para la Rama Judicial" recomienda: "Céntrese en las características positivas de la víctima, evitando que aquello que considera negativo en la persona lo desenfoque e influya en sus decisiones*"[33].

[32] Sentencia T-554 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.
[33] Página 85

Tal recomendación debió seguirse por parte del señor Juez de conocimiento, puesto que resume de una manera práctica para el caso que nos ocupa, lo que el ordenamiento jurídico exige, en cuanto a analizar el contexto de la víctima, eliminando prejuicios y absteniéndose de realizar actos de discriminación.

iv) Duda probatoria

Como quiera que el Juez de primer nivel encuentra dudas en cuanto a la existencia del delito de acoso, en referencia a la persistencia de los actos desplegados por LFZP, las que resuelve a su favor, para proferir sentencia absolutoria, pasamos a presentar algunos lineamientos jurisprudenciales que se relacionan con el tema.

En primer lugar, el Órgano de cierre de la Jurisdicción Constitucional en la sentencia C-289 de 2012, refiere al respecto lo siguiente:

"El derecho fundamental a la presunción de inocencia, recogido en el artículo 29 constitucional, significa que cualquier persona es inicial y esencialmente inocente, partiendo del supuesto de que sólo se puede declarar responsable al acusado al término de un proceso en el que deba estar rodeado de las plenas garantías procesales y se le haya demostrado su culpabilidad."

Así mismo, sobre la temática, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha precisado[34]:

*"**(ii) La certeza, la duda razonable y el principio in dubio pro reo[35]***
Según el artículo 5º de la Ley 906 de 2004, "en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia" (subrayas fuera de texto).
La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquel, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, sicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico conforme con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

En procura de dicha verdad, la Ley 906 de 2004 establece en su artículo 7º, lo siguiente:
"Presunción de inocencia e in dubio pro reo. Toda persona se presume inocente y debe ser tratada como tal, mientras no quede en firme decisión judicial definitiva sobre su responsabilidad penal".
"En consecuencia, corresponderá al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado".
"En ningún caso podrá invertirse esta carga probatoria".
"Para proferir sentencia condenatoria deberá existir convencimiento de la responsabilidad penal del acusado, más allá de toda duda" (subrayas fuera de texto).

Como viene de verse, en la referida legislación fueron refundidos en un solo precepto, tanto la presunción de inocencia, como el principio in dubio pro reo, íntimamente relacionados con el concepto de verdad al que atrás se aludió.
En efecto, la convicción sobre la responsabilidad del procesado "más allá de toda duda", corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional[36] y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.
Impera rememorar que la verdad racional constituye una pretensión sustancial común a cualquier sistema procesal penal, pues sería contrario a la justicia como valor fundante de las sociedades democráticas que la finalidad del proceso fuera la mentira, la falacia o el sofisma, aserto que es corroborado con el texto de las últimas legislaciones procesales colombianas sobre el tema:

[34] CSJ SP 16 Abr. 2015 Rad 43262.
[35] Cfr. Sentencia de casación del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28432, entre otras.
[36] En este sentido sentencia C-609 del 13 de noviembre de 1999.

En el artículo 218 del Decreto 409 de 1971 se disponía que para proferir sentencia de condena era necesario obtener "prueba plena y completa" sobre la demostración del hecho y la responsabilidad del autor.
En el artículo 247 del Decreto 050 de 1987 se exigía como prueba para condenar aquella que condujera a "la certeza del hecho y la responsabilidad del acusado".

En el artículo 247 del Decreto 2700 de 1991 la exigencia probatoria para condenar se circunscribía a la "prueba que conduzca a la certeza del hecho punible y la responsabilidad del sindicado".
A su vez en el artículo 232 de la Ley 600 de 2000 se establece que "no se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado".
Como viene de verse, es incuestionable que la certeza sobre la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado, que a la postre comporta la noción de verdad racional dentro del diligenciamiento punitivo, no es característica exclusiva del sistema procesal penal acusatorio.
En consecuencia, sólo cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio in dubio pro reo, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del acusado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminando, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales."

En esta línea de pensamiento, y conforme al avance analítico que hemos alcanzado, corresponde a la Sala establecer si resulta acertada la conclusión a la que arribó el Juez de primera instancia, para lo cual retomaremos varios de los fácticos que las menores AJOP y AVRP dieron a conocer y que fueron corroborados con los testimonios del Psiquiatra Forense FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO y el Patrullero CRISTIAN JAVIER CASTRO BOTINA, ya que como se determinó resultan creíbles en la medida en que las contradicciones aducidas por el juzgador o no existen o son irrelevantes.

Es importante al respecto tener claro que, así como la verdad racional, la duda también debe tener unas bases objetivas demostradas en el juicio, a la vez que deben brindarse las explicaciones que permitan comprender el camino procesal escogido ya sea para condenar o absolver.

Entonces, al revisar las razones brindadas por el señor Juez cuando deduce que existe duda sobre la existencia del delito de Acoso Sexual, no es muy claro o concreto en explicar si ella se genera en cuanto al espacio de tiempo que mencionan las víctimas ocurrió en aproximadamente dos semanas, o sobre la ocurrencia de las acciones que se endilgan a LFZP fueron adelantadas en ese espacio de tiempo o sobre el consentimiento que pudo mediar por parte de las víctimas, al acatar los llamados de su agresor pese a que ya tenían conocimiento de las intenciones libidinosas.

Ante la falta de concreción, no queda más remedio que revisar todos esos aspectos, a fin de verificar si alguno se consolida y si es lo suficientemente contundente para fraccionar lo probado con la prueba de cargo, al punto de emitir la absolución.

Entonces, en cuanto a lo primero, advertimos conforme a la jurisprudencia, que no se exige para la comisión del delito de un lapso de tiempo determinado, mínimo o específico, no hay límite temporal que se incluya como elemento estructural del ilícito, en tanto que lo que se requiere es la persistencia en las acciones que despliegue el sujeto activo, por lo cual en este caso, independientemente del período de tiempo que haya transcurrido, no cabe duda de que el accionar de LFZP fue persistente, lo cual se deduce de varias de las manifestaciones realizadas por la menor AJOP respecto del comportamiento del acusado, cuando menciona por ejemplo: *"…y estaba sentado afuera de la escuela, él se sentaba afuera todos los días…*", y en otro aparte aduce: "*Me repetía y me repetía todos los días que me haga tocar mis partes íntimas y que me daba muñecas, tablets o $ 10.000*". Igualmente de la expresión a la que acude con la sencillez que reflejó AVRP cuando mencionó pese a la confusión en la que se encontraba, que los hechos ocurrieron durante " *… hartos días*".

Pero además la menor AJOP fue muy enfática en señalar que el comportamiento del acusado, se dio por un espacio aproximado de dos semanas, en lo cual fue constante, aún ante las preguntas de la defensa, cuando le pedía que aclare sobre el número de veces en que ocurrió el acto y ella explica que acerca de los requerimientos verbales para que se dejara mirar o tocar sus partes íntimas lo repitió por un período aproximado de dos semanas y que el tocamiento en su cola, ocurrió en una sola ocasión.

Ahora si las dudas las deduce el señor Juez, respecto de la ocurrencia de las acciones desplegadas por LFZP, se verifica que este fáctico se desconocería como resultado de eliminar todo poder suasorio de los testimonios de las víctimas, lo cual no es acertado, por las razones expuestas en cuanto a la crítica que realiza sobre las posibles contradicciones y además y fundamentalmente porque la duda surge en el momento en que al señor Juez no le satisfacen o no comprende las respuestas de la menor AJOP acerca del motivo por el cual acudió ante los llamados del precitado, lo cual se concreta en el argumento explicitado en su interrogatorio cuando aduce "*sigo sin entender*".

Aplica el señor Juez, la siguiente línea de pensamiento, que no comparte la Sala por las razones expuestas: *Si el acto desplegado por el agresor era negativo y les causaba malestar como lo aducen las menores no es posible que hayan atendido las insinuaciones libidinosas previas, por lo cual se debe descartar la existencia de las mismas*.

Ahora que si esa falta de comprensión o entendimiento no fue superada durante el interrogatorio, en el que olvidó el señor juez varios de los lineamientos y obligaciones que como hemos visto debía aplicar en defensa de los derechos y garantías de las niñas víctimas, pudo superar ese estadio, realizando el análisis probatorio sin fraccionamientos, sino atendiendo el material probatorio en su conjunto, se desprendía del mismo otra de las razones que de alguna forma explican el comportamiento asumido por las menores, dada la manipulación del adulto a través del ofrecimiento de dádivas pero que no puede utilizarse en contra de las víctimas por la falta de capacidad para decidir sobre su sexualidad.

De paso, se elimina el último aspecto que pudo incidir en la decisión del señor Juez, al considerar que posiblemente hubo un consentimiento o aceptación de las menores respecto del abordaje libidinoso realizado por LFZP, ya que aún de existir tal hecho, no resulta aceptable frente a los y las niñas, como elemento para desprender de ello la atipicidad del cualquier delito de connotación sexual.

Concluye la Sala así, que las dudas a que alude el señor Juez no son objetivas o no son contundentes para eliminar la certeza relativa de índole racional que se desprende en cuanto a la ocurrencia del ilícito con base en el material probatorio aportado por la Fiscalía.

Encuentra la Sala también, que si al señor Juez le asaltaron dudas respecto de uno de los elementos del delito de Acoso Sexual en relación a que haya un comportamiento reiterativo o persistente, no brindó ninguna explicación respecto del hecho sobre el cual se acreditó suficientemente su existencia, que corresponde al tocamiento físico de los glúteos de las menores.

Además, porque si en gracia de discusión, se aceptara dicho planteamiento o el relacionado con la inexistencia de unas condiciones de vulnerabilidad de las víctimas ante la presencia de la reja en el establecimiento educativo que aparentemente las protegía; el *A quo* no podía negar ese hecho demostrado relacionado con el tocamiento de los glúteos de las menores así sea de manera fugaz que podría adecuarse a lo previsto en el artículo 226 del C.P. que tipifica el delito de Injuria por vías de hecho, sin afectar por ello el principio de congruencia en tanto que la

acusación se realizó con base en el artículo 210 A del C.P. que fija los límites punitivos entre 1 y 3 años de prisión pero que se incrementan de una tercera parte a la mitad, resultando así entre 16 meses y 54 meses de prisión, límites que coinciden totalmente con la punibilidad del artículo 226 del C.P.

El señor Juez, minimizó el hecho demostrado respecto del contacto físico, al punto que no le mereció ningún análisis sobre su existencia o sobre la responsabilidad del acusado en su comisión, como si estuviese convencido de que una acción de ese tipo no merece el reproche penal, lo cual constituye un criterio inaplicable frente a los derechos de las mujeres en general, ya que implica aceptar que la integridad física de éstas, puede ser objeto de tocamientos de sus partes púdicas así sea de manera fugaz, sin su consentimiento, en cualquier sitio donde se encuentre, como en el servicio de transporte público, en su lugar de trabajo, en las vías públicas, etc.

De haber abordado o avanzado en el análisis del fáctico relacionado con el tocamiento de los glúteos, pudo llegar a la solución planteada por la CSJ, en SP107-2018 7 de febrero de 2018 radicado 49799, cuando explica lo siguiente: "*Sucede, empero, que efectivamente, si consideraba que el delito no lo era el de actos sexuales violentos, sino la injuria por vías de hecho, se hacía factible haber condenado por esta conducta punible, sin que ello afecte el principio de congruencia ni se aprecie que se vulneren el debido proceso o derecho de defensa*".

Igualmente quedaba superado el obstáculo de tipo procedimental, en relación a el delito de injuria por vías de hecho, ya que al encontrarse de por medio los derechos de víctimas menores de edad como sucede en el sub judice, no se exige querella ni el agotamiento de una conciliación, según lo previsto en el inciso 1º del artículo 74 de la Ley 906 de 2004.

Inclusive, si el señor Juez no quería desprenderse de la tipificación relacionada con el bien jurídico tutelado de la libertad, integridad y formación sexuales, persistía la ocurrencia de un delito de Acto Sexual con menor de 14 años, en cuanto a la similitud fáctica que se establece con el caso analizado por la Corte en el radicado 30305 de 2008, que como atrás reseñamos, tiene que ver con el hecho en los que una menor de 8 años de edad es abordada por el compañero permanente de su prima, y le introdujo la mano por debajo de los interiores y procedió a tocarle la cola.

Claro está que, por esta vía jurídica, sí habría necesidad de ahondar en la temática relacionada con el principio de congruencia, pero que frente al caso que nos ocupa, no es relevante hacerlo, ya que la Sala acoge la postura por la cual se encausó la Fiscalía al adecuar los hechos al delito de Acoso Sexual, lo cual resulta razonable ante la existencia de una fase previa de acoso, asedio y hostigamiento, además porque desde el punto de vista punitivo es más favorable para el procesado.

Conforme a lo expuesto, la Sala entonces considera que en el caso no persisten las dudas a que alude la primera instancia y por el contrario se acredita la certeza relativa de índole racional que permite determinar la existencia del delito de Acoso sexual.

Con lo anterior, se concreta la demostración de los siguientes elementos del delito:

- La acción desplegada por LFZP, que se consolida en los verbos rectores de acoso, hostigamiento y asedio verbal y físico.
- La persistencia en dichas acciones y la mortificación que con ellas se causó a las menores AJOP y AVRP
- La relación de asimetría por la edad
- La falta de consentimiento de las precitadas por su falta de capacidad para decidir sobre su sexualidad.

Y además de los anteriores, y sin lugar a dudas encontramos plenamente demostrado el ingrediente de tipo subjetivo, en cuanto a los fines sexuales pretendidos por el agresor, claramente establecidos por las solicitudes hacia las menores para que le indicaran o se hicieran tocar sus partes íntimas, como así lo explica AJOP "*Quería que amostraramos (sic) nuestras partes íntimas*"[37] y cuando proporciona más detalles al respecto menciona que le decía que se haga tocar la cola, la vagina y los senos.

[37] Aud. Juicio Oral – Febrero 21 de 2019 - jornada de la tarde. Testimonio de AJOP. Minuto 00:06:38 y ss

El objetivo libidinoso del agresor fue concretado y totalmente visibilizado de manera externa con el tocamiento de los glúteos de las menores, que constituye una de las partes púdicas de la integridad física de cualquier persona y que generalmente son también de carácter erógeno, como así se explica en el radicado 30305 de 2008 de la CSJ:

"La "cola" es una zona erógena que despierta reacciones físicas. Se ha entendido por zona erógena "toda parte del cuerpo susceptible de ser lugar de una excitación sexual[38] *. Así mismo se ha destacado que "aparte de la boca y de los genitales, que son las zonas que más frecuentemente entran en contacto, otros sectores se convierten igualmente y con facilidad en zonas de estimulación y excitación (senos, cuello, nalgas, orejas, ombligo…)"*[39]. Subraya la Sala.

En definitiva, para la Sala se presentan suficientes elementos que permiten diferir de la decisión adoptada por el *A quo*, determinando que en el juicio adelantado en contra de LFZP, la prueba allegada permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y su responsabilidad penal, para proferir en su contra sentencia condenatoria, razón por la cual se procederá a revocar la absolución proferida a su favor.

Dosificación punitiva

Como consecuencia de la decisión que en esta instancia se adelanta, es menester proceder a imponer la pena en concreto, en lo que encuentra la Sala un obstáculo que es necesario superar antes de adelantar el proceso de dosificación punitiva que se requiere, atinente a la incompleta imputación jurídica que se realizó por parte de la Fiscalía, y que fue persistente a lo largo del trámite procesal porque no se adelantó ningún acto de corrección.

Resulta que en el sub examine, desde la formulación de imputación, la Fiscalía mencionó e incluyó en los fácticos que las víctimas del delito de acoso fueron las menores AVRP y AJOP, pese a lo cual no se tuvo en cuenta el concurso delictual que resulta de la comisión del ilícito respecto de dos víctimas, en tanto que el artículo 31 del C.P. estipula que este instituto jurídico opera entre otras alternativas cuando el sujeto activo con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias veces la misma disposición.

En la acusación se mantuvo el núcleo fáctico imputado, al igual que el proceso de adecuación jurídica, por lo cual el yerro anotado no fue corregido.

Sale a flote así, la necesidad de establecer si resulta procedente incluir en la pena a imponer el incremento punitivo que deviene del concurso de delitos, sin que se afecte el principio de congruencia.

Para arribar a una solución, corresponde conocer el criterio jurisprudencial que sobre el tema se ha consolidado, para lo cual acudimos al pronunciamiento emitido por la CSJ en el asunto SP3379-2018, 15 ago 2018, rad. 50890, que expone las reglas a tener en cuenta para que el principio aludido no se afecte, en los siguientes términos:

"La Sala de manera reiterada[40] *ha señalado que el principio de congruencia se constituye en una garantía del debido proceso que implica asegurarle al procesado una efectiva defensa, de modo que solo podrá ser condenado por los hechos y los delitos contenidos en la acusación. Se evita así sorprenderlo con imputaciones respecto de las cuales no se defendió y no ejerció su derecho de contradicción (ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685).*

Ahora bien, la jurisprudencia ha registrado que el aludido postulado puede ser infringido por vía de acción o de omisión, esto es, cuando el funcionario judicial condena por: (i) hechos no incluidos en la imputación y acusación o por conductas punibles diversas a las atribuidas en el acto de acusación; (ii) un delito jamás mencionado fácticamente en la imputación, ni fáctica y jurídicamente en la acusación, (iii) el injusto por el que se acusó, pero adicionado en una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad, y (iv) el reato imputado en la acusación pero al que le suprime una circunstancia genérica o específica de menor punibilidad reconocida en la audiencia de

[38] MUÑOZ SABATÉ, Luis, Sexualidad y derecho, Elementos de sexología jurídica, Barcelona (España), Hispano-Europea, 1976, pp. 62.
[39] *Idem*.
[40] Ver sobre este tema las decisiones CSJ SP6354-2015, rad. 44287 – postura reiterada en las decisiones CSJ SP9961-2015, rad. 43855; CSJ SP5897-2015, rad. 44425; CSJ SP15779-2017, rad. 46965, CSJ SP20949-2017, rad. 45273.

formulación de acusación (Ver, entre otras, CSJ SP, 15 may. 2008, rad. 25913 y CSJ SP, 16 mar. 2011, rad. 32685; del 6 de abril de 2006. Rad. 24668, del 28 de noviembre de 2007. Rad. 27518 y del 8 de octubre de 2008. Rad. 29338).

Sin embargo, la Corte a partir de la sentencia SP, 27 jul. 2007. rad. 26468, explicó que dicho principio no es absoluto, y que por tanto, resulta jurídicamente posible variar en el fallo la calificación jurídica atribuida en la acusación, siempre que (i) el nuevo injusto sea del mismo género y con este se favorezca los intereses del procesado; (ii) no se modifique el núcleo fáctico de la acusación, el cual es inalterable e invariable; (iii) el nuevo delito sea de menor entidad y (iv) no se lesionen los derechos de las partes[41]*.*

La línea jurisprudencial evolucionó con relación al primer requisito, esto es, que el nuevo injusto sea del mismo género, para determinar que esa exigencia no es necesaria.
(…)
Por lo expuesto, el juzgador puede alterar la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, sin quebrantar las garantías fundamentales, siempre que (i) se trate de un delito de menor entidad, (ii) que guarde identidad en cuanto al núcleo básico o esencial de la imputación fáctica y, (iii) no implique desmedro para los derechos de las partes e intervinientes.

*En este punto resulta trascedente señalar que si bien el juzgador puede **alterar** la delimitación típica realizada por el ente de persecución penal en la acusación, siempre y cuando se cumplan las exigencias descritas anteriormente, lo cierto es que no puede **incluir** delitos que no hayan sido objeto de acusación, pues ello se constituiría en una afrenta contra el principio de congruencia, el debido proceso y los derechos de defensa y contradicción".*

En el caso que fue objeto de estudio por la Corte, los hechos se relacionan con el ataque de un grupo de personas que utilizando armas de fuego arribaron a un lote baldío situado en la ciudad de Cúcuta, donde varios ciudadanos se encontraban consumiendo estupefacientes y por esa acción proceden a dispararles, produciendo la muerte de tres de ellos, al mismo tiempo que dos logran huir y salvar sus vidas.

Ante tales hechos, y pese a lo evidente de la comisión del delito de homicidio que frente a tres personas se consumó y frente a dos se truncó, la Fiscalía, imputó y acusó, únicamente por el delito consumado excluyendo el tentado.

La falencia anotada fue resuelta por el Juez de conocimiento imponiendo condena también por el delito de homicidio en grado de tentativa, sin embargo, la Corte Suprema de Justicia, al percatarse del trámite mencionado, resolvió admitir la demanda de Casación, para revisar de manera oficiosa la sentencia, estableciendo que se afectó con esa postura el principio de congruencia.

Entonces, haciendo un símil entre lo acontecido en el caso analizado por la Corte y lo preponderante de la línea jurisprudencial que busca garantizar el derecho de defensa del procesado y evitar la imposición de penas por fuera del marco jurídico formulado tanto en la imputación como en la acusación, encontramos que en la situación procesal derivada de la imputación jurídica que se atribuyó a LFZP, no resulta procedente incluir en esta instancia la modalidad concursal, que deviene de la comisión del delito de Acoso Sexual respecto de dos víctimas.

Aclarado lo anterior, se evidencia otra situación jurídica, sobre la cual, sí es factible que se realice una modificación en el proceso de adecuación jurídica, en tanto que se trata de eliminar una circunstancia de agravación que en criterio de la Sala, no opera so pena de quebrantar el principio de *Non bis in ídem.*

Resulta que la Fiscalía acusó a LFZP, por la comisión del delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, según las previsiones de los artículos 210 A y 211 numerales 4º y 7º del C.P., teniendo en cuenta para la primera circunstancia de agravación que la conducta se realizó respecto de menores de 14 años y para la segunda circunstancia, la situación de vulnerabilidad por la edad de las menores (9 y 10 años).

Sin embargo, conforme al examen que se adelantó sobre los elementos del delito de Acoso Sexual, se encontró que la condición etaria es la que permite establecer una relación asimétrica entre el acusado y las víctimas, y por ende la situación de vulnerabilidad de las segundas al ser menores de edad, de tal forma que si en este caso, este fue el

[41] Antes de la sentencia CSJ SP, 16 mar, 2011, rad. 32685 se exigía que el fiscal lo hubiese solicitado en sus alegatos.

componente que permitió adecuar los hechos a la previsión del artículo 210 A del C.P., no procede a la vez su inclusión como circunstancia de agravación específica, razón por la cual será eliminada de los cargos endilgados a LFZP.

Se pasa en consecuencia a adelantar el proceso de dosificación punitiva con base en lo previsto en los artículos 210 A y 211 numeral 4º del C.P., por lo cual se parte de la punibilidad fijada en la primera de las normas, de 1 a 3 años de prisión, límites que se incrementan conforme a la circunstancia de agravación enunciada, de una tercera parte a la mitad, resultando así entre 16 meses y 54 meses de prisión.

Establecido este ámbito de movilidad, se requiere aplicar el sistema de cuartos, cálculo que se concreta en los siguientes datos:

Cuarto	**Ámbito de movilidad**
Primer cuarto	16 a 25 meses y 15 días de prisión
Segundo cuarto	25 meses y 16 días a 35 meses de prisión
Tercer cuarto	35 meses y 1 día a 44 meses y 15 días de prisión
Último cuarto	44 meses y 16 días a 54 meses de prisión

En seguida, se procede a escoger el rango sobre el cual se concretará la pena, para lo cual se verifica que a favor del sentenciado, obra la circunstancia de menor punibilidad prevista en el numeral 1º del artículo 55 del C. P. relacionado con la ausencia de antecedentes penales, en tanto que no se conoce en la actuación elementos que acrediten lo contrario. No concurren además circunstancias genéricas de agravación, lo que nos permite ubicarnos en el primer cuarto mínimo, cuyos topes se fijan como se ve, entre 16 y 25 meses y 15 días de prisión.

Establecido el anterior rango, corresponde revisar aquellos aspectos relacionados en el inciso 3º del artículo 61 del C.P, así:

i) En cuanto a la mayor o menor gravedad de la conducta: se denota en el comportamiento asumido por el procesado, un nivel de gravedad elevado, derivado del número de víctimas, razón que permite incrementar la pena, sin que ello signifique realizar un esguince frente a la omisión de la Fiscalía de incluir lo relacionado con el concurso delictual, ya que de aplicarse el artículo 31 del C.P. el límite punitivo puede ser de hasta otro tanto, lo que significa que perfectamente podía realizarse un incremento de mínimo 16 meses, en cuyo caso ascendería al menos a 32 meses de prisión; lo que no sucede al aplicar simplemente el sistema de cuartos, en el que el incremento máximo únicamente alcanzaría hasta 25 meses y 15 días de prisión.

Igualmente, porque el componente fáctico del cual se deriva el incremento punitivo no sorprende al acusado ni afecta su derecho a la defensa, porque la pluralidad de víctimas constituye una circunstancia que fue ventilada en todas las fases procesales, desde la imputación fáctica, pasando por la acusación, la práctica de pruebas que llevó a juicio el testimonio de las dos víctimas y los alegatos finales.

ii) Sobre el daño real o potencial creado: no se estableció ningún tipo de secuelas derivadas de la ocurrencia del Acoso Sexual, como así lo dio a conocer el Médico Psiquiatra Forense Dr. FERNANDO ALFONSO JURADO ROSERO, por lo cual se descarta este ítem como fundamento de incremento punitivo.

iii) En cuanto a la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, no se encuentra ningún elemento adicional que permita realizar un aumento de la pena.

iv) Sobre la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, tampoco encontramos puntos que sirvan de base para elevar la pena.

v) En relación a la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, se pudo constatar que el procedimiento de judicialización inicial, no generó un escarmiento para que el acusado cambiara su comportamiento, cuando la menor AJOP da a conocer que LFZP continuó con su hostigamiento, al ofrecerle nuevamente dinero (monedas), cuando ella jugaba con sus hermanos cerca a la capilla. Es decir que el precitado no cambió de actitud para con la menor.

Igualmente, su comportamiento hace inoperantes las medidas preventivas impuestas de manera acertada a solicitud de la Fiscalía en las audiencias preliminares, cuando se le prohibió cualquier acercamiento hacia las víctimas, lo cual no cumplió.

Razones que nos llevan a realizar un incremento del monto mínimo de la pena, de 4 meses, con un resultado punitivo definitivo de **VEINTE (20) MESES DE PRISION**.

Por otro lado, conforme a los artículos 43, 44 y 52 del C.P. procede la imposición de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo período de la pena de prisión, en el período es decir **VEINTE (20) MESES**.

Establecido lo anterior, se revisa lo relacionado con el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el sustitutivo de prisión domiciliaria, sobre los cuales se establece su improcedencia, dada la prohibición expresa regulada en el artículo 199 del CIA en concordancia con el artículo 68 A del C.P.

Principio de doble conformidad

Habida cuenta de la decisión que en esta instancia se adopta en el sentido de proferir sentencia condenatoria revocando la de primer nivel que era de carácter absolutorio, la Sala debe acoger como ya lo hizo en anterior oportunidad[42] aquellas "*Reglas Provisionales*" fijadas por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento del 3 de abril de 2019 radicado 54215, y publicitadas mediante "*Comunicado 05 del 9 de abril hogaño*", que tienen como finalidad garantizar la "*impugnación especial*", en virtud de lo cual se adoptará el trámite 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

PRIMERO: REVOCAR los numerales primero a tercero de la parte resolutiva de la sentencia impugnada, proferida por el señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, atendiendo las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, los cuales serán del siguiente tenor:

***PRIMERO: CONDENAR** a LFZP, de notas civiles conocidas en la actuación, a la pena principal de **VEINTE (20) MESES** de prisión, como autor responsable del delito de ACOSO SEXUAL AGRAVADO, conforme a lo previsto en los artículos 210 A y 211, numeral 4º del C.P.*

***SEGUNDO: IMPONER** la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un tiempo igual al de la pena principal.*

***TERCERO**: Conforme a lo previsto en los artículos 199 del CIA y 68 A del C.P., **NO SE CONCEDE** el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena como tampoco el sustitutivo de prisión domiciliaria.*

SEGUNDO: Como consecuencia de lo anterior **GÍRESE ORDEN DE CAPTURA**, en contra de **LFZP**, de notas civiles conocidas en la actuación.

TERCERO: Una vez alcance ejecutoria esta sentencia, se librarán las comunicaciones de rigor ante las entidades e instituciones correspondientes, según lo dispuesto en el artículo 166 de la Ley 906 de 2004.

[42] T. Superior de Pasto. 15 de mayo de 2019. NI, 24572. MP. Franco Solarte Portilla

CUARTO: En firme el fallo se dispondrá el envío del expediente al Juzgado de Ejecución de Penas de esta ciudad, para lo de su cargo.

QUINTO: Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella procede la impugnación especial para los procesados y/o sus defensores y el recurso extraordinario de casación para el resto de sujetos procesales.

En caso de interposición tanto de la impugnación especial como el recurso extraordinario de casación, la Secretaría del Tribunal dará cabal cumplimiento en lo que le corresponde, a lo dispuesto por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en su comunicado 05/19.

SEXTO: REQUERIR y oficiar en ese sentido, al señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, para que se incluya en el Plan de Formación de Perspectiva de Género, que se adelanta en la Rama Judicial, en cumplimiento de lo ordenado por la Corte Constitucional en el Auto 733 de 2017 y la sentencia de tutela T 388 de 2018

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado (Con salvamento de voto)

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - REQUISITOS: Convencimiento más allá de toda duda.

CONOCIMIENTO PARA CONDENAR – INDICIOS: Importancia en la construcción de ese conocimiento.

INDICIOS: HECHO INDICADOR: Debe estar probado.

INDICIOS: APRECIACIÓN PROBATORIA: Su análisis debe efectuarse en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el proceso.

TESTIMONIO – Apreciación probatoria.

TESTIMONIO – Credibilidad.

TESTIMONIOS - Constituyen pilares en la prueba indiciaria, para acreditar la premisa fáctica.

INDICIO Y TESTIMONIO DE OÍDAS - APRECIACIÓN PROBATORIA: Importancia para la demostración de los hechos indicadores.

PERSPECTIVA DE GÉNERO – Deber de las autoridades de hacer efectiva la protección a la mujer frente a todo tipo de violencia.

PERSPECTIVA DE GÉNERO – El ordenamiento jurídico que incluye varios instrumentos internacionales, exige a los operadores judiciales aplicar un trato diferencial en situaciones de vulnerabilidad de las mujeres víctimas de violencia.

PERSPECTIVA DE GÉNERO – FLEXIBILIZACIÓN DEL ESTÁNDAR PROBATORIO: El trato diferenciado que se exige frente a grupos en situación de vulnerabilidad, incluye la aplicación de estándares flexibles para valorar el material probatorio que se recaude en un proceso, debiéndose privilegiar los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes.

Analizada en conjunto la prueba allegada al juicio oral, se determinó que con aquella se permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, respecto de la responsabilidad penal de procesado como autor del doble homicidio que se le atribuye. Se establece que los indicios que se estructuraron a partir de dicha prueba resultan ser contundentes para cimentar una sentencia condenatoria, especialmente los testimonios de cargo, que merecen total credibilidad, los cuales aportan elementos por conocimiento directo y otros por vía indirecta. En este caso hay lugar a flexibilizar el estándar probatorio para privilegiar los hechos que se demuestran por la vía indiciaria sobre la directa, teniendo en cuenta el deber de las autoridades judiciales de abordar los casos desde un enfoque diferencial de género, al ser dos mujeres las víctimas en situación de vulnerabilidad, madre cabeza de familia y su hija menor de edad. Las propuestas defensivas, son simples conjeturas, las cuales deben ceder ante la contundencia de los hechos demostrados, algunas de las cuales acogen patrones de comportamiento estereotipados, con la finalidad de desviar la atención respecto de los verdaderos autores de los hechos.

PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL - Despoja al Estado de la potestad de investigar y juzgar acciones consideradas delitos, cuando se ha superado el límite temporal otorgado por la ley para adelantar esas actuaciones.

Procedencia de decretar la cesación del procedimiento a favor del acusado, con relación al delito de porte ilegal de armas, al haber operado el fenómeno jurídico de la prescripción de la acción penal.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

Magistrada Ponente	: Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Proceso No.	: 520016000485201380386
Número Interno	: 10060
Acusado:	: MISD
Delito	: Homicidio agravado y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego.
Fecha de aprobación	: Acta No. 16 de 21 de julio de 2020

San Juan de Pasto, veintisiete (27) de julio de dos mil veinte (2020)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se pronuncia la Sala sobre el recurso de apelación interpuesto por el abogado defensor del señor **MISD**, frente a la decisión proferida el 9 de septiembre de 2016 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, en la cual su prohijado, luego de adelantar el juicio oral, fue condenado en calidad de autor por la comisión de los delitos de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, tipificados en los artículos 31, 103, 104-7 y 365 del C.P., respectivamente, con una pena de 450 meses de prisión y la correspondiente pena accesoria por el mismo término.

1. ANTECEDENTES

1.1. HECHOS

En este caso, la Sala se permite presentar la relación fáctica conforme a la prueba practicada en juicio, que en lo relevante se ajusta a la hipótesis expuesta por la Fiscalía en la acusación, ya que la descrita en la sentencia de primera instancia, hace referencia a tan solo uno de los aspectos que tuvo en cuenta el ente acusador para llamar a juicio al señor **MISD**.

Entonces, se logró establecer en la audiencia de Juicio Oral, que **MISD y MIDT** primos entre sí y residentes en el Corregimiento del S, tuvieron una relación, fruto de la cual nació el 6 de noviembre de 2010 la niña **ASDT**, sin que se hiciera el correspondiente registro por parte del padre, dado que él fue enterado de su paternidad al año del nacimiento de la menor.

Posteriormente y ante la precaria situación económica que afrontaba **MIDT** decide demandar a **MISD** para exigir legalmente el cumplimiento de su obligación alimentaria, pero como quiera que debía demostrarse primero su paternidad acude el **2 de julio de 2013** ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de la Zona Uno de Pasto, con la finalidad de adelantar el proceso administrativo de reconocimiento en el cual y ante las dudas que le asistían al señalado como el padre de la menor, acordaron la realización de una prueba de ADN, para la que se tomaron las correspondientes muestras en el Instituto de Medicina Legal de Pasto, el 20 de noviembre de 2013.

El trámite en mención generó disgusto a **MISD** y su enojo hacia **MIDT** a quien la amenazó y maltrató físicamente tomándola por el cuello. Sin embargo, el 20 de noviembre de 2013 cuando se toman las muestras para la prueba de ADN, aquel le dice a su demandante que no se preocupe por la ropa de la niña para la época de diciembre y que si ella necesita zapatos también le puede dar, para lo cual debían verse en el corregimiento de su residencia.

Llegado el día **23 de noviembre de 2013** y siendo aproximadamente las 6:30 p.m., y encontrándose **MIDT** en su casa de habitación con sus padres SEDB y NTS, les informa que debe salir con su hija a encontrarse con **MISD** cerca al río Cimarrones en un punto conocido en la zona como Aguas Calientes de la vereda S G del Corregimiento el S, porque aquél le iba a entregar una ropa para la niña. Sus padres le inquieren para que no salga dada la hora y la zona a la que debía desplazarse, además de que la menor se encontraba enferma con gripe, sin embargo, ella contesta que debe asistir para evitar el enojo de **MISD**.

En vista de que transcurre el tiempo y **MIDT** junto con su hija **ASDT**, no regresan a casa, por lo que sus padres y abuelos respectivamente, empiezan a hacer las averiguaciones correspondientes entre familiares y amigos, a través de las cuales son enterados de las amenazas que previamente había realizado **MISD** por lo que deciden reclamarle y preguntarle por el paradero de sus familiares desaparecidas, sin obtener ninguna información de su parte.

Posteriormente los padres de **MIDT** piden apoyo a los habitantes de su comunidad para iniciar la búsqueda en el sector, encontrando el 28 de noviembre de 2013, los cuerpos sin vida de la precitada y su hija **ASDT** sepultados en un terreno de propiedad del señor GS padre de **MISD** precisamente en el punto conocido como Aguas Calientes de la vereda S G del Corregimiento el S, lugar en el que previamente había sido citada **MIDT** por parte de **MISD**.

Con base en las diligencias de inspección a cadáver y necropsia se estableció que **MIDT** fue atacada con arma de fuego, elementos contundente y cortopunzante y su hija **ASDT** con elemento cortopunzante y como causa de muerte para la primera "*Heridas por arma blanca punzante penetrante en abdomen y tórax*" y para la segunda "*Heridas por arma cortopunzante penetrantes a tórax*".

Finalmente, y con posterioridad al fallecimiento de las precitadas, se determinó en el trámite administrativo adelantado por el ICBF y con base en el estudio genético que efectivamente **ASDT** era hija de **MISD** ya que concluyó que la probabilidad de paternidad era del 99.999999%.

Los hechos anteriores fueron analizados por la Fiscalía, básicamente como indicios de móvil y oportunidad, para atribuir responsabilidad en la muerte de **MIDT** y su hija **ASDT** como autor material a título de dolo, al señor **MISD**, llamando la atención además en que él aprovechó que la víctima menor estaba en condiciones de inferioridad, dado que era una niña de apenas tres años de edad, que no podía reaccionar para defenderse frente al desarrollo muscular y edad de su padre, que con arma cortante le causó varias lesiones en su cuerpo.

1.2. ACTUACIÓN PROCESAL:

El 2 de mayo de 2014, el Fiscal 2º Seccional de Pasto, realizó formulación de imputación contra el señor **MISD**, ante el Juzgado Tercero Penal Municipal con Función de Control de Garantías de Pasto, por la comisión de los delitos de HOMICIDIO DOLOSO AGRAVADO en concurso homogéneo y PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO DE DEFENSA PERSONAL, previstos en los artículos 103, 104-1 y 7, y 365 del C.P., cargos que no fueron aceptados por el procesado.

Así mismo, fue decretada por aquella judicatura, medida de aseguramiento, consistente en detención preventiva intramural del encartado.

Posteriormente, el 18 de julio de 2014, el ente acusador, presentó escrito de acusación, que fue asignado al Juzgado Primero Penal del Circuito de Pasto, despacho en el cual se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación el 21 de enero de 2015.

La audiencia preparatoria una vez aplazada, por la inasistencia del defensor de confianza del acusado, fue efectuada el día 7 de mayo de 2015.

En cuanto al juicio oral tuvo su desarrollo el día 7 de octubre de 2015, con la presentación del caso, de estipulaciones probatorias y el inicio de la práctica de pruebas de la Fiscalía, diligencia que continuó el 8 de octubre de 2015, 15 de octubre de 2015, 27 de enero de 2016 y 28 de enero de 2016, día en el cual se realizó la práctica de pruebas de la defensa; los alegatos fueron expuestos el día 12 de febrero de 2016, y el 15 de julio siguiente se emitió el sentido de fallo el cual fue condenatorio, para luego proferirse la sentencia correspondiente el 9 de septiembre de 2016.

1.3. LA DECISIÓN IMPUGNADA:

La señora Jueza de primera instancia, una vez realiza una breve reseña de los fácticos y rememora los alegatos de las partes en la audiencia de juicio oral, pasó a realizar la valoración jurídica probatoria correspondiente.

En lo que concierne a la tipicidad y con el fin de determinar si la acción desplegada por el señor SD se acomoda a la descripción legal del delito de HOMICIDIO AGRAVADO en concurso homogéneo y sucesivo, y del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, establecidos en el Código Penal en sus artículos 103, 104-7 y 365; expuso lo siguiente:

Tipo objetivo: en primer lugar, dio por demostrada la muerte de **MIDT** y **ASDT**, con los registros civiles de defunción de las occisas allegados a juicio como estipulación probatoria No.1[1], las actas de inspección a los cadáveres[2] incorporados a juicio a través del testimonio del IT Nelson Eduardo Cerón López (Jefe de Criminalística SIJIN) y las respectivas necropsias[3] incorporadas a juicio por medio de los testimonios de los doctores Francisco Villota Basante y Liliana Cristina Hidalgo Bravo; dictaminando como causa de muerte, respecto de **MI**: "*Heridas por arma blanca, punzante, penetrante en tórax y abdomen, homicidio como manera de muerte y mecanismo de muerte shock hipovolémico*"[4]. Y en relación con **ASDT**: "*Heridas por arma corto punzante, penetrante en tórax, manera de muerte violenta y taponamiento cardiaco como mecanismo de muerte*"[5].

[1] Folios 68 a 70
[2] Evidencia No.3 de la Fiscalía. Folios 99 a 107
[3] Evidencias 1 y 2 de la Fiscalía. Folios 108 a 116
[4] CD No.1, segundo audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 01:12:00
[5] CD No.1, tercer audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 00:13:29

Así las cosas, para determinar si aquellos fallecimientos se podían endilgar al señor **MISD**, *la a quo* pasó a verificar si a través de prueba indiciaria se llega a esa conclusión, o por el contrario, tal como lo sostuvo la defensa, debía ser absuelto, por no encontrarse demostración plena de los hechos indicadores.

De tal manera que prosiguió a exponer los hechos que consideró fueron probados por la Fiscalía y son los siguientes:

a) La condición de madre soltera, campesina y de bajos recursos de **MIDT**, acreditado con el testimonio de MMGG.

b) La salida de la casa de habitación de **MIDT** en compañía de su hija **ASDT** siendo aproximadamente las 6:30 de la tarde del 23 de noviembre de 2013, con el fin de entrevistarse con el acusado a orillas del río Cimarrones. Hora y fecha vistas por última vez con vida por sus padres y abuelos respectivamente y quienes dieron testimonio de ello.

c) La visita de los ascendientes de las víctimas, a la casa de la novia del acusado, con el fin de averiguar su paradero. Acreditado con el testimonio de los mencionados padres y abuelos de las víctimas, al igual que con lo declarado por el procesado.

d) Hallazgo de los cadáveres de las víctimas, semienterrados en predios de propiedad del padre del acusado, el señor GS. Demostrado con los testimonios de IWMJ y de NECL.

e) Acaecimiento de las muertes, entre el 23 y el 26 de noviembre de 2013. De conformidad con los testimonios de los peritos Francisco Villota Basante y Liliana Cristina Hidalgo Bravo (Médicos legistas).

f) La existencia a la fecha del desaparecimiento, del proceso administrativo de restablecimiento de derechos de la menor víctima, interpuesto por **MIDT** ante la defensoría de familia del Centro Zonal ICBF Pasto Uno, esto es, la búsqueda del reconocimiento de paternidad del acusado hacia la menor, desde el 2 de julio de 2013 y hecha la prueba de ADN, el 20 de noviembre del mismo año. Acreditado con la evidencia No. 4 de la Fiscalía[6] y el testimonio de la Dra. Doris Yolanda Jurado Zapata.

g) Existencia de amenazas de muerte en contra de **MIDT**, proferidas exclusivamente por el acusado, en caso de que la referida víctima adelantara legalmente el reconocimiento de paternidad. Hechos probados con los testimonios de MMGG y GETE, que, si bien son pruebas de referencia, la a quo las señala, perfectamente creíbles e individualizables y no contradictorias como lo estima la Defensa.

h) El hecho de que **MIDT** no tenía enemigos. Demostrado igualmente con los testimonios de MMGG, GETE, como amigos íntimos de aquella y señala, ratificado con lo dicho por el acusado.

i) Para el día del fallecimiento de las víctimas, **MIDT** tuvo acceso al lugar de los hechos, en un recorrido que no supera los 20 minutos, catalogándolo como *indicio de oportunidad para delinquir*.

j) El inexplicable comportamiento del acusado con posterioridad al desaparecimiento de las víctimas, demostrado con los testimonios de los padres y abuelos de aquellas, debido a la indisposición mostrada por el procesado una vez es buscado en casa de sus padres y finalmente encontrado en casa de su novia, advirtiéndoles "*que si algo malo le pasaba a **MIDT**, NO lo culparan a él*"; así como una vez enterado de la muerte de **MIDT** y la menor **ASDT**, con el testimonio de la Dra. Doris Yolanda Jurado Zapata, relacionado con las llamadas efectuadas por el acusado y una visita hecha por él, a finales del mes de noviembre de 2013.

Obteniendo de lo anterior, las siguientes inferencias:

a) Dado que **MIDT** había adelantado el procedimiento administrativo en contra del acusado para el reconocimiento de paternidad de la menor **ASDT**, tenía para aquella época, serios motivos para acabar con la vida de **MIDT** y su hija, con el fin de evitar inconvenientes familiares, dado el parentesco entre ella y el señor **SD** (primos hermanos) y la relación que para aquella época ya sostenía con la señora DAJB.

[6] Folios 117 a 150

Sin embargo, la *a quo* señaló que si en gracia de discusión se admitiera que la Fiscalía no probó el específico móvil para delinquir, valga la pena recordar que la jurisprudencia señala que la ley no exige para la configuración de la responsabilidad en el delito de homicidio voluntario que se pruebe el FIN ESPECÍFICO.

b) Efectivamente las víctimas, tenían una cita en el lugar y la hora indicados, con el acusado.

c) Tanto **MIDT** como **ASDT** aparecieron muertas el 28 de noviembre de 2013 en el predio de propiedad del padre del acusado, a orillas del río Cimarrones, es decir, aquellas acudieron juntas a la cita, confiando en que no se materializarían las amenazas, al no creerlo capaz de cometer agravio alguno en su contra. Uno, teniendo en cuenta el parentesco entre ellos; dos, por cuanto **MIDT** consideraba que el procesado estaba cediendo y tres, por encontrarse alentada por las sugerencias de GEE.

d) La muerte de las dos víctimas, sucedió la noche del 23 de noviembre de 2013, día que se encuentra dentro del período que denomina "*VENTANA DE MUERTE*" planteado por los peritos y por cuanto fue el último día en que fueron vistas con vida por sus padres y abuelos.

e) El procesado "*FÁCILMENTE PUDO ACCEDER SIN OBSTÁCULO ALGUNO AL SITIO DE LOS HECHOS (indicio de oportunidad para delinquir)*", ya que estuvo muy cerca del lugar de los hechos, a máximo 20 minutos caminando.

Además, señala la Jueza, que la prueba de descargo quedó corta en cuanto a la coartada del procesado, pues si bien fue señalado lo que éste hizo entre las 4 y 6 de la tarde, solamente lo volvieron a ver entre las 7 y 7:30 de la noche aproximadamente, es decir, de ahí en adelante a excepción de él mismo, nadie da cuenta de lo que hizo aquel día.

f) Finalmente, del hecho de que "*haya anticipado sin justificación razonable alguna, el funesto final de su prima e hija, VÁLIDO COLEGIR QUE LO CONOCÍA*", no solo al momento de entrevistarse con los padres y abuelos de las occisas, sino también en las llamadas hechas a la Dra. DORIS JURADO ZAPATA.

Todo lo anterior, para concretarlo en los siguientes HECHOS INDICADOS:

A. **MISD** conocedor de la condición socio-económica de **MIDT**, con el pretexto de entregarle la ropa a la menor -como lo atestiguaron las señoras NT (madre y abuela de las víctimas) y la señora MMG (amiga íntima de **MIDT**)-, citó premonitoriamente en el lugar y fecha de los hechos, de manera personal como lo señaló la señora NT y no vía telefónica como lo sostuvo la defensa, sabiendo que ante dicha oferta, no se negaría a acudir con su hija a pesar de la hora y el lugar.

Aunado a que la noche de aquel día, **MIDT** junto a su hija, pernoctarían en casa de su abuela, por lo cual accedieron a la cita, pues del lugar convenido le quedaba a corta distancia la casa de la referida familiar, a 10 minutos, según el relato de IWMJ.

B. El procesado citó a sus víctimas para efectuar su ultimátum, en el lugar donde fueron encontrados sus cuerpos, dada la comodidad y familiaridad con la zona.

Desestimando por parte de la Jueza de primera instancia, que fueran varias personas las que atacaron a las víctimas. Ello, por la forma como fueron encontrados los cadáveres (semienterrados), conforme el testimonio del IT Nelson Cerón; el terreno agreste donde fueron encontrados como lo señalaron los testigos IWMJ y JP. Finalmente, por la carencia de enemigos por parte de **MIDT**, restando absoluta credibilidad a lo mencionado por el acusado, cuando afirmó que ella había tenido problemas en Cali, pues momentos antes el procesado había dicho que no tenía enemistades.

C. Descarta la teoría planteada por la defensa, relacionada con que el ataque mortal buscaba fines sexuales, por la manera en que llevaban sus prendas de vestuario. Pues indica, pueden ser muchas las razones de aquella circunstancia; por ejemplo, llevar arrastrados los cuerpos hasta el lugar donde fueron semienterrados, produciendo el deslizamiento de sus ropas. Sumado a que las conclusiones de los médicos forenses sostienen la ausencia de lesiones en la región genital, espalda, glúteos, glándulas mamarias y extremidades inferiores de los cuerpos de las occisas, excepto los cambios normales por la descomposición de los mismos.

A pesar de ello, indicó que "*si en gracia de discusión admitiéramos como hecho indicador del ataque sexual las circunstancias aducidas por la defensa ello NO desvirtúa per se, que **MI**, amenazó de muerte a **MIDT** y que la citó el día y hora de los hechos al rio "CIMARRONES" con el fin de cumplirlas como ya se explicó*".

Pues indica, es incontrovertible, el ataque brutal con armas contundentes, cortopunzantes y de fuego, de que fueron víctimas **MIDT** y la menor **ASDT**, ya que citadas como se dijo, en un lugar de fácil y cercano acceso por **MISD**, deduce que, bien pudo en primer lugar atacar a golpes a **MIDT**, seguidamente, con el puñal asestar el lance mortal, y finalmente para asegurarse de cumplir su objetivo dispararle en la cabeza, pues, no debemos soslayar que el disparo se hizo a quemarropa, de ahí el tatuaje, y la trayectoria del proyectil (de arriba abajo), de que da cuenta el informe pericial de necropsia, lo que sugiere indiscutiblemente que estaba vencida en el piso cuando fue impactada.

Así las cosas y una vez deducido el conocimiento más allá de toda duda razonable, concluyó que el señor **MISD** fue el autor de la muerte de **MIDT** y **ASDT** y también del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO, por cuanto, en el ataque a sus víctimas, de conformidad con la necropsia de **MIDT**, fue utilizada arma de fuego.

Prosiguiendo con el análisis de la conducta del procesado, respecto al **tipo subjetivo**, determinó que se verificaba la ocurrencia de dolo en su actuar, teniendo en cuenta las heridas causadas y el uso de armas para lograr su resultado, llevando a usar arma de fuego para lograr la muerte de **MIDT**, aun sin contar con licencia para su uso.

Así como también indicó que su conducta se veía agravada de conformidad con el numeral 7º del artículo 104 del C.P., ya que se aprovechó de las circunstancias de indefensión en que se hallaban las víctimas, mas no en virtud del numeral 1º, toda vez que al momento del suceso, aún no estaba confirmada la paternidad del procesado respecto de la menor **ASDT**.

Con lo anterior, dejó la *a quo* establecida la tipicidad de las conductas por las cuales se acusó al procesado, y termina considerando cumplidos los requisitos de antijuridicidad y culpabilidad, sin mayores problemas.

En tal sentido y descartada cabe decir, la concesión de cualquier tipo de subrogado penal o beneficio alguno, en concordancia con el monto de la pena en lo que concierne al delito de homicidio, en virtud de la Ley 1709 de 2014, aplicada por favorabilidad al acusado y el hecho de encontrarse su conducta, dentro de lo consagrado en el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006; **MISD** fue condenado a la pena principal de CUATROCIENTOS CINCUENTA (450) MESES DE PRISION COMO AUTOR del delito de HOMICIDIO AGRAVADO EN CONCURSO HOMOGÉNEO Y SUCESIVO, y del delito de PORTE ILEGAL DE ARMAS DE FUEGO y a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena principal.

1.4. SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN:

Las razones que sustentan el recurso interpuesto por la defensa, se pueden sintetizar así:

En primer lugar, hizo mención de la fundamentación jurídica a su posición frente al caso, como es la sentencia C-038 de 1995 relacionada con la estrecha conexión que debe haber entre el *ius puniendi* y los derechos y valores constitucionales; el artículo 1º de la Carta Política, para que, a fin de lograr un orden justo dentro del proceso penal, sea garantizado el debido proceso y así obtener justicia imparcial y garantista del procesado ante los excesos de poder del funcionario.

Así y una vez hecho el recuento fáctico, indicó que el asunto no ha sido desarrollado bajo la presunción de inocencia como debería ser, toda vez que su prohijado fue condenado anticipadamente y "*el ente acusador abandonó su deber legal de esclarecimiento de los hechos y se dedicó a la persecución procesal y probatoria*", fundamentado, según considera, en el acomodamiento probatorio, hecho por los padres y abuelos de las víctimas, al haber estado presentes en todas las etapas procesales de judicialización del procesado.

Así las cosas, indica que si su defendido hubiera tenido la intención de matar a **MIDT** y su hija, su lógica no lo habría llevado a dejarlas semienterradas en dicho lugar, pudiendo haberlo hecho en otro predio montañoso y alejado, aunado a que el lugar era concurrido por las actividades de pesca y, por ende, de fácil acceso a las personas.

Continuó soslayando que, en etapa de juicio, los testigos hicieron algunas modificaciones a sus iniciales versiones, que si bien sutiles, señala, son trascendentales, como lo fue:

1) El testimonio del señor SEDB en audiencia de juicio oral y lo expresado en la entrevista realizada por miembros de Policía Judicial el 28 de noviembre de 2013, en lo concerniente a lo dialogado con el procesado el día 26 de noviembre de 2013, pues manifestó, que cuando su prohijado les preguntó si habían ido a buscarlo donde sus padres y ante la respuesta afirmativa otorgada por el señor SE, aquél había guardado silencio y seguidamente, les había dicho "*que él no se hacía cargo de nada hasta que no se hiciera la prueba de sangre para confirmar si mi*

nieta era hija de él". Situación que fue cambiada en la declaración rendida en juicio, señalando que lo que M había dicho es que "*DE PRONTO SI PASA ALGO, NO ME LA VAYAN A HACER CARGO A MI*".

2) Lo expuesto por la señora NT respecto a la forma en que fue realizada la cita entre su hija y el señor **MI**, ya que en entrevista rendida también ante miembros de Policía Judicial el 28 de noviembre de 2013, aquella dijo que **MIDT**, la noche del 23 de noviembre de 2013, le informó que tenía que salir a entrevistarse con el hoy procesado, porque éste la había llamado para darle la ropa de la niña, mientras que en juicio, afirmó que la cita había sido de viva voz.

Modificación que señala el defensor, no es producto de confusión mental, sino forjado en la inconformidad previa hecha de su parte, cuando buscó la revocatoria de la medida de aseguramiento a través de habeas corpus, por el cuestionamiento hecho a la versión de la referida testigo, respecto a la llamada para concretar la cita de la entrega de la ropa; pero que en mayor medida se obligó a cambiar su versión, cuando en juicio el IT Nelson Cerón, indicó que en la inspección de cadáver había sido encontrado el celular de **MI** y que había sido entregado en cadena de custodia a un investigador, es decir, con aquel encuentro se hubiere podido verificar la llamada del celular de **MI**.

3) La declaración de MMGG, en cuanto a los términos de la amenaza que **MIDT** le contó, había perpetrado el procesado; pues establece el defensor, que al percatarse esta testigo que durante el contrainterrogatorio hecho al Dr. Francisco Villota, relacionado con la utilización de múltiples armas, él afirmara que la hipótesis de varios agresores era posible, motivó el cambio hecho a la entrevista rendida el 28 de noviembre de 2013, cuando informó que cuando el procesado tomó del cuello a **MIDT** le dijo, "ahora que me demandaste verás lo **que te voy hacer**"; por lo dicho en juicio, esto es, "Ahora que me demandaste verás lo **que te voy a mandar hacer**".

Contradicción que señala, fue propuesta como objeción de credibilidad de la testigo, pero que bastó la intervención de la Juzgadora y que ésta guiara el testimonio, para que se rechazara su objeción.

4) Lo informado por GETE, en la entrevista adelantada por Policía Judicial el 27 de febrero de 2014, en lo concerniente a la fecha de la visita hecha por la víctima, esto es, entre el 20 y el 25 de marzo de 2013, con el fin de contarle a él y a su esposa, que pensaba demandar a **MI** con el objetivo de que reconozca a su hija y responda económicamente, puesto que a través del diálogo no había sido posible tal pretensión y que por el contrario, aquel le había dicho "*que si lo demandaba sin pena, la mataba*".

Sin embargo, sostiene el defensor que ello sería creíble de no ser porque la búsqueda de reconocimiento de paternidad y pago de cuota alimentaria, inició en el mes de julio de 2013, como lo acreditó la Dra. Doris Jurado, el señor LY y la señora MMG.

Así las cosas, expone que su defendido no puede ser "*un chivo expiatorio*" de una negligente e irregular investigación penal, puesto que no se investigó un posible acceso carnal a **MIDT**, teniendo en cuenta que el cuerpo de dicha víctima, fue encontrado sin prendas de vestir, incluida la ropa íntima. O la pérdida de celular de la referida víctima, que impidió determinar si en realidad su defendido realizó llamada telefónica para convenir la cita en la fecha y el lugar de los hechos. O la omisión en investigar otros posibles homicidas.

Finalmente, pasó a cuestionar el conocimiento jurídico alrededor de la decisión tomada por la *a quo* y en concreto a lo que la prueba indiciaria concierne, desvirtuando la firmeza de los hechos dados por probados en aquella instancia, de la siguiente manera:

a) Sostiene que no tiene incidencia alguna que **MIDT** haya sido madre soltera, campesina y de bajos recursos.

b) Que en caso de que **MIDT** el 23 de noviembre de 2013, en realidad les dijera a sus progenitores que saldría a entrevistarse con **MI**, bien pudo haberse disculpado con ello, para salir a entrevistarse con otra persona.

Por otra parte, no está claro la forma en que se dio esa citación, pues indica que si fue a viva voz, después de verse el 20 de noviembre de 2013, día en que se realizaron la prueba de ADN, debió existir una primera cita para concertar la del 23 de noviembre, lo cual estima absurdo, pues si se vieron antes de aquel día, en esa primera cita debió entregarse la ropa supuestamente ofrecida por el acusado.

Ahora bien, si la concertación hubiese sido vía telefónica, como lo señaló la testigo MMG, carece aún más de sentido, pues como lo señaló su prohijado, no tenía conocimiento del número de celular de la víctima y tampoco era posible fuera comunicado por **MIDT**, dado que ella se andaba escondiendo del acusado por las amenazas recibidas, según expuso la referida testigo.

Aunado a que queda en duda respecto a cómo los padres y abuelos de las víctimas, permitieron salir el 23 de noviembre de 2013, de la casa a esa hora, a aquel lugar y estando la niña enferma.

Respecto a la visita hecha por los padres y abuelos de las víctimas a **MI**, señala, fue tres días después de su desaparecimiento.

c) El hallazgo de los cadáveres semienterrados en predios del padre de su prohijado, estima, debe ser entendido como un contraindicio.

d) El fallecimiento de **MIDT** y la menor **ASDT**, el 23 de noviembre de 2013, excluye de cualquier responsabilidad penal a su prohijado, por cuanto de conformidad con los testigos de descargo y la declaración del mismo procesado, dan cuenta de toda la actividad desplegada aquel día.

Y que si bien, la *a quo* señaló que hay un lapso de una hora que no está acreditada la actividad desplegada por **MI**, esto es, entre las 6 y las 7 de la noche, no es lógico llegar a la conclusión de que su defendido, en 10 minutos cometió el acto punible, las enterró y salió hacia el billar *como si nada hubiere ocurrido*. Indica son 10 minutos, pues las víctimas salieron de su casa a las 6:30 según narración de sus padres y abuelos, el trayecto desde ahí hasta el sector de *aguas calientes* es de aproximadamente 20 minutos, sin tener en cuenta que llevaba en brazos a una menor y que el lugar era algo montañoso, es decir, estaría en aquel sitio, a las 6:50 P.M.

Por otra parte, respecto a la otra teoría indicada por la primera instancia, en el sentido de que **MI** pudo hacer el recorrido narrado por los testigos y luego regresar al sector de *Aguas Calientes*, a ultimar a sus víctimas, significa que la hora probable de muerte fue entre las 8 y 8:30 de la noche, suscitando para el defensor, el siguiente cuestionamiento, *"¿Qué estuvieron haciendo en una noche fría, en un sector agreste y solitario, durante más de una hora, MIDT con la niña ASDT?*". De lo cual concluye, es también absurda esa afirmación.

e) En cuanto a las amenazas proferidas exclusivamente por **MI** hacia **MIDT**, sostiene que como lo indicó previamente, hubo una confusión en el relato de la testigo MM, esto es, sobre los términos en que se realizaron las supuestas amenazas "*lo que te voy hacer*" o "*lo que te voy a mandar a hacer*" y que fue con la ayuda de la Jueza, que llevó a la testigo a afirmar que la primera versión era la correcta, sin embargo, en la sentencia condenatoria, fue plasmada la segunda versión, llevando al defensor a la conclusión de que nunca existió tal comentario de **MIDT** hacia la testigo.

f) Ahora bien, respecto al señor GT, refiere que su declaración es falaz y que incluso se le deberían compulsar copias por falso testimonio, ya que cuando indicó que después de Semana Santa, esto es, a finales de marzo de 2013, fue cuando **MI** le comentó la amenaza que habría perpetrado su defendido contra ella, no estaba ni en planes de **MI** demandar a los padres de sus dos niños, ya que ello solo fue hecho en el mes de julio de aquel año, aconsejada por el corregidor de El S.

g) La afirmación de que **MIDT** no tenía enemigos, le resulta temeraria al defensor, pues considera que no es posible saber si una persona tiene o no enemigos, ya que a veces, explica, *ni uno mismo sabe si los tiene*.

Sumado a que en el caso de que los homicidios se hayan dado para cubrir un acceso carnal violento, indica, no necesitaba la víctima tener enemigos.

h) Que **MI** para la noche del 23 de noviembre de 2013 tuvo acceso al lugar de los hechos. Indica que yerra la Jueza de primera instancia, al catalogarlo como indicio de oportunidad para delinquir, está confundiendo la parte con el todo, pues si éste es un hecho indicador, no puede ser entonces considerado como indicio.

Y por otra parte, que si bien es cierto el sector Aguas Calientes hace parte del predio del padre de **MI**, cuestiona el defensor qué pruebas tenía la *a quo* que le permitieran afirmar que aquel estuvo en ese lugar, si los testigos de descargo dieron a conocer las actividades desplegadas durante el día, esto es, trabajó en un sector de la finca totalmente opuesto a dicho sitio, luego descansó en compañía de sus colaboradores, cenó con ellos, miró televisión un rato en casa de sus padres y luego salió rumbo a casa de su compañera, no sin antes detenerse un momento en el billar del señor FT.

i) El inexplicable comportamiento de su prohijado con posterioridad al desaparecimiento y muerte de las víctimas. Respecto a la entrevista de **MI** con los padres y abuelos de aquellas, como ya lo indicó previamente, refiere que hubo un cambio de versión por parte del señor SD.

Y en cuanto a las llamadas hechas a la Dra. Doris Jurado, considera que son normales dado que al saber que lo estaban culpando de las muertes de **MIDT** y **ASDT**, su defendido pensó que la mencionada funcionaria le podría dar una ilustración legal al respecto.

Finalmente aclarando la exigencia que se depreca para la configuración de la prueba indiciaria y como lo hizo previamente, desvirtuados los hechos indicadores, señalados como tal por la Jueza, pasó a cuestionar las pruebas indiciarias en las cuales se basó aquella; concluyó que no es posible que haya invertido la carga de la prueba y le exija probar la inocencia de su defendido, además de descartar un posible acceso carnal violento como *criminis* causa de los homicidios y endilgando la falta de garantía del principio de inocencia que protege a su prohijado.

1.5. INTERVENCIÓN DE LOS NO APELANTES

Fiscalía:

Expuso su inconformidad con las afirmaciones realizadas por la defensa, en el sentido de catalogar que la investigación por parte del ente acusador, ha sido irregular y manipuladora del material probatorio, pues todo lo contrario, indicó que había sido agotado a cabalidad su papel investigativo, obteniendo la responsabilidad del señor **MISD** de los delitos por los cuales fue acusado, con fundamento en la abundante prueba indiciaria, allegada al proceso, a través de testimonios que a su parecer, ofrecen plena credibilidad y prueba documental proveniente del ICBF en lo que concierne a la demanda para reconocimiento de paternidad interpuesta por la occisa, **MIDT**.

En tal sentido, expuso la vigencia de la prueba indiciaria dentro del sistema probatorio penal actual, la cual, si bien de complejo entendimiento, permite llegar a la determinación de responsabilidad en hechos delictivos, tal como ha sucedido en el caso de marras.

De tal manera que con el fin de sustentar su criterio sobre dichos medios de prueba y el respaldo a la argumentación de la sentencia de primera instancia, procedió a transcribir apartes de su intervención en la audiencia de juicio, para pasar a solicitar finalmente sea confirmada aquella providencia, por medio de la cual fue condenado el señor **MISD**.

2. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. COMPETENCIA:

Esta Corporación, es competente para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de la decisión emitida el día 9 de septiembre de 2016, 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.

2.2. PROBLEMA JURÍDICO

La Sala verificará si la prueba allegada al juicio, permite adquirir el conocimiento más allá de toda duda, acerca de la responsabilidad penal de **MISD** como autor del delito de homicidio en concurso homogéneo de la señora **MIDT** y su hija menor de edad **ASDT**

Ahora bien, como quiera que, en la construcción de ese conocimiento, juegan papel importante los indicios, se establecerá si ellos fueron acreditados en el juicio, como lo aduce la Fiscalía o por el contrario, según lo alegado por la defensa, no alcanzan solidez debido a que los hechos indicadores no fueron demostrados o no son contundentes.

De otra parte, se analizará la probable concurrencia de una cesación del procedimiento a favor del acusado y con relación al delito de Porte Ilegal de Armas, por configurarse el fenómeno jurídico de la prescripción.

2.3. FUNDAMENTOS LEGALES Y JURISPRUDENCIALES

Dos temáticas son relevantes para el estudio que se exige en esta ocasión a la Sala, la primera relacionada con el indicio y la segunda, con el testimonio de oídas, que se convirtió en uno de los insumos necesarios para establecer si los hechos indicadores fueron o no demostrados, pues como es lógico, dado el fallecimiento violento de **MIDT**, varios de los apartes de su historia de vida se conocen a través de sus familiares y amigos.

2.3.1 El indicio

Conviene precisar que al inicio del sistema procedimental penal implementado con la Ley 906 de 2004, surgió una línea de pensamiento que no reconocía su valor probatorio, dada su ausencia en el texto del artículo 382. Sin embargo, el alto Tribunal de justicia en materia penal[7], aclaró que ello no significa, "*que las inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias se hubieren prohibido o hubiesen quedado proscritas*".

De ahí, que varios de los conceptos y estudios jurisprudenciales emanados para casos tramitados con el sistema procedimental anterior, mantienen vigencia, como se pasa a ver.

En cuanto al concepto, elementos y las clases, la Corte nos enseña[8]:

"…el indicio es un medio de prueba crítico, lógico e indirecto, estructurado por el juzgador a partir de encontrar acreditado por ***otros medios autorizados por la ley, un hecho del cual razonadamente, y según las reglas de la experiencia, se infiera la existencia de otro hasta ahora desconocido que interesa al objeto del proceso, el cual puede recaer sobre los hechos, o sobre su agente, o sobre la manera como se realizaron****, cuya importancia deviene de su conexión con otros acaecimientos fácticos que, estando debidamente demostrados y dentro de determinadas circunstancias, permite establecer, de modo más o menos probable, la realidad de lo acontecido.*

"Los indicios pueden ser necesarios cuando el hecho indicador revela en forma cierta o inequívoca, la existencia de otro hecho a partir de relaciones de determinación constantes como las que se presentan en las leyes de la naturaleza; y contingentes, cuando según el grado de probabilidad de su causa o efecto, el hecho indicador evidencie la presencia del hecho indicado. Estos últimos, a su vez, pueden ser calificados como graves, cuando entre el hecho indicador y el indicado media un nexo de determinación racional, lógico, probable e inmediato, fundado en razones serias y estables, que no deben surgir de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador, sino de la común ocurrencia de las cosas; y leves, cuando el nexo entre el hecho indicador y el indicado constituye apenas una de las varias posibilidades que el fenómeno ofrece" (se destaca).

Respecto del alcance del indicio, la Corte[9] explica que "*no es un medio de prueba directo, sino indirecto, que se estructura en la sentencia, por medio de un razonamiento del juzgador a partir de un hecho acreditado por los medios de prueba ordinarios*", y agregó la Alta Corporación[10], invocando importantes doctrinantes que "*el indicio no se puede considerar como medio de prueba, sino más bien como una reflexión lógico semiótica sobre los medios de prueba…*"[11].

Y en cuanto a la forma en que se estructura el indicio, enseña el Órgano de Cierre, en SP3006-2015 del 18 de marzo de 2015, radicado No. 33837[12], lo siguiente:

"De tal suerte que, a la hora de construir un indicio, con lo primero que hay que contar es con un hecho indicador debidamente probado, lo que implica que es necesario señalar cuáles son las pruebas de ese hecho indicador y qué valor se le confiere a las mismas. Pues si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, obviamente no puede declararse probado el hecho y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de ningún indicio.

Probado el hecho indicador, el segundo paso es señalar la regla de la experiencia, pues todo indicio ha de basarse en la experiencia. Este peldaño no puede omitirse, puesto que de la regla de la experiencia va a depender, en buena medida, el carácter o fuerza probatoria del indicio. Además, dado que la regla de la experiencia eventualmente usada puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene, es indispensable que se exprese para que pueda ser controvertida y de esa forma garantizar adecuadamente el derecho de defensa.

Fijada la regla de la experiencia, el tercer paso será enunciar el hecho indicado, cuyo grado de asentimiento dependerá, como ya se indicó, del alcance de la regla de la experiencia.

---

[7] CSJ, SP3459 16 mar. 2016, rad. 37504.
[8] Entre otras, sentencias de 8 de mayo de 1997, radicación Nº 9858, 26 de octubre de 2000, radicación Nº 15610; 8 de junio de 2003, radicación Nº 18583; 13 de septiembre de 2006, radicación Nº 23251; y 2 y 17 de septiembre de 2008, radicaciones Nº 24469 y 24212, respectivamente. Reiterados también en CSJ, AP 16 sep. 2009, rad. 30935; CSJ, SP 13 feb. 2013, rad. 28465..
[9] AP 16 sep. 2009, rad. 30935
[10] CSJ, SP 30 mar. 2006, rad. 24468, reiterado en CSJ, SP3459 16 mar. 2016, rad. 37504.
[11] OSORIO ISAZA Luis Camilo. MORALES MARÍN Gustavo. Proceso Penal Acusatorio. Ensayos y Actas. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, 2005, pág.22.
[12] También en: CSJ, SP 5 dic. 2018; Rad 51543

Por último, ha de valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir finalmente qué se declara probado".

Es importante también precisar que al estructurarse el indicio en la sentencia, partiendo de los medios de prueba ordinarios aportados en el juicio, según se reseñó párrafos atrás, no solo se tendrán en cuenta aquellas inferencias que haya realizado la Fiscalía para acusar, sino también aquellas a las que haya podido arribar el Juez de conocimiento, una vez haya finalizado la etapa probatoria, precisamente porque la primera premisa del indicio se conforma con los hechos indicadores demostrados en el juicio.

Finalmente, la Corte explica que los indicios no se deben analizar de manera aislada, sino apreciarse "*en conjunto teniendo en cuenta su gravedad, concordancia y convergencia y su relación con los demás medios de prueba que obren en la actuación*"[13].

2.3.2 Testimonio de oídas.

En vista de que en algunas ocasiones suele equipararse este tipo de testimonio con la prueba de referencia, traemos a colación, lo explicado por la CSJ en SP, 6 mar. 2008, rad. 27477 y AP 25 may. 2015, rad. 45578, que nos ayuda a establecer una diferenciación entre estos dos tipos de prueba y de paso comprender en qué consiste la primera:

"De otra parte, el censor incurre en el error de calificar a (sic) al supranombrado como «testigo de referencia», basado en que no presenció el hecho en que se dio muerte a Miguel Antonio Pinilla Pinilla, sino que un tercero le contó sobre lo ocurrido, con lo cual revela que confunde el concepto del testimonio de oídas, «que es aquel cuyo conocimiento de un hecho le ha sido transmitido por comentarios o experiencias de terceros, pudiendo garantizar la existencia del relato o la fuente de su información»[14], con la prueba de referencia, que para ser considera (sic) como tal, según la jurisprudencia de la Sala, debe reunir los siguientes elementos: «(i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros)».

Ahora bien, el testimonio de oídas, puede en un momento dado tratarse como prueba de referencia, como así lo expresó la CSJ[15], pero ello depende de la finalidad de la práctica de aquel testimonio, como se pasa a ver:

"La prueba testimonial llamada indirecta, de oídas, hearsay o ouï dire (oír decir), es por antonomasia una especie de prueba de referencia, pero no la única. Existen otros modos o medios, igualmente admisibles, a través de los cuales puede intentarse probar la verdad de la declaración emitida por fuera del juicio oral, como por ejemplo una evidencia escrita (una carta) o un medio técnico (una grabación). Lo importante es que se trate de un medio legítimo, legalmente admisible, a través del cual se aspire llevar al proceso un conocimiento personal ajeno (de un tercero).

Una de las particularidades más sobresalientes de la prueba de referencia, y la que, a no dudarlo, marca la diferencia con la prueba directa, es que tenga por objeto probar la verdad de una declaración rendida por fuera del juicio oral por una persona que tuvo conocimiento personal y directo de aspectos que interesan a la justicia, quien no concurre al proceso. O lo que es igual, que la prueba tenga por finalidad introducir al debate oral conocimientos personales ajenos.

Si A, por ejemplo, escuchó a B decir que C fue el autor del homicidio de Z, y A es llevado a juicio para probar la verdad de la afirmación hecha por B, es decir, que C fue el autor del homicidio, se estará frente a una ***prueba de referencia****, pues lo buscado, a través de ella, es probar la verdad de un conocimiento personal ajeno. Pero si lo pretendido es simplemente acreditar que B hizo la manifestación, o que ésta simplemente existió, independientemente de que su contenido sea o no veraz, se estará frente a una* ***prueba directa****, porque el aspecto que se pretende probar (que la manifestación se hizo), fue personalmente percibido por el testigo".*

[13] CSJ, SP 13 feb. 2013, rad. 28465
[14] CSJ AP, 25 mar. 2015, rad. 45126.
[15] Cfr. CSJ Rad. 32050 – 14 de septiembre de 2009. Mg.P: YESID RAMÍREZ BASTIDAS.

Además de lo anterior, la jurisprudencia penal, nos entrega una guía que incluye algunos puntos de evaluación a la hora de apreciar lo que el testigo de oídas puede aportar al conocimiento de los hechos. Al respecto la CSJ, en SP, 24 jul. 2013, rad. 40702, expone:

> *De esa forma, se ha concluido que aun cuando el testigo de oídas no es de por sí prueba deleznable, el operador jurídico está en la obligación de dedicar especial cuidado al ejercicio valorativo que implica esa clase de medios de prueba, ya que esta especie de testimonio adquiere preponderancia en aras de reconstruir la verdad histórica y hacer justicia material, únicamente cuando es imposible obtener en el proceso la declaración del testigo o testigos que tuvieron directa percepción del suceso. Por eso, la Sala ha establecido, según surge de sus precedentes jurisprudenciales, cuatro presupuestos a aplicar con ocasión de la apreciación del referido medio de persuasión[16]:*
>
> *En primer lugar, se requiere que se trate de un testigo de referencia de primer grado, entendiendo como tal quien sostiene en su declaración que lo narrado lo escuchó directamente de una persona que tuvo conocimiento inmediato de los hechos, en contraste con el testigo de segundo grado o de grados sucesivos, que es quien al deponer afirma que oyó a una persona relatar lo que ésta, a su turno, había oído a otra, y así sucesivamente[17]. Tal exigencia se justifica porque en el análisis de esa prueba de orden testimonial, el de primer grado ofrece mayor fiabilidad y fortaleza que el de segundo, tercero, etc., dado que lo conocido no es de una tercera o cuarta fuente, sino de la inicial respecto de lo afirmado o narrado por el testigo directo[18].*
>
> *En segundo término, es preciso que el testigo de oídas señale cuál es la fuente de su conocimiento, esto es, al testigo directo del evento de quien recibió o escuchó la respectiva información, identificándolo con nombre y apellido o con las señales particulares que permitan individualizarlo, condición que resulta sustancial, de una parte, para que en el curso del proceso el funcionario intente por todos los medios legales que éste asista a declarar acerca de su cognición personal del suceso, indistintamente de que por razones debidamente justificadas (muerte, enfermedad, localización, etc.) resulte imposible obtener tal comparecencia; y de otra, porque de no ser así, es decir, de acoger o conceder mérito a la declaración de un testigo de referencia que no precisa quién es su referente, o que atribuye la ciencia de su dicho al comentario público o rumor popular —divulgado por personas desconocidas, creado, alimentado y dirigido por intereses inciertos, transformado por fenómenos de psicología colectiva, y difundido sin dirección ni sentido de responsabilidad—, en la práctica equivaldría a admitir una prueba testimonial anónima, cuya validez es contraria a elementales postulados que sustentan el Estado Social de Derecho[19].*
>
> *En tercer lugar, es imperioso establecer las condiciones en que el testigo directo transmitió los datos a quien después va a dar referencia de esa circunstancia, de manera que sea posible evidenciar que lo referido de modo indirecto por el declarante ex auditu es trasunto fiel de la información vertida a éste por el cognoscente directo.*
>
> *Y, en cuarto término, es fundamental para otorgar poder suasorio a la especie de prueba en comento la confluencia de otra clase de medios de persuasión, así sean indiciarios, con la capacidad de reforzar las atestaciones del testigo de oídas, pues valorados en conjunto pueden suministrar elementos aptos para acreditar que lo referido al testigo indirecto se le transmitió en la forma como éste lo señaló y que efectivamente el suceso debatido ocurrió de conformidad con su narración[20].*
>
> *En conclusión, el testimonio de oídas se erige como medio de persuasión idóneo, serio y creíble cuando, además de reunir los dos primeros presupuestos, "aparece corroborado o respaldado por otros elementos de convicción que no permiten dudar de la veracidad del relato hecho por otras personas al testigo"[21], lo cual implica afirmar que la prueba testifical de referencia única, por sí sola, es decir, huérfana de otros medios probatorios que la confirmen y robustezcan, en cualquier caso carece de eficacia suficiente para desvirtuar la presunción constitucional y legal de inocencia[22].*

---

16 En similar sentido se pronunció la Sala en la providencia del 19 de octubre de 2001, radicación 30682.
17 Cfr. Parra Quijano, JAIRO. "Tratado de la Prueba Judicial" "El Testimonio", Tomo I, pág. 161 a 166. Ed. El profesional, Bogotá.
18 Cfr. Sentencias de 2 de octubre de 2001 y 26 de abril de 2006, radicaciones 15286 y 19561, respectivamente.
19 Cfr. En ambos sentidos: Climent Duran, CARLOS, "La prueba Penal" "Testigos de referencia", pág. 174 a 177. Ed. Tirant lo blanch. Valencia (España) 1999. Y Jacobo López Barja de Quiroga, JACOBO, "Tratado de Derecho Procesal Penal" "El testigo de referencia", pág 1326 a 1329. Thomson Aranzadi, Navarra (España) 2004.
20 Cfr. Sentencia de 5 de octubre de 2006, radicación 23960.
21 Cfr. Sentencia de 18 de octubre de 1995, radicación 9226, criterio reiterado en sentencias de 2 de octubre de 2001, radicación 15286, y 5 de octubre de 2006, radicación 23960.
22 Ídem, obras citadas.

2.3.3. Perspectiva de Género

Por la importancia de este componente en el análisis del caso, resulta necesario traer a colación algunos conceptos que a medida en que se avance en el estudio, serán retomados, ya que el ordenamiento jurídico que incluye varios instrumentos internacionales, exige a los operadores judiciales su aplicación cuando a ello haya lugar.

En esta temática, la Corte Constitucional, ha realizado un recorrido muy fructífero que ilustra en esas pautas que permiten aplicar un trato diferencial, en situaciones de vulnerabilidad como la que se evidencia en el presente proceso.

En primer lugar, encontramos la sentencia **T 878 de 2014**, en la que la Corte, recuerda la carga que se exige a la sociedad en general para nivelar el desequilibrio histórico que han afrontado las mujeres víctimas de violencia de todo tipo. Y lo hace en los siguientes términos:

"La violencia de género impone obligaciones a la sociedad

Como se ha mencionado, la violencia de género es aquella violencia que hunde sus raíces en las relaciones de género dominantes de una sociedad, como resultado de un notorio e histórico desequilibrio de poder[23]. En nuestra sociedad el dominio es masculino por lo que los actos se dirigen en contra de las mujeres o personas con una identidad de género diversa (lesbianas, gay, bisexuales, transgeneristas e intersexuales) con el fin de perpetuar la subordinación.

Centrándose en lo concerniente a la violencia contra las mujeres, las agresiones van más allá de las lesiones físicas y psicológicas, denominadas violencia visible. La invisible se refiere a la violencia estructural que implica inequidad en el ámbito de lo político, lo social y lo económico y a la violencia cultural constituida por los discursos que justifican el trato desigual[24]. Estos tres componentes de la violencia se retroalimentan entre ellos, perpetuando la discriminación, la desigualdad y la violencia. Por tanto, con cada golpe a una mujer se da prevalencia a un patrón social de exclusión y este se reproduce a futuro.

Precisamente, este Tribunal ha señalado que la discriminación y la violencia en contra de ellas están íntimamente ligadas, debido a que "la primera tiene un componente afectivo muy fuerte que genera sentimientos agresivos, por lo cual la discriminación causa violencia y la violencia a su vez es una forma de discriminación[25], generando actos que vulneran los derechos humanos y la dignidad humana de muchos grupos de la sociedad[26]"[27]. Ambas manifestaciones se fundamentan en estereotipos de género que han motivado la idea de la dominación, la rudeza, la intelectualidad y la autoridad de los hombres y de la emotividad, compasión y sumisión de la mujer[28].

En esa línea, los hombres recurren a la violencia física en contra de las mujeres para reafirmar su poder patriarcal o para lograr que aquellas se comporten según los roles femeninos acostumbrados, infundiendo miedo y terror para eliminar futuras amenazas a su autoridad.

El trato diferenciado que se exige, hace que la Corte resalte diversos grupos en situación de vulnerabilidad, que merecen protección especial, entre los que se incluyen las mujeres cabeza de familia, como así lo explica en la sentencia T 027 de 2017, en la que exige además la adopción de acciones afirmativas a favor de los grupos discriminados[29], y la aplicación de estándares flexibles para valorar el material probatorio que se recaude en determinado proceso, indicando lo siguiente:

---

23 PAULUZZI, Liliana. Violencias Visibles e Invisibilizadas. En: Derechos Humanos, Género y Violencias, Universidad Nacional de Córdoba, 2009.

24 Este triángulo de la violencia fue planteado por Johan Galtung y ha sido adaptado a por algunas corrientes feministas. Op. Cit. PAULUZZI.

25 WORCHEL, S.: Psicología. Prentice Hall, Madrid, 2001, 661; HOGG, M. / GRAHAM M. / VAUGHAN M.: Psicología social, Editorial Médica Panamericana, Madrid, 2010, 351 [Citado en la sentencia C-335 de 2013].

26 Op. Cit. HOGG, M. [Citado en la sentencia C-335 de 2013].

27 Sentencia C-335 de 2013.

28 Op Cit. WORCHEL, S. y HOGG, M. [Citado en la sentencia C-335 de 2013].

29 Se ha entendido que las acciones afirmativas son aquellas "(…) políticas o medidas dirigidas a favorecer a determinadas personas o grupos, ya sea con el fin de eliminar o reducir las desigualdades de tipo social, cultural o económico que los afectan, bien de lograr que los miembros de un grupo subrepresentado, usualmente un grupo que ha sido discriminado, tengan una mayor representación". (Corte Constitucional, Sentencia C-371 de 2000, MP Carlos Gaviria Díaz, SPV Álvaro Tafur Galvis, Alejandro Martínez Caballero y Carlos Gaviria Díaz, SV Eduardo Cifuentes Muñoz, AV Vladimiro Naranjo Mesa). En aquella ocasión, la Corte estudió la constitucionalidad del Proyecto de Ley Estatutaria No. 62 de 1998 Senado- 158 de 1998 Cámara, en el cual, se adoptaba una acción afirmativa a favor de las mujeres, consistente en que las autoridades nominadoras,

"La labor del Estado en la prevención y erradicación de la violencia contra la mujer implica para las autoridades una flexibilización de los procedimientos y del rigor probatorio siguiendo el criterio pro persona, dirigido a hacer efectiva la protección a la mujer frente a todo tipo de violencia.
(…)

Valga aclarar que este fenómeno, no ha sido ajeno a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación contra la mujer al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar esta situación, la jurisprudencia constitucional ha introducido subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando la obligación que tienen las autoridades judiciales de abarcar sus casos desde un enfoque diferencial de género[30]. Al respecto, en sentencia T-012 de 2016, se precisó que las autoridades judiciales deben:

"(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres"[31].

Ejemplos de esas acciones afirmativas a las que hacemos alusión son incontables, conforme a decisiones de la Corte emitidas frente a casos en los que las mujeres han acudido a la vía tutelar, y aun desde hace varios años atrás de los precedentes que ya hemos citado. Uno de estos casos, lo encontramos en la sentencia T 967 de 2014, que señala:

En este punto, es importante recordar que tanto el Comité de Naciones Unidas para la verificación de la CEDAW, como esta Corte, han precisado que en ningún caso los derechos de un agresor pueden ser ponderados judicialmente por encima de los derechos humanos de las víctimas de cualquier tipo de violencia. Situación que ocurre en este caso.

En efecto, esta Sala Recuerda que, como se explicó con anterioridad, la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos. Por tanto, es claro que las víctimas de tales agresiones tienen como única posibilidad de protección abrir los espacios de intimidad familiar a sus más allegados. En esa medida, desde una perspectiva de género, es necesario que los operadores de justicia, empleen la flexibilización de esas formas de prueba, cuando se denuncia la violencia al interior del hogar.

---

obligatoriamente, debían asegurar que mínimo el 30% de los cargos de "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios", fueran desempeñados por mujeres. Tras realizar un juicio de proporcionalidad de la medida, la Corte consideró que era exequible en forma condicionada, al constatar que el legislador guardó silencio sobre la forma de dar aplicación a la cuota mínima de representación femenina, de manera que condicionó su exequibilidad a que se entienda que la regla de selección se deberá aplicar en forma paulatina, es decir, en la medida en que los cargos del "máximo nivel decisorio" y de "otros niveles decisorios" vayan quedando vacantes.

30 En esa medida, entonces, esta Corte ha reconocido distintos derechos y ha incorporado nuevos parámetros de análisis en favor de las mujeres, bien sea como una manifestación del derecho a la igualdad o a través del establecimiento de acciones afirmativas y medidas de protección especial. Entre ellas: //- Declaró constitucional el sistema de cuotas para garantizar la participación de la mujer en la vida política y pública del Estado;//- Prohibió la utilización del género como factor exclusivo o predominante para decidir el ingreso al trabajo y ha protegido el derecho al libre desarrollo de la personalidad cuando una mujer quiere desempeñar oficios tradicionalmente desarrollados por hombres; //- Ha establecido la igualdad de protección entre niñas y niños en relación con el matrimonio precoz; //- Ha garantizado la atención en salud durante el embarazo y después del parto a todas las mujeres y a todos los niños menores de un año, sin periodos de espera y sin diferenciar entre regímenes de afiliación; //- Consideró que la norma del Código Civil que declaraba nulo el matrimonio entre ´la mujer adúltera y su cómplice´, pero no asignaba la misma consecuencia civil para el hombre, perpetuaba ´la histórica discriminación que ha sufrido la mujer, al reproducir un esquema patriarcal en el que el hombre debía gozar de mayores prerrogativas y reconocimiento`. //- Determinó la inconstitucionalidad de la norma que imponía a la mujer la condición de permanecer en estado de soltería o de viudedad, so pena de perder asignación testamentaria. //- Ha reconocido el derecho a la estabilidad laboral reforzada de la mujer embarazada, sin importar el tipo de vinculación, con el fin de evitar su despido injustificado como consecuencia de los `eventuales sobre costos o incomodidades que tal fenómeno puede implicar para las empresas`". (Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016, MP Luis Ernesto Vargas Silva, SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez)

31 Corte Constitucional, Sentencia T-012 de 2016 (MP Luis Ernesto Vargas Silva, SPV Luis Guillermo Guerrero Pérez).

Y sigue insistiendo la Alta Corporación, en estos estándares probatorios, como ocurrió en la sentencia T 338 de 2018, que resulta paradigmática, en la medida en que se exigió a la Rama Judicial, la capacitación de los jueces de familia para que apliquen un enfoque diferencial, cuando se encuentren ante mujeres que son víctimas de violencia. En lo que interesa para el sub examine, explica lo siguiente:

"En este sentido, 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. En efecto, cualquier interpretación judicial en la que la ponderación probatoria se inclina en favor del agresor, porque no son creíbles las pruebas aportadas por hacer parte de la esfera privada de la pareja, sobre la base de la dicotomía público-privado resulta contraria a la Constitución Política y a los tratados internacionales sobre la protección de las mujeres".

2.3.4. Prescripción de la acción penal

Bien sabido es que la prescripción de la acción penal se constituye como una garantía en favor del procesado, en el entendido de que la investigación y juzgamiento punitivo que efectúa el Estado no pueden desarrollarse de manera indefinida, pues resulta apenas natural que no se deje a la persona en una situación de incertidumbre respecto de hasta qué momento va a ser perseguido en virtud de la presunta comisión de un punible, características que ligan al instituto con el derecho al debido proceso y al principio de legalidad.

Por ello, haciendo salvedad de aquellas conductas que por su gravedad pueden ser investigadas sin importar el lapso que transcurra, para los delitos denominados comunes se debe respetar esos tiempos que al estar legalmente consagrados imponen una carga para los órganos encargados de administrar justicia y que de no cumplirse derivan en una sanción en su contra, debiendo dejar de lado la posibilidad de reprochar penalmente determinada conducta que podría haber resultado lesiva de intereses sociales.

En palabras de la Corte Constitucional:

"La prescripción de la acción penal "es un instituto jurídico liberador, en virtud del cual por el transcurso del tiempo se extingue la acción o cesa el derecho del Estado a imponer una sanción"[32].

Esta figura se materializa cuando, quienes tienen a su cargo el ejercicio de la acción penal, dejan vencer el plazo señalado por el Legislador para ejercerla, sin haber adelantado las gestiones necesarias para determinar la responsabilidad del presunto infractor de la ley penal, lo cual implica la perdida de potestad de la autoridad judicial competente para continuar con una investigación en contra de la persona beneficiada con la prescripción[33].

En cuanto a su naturaleza, la prescripción es una institución de carácter sustantivo "si bien su reconocimiento precisará, dado el carácter de necesariedad del proceso penal, de la actuación procesal procedente. Este carácter sustantivo permite que la prescripción pueda ser declarada de oficio, sin necesidad de alegación de parte como es obligado en el proceso civil".

Según la jurisprudencia de esta Corporación, la prescripción de la acción penal tiene dos connotaciones:

(i) Es en la garantía constitucional que le asiste a todo ciudadano para que se le defina su situación jurídica, pues éste no puede quedar sujeto perpetuamente a la imputación que se ha proferido en su contra. Esta garantía encuentra fundamento en el principio de la seguridad jurídica ya que la finalidad esencial de la prescripción de la acción penal está íntimamente vinculada con el derecho que tiene todo procesado de que se le defina su situación jurídica, pues "ni el sindicado tiene el deber constitucional de esperar indefinidamente que el Estado califique el sumario o profiera una sentencia condenatoria, ni la sociedad puede esperar por siempre el señalamiento de los autores o de los inocentes de los delitos que crean zozobra en la comunidad"[34].

Adicionalmente, la prescripción conforma el núcleo esencial del debido proceso puesto que su declaración tiene la virtualidad de culminar de manera definitiva un proceso, con efectos de cosa juzgada.

(ii) Es una sanción para el Estado ante su inactividad; la cual se puede dar por diferentes circunstancias relacionadas con el paso del tiempo: la pérdida de interés social para imponer una sanción al delincuente, la dificultad de conseguir

32 Sentencia C-556 de 2001.
33 Ver las sentencias C-416 de 2002 y C-570 de 2003.
34 Sentencia C-176 de 1994.

pruebas de la culpabilidad y de mantener a una persona indefinidamente sujeta a las consecuencias de la acción penal, más aún cuando la propia Constitución consagra el principio de presunción de inocencia (C.P. art. 29), y la prohibición de las penas y medidas de seguridad imprescriptibles (C.P. art. 28)"[35].

En cuanto a su regulación normativa al interior de nuestro ordenamiento jurídico, da buena cuenta de ello el siguiente apartado jurisprudencial:

"El artículo 83 del Código Penal dispone que «la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada en la ley, si fuere privativa de la libertad, pero en ningún caso será inferior a cinco (5) años, ni excederá de veinte (20) […]».

Por su parte, el inciso primero del precepto 86 de dicho estatuto, modificado por el 6º de la Ley 890 de 2004, señala que el término prescriptivo «se interrumpe con la formulación de la imputación».

El canon 292 de la Ley 906 de 2004, agrega que «producida la interrupción del término prescriptivo, este comenzará a correr de nuevo por un término igual a la mitad del señalado en el artículo 83 del Código Penal. En este evento no podrá ser inferior a tres (3) años»"[36].

Ahora bien, debemos tener en cuenta que el delito de Porte Ilegal de Armas, conforme la modificación introducida por la Ley 1453 de 2011, establece una pena de prisión máxima de 12 años, que se ha tipificado en la siguiente manera:

*"**Artículo 19. Fabricación, tráfico, y porte de armas de fuego o municiones.** El artículo 365 de la Ley 599 de 2000 quedará así:*

***Artículo 365.** Fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones. El que sin permiso de autoridad competente importe, trafique, fabrique, transporte, almacene, distribuya, venda, suministre, repare, porte o tenga en un lugar armas de fuego de defensa personal, sus partes esenciales, accesorios esenciales o municiones, incurrirá en prisión de nueve (9) a doce (12) años"* (Subrayas nuestras).

2.4. ESTUDIO DEL CASO

Como primera medida, debe darse por sentado como se estableció en la decisión de primera instancia, el fallecimiento de la señora **MIDT** y su hija menor **ASDT**, de conformidad con las actas de inspección a los cadáveres incorporados a través del testimonio del IT Nelson Eduardo Cerón López (Jefe de Criminalística SIJIN), las respectivas necropsias introducidas por medio de los testimonios de los médicos Francisco Villota Basante y Liliana Cristina Hidalgo Bravo y los registros civiles de defunción allegados a juicio como estipulación probatoria No.1.

Este hecho tan contundente no mereció ninguna discusión durante el trámite procesal, como tampoco repara en ello la defensa como parte apelante; de ahí que la Sala se centrará en estudiar el componente relacionado con la responsabilidad del señor **MISD**.

El material probatorio aportado fue prolífero en tanto que, en el Juicio Oral, se reflejó el esfuerzo investigativo de la Fiscalía y del apoderado del acusado, con el fin de sacar avante sus teorías acusadora y defensiva respectivamente.

La primera de ellas, tenía muy claro desde la imputación que la responsabilidad penal se construiría a través de hechos demostrados que llevarían a inferencias lógicas y conclusiones que de manera indirecta apuntarían a que **MISD**, fue el autor del homicidio de **MIDT** y su hija de tres años de edad **ASDT**

Por su parte la defensa, se preocupó por un lado de llevar al juicio el testimonio de familiares y amigos a fin de ubicar al encartado en un lugar diferente a la fecha y hora aproximada de los hechos, a la vez que atacó la credibilidad de los testimonios de cargo que a su criterio impide que se tengan como ciertos los hechos demostrados, y en esa medida los indicios aducidos en contra de su prohijado, no reúnen las condiciones exigidas por la jurisprudencia, a la vez que no tienen ninguna relación con el resultado delictuoso, o apuntan a diferentes conclusiones.

---

[35] Corte Constitucional sentencia T-281 de 2014, M.P. Dr. Mauricio González Cuervo.
[36] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Dr. Eyder Patiño Cabrera, radicación N°49672, 15 de abril de 2020.

Si se quiere desde ya rotular con un nombre aquellos indicios que tanto la Fiscalía como la defensa pusieron en contrapunteo en el debate probatorio, de manera explícita o implícita, se tiene que los de cargo básicamente se centraron en el móvil y oportunidad del señor **MISD** para ultimar la vida de **MIDT** y de la menor **ASDT**, y los de descargo en el de coartada y de mentira.

Ahora bien, como el poder suasorio de los testimonios introducidos en el juicio por parte de la Fiscalía es de vital importancia para avanzar en el análisis inferencial, que de ellos se pueda desprender, iniciaremos por establecer si en verdad su credibilidad se encuentra menguada, ya que de ser así no tendría sentido hacer el comparativo de los indicios expuestos por la Fiscalía con aquellos que contrapone la defensa.

Para proseguir, observa la Sala, que para la defensa, hay hechos que no generan controversia, razón por la cual en este momento no repararemos en aquellas pruebas que acreditan que **MISD** y **MIDT**, tenían una relación consanguínea por ser primos entre sí y que además procrearon a una niña quien nació el 6 de noviembre de 2010, sin que existiera el reconocimiento de la paternidad hasta el día de su fallecimiento.

Tampoco se desconoce el hecho cierto e indiscutible de que **MIDT** inició el **2 de julio de 2013** ante el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) de la Zona Uno de Pasto, un proceso administrativo de filiación.

Tampoco lo es la fecha en que las víctimas desaparecieron, lo que sucedió el 23 de noviembre de 2013, y la fecha de hallazgo de sus cadáveres el 28 de ese mismo mes y año.

Entonces, nos centraremos por el momento en cuatro de los testimonios que son pilares en la prueba indiciaria, para acreditar la premisa fáctica. Nos referimos a MMGG[37] y GETE[38], quienes fueron confidentes de algunas situaciones vivenciadas por **MIDT** y a SEDB y NTS, quienes son los padres y abuelos de las víctimas.

En cuanto a los primeros, la defensa aduce que se presentan inconsistencias en el testimonio de GETE y contradicciones en el testimonio de MMGG. Respecto de las manifestaciones de los segundos, aduce que hay contradicciones en lo que se refiere a la forma en que se concertó el encuentro entre **MISD** y **MIDT**.

Y respecto de todos ellos el apoderado defensor, cuestiona el comportamiento asumido al mantener o poner en riesgo la vida de la víctima **MIDT**, por no haber denunciado o informado de las amenazas proferidas en su contra por parte del encartado o por haberle permitido salir de su casa con su niña, el día de la desaparición pese al riesgo que podía existir por el sitio al que debía desplazarse y la hora. Deduce la defensa, aunque no lo presenta de manera explícita, que no es posible adelantar actuaciones que mantengan o pongan en riesgo a un ser querido, de lo cual deduce que ello no ocurrió y por ende los testimonios son falaces.

Entonces para el análisis que nos corresponde, tenemos en cuenta que los testigos a que se alude en este apartado, conforme, a los lineamientos jurisprudenciales reseñados, aportan elementos por conocimiento directo y otros por vía indirecta al enterarse de algunas circunstancias de la versión que suministró **MIDT**, respecto de lo cual serían testimonios de oídas.

Por otra parte, debe adelantarse una valoración a la luz de la sana crítica, para establecer si las inconsistencias y contradicciones enunciadas son sustanciales o tangenciales, según que se afecte o no el núcleo fáctico.

En cuanto al conocimiento que aportan los testigos, se tiene que GETE, cuñado de la víctima, da a conocer que **MIDT**, fue a su casa a buscar a su esposa, DD, y al no encontrarla porque ella había viajado a Bogotá, iniciaron una conversación, a través de la cual la precitada lo convirtió en confidente del dilema que por ese entonces atravesaba, lo cual sucedió en la semana comprendida entre el 20 y 25 después de Semana Santa del año 2013.

Le explicó su cuñada, que el señor **MISD**, siendo el padre de su segunda hija, no le quería ayudar económicamente, y al tener ella a su cargo al otro niño, sus escasos ingresos no eran suficientes para cubrir los gastos de sus hijos. Ante tal situación, le aconsejó que le hablara "*por las buenas*", ante lo cual ella adujo que ya había adelantado una conversación en ese sentido, y de la posibilidad de acudir a las autoridades si era del caso, pero que el señor **MISD** le había dicho que si lo hacía que "*sin pena … la mataba*"[39].

---

[37] CD No.1, tercer audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 01:09:50

[38] CD No.1, segundo audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 01:57:30

[39] CD No.1, segundo audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 01:59:05. El aparte correspondiente se da en los siguientes términos: "Ella fue a mi casa y me contó que el señor MI no le quería ayudar a responder por la niña (…) ella me dijo a mí, yo lo quiero demandar. Le dije yo: Por qué no va donde el señor M y le dice que le colabore, pues por las buenas. Dijo no, es que yo ya lo hice y él me contestó que si yo lo demandaba que él sin pena la mataba.

En su relato, cuenta además el testigo GETE, que él pensó que **SD** no era capaz de adelantar una acción de ese calibre, y bajo ese convencimiento la aconsejó y motivó para que demande, a fin de que aquel reconozca a la niña.

Agrega el testigo, que posteriormente, cuando ocurrió la desaparición se enteró que **MI**, había seguido su consejo.

Ante lo manifestado anteriormente, la defensa aduce que el testigo miente porque, consultando un calendario para el año 2013, la semana que corre entre el 20 y 25 de marzo, no tuvo ocurrencia después de Semana Santa sino antes, y también porque el proceso administrativo de filiación se inició en julio y no para las fechas que aquí se aduce.

Al respecto, se observa que el aspecto al que hace alusión la defensa, en cuanto a la ubicación temporal del acontecimiento narrado, no fue objeto de debate, a través del contrainterrogatorio que efectuó la defensa, y por esa razón tampoco lo fue de aclaración por parte de la Fiscalía, a lo que había lugar si así lo notaba, a través del redirecto.

Sin embargo, ello no impide tener en cuenta el detalle del que con posterioridad se percata la defensa, en la medida que los datos que registra un calendario, son de público conocimiento y como hecho notorio, no requieren demostración; de tal forma que efectivamente la ubicación temporal del testigo, resultó errada.

Pese a esta inconsistencia, encuentra la Sala, que el testigo tiene un punto más de referencia para recordar el hecho, además de lo importante que puede resultar enterarse de la necesidad que le comunicaba su cuñada por su situación económica y de la reacción amenazante del padre de la niña; y que tiene que ver con la ausencia de su esposa, ya que ella ya había realizado un viaje a la ciudad de Bogotá, lo que recuerda porque precisamente para el día en que llega su cuñada **MI** preguntando por ella, la enteró de que no se encontraba en casa y lo de su desplazamiento por fuera del lugar.

Siendo así, la inconsistencia detectada no es tan contundente para demeritar de plano el relato de GETE, atendiendo además a que el paso del tiempo, puede afectar la capacidad de rememoración de algunas personas, y a unas más que a otras, dependiendo también de aquellos aspectos que pueden impactar para mantenerse o simplemente resultar mínimos para olvidarse, o que se entremezclen con otros para generarse algunas confusiones. No olvidemos además que el suceso se da en el mes de marzo de 2013 y la declaración se rinde el 7 de octubre de 2015, pasados dos años y medio, aproximadamente.

Ahora, en cuanto a que la demanda para el trámite administrativo de filiación, no se presentó para esa fecha sino para julio, tampoco es suficiente para declarar como mentiroso al testigo, pues en el contexto en que se adelanta la conversación, **MIDT**, no estaba afirmando que ya había decidido adelantar dicho trámite, sino que prácticamente estaba pidiendo un consejo, debido al eventual riesgo que le representaría, acudir ante las autoridades, dada la reacción del padre de la niña. Más bien, se tendría que el dicho del testigo, se corroboraría con el tiempo, como él mismo lo expresa, cuando se percata que efectivamente su cuñada, había optado por iniciar el correspondiente trámite legal, de lo cual se entera cuando tiene ocurrencia la desaparición.

Veamos ahora, qué sucede con la testigo MMGG.

Ella, dio a conocer sus nexos tanto con **MISD** como con **MIDT**, pues ambos eran sobrinos de su esposo STS.

Explica que entre ella y **MIDT**, surgió una relación adicional de amistad, a partir de la cual, escuchó en más de una ocasión sus vivencias, sobre todo en cuanto a las dificultades económicas para sostener a sus hijos, lo cual ocurría cada vez que **MI** se desplazaba desde su lugar de residencia hasta Pasto, donde la recibía y adelantaban algunas conversaciones.

En ese interregno, llega el momento en que **MIDT**, ya había tomado la decisión de iniciar los trámites legales que involucraban a **MISD**, para que se realizara el reconocimiento legal de su paternidad respecto de su hija **ASDT**

Así, **MIDT**, la enteró de que había demandado al papá de su niña, y que en medio del trámite, para la segunda ocasión en que tuvieron que acudir al llamado legal, luego de ese hecho, **MISD**, la encontró y la tomó del cuello, para proceder a proferirle una amenaza.

Yo le dije que vaya y lo demande que él no era capaz de eso"

Comenta la testigo, que frente a tal episodio, le recomendó que debía denunciar, pero que no la atendió, porque inmediatamente **MIDT**, pensó "*tanto no ha de ser, pero si a mí me llega a pasar algo, este no más es*".

En definitiva, el hecho no se denunció, pero explica la testigo, que le advirtió que si ya iniciaba el proceso debía llegar hasta el final.

Posteriormente, se entera también por la misma versión de **MIDT**, que ella trataba de esquivarlo y decidió continuar con la demanda.

El relato de la testigo, prosigue, dando a conocer que como ya era costumbre de su amiga, llegaba a su casa cuando debía asistir a las citaciones del ICBF, por lo cual el día en que se había fijado la fecha para la prueba de ADN, que fue el 20 de noviembre de 2013, un día jueves, **MIDT**, llegó en horas de la madrugada, y le ofreció desayuno, el que rechazó porque debía tomarse la muestra de sangre, y que entonces acordaron realizar el almuerzo.

Efectivamente, después del trámite, vuelven a conversar, y la invita para que se quede el fin de semana en su casa, pero **MIDT**, no aceptó porque **MISD** le había dicho que le iba a entregar una ropa para la niña, y que la había observado y le había dicho que si ella necesitaba zapatos también, le daría.

Y seguidamente, al dar a conocer este hecho, le preguntó su opinión al respecto y le pidió el favor de no comentar, porque de enterarse en su vereda que también le daría zapatos, se generaría un chisme.

Lo anterior, le hizo pensar y así se lo dijo, que resultaba una locura tal reacción puesto que por un lado pedía la prueba de ADN y por otro antes de que se conozca su resultado, le prometía darle ropa.

Sin embargo, explica la testigo, que **MIDT**, estaba contenta por el comportamiento de **MISD**, que pensó que seguramente ya lo habían aconsejado, y que ya estaba cediendo.

Relata también, que ese 20 de noviembre fue la última vez que miró con vida a su amiga, puesto que el lunes siguiente 25 de noviembre, a las 4:00 p.m. salió del trabajo y recibió una llamada de O hermano de **MIDT**, quien le preguntó si ella estaba en su casa, y le informó que había desaparecido desde el sábado, y que pensaban también que se había ido con "*alguno*".

Reseña, que ante tal llamada y la información recibida entró en pánico y rememoró la amenaza, así como también que le había comprado un carbón por la suma de $ 18.000, así que le indagó por ese dinero, ante lo cual su interlocutor, le comentó que el mismo y la cédula estaban en la casa. Enseguida, le advirtió acerca de lo que pensaba, pues consideraba que no estaba desaparecida y lo requirió para que la busquen en su vereda, que debía estar por ahí.

Hasta aquí, podemos presentar los apartes más relevantes del relato de MMGG, frente al cual la defensa, restó credibilidad, porque según su análisis incurrió en contradicción en lo que se refiere a los términos de la amenaza.

Dada la trascendencia que se dio a dicho aspecto, nos permitimos presentar los detalles del ultimátum según el relato de la testigo MMGG:

"Porque ella llegó, demandó a los papás de los niños y a la segunda vez, vino y me contó.
*Me dijo que lo demandó a **MI** y a la segunda vez que fue para allá estaba en el S, él la encontró, la cogió del cuello y le dijo, ahora vas a ver lo que te va a pasar …lo que te voy a mandar hacer, le dijo"*[40].

Para la defensa, la testigo incurrió en contradicción y por ello acudió en juicio a una entrevista rendida por ella, para que se aclarara si **MIDT** le dijo "*vas a ver lo que te va a pasar*" o "*vas a ver lo que te voy a mandar hacer*".

Ante la solicitud de aclaración por parte de la defensa, a través del contrainterrogatorio, enfatizó la testigo que el dicho de la víctima se dio en el primer sentido, es decir "*vas a ver lo que te va a pasar*".

Aduce la defensa, que el cambio de versión en este punto, surge a raíz de un trámite de revocatoria de medida de aseguramiento que se adelantó, en el cual se discutió la probabilidad de que el homicidio fuera perpetrado por varias personas. Sin embargo, advierte la Sala que la actuación procesal a la que hace alusión el defensor, no fue utilizada en la audiencia de juicio oral.

[40] CD Juicio Oral, Tercera sesión 7 de octubre de 2015. minuto 01:11:31 y ss

En esa medida, no se tiene conocimiento si MMGG rindió testimonio en la mencionada diligencia, o estuvo presente, ya que el elemento utilizado correspondió a una entrevista escrita rendida el 28 de noviembre de 2013, y se acudió a ella para refrescar memoria y no para impugnar credibilidad; además que lo que le requirió la defensa fue una aclaración.

Entonces, la ausencia en el juicio de la otra pieza procesal, impide a esta Sala adentrarnos en el análisis que sugiere la defensa para explicar lo que califica como contradicción.

Pero, además, se tiene en cuenta que en el relato inicial que realiza la testigo MMGG, de manera espontánea, hace alusión a las dos frases, lo que significa que en concreto no existió tal contradicción.

No obstante, resulta de interés para el análisis que más adelante se realizará, establecer la trascendencia que puede tener una u otra frase, pues durante el contrainterrogatorio, argumentó la defensa, sobre este punto, sin que fuera necesario para ese momento procesal, que ello tenía injerencia en el proceso de adecuación jurídica, en tanto que si la víctima adujo "*vas a ver lo que te va a pasar*" se trataría de una participación del procesado en calidad de autor, y si adujo "*vas a ver lo que te voy a mandar hacer*", se trataría de una intervención en su calidad de determinador y por ende habría participación de otras personas.

Nada más inoportuno para justificar una pregunta que requería una aclaración, más que poner en evidencia una contradicción; además porque un testigo no puede tener la capacidad ni competencia para adelantar un proceso de adecuación jurídica como lo pretendía el defensor con su interrogatorio.

Entonces, para establecer la trascendencia del punto que analiza en esa forma la defensa, no procede calificar la corrección en la subsunción normativa de la autoría y participación, sino en determinar si se afecta la credibilidad de la testigo y su valor suasorio para acreditar los hechos de los que se valió la Fiscalía y acogió la primera instancia para la conformación de los indicios.

En esa línea, encuentra la Sala que, el relato en general de la testigo MMGG, es coherente, y rememora con lujo de detalles lo acontecido con **MIDT**, como le sucede a cualquier madre que busca el reconocimiento paterno de sus hijos, y el apoyo económico que de ello deviene frente a la responsabilidad compartida por los gastos de manutención de los menores y dependientes.

Y es tal la contundencia del testimonio, que no solo la defensa increpó por el motivo por el cual tenía la capacidad de recordar detalles tan precisos, también lo hizo la jueza. Explicó que no importaba el tiempo que hubiera transcurrido, sino lo especial de la experiencia, al punto que, pese al transcurso de los años, no lo podrá olvidar.

No pasemos por alto, también, que la víctima tal como lo aduce la testigo, frecuentaba su casa semanalmente y cuando debía adelantar los trámites de la demanda, lo que propició el conocimiento de sus vivencias, al punto que se enteró de varios acontecimientos de los que ni sus familiares cercanos tenían idea de su ocurrencia, y fue la coyuntura generada por la desaparición de **MIDT**, lo que la llevó a delatar lo que su amiga le había confiado de manera íntima y rememoró también en el Juicio.

Se denota además que su relato es desprevenido y espontáneo, sin que se conozca de ningún tipo de animadversión antecedente frente al procesado, más aún, cuando éste y **MI**, eran parientes de su esposo.

Enseguida, pasa la Sala a analizar lo concerniente a los testimonios de SEDB y NTS, quienes dan a conocer que el día 23 de noviembre de 2013 y siendo aproximadamente las 6:30 p.m., encontrándose **MIDT** en su casa de habitación, les informa que debe salir con su hija a encontrarse con **MISD** en un punto conocido en la zona como Aguas Calientes de la vereda S G del Corregimiento el S, porque aquél le iba a entregar una ropa para la niña, y efectivamente sale de su casa, momento desde el cual no se tuvo conocimiento de su paradero o su suerte, hasta que son encontradas muertas en un terreno del señor GS, padre de **MISD**.

Los testigos, dan cuenta del relato que les hiciera **MIDT** y la crítica defensiva se centra en establecer por un lado una contradicción en cuanto a la forma en que se concertó el encuentro entre **MIDT** y **MISD**, y por otro lado, considera que no es creíble que ellos, hayan permitido salir, a sabiendas del riesgo que corrían su hija **MIDT** y su nieta **ASDT**, por lo que deduce que este hecho no existió.

Nos centraremos por el momento en lo primero, ya que, la inferencia a que acude la defensa, al poner en duda, sobre la actitud de los testigos frente al peligro, será objeto de análisis general, por cuanto la hizo extensiva también

al increpar a MMGG y a GETE, por el hecho de no haber denunciado las amenazas o no haber informado a los familiares de las mismas.

La contradicción, entonces, la defensa la hace consistir en que NTS, adujo que la citación por parte de **MISD**, se realizó a través de llamada telefónica y luego adujo que fue de viva voz, e invocó para respaldar su análisis, una entrevista rendida ante miembros de Policía Judicial. Sin embargo, aquí cabe aclarar que tal elemento nunca fue utilizado para impugnar credibilidad en juicio, y tampoco se encuentra que, en el testimonio rendido ante la Jueza de conocimiento, la testigo haya incurrido en tal contradicción.

Por otra parte, el padre de la víctima, el señor SEDB, explicó que no tuvo conocimiento de cómo se adelantó la conversación entre su hija y el acusado para ponerse de acuerdo en el sitio, fecha y hora del encuentro. Igualmente, la defensa incurre en el mismo error antes aludido, al utilizar para su análisis una entrevista rendida por el precitado, que tampoco fue utilizada en juicio y por lo mismo, no puede acudirse a ella en esta instancia como fundamento para derruir la credibilidad del testigo; aunado al hecho de que tal como se examinará más adelante, puede resultar intrascendente, ante la magnitud de los hechos que corroboran los términos de la reunión.

Superado el anterior escollo, procede la Sala a verificar si efectivamente, la inferencia que adelanta la defensa, para concluir que las amenazas no existieron, resulta contundente, para demeritar el valor suasorio de los testigos en ese punto.

Al respecto, se determina que los cuatro testigos: MMGG, GETE, SEDB y NTS, constituyen prueba directa y a la vez indirecta por haber escuchado de la víctima **MIDT**, su versión sobre el proceso intimidatorio adelantado por **MISD**.

El conocimiento directo, se aporta por parte de MMGG y GETE, para acreditar la existencia del relato de la víctima, también para conocer sus preocupaciones, cuando estaba por un lado su necesidad económica para lograr el sostenimiento de sus hijos K y **ASDT**, para lo cual debía superar como primera medida, el reconocimiento de los padres.

Fueron testigos del dilema que **MIDT** afrontó; también y en particular, MMGG, fue testigo directo de la alegría que la acompañó en sus últimos días de vida, pensar que **MISD**, estaba según sus propios términos "*cediendo*", al punto que le prometió entregarle un vestuario a su niña.

Y como testigos de oídas, conocieron de primera mano la versión de la víctima, por lo que son fuente de primer grado. GETE, de la reacción negativa que adoptó **MISD**, aun antes de que iniciara formalmente el proceso administrativo de filiación; MMGG, respecto de una agresión física en su cuello; y ambos de los términos amenazantes con los cuales el acusado ejerció presión e intimidó a la víctima.

Por su parte, los padres de la hoy occisa, son testigos directos de la versión que rindió su hija, en cuanto al motivo de su salida de la casa, para el día 23 de noviembre de 2013, cerca de las 6:30 de la tarde, y son testigos de oídas respeto de la persona con quien se encontraría y el sitio; también de primer grado, porque fue **MIDT**, quien les dio a conocer estos detalles.

Como testigos directos, ya hemos mirado que merecen total credibilidad, y como indirectos, se revisará, si los detalles que suministran tienen o no corroboración a través del restante material probatorio, como adelante se mirará.

Ahora, en lo que respecta a la inferencia a la que arriba la defensa, al considerar que las amenazas no existieron porque no es creíble que los amigos y familiares de la víctima, la hayan mantenido en riesgo o hayan permitido que se someta a él, no es contundente para desacreditar los testimonios, en tanto que todos tenían la confianza de que el acusado no cumpliera sus amenazas, al ser integrante de una comunidad pacífica, y parte de la familia.

Además porque se trata de una estrategia que acoge patrones de comportamiento estereotipados, al amparo de los cuales, se atribuye a la víctima la responsabilidad de los hechos delictivos de los que es objeto; con la finalidad de desviar la atención respecto de los autores de los mismos, entendiéndose, no solo por víctimas a aquellas que son sujeto pasivo directo de la conducta, sino también, como en este caso a los señores SEDB y NTS quienes son afectados doblemente al haber perdido al mismo tiempo a su hija y a su nieta.

Al respecto ver, el caso GONZÁLEZ Y OTRAS ("CAMPO ALGODONERO") VS. MÉXICO, analizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), sentencia de 16 de noviembre de 2009, en el que esta clase de estereotipos, fueron aplicados por los funcionarios judiciales, que atendieron las denuncias de desaparición de

varias mujeres quienes luego fueron encontradas muertas. Entre otros comportamientos, increparon a las madres por permitir salir solas a sus hijas, en horas de la noche, o plantearon hipótesis iniciales con base en las cuales, se descartaba la desaparición, asegurando que las víctimas, se habían ido con los novios, de fiesta o que simplemente querían independizarse. Actitud que afectó el ejercicio del derecho de acceso a la justicia, en cabeza de los familiares.

La Corte, dispuso como forma de reparación, entre otros, remover todos los obstáculos de *jure* o de *facto* que impidan la debida investigación de los hechos y el desarrollo de los respectivos procesos judiciales, y que la investigación incluya una perspectiva de género para emprender líneas de investigación específicas respecto a violencia sexual, para lo cual se deben involucrar las líneas de investigación sobre los patrones respectivos en la zona.

Así que la regla de experiencia que utiliza la defensa, consistente en que, generalmente, las personas no nos sometemos a riesgos a nosotros mismos o a nuestros seres queridos, cuando hay posibilidad de que seamos víctimas de un delito, no resulta aplicable para el caso, no solamente porque de aceptar su argumento, incurriríamos en una actitud discriminatoria que no atiende la situación de vulnerabilidad que vivieron en este caso las víctimas, sino, además, por las siguientes razones:

En primer lugar, por el comportamiento asumido por **MIDT**, desde el inicio, ya que decidió afrontar su dilema, esperando que **MISD**, no cumpliera sus amenazas, porque lo último que pudiera esperar es que ellas se concretaran, al ser el precitado, pariente suyo, con quien además había llegado a un nivel de confianza tal que tuvo una relación, fruto de la cual nació su hija **ASDT**; y por esa razón como bien lo reseñó MMGG, no estimó necesario presentar una denuncia; era más importante para ella sacar avante su trámite de filiación.

En segundo lugar, esa percepción de la víctima, fue alentada también, mucho antes de iniciar el trámite ante el ICBF, por parte de GETE, pues él, atendiendo a que la zona de residencia de los protagonistas, no era conocida como conflictiva o de peligro, pensó que **MISD**, no incurriría en un acto atentatorio de la integridad de su cuñada.

En tercer lugar, recordemos que el acusado, aminoró los temores de la víctima, cuando demostró frente a ella un cambio de actitud, al prometer entregarle un vestuario a su niña, al punto que hasta zapatos le ofreció para ella misma, al observar su presentación personal.

Por último, es de resaltar que SEDB y NTS, fueron convencidos por parte de su hija, acerca de la importancia del encuentro, al punto que fue en ese momento que enteró al primero de ellos, que **MISD**, era el padre de su hija **ASDT**, de la necesidad de que aquel cumpliera con su obligación alimentaria, ante lo cual pensaba que la entrega de una ropa, sería un primer paso favorable, y además porque no quería despertar nuevamente su enojo, en la creencia de que dicho sentimiento había cesado.

Entonces, el análisis que realiza el apoderado judicial del acusado, para concluir que el relato que realizan los testigos acerca de la reacción del acusado, es falaz y acerca del motivo del encuentro que adujo **MIDT**, también es falaz, no resulta acertado. En consecuencia, la credibilidad de los testigos no se encuentra menguada.

Agotado lo anterior, procede la Sala a analizar los indicios que se estructuran a partir de la prueba recaudada en el Juicio Oral que se adelantó en contra del señor **MISD**, tanto aquellos que fueron estructurados de manera expresa como tácita, y establecer además si resultan contundentes para cimentar una sentencia condenatoria, que corresponde a la decisión adoptada en primera instancia, atendiendo además a la coartada presentada por parte de la defensa, que ubica al encartado en un lugar y hora diferentes para la fecha en que se produce la desaparición de **MIDT** y **ASDT**

Como bien explica la Corte, los indicios pueden acreditar, hechos, el agente o la manera como se realizaron esos hechos, lo cual tiene aplicación en el *sub examine*, como enseguida exponemos.

i) Indicio sobre la fecha de muerte

Iniciemos por establecer en primer lugar, la fecha probable del homicidio, en tanto que, en el caso, tal acontecimiento se estableció con el hallazgo de los cadáveres, varios días después de la desaparición de las víctimas.

Es así, porque en la sucesión de hechos, lo primero en conocerse fue que **MIDT** y **ASDT**, salieron de su casa y no regresaron, sin conocerse su paradero alrededor de seis días, lo cual por sí mismo constituía una conducta delictiva

de desaparición forzada, sólo que la Fiscalía omitió incluirla en su imputación y acusación, y que tuvo ocurrencia desde el 23 de noviembre de 2013 y finalizó el 28 del mismo mes y año al establecerse la suerte definitiva de aquellas dado que habían sido ultimadas de manera violenta.

La data en que ocurrió el fallecimiento, es importante, porque una de la hipótesis defensiva, ubica la fecha probable de muerte para el día 26 de noviembre, ensayando varias hipótesis, con el ánimo tal vez de alejar la fecha del homicidio, de aquella en que **MIDT**, adujo se encontraría con su primo el hoy acusado, y romper de esa forma el nexo que existe entre la desaparición por su causa y el homicidio.

Adicionalmente, es pertinente acudir a la prueba indiciaria para establecer esta circunstancia, en la medida en que los médicos forenses, explicaron al rendir su testimonio que no es posible, fijar una fecha exacta.

El perito médico legal Francisco Erney Villota Basante, explicó al respecto que para que después de 36 horas de la muerte, empiezan fenómenos de coloración verdosa e hinchamiento, pero que estos también puede presentarse en los días 4 o 5, por lo que científicamente no se sabría fecha exacta, pero sí aclaró que se puede manejar una "*ventana de muerte*", de alrededor de tres días, por lo que sí la víctima desapareció el 23 de noviembre, en el rango de 3 días, empiezan a aparecer los fenómenos cadavéricos detectados. Es decir, que el hecho se pudo dar entre los días 23 y 26.

En ese rango, también se ubicó la médica forense Liliana Cristina Hidalgo Bravo, haciendo énfasis en el día 26 de noviembre, lo que fue malinterpretado por la defensa, que concluyó que la fecha de muerte tuvo ocurrencia para ese día; cuando en realidad, los médicos hacían referencia al período en que se hacen evidentes los fenómenos cadavéricos encontrados, aunque también aclararon que ello depende de la incidencia de varios factores entre ellos los climáticos.

Entonces debemos acudir al conjunto probatorio, para establecerse este aspecto fáctico, para lo cual se cuenta con los siguientes hechos demostrados:

- La desaparición de **MIDT** y su hija **ASDT**, desde el día 23 de noviembre de 2016, lo cual se acredita con los testimonios de los señores SEDB y NTS.

- El hallazgo de los cuerpos sin vida de las precitadas, el día 28 de noviembre de 2016, es decir transcurridos 6 días después de la fecha en que se las miró con vida por última vez; lo que se acredita con las actas de inspección a los cadáveres incorporados a través del testimonio del IT Nelson Eduardo Cerón López-Jefe de Criminalística de la SIJIN[41].

- Los fenómenos cadavéricos, que se respaldan con los testimonios de los médicos Francisco Villota Basante y Liliana Cristina Hidalgo Bravo y sus respectivos informes de necropsia[42],así:

En cuanto al cadáver de **MIDT**, se registran el 29 de noviembre de 2013, a las 10:00 horas, según examen practicado por el médico forense Francisco Villota Basante, quien determina que el cuerpo se encuentra frio a temperatura ambiente, con flacidez generalizada, con cambios por esfacelación de la piel y mancha verde y edema generalizado.

En el cadáver de **ASDT**, se registran a las 15:10 horas, según examen practicado por la médica forense Liliana Cristina Hidalgo Bravo, encontrando frialdad y flacidez generalizadas, sin livideces dorsales, mancha verde abdominal, piel de palmas y plantas apergaminada y esfacelación de piel al roce.

- Otro hecho relevante para el propósito que nos ocupa, tiene que ver con el hallazgo del celular de la occisa colgado a su cuello, lo que se registra en el acta de inspección técnica a cadáver[43], y se confirmó a través del testimonio del Intendente Nelson Eduardo Cerón López, quien informó que dicho elemento fue embalado, rotulado en cadena de custodia y entregado a los investigadores[44].

Con los anteriores hechos, se puede inferir que la muerte ocurre entre la fecha de la desaparición y el día del hallazgo de los cadáveres, pero que la mayor probabilidad si utilizáramos escalas porcentuales, estaría más cerca

[41] Evidencia No.3 de la Fiscalía. Folios 108 a 116
[42] Evidencia No. 2 de la Fiscalía - Fls. 99 a 107
[43] Fl. 116, anverso del expediente
[44] CD No.1, tercer audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 00:59:22

de que en un ciento por ciento se haya producido el 23 de noviembre de 2013, frente a ninguna posibilidad de que haya sido el 28 de noviembre de ese año, por las siguientes razones:

El sitio de hallazgo de los cadáveres coincide con aquel al que debía arribar según la información que **MIDT** suministró a sus padres, para el encuentro con el señor **MISD**, al cual debía presentarse el día 23 de noviembre y no otro día, sin que haya tenido la posibilidad de movilizarse hacia otro lugar.

El hecho de que el celular de la víctima fuese encontrado colgado de su cuello, al momento de encontrar su cuerpo, indica claramente que ella tuvo acceso al mismo, hasta el final de su vida, de tal manera que de haber sobrevivido o al menos haber quedado consciente, por algún espacio de tiempo después del ataque, y tener alguna posibilidad de llamar, lo hubiese hecho.

Los fenómenos cadavéricos, permiten también descartar que la muerte haya ocurrido el 28 de noviembre, o una fecha próxima a la misma.

Siendo así, resulta con mayor probabilidad de ocurrencia que el homicidio haya sido perpetrado el mismo día de la desaparición, es decir el 23 de noviembre de 2013.

Por lo anterior, no resultan lógicas las hipótesis planteadas por la defensa, cuando aduce por un lado, partiendo del supuesto de que la fecha de muerte tuvo ocurrencia el día 26 de noviembre, que el ataque se pudo realizar en otro sitio y desplazar los cuerpos hasta el terreno del señor GS, padre del acusado.

Este planteamiento, implicaría la participación de otra u otras personas, que pudiesen conocer de la animadversión que había surgido por parte del señor **MISD** hacia su prima **MIDT**, para buscar incriminarlo, ubicando los cadáveres en un sitio de acceso del precitado, si esa persona o personas fuesen de la zona. O implicaría también en caso de darse la intervención de personas ajenas al lugar de residencia de la víctima, de una investigación minuciosa para establecer con quién o quiénes tendría algún grado de enemistad, encontrando que la única persona a quien se pudiera incriminar sería al señor **SD**.

Otra hipótesis que maneja la defensa, es que las víctimas estuvieron con vida, entre los días 23 y 26 de noviembre, lo cual también resulta ilógico, porque en ese caso, se trataría de un secuestro en el que aquellas fueron obligadas a permanecer en campo abierto, y con acceso al celular, lo cual un captor bajo ningún punto de vista pudiese permitir, así dicho elemento de comunicación estuviese sin carga.

Tales propuestas defensivas, tienen tan solo el valor de simples conjeturas, ante la contundencia de los hechos demostrados.

Reiteramos entonces, en que la fecha de ocurrencia del doble homicidio, corresponde a aquella en que inicia el período de la desaparición, que se produjo el día 23 de noviembre de 2013, por lo que resulta procedente, entonces, avanzar con el análisis probatorio.

ii) Indicio de manifestaciones anteriores a la desaparición y muerte por parte del acusado

Sobre este aspecto, se tienen los siguientes hechos demostrados:

- Entrega de la suma de $ 90.000[45] por parte del señor **MISD**, dos años atrás al inicio del proceso administrativo de filiación, con el compromiso de seguir colaborando pero sin adelantar trámites legales, tal como quedó registrado en la prueba documental aportada como Evidencia No. 4 de la Fiscalía, correspondiente precisamente a dicho trámite.

- Situación de riesgo de la menor **ASDT**, determinada al inicio del trámite de filiación, aspecto que se corrobora además con la declaración de la Defensora de familia, Doris Yolanda Jurado Zapata, y que se complementa con la valoración psicológica que hace parte del expediente, en la que registra como antecedentes y dinámica familiar, la negación de paternidad del presunto progenitor, por el temor a que la familia se entere de la relación que se había presentado entre primos[46].

[45] Fl. 134 Carpeta Principal
[46] Fl. 135 Carpeta Principal

- Motivo por el cual el acusado exigió la prueba de ADN, para establecer su paternidad, ya que fue enterado de la probabilidad de ser el padre de la menor, un año después de su nacimiento, conforme quedó registrado en el acta de acuerdo del 29 de agosto de 2013[47], y demostrado a través del testimonio de la Defensora de Familia Doris Yolanda Jurado Zapata.

- Intimidación que ejerció el acusado, hacia **MIDT**, cuando le pidió que contribuyera con la cuota alimentaria, advirtiéndole que, si presentaba demanda, la mataba, lo cual se demuestra con el testimonio de GETE. Hecho que se demuestra igualmente con el testimonio de MMGG, quien se enteró de voces de la misma víctima, acerca de una amenaza a través de la cual le aseguró que algo le pasaría, involucrando un contacto físico agresivo, al presionarla en su cuello.

- La prueba de ADN para establecer la paternidad, se practicó el día 20 de noviembre de 2013, lo que se demuestra con la prueba documental que contiene el formato de solicitud para practicar el examen correspondiente[48].

De estos hechos, se puede inferir el interés que le asistía a **MISD**, para que no se conociera o no fuese pública su relación con su prima **MIDT**, fruto de la cual se había procreado a una niña.

Igualmente, se infiere que al acusado, le produjo enojo y animadversión hacia su prima, que ella acudiera a la vía legal para lograr el pago de la cuota alimentaria, que implicaba establecer como presupuesto la paternidad, al punto que le advirtió sobre lo que le pasaría y la agredió físicamente.

Ahora que ese enojo o animadversión, no fuera evidente ante la autoridad del ICBF, no descarta la existencia de este sentimiento del acusado hacia la víctima, como se demuestra con los testimonios de MMGG y GETE quienes se enteraron a través del dicho de **MIDT**, de la reacción agresiva por parte del señalado como el padre de **ASDT**, al punto que pasó de las advertencias verbales al contacto físico.

Además, se trata de un comportamiento que normalmente, asume el agresor de género, en situaciones de maltrato como la que estaba padeciendo la víctima, en cuanto que generalmente, procura ejercer actos de violencia en privado, para no dejar evidencia visible ante terceros o testigos, como así lo explicó la Corte Constitucional, en la sentencia de tutela T 967 de 2014, al reseñar que "*la violencia psicológica y doméstica que ocurre en el hogar tiene una dificultad probatoria muy alta si se verifica desde los parámetros convencionales del derecho procesal, debido a que el agresor busca el aislamiento y el ocultamiento de los hechos violentos*". Situación que no fue ajena a **MIDT**, pese a que no existiese entre ella y el acusado una relación de convivencia, dado que persistía entre ellos un parentesco consanguíneo, por ser primos.

Y es precisamente el nexo al que se hace alusión, el que nos lleva a inferir, que por encima de la negativa a reconocer a la menor **ASDT**, se encontraba el interés de que la familia no conociera del giro que había dado la relación consanguínea, aunado al hecho de que había entablado también una relación de noviazgo con otra persona; de ahí la insistencia de que no se adelantara ningún trámite legal, ya sea para el reconocimiento filial, como el de fijación de cuota alimentaria.

Expuesto lo anterior, debemos enfatizar en que algunos de los hechos e inferencias enunciados, tendrán también relación con los siguientes indicios, por lo que se retomarán en la medida en que a ello haya lugar.

iii) Indicio de móvil

Para este punto, se tienen los siguientes hechos demostrados:

- Nexo de parentesco consanguíneo de madre e hija, entre las víctimas **MIDT** y **ASDT**, lo cual se acredita con el registro civil de nacimiento de la menor No. 43912335, en el que se establece además la fecha de nacimiento de aquella, 6 de noviembre de 2010.

- La víctima **MIDT**, era madre cabeza de familia, y atravesaba por una precaria situación económica, lo que se demuestra con los testimonios de MMGG, GETE, SEDB y NTS.

- Los anteriores testigos dan cuenta también de la necesidad por parte de **MIDT** de adelantar el proceso de filiación para lograr la cuota alimentaria.

[47] Fl. 128 Expediente – Evidencia documental No. 4 de la Fiscalía
[48] Fl. 118 Carpeta Principal

- La existencia desde el 2 de julio de 2013, del proceso administrativo para reconocimiento de paternidad y alimentos, impetrado por **MIDT** en el que se vinculó como presunto padre al señor **MISD**, lo que se tiene debidamente probado, de conformidad con la evidencia No. 4[49] introducida a través del testimonio de la Dra. Doris Jurado[50], Defensora de Familia del Zonal I Pasto del ICBF.

- La existencia para esa fecha, de una relación de pareja entre el acusado y DAJB, tal como se demuestra con el interrogatorio rendido por él, y el señor ETS.

- El proceso de intimidación ejercido por **MISD** sobre **MIDT** en principio para evitar que lo demandara, conforme se acredita con el testimonio de GETE.

- El enojo que le produjo al acusado el hecho de que la víctima hubiese decidido acudir a las autoridades para lograr el reconocimiento paterno y la fijación de la cuota alimentaria, lo que se respalda con el testimonio de MMGG.

- La práctica de la prueba de ADN que se realizó el 20 de noviembre de 2013[51] y cuyos resultados se obtuvieron el 8 de enero de 2014[52], en el que se acredita que el señor **MISD**, era el padre **ASDT**, la hija menor de **MIDT**.

A partir de estos hechos, se puede inferir que el objetivo de la precitada, no era verificar o constatar quién era el padre de su hija, de ello estaba segura, su finalidad era más bien de tipo económico para lograr que se fijara una cuota alimentaria. La paternidad era un hecho que lo daba por sentado, y ese era el sentimiento que transmitió a sus progenitores, lo que se refleja en el testimonio de su padre, cuando expresa que lo que se pretendía era que el acusado colaborara con "*cualquier cosita*", haciendo referencia como le explicaría al abogado defensor, a la cuota alimentaria.

Tal objetivo se corrobora también con el testimonio de GETE, a quien le comentó que como ya tenía a cargo a su primer hijo, y con la niña, ya no alcanzaba a cubrir sus gastos, aunado al hecho de que el papá haciendo referencia a **MISD** no le quería ayudar. Igual con lo manifestado por MMGG, cuando hace referencia a la segunda ocasión que asistió a bienestar familiar, y le explicó sobre la finalidad de adelantar dicho trámite, centrado en la fijación de la cuota alimentaria.

Indiscutiblemente, para que **MISD** lograra su objetivo, era un requisito previo la demostración legal de la paternidad. A la víctima no le urgía que los demás supieran quién era el padre de su hija, además porque sus amigos en primer lugar al enterarse de tal hecho, no dudaron de su palabra, tampoco lo hicieron sus padres cuando ella decidió delatar quién era el padre de su hija.

Ahora que **MIDT** tardó en comunicar a **MISD** sobre su paternidad, no merece ningún reproche, corresponde a una decisión de vida, que hace parte de su derecho a la intimidad, aunque es posible acercarnos a una de las razones, que fue también lo que preocupó al acusado, dada su relación consanguínea, por la reacción que se pudiera generar por parte de la familia. Aspecto que fue dado a conocer en el testimonio de NTS, quien explicó que su hija al principio no informó quién era el padre de la niña, porque pensaba que la iban a regañar, por ser integrante de la familia.

El comportamiento de **MIDT** fue similar en cuanto a los padres de sus dos hijos, en tanto que la asesoría legal y orientación la buscó después de un tiempo, y se insiste, por razones más de tipo económico, para que se responsabilizaran por la cuota alimentaria. Sin embargo, la reacción de aquellos, fue muy diferente; pues mientras que el padre del menor K, se responsabilizó por su obligación así fuese a través del trámite legal, no sucedió lo mismo con el acusado, a quien le causó enfado o enojo, acudir ante las autoridades.

Y a propósito de la reacción de **MISD**, por cómo quedó registrada su inquietud en el trámite administrativo de reconocimiento paterno, lo cual no fue desmentido por **MIDT**, se demostraría que efectivamente se enteró de que podría ser el padre de **ASDT**, un año después de su nacimiento.

Esa data coincidiría con lo registrado en el expediente administrativo del ICBF, cuando mencionó la madre de **ASDT**, que dos años atrás, teniendo como referencia la fecha de la entrevista -7 de noviembre de 2013, en la cual

[49] Folio 117 a 150
[50] CD No.2, primer audio. Audiencia de juicio oral del 8 de octubre de 2015. Record: 00:07:45. Y CD No. 3 Audiencia de juicio oral del 15 de octubre de 2015. Record: 00:06:40
[51] Folio 118 y 119
[52] Folio 117

la menor contaría con tres años- el señor **MI**, le entregó la suma de $ 90.000, prometiendo seguir con los pagos, pero sin acudir a trámites legales[53], lo cual incumplió.

Esta reacción inicial y previa, como ya se anotó al analizar el anterior indicio, refuerza la inferencia a que hemos llegado en cuanto que el reconocimiento legal, no se adelantó de manera voluntaria, simplemente para evitar que se conociera de la relación que propició el nacimiento de **ASDT**, lo que se entiende porque además para la fecha en que ya se inicia formalmente el trámite de filiación, el acusado mantenía una relación de pareja, que seguramente se afectaría de conocerse lo acontecido con **MIDT**.

Después de aquel episodio, la precitada, dejó pasar más que un tiempo suficiente para resistir en solitario, con el sostenimiento de sus hijos; así que al asesorarse sobre los derechos de sus menores, decidió buscar nuevamente a **MISD**, pero fue en esa ocasión, en que no solamente insistió en que no quería que adelante ningún trámite legal, sino que además le advirtió que si actuaba de esa forma, sin pena la mataba, como así se lo hizo saber a GETE, quien le aconsejó que de todas formas acudiera a las autoridades para lograr el reconocimiento legal, porque no lo creía capaz de cumplir dicha amenaza.

Y no solamente el anterior testigo, da cuenta de las gestiones que en ese sentido adelantó la víctima, sino también el corregidor de su lugar de residencia, el señor Luciano Eulises Ricardo Yela, quien le aconsejó ir a Bienestar Familiar en Pasto y la acompañó a adelantar uno de los trámites ante dicha oficina, que como se sabe, se concretó con el inicio de proceso administrativo el 2 de julio de 2013.

Entonces, se reconstruye de manera consecutiva el recorrido que poco a poco fue adelantando la víctima para lograr el cumplimiento de la obligación alimentaria, que debía iniciar con el señalamiento de aquel que sabía era el padre de su hija, ante el ICBF.

Incursionando ya en ese camino legal, al que se someten muchas mujeres, en situaciones similares, sucede lo común en este tipo de casos, y es el enteramiento de los presuntos padres del inicio del proceso legal, como así ocurrió con el acusado, y éste acude al ICBF, estableciéndose que efectivamente tuvieron que enfrentarse conforme al procedimiento seguido, a las diligencias que deben dirigirse en primer lugar a establecer la paternidad.

Y es después de uno de esos encuentros, que el acusado, aprovecha y no solo le hace conocer su enojo por haber sido convocado ante el ICBF, sino que la toma por el cuello y sube el tono de sus advertencias y amenazas, ya no con el objetivo de evitar que acuda ante las autoridades, porque ello ya había sucedido, sino como retaliación porque no había acatado sus exigencias.

Y es aquí, donde encontramos el motivo por el cual **MISD**, tenía interés en cumplir con sus amenazas. No es como lo entendió la defensa, para evitar el proceso de filiación, ni para evitar la prueba de ADN.

Se había generado ya un sentimiento de animadversión, persistente no solamente durante el período en que se adelantaba el proceso administrativo de filiación, sino que se mantuvo aún para el lapso en que tuvo ocurrencia la desaparición, como así se lo hizo saber a los padres de la víctima adulta, cuando le indagaron por su paradero, en una frase que la rememoró NTS, al relatar que, entre las respuestas del acusado, éste les dijo: "*yo estoy bravo porque estoy demandado*".

Lo anterior se une a un proceso de intimidación, y de presión hacia la víctima, con advertencias previas, con amenazas de muerte y finalmente asegurarle que algo malo le pasaría, con la frase que evocó MMGG: "*ahora vas a ver lo que te va a pasar …lo que te voy a mandar hacer*"[54].

Aquí, como toda amenaza, puede o no concretarse, y de ocurrir puede desarrollarse en la forma que el agresor lo estipula o a través de cualquier mecanismo; entonces, aún si la testigo, no recordara las palabras o frase exacta con la cual describió la amenaza la víctima, como se trataba de una aseveración sobre un hecho futuro, nada impedía que al concretarse pudiese resultar de manera diferente a lo advertido o planeado. Lo relevante de este hecho, es la intimidación en términos generales ejercida, que finalmente se concretó en un hecho atentatorio en contra de la vida de **MIDT** y su hija.

A través de este indicio lo que se infiere es el por qué, de la conducta, y sin lugar a dudas el acusado tenía un motivo, y aunque puede darse la posibilidad de que otras personas tuviesen razones para ultimar a las precitadas, ello no

[53] Fl. 134 del expediente – Evidencia No. 4 de la Fiscalía
[54] CD Juicio Oral, Tercera sesión 7 de octubre de 2015. minuto 01:11:31 y ss

fue demostrado, inclusive la defensa trató de insinuar que existieron algunos inconvenientes en la ciudad de Cali, pero no acreditó nada al respecto, más allá de una simple idea expresada por el acusado en su interrogatorio.

Además, ya analizamos la posibilidad de que pudieran existir otros motivos o personas, pero descartamos tal hipótesis porque implicaría una incriminación bien elaborada y deliberada en contra del acusado, para adelantar varias actividades que lo señalaran a él como el autor del doble homicidio.

Pero no solamente por lo anterior puede descartarse tal posibilidad, sino que se tiene en cuenta de manera muy relevante el nexo que unía en vida a las víctimas, su relación consanguínea de madre e hija, ésta última de escasos tres años, para la fecha de su muerte, porque era muy importante que estuviesen juntas, que el nexo que las unió en vida, también las uniera en su muerte.

Ese nexo apunta nuevamente al señor **MISD**, como la única persona en común a dicha relación por ser el señalado como el padre de **ASDT**, el único con un motivo fuerte para ultimarlas dada la animadversión que se había generado en contra de la madre.

En todo caso, es un hecho cierto que el acusado **MISD**, tenía un motivo de animadversión, de enemistad generado por la atribución de su paternidad por parte de **MIDT**, en relación con su hija **ASDT**, a través de un trámite legal. Cosa diferente es pensar que se considere que esa sea una razón que justifique la muerte de las dos mujeres; de hecho, si en gracia de discusión se quisiera minimizar su importancia hasta el punto de considerar que no puede ser un motivo para perpetrar el doble homicidio, y desvirtuar el indicio, ello no resulta procedente al punto que el legislador ha establecido una causal de agravación según lo regulado en el artículo 104-4 del C.P., para sancionar con mayor severidad aquellos eventos en los que se causa la muerte por un motivo abyecto o fútil.

El hecho de que no se acepte como una razón que justifique la muerte, no significa que no haya existido, como pretende señalarlo el defensor, cuando aduce que el homicidio no se justificaría cuando ya se había practicado la prueba de ADN, en tanto que el indicio se determina por el quebrantamiento de la relación existente ante la actitud de **MIDT**, de acudir a las vías legales para exigir los derechos de **ASDT** frente a su padre.

iv) Indicio de oportunidad para delinquir

Para la conformación de este indicio, se encuentran los siguientes hechos demostrados.

- El cambio de actitud del procesado que la víctima calificó como favorable a sus intereses cuando le ofreció entregarle una ropa para la niña y la alegría que ello le produjo, lo cual se demuestra con el testimonio de MMGG.

- El encuentro que se concertó por parte de **MISD** para que **MIDT** saliera de su casa el día 23 de noviembre de 2016, aproximadamente a las 6:30 p.m.

Los términos de esta reunión, se demuestran en dos fases, a través de los testimonios de MMGG y de los padres de la víctima SEDB y NTS.

La fase inicial en la que la víctima da a conocer a la primera testigo[55], y ante la invitación a que se quedara en su casa, que no lo podía hacer porque debía regresar a su vereda para encontrarse con el señor **SD**, quien le entregaría un vestuario para la niña, y que la llamaría para concretar aquel encuentro.

La fase final, cuando la víctima entera a sus padres, el día 23 de noviembre de 2013, que debe salir con su hija a cumplir con la anterior cita.

- Las condiciones en que se debía dar el encuentro, en cuanto a quienes debían asistir, el motivo, el sitio y la hora, lo que se demuestra con los testimonios de MMGG y de los padres de la víctima SEDB y NTS.

Con la primera testigo, se demuestra que el encuentro debía darse en el lugar de residencia de la víctima y con el relato de sus padres, a través del cual se demuestra que debía desplazarse hasta cerca del río Cimarrones, en el punto conocido como AC, para ese día que era un sábado, pasadas las 6:30 p.m. para evitar que A, hermano del acusado se percatara del encuentro, al que además debía asistir con la niña **ASDT**

[55] CD No.1, tercer audio. Audiencia de juicio oral del 7 de octubre de 2015. Record: 01:18:25; 01:36:00; 01:38:50

- La desaparición de **MIDT** y su hija **ASDT**, desde el día 23 de noviembre de 2016. Lo que se acredita con el testimonio de sus padres.

- El hallazgo de los cuerpos sin vida de las precitadas en un terreno del señor GS, padre del acusado, el día 28 de noviembre de 2016, es decir a 6 días de la desaparición. Demostrado a través de las actas de inspección a cadáver.

De los hechos anteriores, se puede inferir que era importante citar a la víctima en un sitio que le generara un grado de confianza, como lo era su lugar de residencia, entendida ésta como la extensión territorial del Corregimiento del S, pero además en una parte en la que tuviese acceso el acusado, como lo fue el terreno de su padre GS, que le permitiera desplazarse hacia su casa y a la de su novia.

Debía también el acusado convencer a la víctima de asistir a la reunión con su hija, de ahí que utilizara como pretexto la entrega para ella de un vestuario para la época de diciembre que estaba próxima, en lo que resulta importante el nexo existente entre ellas como atrás ya se analizó. Condición en la que se evidencia que fue insistente el señor **MISD**, al punto que cuando los padres le advierten que no vaya con la niña, ella les mencionó que debía hacerlo, que "*viva o muerta*" debía llevar a la niña.

La hora también era importante, si bien adujo como razón que lo sería para evitar que su hermano A, los mirara, implicaba también que ninguna otra persona se percatara del encuentro.

De manera contundente, se determina entonces, que el acusado fue quien llevó a las víctimas al lugar donde serían ultimadas, y fue el único que adelantó tal maniobra.

Al respecto, el defensor trató de derruir el indicio, con el argumento de que los hechos no fueron demostrados acudiendo como atrás se analizó al contraindicio de que no es posible que los padres hubiesen colocado en situación de riesgo a su hija y a su nieta, y como ello no es posible, mienten respecto del motivo por el cual ellas salieron de su casa aquel día 23 de noviembre de 2013.

Sin embargo, ello no coincide con los hechos demostrados y las inferencias a las que ellos nos conducen, puesto que no fue fácil para los padres aceptar la salida en esas condiciones, al punto que **MIDT**, se vio obligada a explicar las razones de peso que tenía para asistir a la cita, y fue en ese momento en que venció el temor que sentía por la reacción de su padre cuando se enterara del parentesco entre su hija y su primo **MISD**, y lo puso al tanto de la situación, como así lo da a conocer el señor SEDB, en su testimonio rendido en juicio.

También, porque ante la reacción permanente de enojo del acusado y el cambio que ella percibió como positivo, y que le produjo alegría, no estaría dispuesta a arriesgarse a que **MISD**, retornara a su estado de alteración. Además, no debe olvidarse que aquel, sabía cuál era la debilidad de su víctima, su situación económica, que fue lo que la obligó a pedir el apoyo alimentario para su hija, en lo que se incluye por supuesto el tema del vestuario, al punto que al momento de concertar el encuentro, la observa en su presentación personal y se percata de la necesidad que podía tener en cuanto a un cambio de zapatos.

Entonces, no tiene sentido que la defensa atribuya algún tipo de responsabilidad en la muerte de sus familiares a los señores SEDB y NTS, ni a la víctima por haber confiado y salir al encuentro.

También trató de desvirtuar esta relación entre el acusado y el lugar de fallecimiento de las víctimas, determinando inconsistencias en los términos en que se concertó la fatídica reunión, pero advertimos en anterior oportunidad, que nunca se desacreditó a los testigos impugnando su credibilidad, y tampoco ellos incurrieron en contradicciones; puesto que NTS, en ningún momento de su testimonio adujo que su hija hubiese sido citada a través de llamada telefónica y por su parte SEDB, en su respectivo testimonio, dijo que frente a esta situación, no sabía si la citación había sido por teléfono o personalmente[56].

Una cosa sí es cierta, el motivo del encuentro y lugar, fueron comunicados por el acusado a su víctima, de manera personal, cuando tuvieron que reunirse el 20 de noviembre de 2013, a efectos de llevar a cabo la prueba de sangre para establecer el ADN, que demostraría o no la paternidad atribuida al acusado, como así está demostrado con el reporte de los resultados, y lo da a conocer la testigo MMGG, pues fue precisamente en esa fecha, que la miró con vida por última vez.

[56] CD No. 3.Segundo audio. Audiencia del 27 de enero de 2016. Record: 00:28:47

Y si bien no es posible establecer cuál fue el medio que se utilizó para fijar el día y hora, porque faltó realizar un seguimiento telefónico al celular de la víctima, tanto por la Fiscalía como por la defensa que también tiene facultades investigativas, es un hecho cierto, que tuvo ocurrencia un segundo contacto antes del encuentro, lo cual se confirma por la salida misma el día 23 de noviembre de 2020, y por el sitio en que fueron encontrados los cadáveres, que fue precisamente aquel al que debían llegar las víctimas, tal como **MIDT** lo informó a sus padres.

La defensa acude también, al contraindicio de la mentira, por parte de la víctima, aplicando la regla de la experiencia según la cual, en muchas ocasiones, una persona dice que se va a encontrar con alguien y en realidad se mira con otra persona. Sin embargo, hay al menos dos factores que respaldan la historia de **MIDT**, a saber:

En primer término, ella mencionó a sus padres que debía desplazarse cerca del Rio Cimarrones, en el punto de Aguas Calientes, y ese fue el sitio en el que precisamente se encontraron su cuerpo y el de su hija ya sin vida.

En segundo lugar, no se tiene antecedentes de que fuese una persona acostumbrada a mentir, y sí revisamos su historia de vida inmediatamente anterior a su fallecimiento, por el contrario, se determina que en todas sus manifestaciones dijo la verdad.

Dijo por ejemplo que el padre de su hijo mayor K era el señor MEE, y se confirmó tal hecho, al punto que antes de su deceso, él ya había reconocido al niño y se encontraba cumpliendo su obligación alimentaria, como bien lo explicó SEDB y lo aclaró Doris Yolanda Jurado Zapata, Defensora de Familia del Centro Zonal Pasto 1 del ICBF, cuando dio a conocer que el trámite que se llevó a cabo en su oficina, respecto al señor E, se relacionaba con la fijación de cuota alimentaria.

Dijo en vida, que el señor **MISD**, era el padre de su hija **ASDT**, y después de fallecida, la prueba científica respaldó su palabra.

Entonces, ¿por qué razón no debemos escuchar su voz, transmitida a través de sus confidentes y sus padres?. Si dijo la verdad en cuanto a la paternidad, entonces dijo la verdad en cuanto al comportamiento agresivo del acusado y también en relación al encuentro con él.

Y no puede pensarse, que los señores SEDB y NTS, incluyeron el sitio en el que se llevaría a cabo la reunión de su hija y nieta con **MISD**, una vez que se conoció el del hallazgo de los cadáveres, porque ese dato, lo suministraron desde que iniciaron sus pesquisas, para ubicar a sus familiares desparecidas; pues así lo dio a conocer el señor Corregidor del S, Luciano Eulises Ricardo Yela, quien explica que se enteró de la desaparición cuando el señor DB, le pidió ayuda para buscarlas porque llevaban cuatro días sin saber de ellas, y que lo último que se enteraron fue que acudieron a un encuentro con el hoy acusado, en el punto conocido como "Agua Caliente" para entregarle una ropa para la niña.

Este indicio de oportunidad, se relaciona también con la posibilidad de acceso al sitio de encuentro y de hallazgo de los cadáveres, por parte del acusado, ya que este se ubica en un terreno de propiedad de su padre el señor GS.

Frente a este hecho, la defensa aduce que no se acreditó que efectivamente el lugar haga parte de las propiedades del precitado, sin embargo, acogiendo el principio de libertad probatoria, para el caso, no se requiere certificados de tradición o escrituras públicas; basta con el conocimiento de los residentes del sector que identifican plenamente el sitio como de dominio del señor GS. Así quedó registrado en el acta de Inspección de cadáver[57], conforme a las averiguaciones en ese momento adelantadas; y se respalda a través de varios de los testimonios que desfilaron en el Juicio Oral, entre ellos los señores MLP, el señor corregidor LERY, el señor IWMJ, quien encontró los cadáveres[58] y los padres de la víctima, que conocían muy bien la zona, por ser precisamente familiares del acusado y su padre.

Este indicio de oportunidad, se da entonces por dos aspectos: el primero porque fue **MISD** quien concertó un encuentro con las víctimas en el lugar en el que ocurrió el homicidio y el segundo porque fueron citadas a un sitio al que él podía acceder, por hacer parte del terreno de su padre GS.

v) Indicio de finalidad de la conducta

Al respecto se cuenta con los siguientes hechos demostrados:

[57] Página 1 Inspección técnica a cadáver de las víctimas- Fl.s 110 y 116 Carpeta Principal
[58] CD No. 3. Primer audio. Audiencia del 28 de enero de 2016. Record: 00:08:42

-La desaparición, hecho que resulta de utilidad también para este análisis, plenamente demostrado en todo el conjunto probatorio.

- La forma en que se ocultaron los cadáveres, a una profundidad en la tierra, de 1,10 mts., según lo testificó el investigador de la SIJIN Nelson Eduardo Cerón López. Entierro del que también da cuenta el señor IWMJ, quien fue la primera persona que encontró sus cuerpos sin vida, al ser parte del grupo de búsqueda de las desaparecidas[59].

- La forma en que se inhumaron los cuerpos, dejando a **MIDT** únicamente con las prendas de vestir de la cintura para arriba y su celular colgado en un bolso de su cuello, y para la niña **ASDT**, con la malla inferior hacia las rodillas.

- El número y tipo de armas que se involucran en el ataque, que fueron tres: arma de fuego, arma cortopunzante y arma contundente. Hecho que se demuestra con los testimonios de los médicos forenses Francisco Villota Basante y Liliana Cristina Hidalgo Bravo y los correspondientes informes de necropsia.

- Las heridas causadas a las víctimas, conforme también con la prueba antedicha, cuya descripción es la siguiente:

Respecto de **MIDT**.

DESCRIPCIÓN DE LESIONES TRAUMATICAS
DESCRIPCION DE LESIONES POR ARMA DE FUEGO (CARGA ÚNICA)

1.1 Orificio de entrada irregular de 0.8x1cm localizado en el lóbulo de la oreja izquierda, con tatuaje de 2.5x2 cm a 13 cm del vertex y a 9.5 cm de la línea medial anterior.
1.2 Sin orificio de salida, se recupera proyectil de color gris, deformado en los tejidos blandos del cuello en su parte izquierda.
1.3 Lesiones. Herida de piel plano muscular, fractura de la parte inferior de la porción timpánica del hueso temporal izquierdo y plano muscular donde se recupera el proyectil de color gris.
1.4 Trayectoria de arriba hacia debajo de izquierda a derecha y de atrás hacia adelante.
DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES POR ARMA BLANCA
1.1 Herida abierta puntiforme 0,5 cm localizada en el reborde costal derecho a 8 cm de la línea media anterior y a 60 cm del vertex.
1.2 Profundidad de 5 cm
1.3 Lesiones heridas en piel, plano muscular penetra por debajo del reborde costal derecho perforación de diafragma y perforación del lóbulo derecho del hígado y hemoperitoneo escaso.
1.4 Trayectoria de adelante hacia atrás, de abajo hacia arriba y de derecha a izquierda.
2.1 herida abierta puntiforme 0.5 cm localizada en el epigastrio izquierdo a 1 cm de la línea media anterior y a 44 cm del vertex.
2.2 Profundidad de 8 cm
2.3 Lesiones: herida en piel, plano muscular, perforación de diafragma, perforación del lóbulo izquierdo del hígado, perforación de pericardio y perforación ventricular posterior en su parte media con compromiso dela arteria descendente posterior y hemopericardio.
2.4 Trayectoria: de adelante hacia atrás, de abajo hacia arriba y de derecha a izquierda.
3.1 herida abierta puntiforme 0.5 cm localizada en la parte izquierda del cuello, a 7 cm de la línea media anterior y a 34 cm del vertex.
3.2 Profundidad de 2 cm
3.3 lesiones: herida en piel y plano muscular.
3.4 Trayectoria: de izquierda a derecha.
DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES POR OBJETO CONTUNDENTE
Seis heridas abiertas mytr 1 y 3 cm, localizadas en la región temporal y parietal derechas de bordes irregulares[60].

Respecto de la menor **ASDT** son las siguientes:

DESCRIPCIÓN DE LESIONES TRAUMÁTICAS
DESCRIPCIÓN DE LAS LESIONES POR ARMA BLANCA

1.1 Descripción Lesiones: Dos heridas de 0,3 por 0,2 cms, (0,5 cms de distancia entre las heridas), de bordes regulares, con equimosis de color morado de 2 cms de diámetro peroifesional concéntrica, a 1 cm de la línea meda anterior y a 34 cms del vértex, un poco a la izquierda del extremo esternal.

[59] CD No. 3. Primer audio. Audiencia del 28 de enero de 2016. Record: 00:08:42
[60] Folio 100. Informe de necropsia elaborado por el Dr. Francisco Villota.

1.2 Profundidad: aproximada 4 cms.
1.3 Lesiones: Piel y plano muscular de región paraxifoidea izquierda. Pericardio con dos laceraciones puntiformes inferiores, contiene coágulo y sangre a tensión. Dos heridas lineales de 0,3 cms en corazón, una en ápex, compromete surco interventricular y otra en pared anterior de ventrículo izquierdo. Sección distal de arteria descendente anterior.
1.4 Trayectoria anatómica: Plano horizontal: En el plano. Plano coronal: Antero-Posterior. Plano sagital: En el plano.
DESCRIPCIÓN DE LASLESIONES POR OTROS
DESCRIPCIÓN LESIONES
Herida de 0.1 cm de diámetro, bordes regulares, a 4 cms de línea media anterior y a 38 cms del vértex en reborde costal izquierdo, al disecarla no es penetrante a abdomen solo.
Herida de 0,1 cm de diámetro, bordes regulares, a 6 cms de línea media anterior y a 43 cms del vértex en flanco derecho, al disecarla no es penetrante a abdomen, solo piel[61].

Veamos ahora, que nos dicen estos hechos.

Según el análisis de la Defensa, la finalidad delictiva era ocultar un delito sexual a través del homicidio de las víctimas, lo que se deduce de la ausencia parcial de las prendas de vestir en el cuerpo de **MIDT** y de encontrarse la malla de la niña en sus rodillas, aunque por supuesto critica que no se haya ahondado en la investigación de esta hipótesis por parte de la Fiscalía.

Sin embargo, la Sala no comparte tal inferencia, por las siguientes razones:

Claramente se evidencia una intención de ocultar el homicidio y cualquier otro delito si es que lo hubo, a través de la desaparición de **MIDT** y su hija **ASDT**, lo que se evidencia por el sector y la forma en que fueron inhumados sus cuerpos.

Si bien en este punto hay una diferencia de percepción en cuanto al análisis adelantado por la primera instancia, encuentra la Sala, que el entierro, no fue tan superficial, puesto que el testigo Nelson Eduardo Cerón López, refiere que estaban a 1,10 mts., de profundidad.

Dicho dato, lo debemos contextualizar de manera ajustada al conjunto fáctico y la situación de anormalidad de la muerte de las víctimas, pues no se trata de una acción desplegada a la manera en que se adelantan unas honras fúnebres por parte de familiares y allegados, sino de la que adelantó la persona que atentó contra su vida.

Entonces, la profundidad de 1,10 mts., corresponde a una circunstancia que claramente indica la intención de ocultar los cadáveres como evidencia del homicidio.

Ahora bien, el señor IWMJ, quien encontró los cadáveres[62], señaló al respecto lo siguiente: "*…Cuando llegamos al potrero de don GS, ya encontramos una parte como tierra, así suelta y un tronco y unas moras, entonces fue cuando yo decidí hacer ya un medio raspado y con la peinilla le hice ya así y encontramos que eran los pies de una persona…*"

Al respecto, es importante resaltar que el hallazgo en tales circunstancias, no se hubiera dado si la búsqueda no hubiese cambiado de perspectiva, es decir si la misma no llevara implícita la hipótesis de que las personas desaparecidas ya habían fallecido.

Nótese que, en el caso, como suele ocurrir ante una desaparición, lo primero que se hace es adelantar averiguaciones entre familiares y amigos, porque la primera alternativa en la que se piensa es en encontrar a la persona con vida. De ahí que las primeras llamadas se hicieran a personas como MMGG y GETE.

Y fue precisamente, la conversación que adelantó MMGG, con O, hermano y tío de las víctimas, lo que los alertó respecto de las amenazas provenientes del acusado, al punto que tal como ella lo describe, entró en pánico, y recordó además que le había pagado a **MI**, $ 18.000 por la compra de un carbón, por lo que indagó por si dicha suma de dinero estaba en su casa, a lo cual el interlocutor, adveró que sí, al igual que la cédula. Tal detalle permitía inferir que la salida no se hizo con el plan de no retornar al hogar.

[61] Folio 104. Informe de necropsia elaborado por la Dra. Liliana Hidalgo.
[62] CD No. 3. Primer audio. Audiencia del 28 de enero de 2016. Record: 00:08:42

El pánico que sintió la testigo, indica que su pensamiento la llevó a la alternativa relacionada con la muerte de su amiga, al punto que les recomendó buscar en la zona; y así lo hicieron, pero ya con la idea que descartaba el encuentro de las desaparecidas con vida.

Ahora, que en esa búsqueda no se hubiera acudido inmediatamente, ante el señor **MISD**, por ser la última persona con quien las víctimas se encontrarían, se justifica por la explicación suministrada por sus padres, quienes manifestaron que **MIDT** había planeado ir a donde su abuela, después del encuentro con el precitado.

Además, porque resulta lógico aceptar que lo último que se pueda pensar es en la muerte, y que en ello tenga algo que ver un familiar, quien era primo de **MIDT**, y sobrino de su madre NTS.

De tal forma, que de no adelantar la búsqueda pensando en encontrarlas sin vida, en la zona en la que fueron citadas por el acusado, no hubiese sido posible el hallazgo de los cadáveres, no hubiese sido posible tampoco detectar la remoción de tierra, el cubrimiento con la vegetación de la zona y menos pensar en utilizar una peinilla para descubrir los cuerpos. O al menos, el período de desaparición hubiese sido mucho más prolongado, que el que transcurrió entre el 23 y 28 de noviembre de 2013.

Se confirma así, el hecho de que la intención inicial del agresor era la desaparición de sus víctimas, para precisamente ocultar el homicidio evitando que se encuentren fácilmente o retardando su hallazgo para dificultar la investigación que se iniciaría indefectiblemente.

Ahora bien, lo anterior no descarta que la finalidad inicial y definitiva haya sido perpetrar el homicidio, a lo cual nos conduce claramente el tipo y número de armas y la clase de lesiones perpetradas sobre la humanidad de las víctimas.

Al efecto tenemos en cuenta que había ya un plan preconcebido para ubicar a las víctimas en un sitio que impediría según el acusado, que sean vistos por su hermano A, pero de paso, impediría que tuviesen acceso visual otras personas.

Si bien el sitio no era selvático o de imposible acceso, porque hacía parte de una finca dedicada a la agricultura, tampoco era de frecuente visita, si nos atenemos al tiempo que pasó hasta encontrar los cadáveres y al hecho de que el hallazgo fue el resultado de buscar a las desaparecidas con la idea de su fallecimiento.

Era tal la intención de la persona que atacó a las víctimas, de acabar con su vida, que llevó al menos dos tipos de arma, que no encontraría en el sitio de reunión, es decir el arma de fuego y el arma cortopunzante, cuyo empleo tenía desde el inicio un objetivo definido como se evidencia en los cadáveres. Con el arma de fuego se atacó a la mujer adulta y en su contra se utilizó además, el arma cortopunzante; respecto de la niña, únicamente la última, de manera proporcional a la oposición que se pudiera generar de su parte.

Si la finalidad del ataque hubiese sido de tipo sexual, sólo una de las armas era suficiente para la intimidación, tal vez la de más fácil acceso, la cortopunzante. Entonces ¿por qué llevar también el arma de fuego?.

Además, la forma en que se utilizaron las armas, incluyendo la que pudo improvisarse como elemento contundente, demuestra la firme intención de matar, en tanto que para **MIDT**, el arma blanca, se introdujo en su cuerpo con una profundidad de 8 cms[63] en órganos vitales de su humanidad, el arma de fuego en su cráneo, también en parte vital, y el elemento contundente en su rostro.

Respecto de la niña, las heridas también estuvieron dirigidas a su corazón lo cual le causó la muerte[64], con elemento o arma similar a la utilizada contra su madre, de tipo puntiforme.

Se nota también, que para las dos víctimas, sus extremidades superiores e inferiores no presentaron lesiones.

La forma del ataque, indica sevicia (crueldad excesiva, malos tratos), en la medida en que se asestaron golpes en el rostro y cabeza de la víctima adulta, un disparo también en la cabeza y el empleo de arma punzante en órganos vitales de su cuerpo. Esta sevicia se evidencia más como una modalidad de ensañamiento o crueldad contra una mujer, un despliegue de odio o furia, que resulta más compatible con el comportamiento agresivo que ya había asumido el acusado hacia su prima **MIDT**.

---

[63] Página 4 Informe pericial de Necropsia de MIDT - Fl. 100 Carpeta Principal
[64] Página 1 Informe pericial de Necropsia de Alison Selena Delgado Torres - Fl. 107 Carpeta Principal

La finalidad no era otra que perpetrar el homicidio, más que un delito de tipo sexual, además porque de aceptarse este último o haberse logrado su demostración, implicaría, la ocurrencia de un concurso delictual, más no anular la existencia de una finalidad inicial relacionada con el doble homicidio, ateniéndonos también al hecho de que **MIDT** debía llegar al sitio de encuentro acompañada de su hija **ASDT** quien era también objetivo del agresor.

vi) Indicio de manifestaciones o conducta posterior del acusado

Para este apartado, la prueba aporta los siguientes hechos:

- La persistencia del enojo que le había causado al encartado, la actitud de la víctima al haber acudido a las vías legales, cuando se mostró reacio a dialogar con sus padres, frente al interrogatorio adelantado por el paradero de las desaparecidas, tal como lo reseñó NTS, cuando les dijo "*yo estoy bravo porque estoy demandado*".

- El presagio que realizó el acusado a los padres de **MIDT**, cuando ellos lo ubicaron en casa de su novia, en sus labores de búsqueda, y le interrogaron sobre el paradero de su hija, ante lo cual palabras más, palabras menos, advirtió que, si algo le hubiese ocurrido a ella, no sería su responsabilidad. Aspecto que se demuestra con el testimonio de SEDB y NTS.

- Con lo reseñado por los anteriores, se demuestra también, el interés que persistía en el acusado, de seguir ocultando su relación con su prima **MIDT**, cuando les reclamó por haber pasado primero por la casa de sus padres en lugar de hablarle a él directamente.

- Con el testimonio de los padres y abuelos, SEDB y NTS, se establece también que el acusado, negó la concertación del encuentro con su prima para entregarle una ropa a la niña.

- Indiferencia del encartado, ante las actividades de búsqueda de su prima **MIDT** y la niña, cuando habían desaparecido y ausencia en los actos funerarios luego de que fueran encontradas muertas, según lo manifestado por los padres de la primera.

- Finalmente, las comunicaciones que adelantó el acusado con la Defensora de Familia del trámite administrativo de filiación, para conocer los resultados de la prueba de ADN y determinar la incidencia en el mismo, de la desaparición y posterior muerte de **MIDT** y **ASDT**

Entre estos fácticos, especialmente el anticipo a un resultado negativo de la búsqueda y la indiferencia por lo ocurrido, denotaría en el acusado, un sentimiento de culpa, como el que proviene de quien tiene conocimiento cierto del desenlace fatal de las desaparecidas, como así lo dedujo la primera instancia, y fue lo que el sentido común les permitió percibir a sus familiares.

Sin embargo, la Sala considera que este indicio por sí solo es meramente circunstancial, ya que podría hacerse otra lectura, en la medida en que el interrogatorio realizado por los familiares de las mujeres desaparecidas, llevaba implícitos un reclamo y una acusación, lo cual deterioraría la relación familiar, al punto que le convendría no participar de la búsqueda ni asistir a los funerales.

Sin embargo, sí resultan de mayor significancia aquellos hechos relacionados con la persistencia del disgusto que **MIDT** había ocasionado el que demandara a **MISD**, y el interés que siempre puso en evidencia con aquella, para que su familia no se enterara de su relación; lo que resulta consistente con los indicios de manifestaciones anteriores y móvil que ya hemos expuesto.

Igualmente, la actitud del precitado de negar que había citado a las víctimas con el pretexto de entregar un vestuario a la menor, indica claramente que sabía que aceptar tal hecho implicaba aceptar el encuentro, y por ende su intervención en el desenlace fatal.

vii) Indicio de coartada

Este aspecto, se constituye en la principal arma defensiva con la cual se trata de eliminar todos aquellos indicios que incriminan al acusado, en la medida en que se presentaron varios testigos que dan cuenta de las actividades adelantadas por él, en la fecha en que tuvo ocurrencia la desaparición de **MIDT** y su niña **ASDT**, especialmente en la hora en que fueron vistas por última vez con vida.

MISD rinde interrogatorio[65], negando como es de esperar, su autoría en el doble homicidio del que se le acusa, por lo que no solamente negó varias de las circunstancias que lo comprometen, sino que pasó a explicar su jornada del día 23 de noviembre de 2013, y como respaldo de su versión se presentaron en juicio sus compañeros de trabajo y amigos, los señores AIPM y MLP, también el señor LFTM quien atiende un negocio en la vereda S G, y su tío ETS.

AIPM, informa que estuvo con el acusado trabajando en predios del papá de aquel, el señor GS, esto es, de 8 a.m. a 4 p.m. y que al finalizar aquella jornada, fueron a casa del señor GS a comer, miraron un partido de futbol en el que uno de los equipos era el Deportivo Pasto y finalmente a las 6 p.m. se despidió y **SD** mencionó que luego de bañarse pasaría hacia la vereda S G, lugar donde residía la novia.

Por su parte, LFTM, quien atiende un billar en la vereda S G, manifiesta que ese día sábado 23, el señor **SD** llegó a dicho lugar, se saludaron, y él siguió atendiendo a su clientela; que el precitado estuvo ahí entre las 6:00 p.m. y 7:30 p.m., luego de lo cual, "*como que se fue donde la novia de él*" con D quien vive con los papás.

MLP, reside en la Vereda S G, amigo y compañero de trabajo del acusado, recuerda la fecha de hallazgo de los cuerpos de las víctimas que ocurrió el 28 de noviembre y por lo especial del hecho recuerda que fue un jueves. Respecto de las actividades del señor **SD**, describe su rutina, ya que generalmente pasaba por su casa entre 6:00 y 7:00 en dirección de la de la novia, y sobre el 23 de noviembre afirma que también ocurrió lo mismo, y cuando se le interroga por la hora en la que arribó a su destino, menciona que "*supuestamente*" había llegado por allá de 6:30 a 7:00.

ETS, tío del acusado y de la occisa **MIDT**, y padrastro de DAJB, da a conocer la relación de convivencia existente entre ella y su sobrino, quien llegaba normalmente a quedarse en su casa, en horas de la noche, informa que para el día 23 de noviembre, él llegó entre 6:30 p.m. y 7:00 p.m. y se quedó hasta el otro día.

En general, el relato de los anteriores testigos, dan cuenta de una rutina, pero no hay un punto de referencia que nos permita diferenciar cuál fue el itinerario del acusado después de las 6:00 p.m., pues hasta esa hora, al menos se indica que había un partido de futbol, en el que participaba el Deportivo Pasto.

Después de la seis, el señor **SD** es ubicado en dos sitios al mismo tiempo, ya que LFTM, informa que estuvo en el billar entre 6:00 p.m. y 7:30 p.m. y por su parte ETS, lo ubica llegando a su casa entre 6:00 p.m. y 7:00 p.m., lo cual no nos brinda seguridad, para establecer si lo que estaban describiendo era lo que generalmente hacía el acusado, o fue lo que ocurrió el 23 de noviembre de 2013, porque de aceptarse lo último, uno de los dos o los dos está equivocado.

Por otra parte, los testigos LFTM y MLP, no brindan seguridad en su relato, cuando el primero explica que luego de las 7:30 p.m. "*como que se fue donde la novia de él*" refiriéndose al acusado, y el segundo, aduce que "*supuestamente*" éste había llegado a donde la novia, entre 6:30 p.m. y 7:00 p.m.

Así mismo, no hay coincidencia en la interpretación que se hace de la rutina según lo declarado por el grupo de amigos del acusado y el señor ETS; en cuanto que aquellos refieren que iba a la Vereda S G a visitar a la novia y el último, menciona que había una relación de convivencia y no de noviazgo.

Claro que una relación sentimental, no tiene por qué ser de conocimiento público, pero en este caso es relevante, la percepción que se tuviera de las actividades diarias del acusado, ya que la primera versión daría a entender una estadía pasajera, y la segunda una de tipo permanente. Situación que le daba la oportunidad al acusado para ocultar en medio de esa rutina la acción que desplegaría en contra de **MIDT** y su niña **ASDT**, cumpliendo con el encuentro previamente organizado y su objetivo, pues no debemos olvidar, que es un hecho cierto que él las citó para que se encontraran ese día 23 de noviembre a las 6:30 p.m.

Igualmente, se denota que el señor **SD**, mantenía una doble residencia, puesto que en el día y hasta las siete de la noche aproximadamente, permanecía en la casa de sus padres y luego en la de su novia, lo cual también debió aprovecharse, para que nadie se percatara en qué lugar exacto estuvo, a la hora en que debía encontrarse con las víctimas, que precisamente era la hora en que normalmente se trasladaba de un lugar al otro.

Es de anotar también, que entre todos los sitios de contacto entre la víctima y el acusado, no solo hay nexos territoriales sino familiares, cuando en común tenían la casa de la abuela IS, a la cual **MIDT**, había planeado ir, luego

[65] CD No. 3. Segundo audio. Audiencia del 28 de enero de 2016. Record: 00:21:50.

del encuentro con el acusado, y en cuanto a su proximidad en todos los puntos estratégicos, entre 15 y 20 minutos, caminando.

Es decir, que el sitio al que fue convocada **MIDT**, era de fácil acceso para el acusado, no solo por pertenecer a su familia, sino también por ser cercando a la casa de sus padres y a la casa de su novia, como así lo explicó el señor AIPM, al brindar información sobre el tiempo aproximado que se puede tardar una persona ubicada desde la casa de los padres del acusado al sitio de hallazgo de los cadáveres y del mismo punto de referencia a la casa de la novia, señalando que el primer tramo queda a unos diez minutos caminando y el segundo a tres minutos.

Lo analizado es suficiente para considerar que la coartada brindada por el señor **MISD**, no es contundente para derruir la fortaleza de los indicios en su contra.

Ahora bien, al encontrar en el caso, una situación de vulnerabilidad persistente en los últimos años de vida de **MIDT** y de toda la vida de **ASDT**, se exige flexibilizar el estándar probatorio para privilegiar los hechos que se demuestran por la vía indiciaria sobre la directa, como se pasa a ver.

Aplicación de la Perspectiva de Género para flexibilizar el estándar probatorio

En el *sub examine*, encontramos que las víctimas son dos mujeres, madre e hija, adulta y menor de edad, pertenecientes al sector rural, más precisamente del Corregimiento del S, cuyo núcleo familiar estaba integrado además por un niño fruto de otra relación.

MIDT, era una madre sin pareja sentimental, dedicada al cuidado de sus hijos, a la agricultura, el ordeño como actividades propias de su diario de vivir; si alguna vez salió de su lugar de residencia, fue para dedicarse al oficio doméstico en la ciudad de Cali, así que sus ingresos no eran suficientes para el sostenimiento de los menores a su cargo, a pesar del apoyo de los abuelos SEDB y NTS.

Resultaba entonces más que justo, luchar para que los padres de sus hijos asumieran en parte la responsabilidad de su crianza, ya que por ser menores de edad no podrían valerse por sí solos, y ostentaban iguales derechos que cualquier otra descendencia.

No debió ser fácil, asumir la responsabilidad de manera solitaria, cuando ya tenía un hijo de quien su padre tampoco quería cumplir con su obligación alimentaria, por lo que debió batirse con tan solo su mano de obra como motor económico para el sostenimiento de su prole que de un momento a otro se incrementaba con un ser humano más. Sus ingresos eran insuficientes como así lo hizo conocer a la defensora de familia[66].

En definitiva, **MIDT**, era madre cabeza de familia, se encontraba en situación de vulnerabilidad y por lo tanto era sujeto de especial protección; como así lo explica la Corte Constitucional en la sentencia **T 027 de 2017**.

Claro lo anterior, debemos también atender los lineamientos de la sentencia **T 878 de 2014**, que nos explica varios aspectos de la violencia de género, de los cuales encontramos al menos dos de ellos en la situación vivenciada por **MIDT**.

El primero relacionado con el hecho de que como mujer, le correspondió asumir la obligación de velar pos sus hijos independientemente de que no fueran reconocidos legalmente por sus padres, y en lo que concierte a **ASDT**, cuando tomó la decisión de comunicarle a **MISD**, sobre su responsabilidad, inmediatamente se hizo a un lado, reacción muy frecuente en aquellos hombres que quieren minimizar la importancia de una relación como aquella que entabló con **MIDT**.

Se presenta en estos escenarios, una lucha que puede tardar años, y en ese interregno, quieran o no, cumplen con el rol que la sociedad les ha asignado como madres cabeza de familia, sometidas a que los padres duden de sus afirmaciones, cuando son señalados como tales, y exigen una prueba de ADN, no solo por esas dudas, sino además por lo conveniente que resulta retardar el cumplimiento de la obligación alimentaria que la paternidad representa.

Se trata aquí de un tipo de violencia invisible, o que al menos resulta generalizada y aceptada, al punto que en varias de sus intervenciones el señor defensor, hace eco de este patrón cultural, cuando fue enfático en afirmar que las dudas constituían un derecho de su prohijado, sin percatarse que más bien era un derecho de la menor **ASDT**, conocer quién era su padre.

[66] Fl. 135 Carpeta principal

Se ven sometidas también, a que se cuestione el tipo de relación entablado, como una relación de "*momento*", conforme la describió el acusado, o como "*ocasional*", como la tildó su defensor, sin percatarse que no por lo fugaz del momento o lo ocasional del encuentro es menos importante que cualquier otro vínculo, para la vida de quien en tales circunstancias es concebido, y la madre que decide continuar con el embarazo y responsabilizarse de su cuidado.

El segundo aspecto, se presenta por la actitud agresiva del acusado, quien a lo largo de los contactos que tuvo con la víctima, la intimidó para que en primer lugar no demandara y luego cuando no acató sus exigencias, a manera de retaliación amenazarla; en lo que se refleja un factor de dominio masculino, bajo el cual pretendía que, bajo la presión ejercida, **MIDT**, hiciera lo que él deseaba, aún si no tuviera la razón.

Existía aquí un tipo de violencia oculta a los ojos de terceros, incluyendo a los padres de la mujer afectada, pues el agresor siempre procuró poner en evidencia su enojo, cuando estaban a solas, propio del perfil de los hombres trasgresores de género.

Bajo este contexto, la sentencia T 027 de 2017, exige *(v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes.*

Y vemos que, en este caso, las pruebas directas son insuficientes, ya que no se encuentra ningún testigo que haya presenciado el momento exacto del ataque perpetrado en contra de **MIDT** y su hija **ASDT**, pero la indiciaria mirada en su conjunto resulta contundente en incriminar al acusado **MISD**, como el autor del doble homicidio de las precitadas.

Y esa es la conclusión a la que se llega, con base en los indicios construidos, pues el precitado había realizado actuaciones precedentes que indicaban su interés en que su relación con **MIDT** no fuera conocida, pues le exigía de manera amenazante que no acudiera a las vías legales, y cuando ello ocurrió surgió en él una animadversión que lo llevó a continuar con su actitud amenazante, surgiendo así un motivo para ultimar a la precitada y de paso a la persona que representaba el nexo entre ellos.

Así que urdió un plan, aparentando un cambio de actitud, que a los ojos de MIDT, la llenó de alegría al punto, que bajó la guardia y decidió aceptar un encuentro, que fue concertado por el acusado, obteniendo así la oportunidad de llevarla hacia el sitio, nuevamente a solas, como lo había hecho en los anteriores actos de agresión. Lugar en el cual apareció muerta junto con su hija, lo cual indica claramente que dicha reunión se realizó efectivamente y que el objetivo de llevar a las víctimas ahí, era acabar con sus vidas, utilizando para ello tres tipos de armas, un arma de fuego, un arma cortopunzante y otra contudente.

Las heridas y las armas que las produjeron, se encuentran más que detalladas en los informes de necropsia, indicando la crueldad y sevicia con que se perpetró el ataque dirigido siempre a órganos vítales de las mujeres, para asegurarse del resultado homicida.

CONCLUSIÓN

La prueba indiciaria analizada en su conjunto, conduce a demostrar la responsabilidad de **MISD**, en el doble homicidio perpetrado en contra de **MIDT** y su hija **ASDT**, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia, la cual resulta acertada conforme al análisis adelantado que respalda la posición acusadora, para mantener la sentencia condenatoria.

Resta, determinar, otro de los planteamientos defensivos, aunque en el fondo resulta en su contexto integral contradictorio, pero es importante abordarlo para establecer si deviene de ello alguna consecuencia favorable para el acusado. Tiene que ver con la acusación realizada al acusado a título de AUTOR.

Modalidad de la intervención delictiva

La defensa, generó dos debates probatorios, ambos dirigidos a demostrar la participación de varias personas en la comisión de la conducta endilgada a su prohijado, solo que su planteamiento incluye como premisa tácita la intervención del señor **MISD**, de ahí que lo califiquemos en nuestro análisis como contradictorio.

En primer lugar, en cuanto a los términos de la amenaza enunciados por MMG, ya que argumentó durante el contrainterrogatorio que según la frase que hubiese utilizado el acusado, se trataría de una intervención directa a título de autor, o de una participación por la vía de la determinación.

Lo singular de este análisis, es que en ninguna de las dos hipótesis se descarta la participación del señor **MISD**.

En segundo lugar, la defensa esgrimió que el hecho de que se hubieran utilizado tres tipos de armas, indicaba indefectiblemente la participación de varias personas.

Sin embargo, el médico forense FRANCISCO VILLOTA BASANTE, explicó que es posible en el mundo fenomenológico, que las armas sean utilizadas por una persona, como por varias; y en el caso no descartó la primera alternativa, porque las heridas en el rostro y cabeza, de la mujer adulta, pese a la utilización de un arma de fuego y un elemento contundente, no fueron letales, como sí las producidas con el elemento cortopunzante, que fueron penetrantes en abdomen y tórax, lo que indicaría que las armas se utilizaron en una sucesión de ataques, por parte de la misma persona.

Entendido lo anterior, en cuanto a que las dos hipótesis son posibles, en las que no se descarta la participación de una o varias personas, aunado al hecho demostrado de que el acusado fue quien propició que las víctimas llegaran al sitio donde fueron ultimadas, nos permite tener claridad en que en uno u otro evento, él tuvo intervención.

Entonces, los planteamientos de la defensa, estarían encaminados más bien a generar una duda en cuanto a la forma de participación de su prohijado, y no tanto en descartar su intervención en el hecho delictivo, pero si aceptáramos en gracia de discusión esta postura, no resultaría procedente aplicar la duda a favor del señor **MISD**, en la medida en que ningún beneficio punitivo le atraería ya que el artículo 29 del C.P. establece en su último inciso que el autor en sus diversas modalidades estará sujeto a la pena prevista para la conducta punible y lo mismo sucede con lo regulado en el artículo 30, cuando se estatuye que quien determine a otro a realizar la conducta incurrirá en la pena prevista para la infracción.

Siendo así, por principio de congruencia, lo que coincide además con lo demostrado, el proceso de adecuación jurídica debe mantenerse en los términos formulados en la acusación.

2.5. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL

En el *sub examine* tenemos que se inició persecución penal en contra del procesado, habida cuenta de la posible comisión de los delitos de Homicidio Agravado y Porte Ilegal de Armas de Defensa Personal, en virtud de los hechos ocurridos el 23 de noviembre de 2013. Posterior a ello se le formuló imputación el 2 de mayo de 2014, acto en el cual se le comunicó la presunta comisión de los punibles ya reseñados, es de anotar que tal diligencia suspendió el lapso de prescripción que venía corriendo y permitió un nuevo conteo, pero ahora por la mitad del máximo de la pena a imponer.

En ese sentido si el máximo de la pena consagrado para el delito de Porte Ilegal de Armas de Defensa Personal es de 12 años, empero a partir de la formulación de imputación comenzó a correr un nuevo período prescriptivo por la mitad del máximo de la pena imponible, diáfano se concluye que el lapso de prescripción para el presente evento era de 6 años y si tomamos como fecha de partida del 2 de mayo de 2014 el término se cumplió el pasado 1 de mayo de 2020.

En ese sentido, al tratarse de una situación objetiva, que ha logrado su consumación, no tiene otra salida la Sala que declarar la cesación del procedimiento que se adelanta en contra de MISD, por el delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego de Defensa Personal, consagrado en el artículo 365 del Código Penal, en virtud del acaecimiento de la prescripción de la acción penal.

2.6. REDOSIFICACIÓN PUNITIVA

En virtud de la prescripción anteriormente declarada, debe ajustarse la pena de prisión impuesta en la decisión de primera instancia.

Para el efecto debemos retomar el *quantum* fijado, que fue de 425 meses por el delito de homicidio agravado y 25 meses por el concurso delictual, aunque debe la Sala señalar, que la juzgadora no especificó cuál era el incremento por cada conducta incluida en la modalidad concursal.

Sin embargo, ello se puede establecer, dado que la pluralidad de delitos se presenta por un lado por el Homicidio perpetrado en dos víctimas, y por otro por el delito de Porte Ilegal de Armas, para los cuales corresponderá en consecuencia, dividir el incremento de 25 meses entre dos, para un monto de 12 meses y 15 días por cada conducta.

Así, el ajuste punitivo se realizará disminuyendo del total de la pena impuesta de 450 meses de prisión, el valor indicado de 12 meses y 15 días, dando un resultado definitivo de 437 meses y 15 días.

2.6. OTRAS DISPOSICIONES

Se encuentra necesario revisar la pena accesoria impuesta, en aplicación del principio de legalidad, que habilita la intervención de esta instancia, así el punto no haya sido objeto de la alzada.

Lo anterior, por cuanto la primera instancia fijó el monto de la sanción aludida por el mismo término de la pena de prisión impuesta, sin tener en cuenta el límite máximo fijado en el artículo 51 del C.P. que lo establece en 20 años para la inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, de lo que resulta que se debe modificar el monto y ajustarlo a dicho límite legal.

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

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia condenatoria proferida por la señora Jueza Primera Penal del Circuito de Pasto, el 9 de septiembre de 2016, en contra del señor **MISD** como AUTOR del delito de **HOMICIDIO AGRAVADO** en concurso homogéneo y sucesivo.

SEGUNDO: DECLARAR LA PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL, en relación al delito de Fabricación, Tráfico, Porte o Tenencia de Armas de Fuego de Defensa Personal, según lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: Como consecuencia **MODIFICAR** la pena principal impuesta en el numeral primero de la sentencia de primera instancia, la cual se fija en **CUATROCIENTOS TREINTA Y SIETE (437) MESES Y QUINCE (15) DÍAS DE PRISIÓN.**

CUARTO: MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia, fijando la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de VEINTE (20) años.

QUINTO: 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

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - FASES:
Ante la flexibilidad que tiene el descubrimiento probatorio, las audiencias de formulación de acusación y preparatoria no son el último escenario que tienen la Fiscalía y la defensa para descubrir evidencia, pudiéndose efectuar tal descubrimiento desde la presentación del escrito de acusación hasta el extremo de la fase probatoria del juicio oral.

DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - RECHAZO POR DESCUBRIMIENTO EXTEMPORÁNEO: Cuando el descubrimiento de evidencia o la entrega de pruebas se hace de manera extemporánea, no hay lugar a la invalidación del proceso, siempre que se haya realizado con suficiente antelación al inicio del debate respectivo, a fin de garantizar el ejercicio del derecho a la defensa en su componente de contradicción.

NULIDADES - Para que operen las ineficacias procesales y probatorias es necesario que la irregularidad evidenciada sea sustancial, y lo será cuando afecte garantías fundamentales de los sujetos procesales, violación de garantías que debe ser probada por quien la invoca.

PRUEBA SOBREVINIENTE – REQUISITOS: Su decreto procede excepcionalmente en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio.

PRUEBA SOBREVINIENTE – La parte que pretende su decreto tiene la carga de demostrar su existencia y de explicar su pertinencia y admisibilidad.

Auto Interlocutorio No:	059
Radicación:	520016000485-2016-06597-01 N.I. 19446
Procesados:	VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO.
Delito:	TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES
Acta de Aprobación:	110 del 03 de octubre del 2019

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, ocho (8) de octubre del dos mil diecinueve (2019)

OBJETO DE DECISIÓN

Procedente del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto – Nariño ha llegado el proceso penal que se adelanta por el probable delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en contra de los señores VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO. Corresponde a la Sala desatar el recurso vertical interpuesto por los apoderados de la defensa en contra de la providencia proferida en desarrollo de la sesión de Audiencia Preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018, a través de la cual se despacharon las peticiones probatorias de la Fiscalía y la defensa y se negaron unas solicitudes de rechazo de pruebas por falta de descubrimiento probatorio que habían extendido los defensores de los intereses jurídicos de los acusados.

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE.

Cuenta la historia procesal que el día 18 de noviembre de 2016 la Compañía de Operaciones Antinarcóticos de la Policía de Ipiales (Nariño), en horas de la tarde, recibió información telefónica de fuente humana develando que ese día se desplazaría en horas de la noche, desde el municipio de Buesaco y hasta la ciudad de Pasto, un automóvil color gris de placa AUX 783, en el cual se transportarían sustancias estupefacientes. Por este motivo se preparó un operativo conjunto entre uniformados de dicha Compañía y funcionarios de Policía Judicial a la altura del conocido Túnel de Daza, que corresponde al perímetro urbano de Pasto, y efectivamente en el puesto de control se hizo contacto con el automotor en el que se desplazaban LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO como conductor y los

señores VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO como pasajeros.

Aduciendo motivos de lluvia, iluminación y seguridad, los policiales requirieron para que les accedieran al registro del vehículo en las instalaciones de la SIJIN de Pasto, en donde con la ayuda de un "biocensor canino" (ILONA) se logró establecer que en la parte trasera del vehículo y más exactamente en la llanta de repuesto se transportaba droga mimetizada, siendo incautados 16 paquetes envueltos en bolsas plásticas de color beige, contentivas de una sustancia pulverulenta de olor fuerte y penetrante, con características similares a la del opio, la cual reaccionó positivamente para opiáceos y derivados (Heroína) ante la prueba de Identificación Preliminar Homologada (PIPH), que fue practicada por el perito de Policía Judicial Patrullero José Cifuentes Casanova, arrojando un peso bruto de 8.005 gramos y neto de 7.800 gramos. También se encontró la suma de $3'000.000 en la caja de fusibles del automotor, en virtud de información que diera a los policiales el conductor del automóvil.

Ante la contundencia del hallazgo y la inminente captura en flagrancia, el señor VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO le ha manifestado a uno de sus captores (patrullero Hugo Oswaldo Córdoba) que "*cuanto quiere que le colabore y deja eso quieto*", al igual que las mujeres llorando les suplicaban colaboración, pero fueron inmediatamente privados de la libertad y puestos a disposición de la Fiscalía.

Las audiencias preliminares concentradas para legalizaciones de rigor frente a la captura, incautación de vehículo y dinero con fines de comiso, formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento privativa de la libertad se llevó a cabo entre los días 19 y 20 de noviembre de 2016 ante el Juzgado Promiscuo Municipal de El Tambo (Nariño), con funciones de control de garantías, en las cuales se les atribuyó coautoría en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, ESTABLECIDO EN EL ARTÍCULO 376 del Código Penal, en la modalidad agravada, dada la calidad y cantidad de estupefaciente incautado. Finalmente se les impuso medidas de aseguramiento privativas de la libertad a todos los filiados, fijándose en centro carcelario a VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO y LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO, mientras que a LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO RODRÍGUEZ lo fue en condiciones domiciliarias.

El 29 de noviembre de 2016 fue radicado escrito de acusación en contra de los cuatro imputados por el Fiscal 2º Especializado de Pasto, doctor ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ, como coautores del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (artículo 376 del Código Penal), en la modalidad agravada (artículo 384 numeral 3) por tratarse la sustancia incautada de un derivado de la amapola y ser su cantidad superior a 2 kilos. A dicho escrito de acusación fue anexado un documento contentivo de 23 elementos evidenciales como informes, entrevistas, actas de incautación, nombres de testigos y peritos.

El día 1 de marzo de 2017 fue surtida la audiencia de formulación de acusación ante el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, en la cual se realizó el traslado del escrito de acusación, que fue adicionado por la Fiscalía anexando una relación de testigos reservados y un estudio socio económico de los procesados. Se surtió la entrega (descubrimiento) de los elementos probatorios anunciados sin contratiempos; fue ratificada la acusación de coautoría en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES (artículo 376 del Código Penal), en la modalidad agravada (artículo 384 numeral 3), y se señaló como fecha para la audiencia preparatoria el 20 de abril de 2017, la cual fue aplazada a petición del abogado defensor de los intereses jurídicos de LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO RODRÍGUEZ, en virtud de que estaban adelantando conversaciones para un preacuerdo con la Fiscalía.

El 10 de mayo de 2017 fue radicada un acta de preacuerdo suscrita entre el doctor ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ, en su condición de Fiscal Segundo Especializado de Pasto, los acusados VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO RODRÍGUEZ, debidamente avalado por sus defensores de confianza, el cual no tuvo vocación de prosperidad al ser retirado unilateralmente por la doctora LUZ MIRIAM LASSO ECHAVARRIA, Fiscal Séptima Especializada de Pasto que sucedió en el trámite del asunto al Fiscal DELGADO MARTÍNEZ como delegada del ente acusador, acontecimiento que resultó válido porque ocurrió antes de que se le impartiera aprobación al preacuerdo por la Jueza de Conocimiento.

Posteriormente asumió el caso como Delegado de la Fiscalía el doctor MARIO ANDRÉS BURGOS PATIÑO, Fiscal Tercero Especializado de Pasto, con quien los apoderados de la defensa reiniciaron conversaciones tendientes a un preacuerdo, pero que nunca se concretó.

El proceso siguió su curso normal, fijándose el día 24 de septiembre de 2018 como la fecha para adelantamiento de la audiencia preparatoria, la cual fue suspendida a petición del Fiscal 3 Especializado de la estructura de apoyo (EDA), doctor FRANCISCO MAURICIO MUÑOZ DÍAZ, quien el mismo día presentó escrito aduciendo que *"…con fecha 21-09-2018 se allegó a este despacho copia espejo de los audios de interceptación de comunicaciones que reposan en la carpeta 2015-00415, dentro de la cual se adelanta una investigación por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la Fiscalía 22 DECN, piezas procesales que se solicitaron por parte del suscrito con anterioridad y de las que se tuvo conocimiento con posterioridad a la formulación de acusación, ya que las mismas hacían parte de una investigación reservada que cursaba en una Fiscalía de Unidad Nacional, teniendo en cuenta que estos elementos materiales probatorios son fundamentales para continuar con la siguiente fase de la actuación procesal, en el entendido de que las mismas serán enunciadas y solicitadas como pruebas en las audiencia preparatoria, es necesario obtener una serie de experticios técnicos de las mismas. Se tiene entonces que el informe de investigador de campo de las respectivas copias de los audios en mención se allegó a este despacho e inmediatamente se procedió a solicitar audiencia de control previo para obtener la muestra de voz del señor ORTEGA DELGADO y así poder realizar el respectivo cotejo en el laboratorio de acústica del CTI de la ciudad de Cali. La audiencia para la toma de la muestra está programada para el 25-09-2018 a las 2:30 pm. en el Juzgado Primero Ambulante de Garantías de la ciudad de Pasto, una vez se obtenga la misma se asignará un funcionario del laboratorio del CTI para lo pertinente*". A la petición se anexaron copias de las órdenes referidas a Policía Judicial y de la solicitud de audiencia preliminar de control previo que para obtención de muestras de voz, que involucraban al imputado LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, se había radicado el 20 de septiembre de 2018 ante el Centro de Servicios Judiciales de Pasto.

Fue fijado el día 11 de octubre de 2018 como nueva fecha para adelantamiento de la audiencia preparatoria, audiencia en la cual se manifestó por la bancada de la defensa que había recibido oportunamente de la Fiscalía los elementos establecidos o contenidos en el escrito de acusación y que fueron referidos verbalmente en la audiencia de formulación de acusación, pero dejaron constancia que extrañamente y con posterioridad a la citada audiencia de acusación el Delegado de la Fiscalía, mediante oficios del 10 de mayo de 2018 y 8 de octubre de 2018, les hizo conocer unos elementos materiales probatorios nuevos, que no fueron siquiera mencionados o descubiertos en el escrito de acusación o en la audiencia de formulación de acusación.

El problema surge en curso de dicha audiencia preparatoria, porque con posterioridad al descubrimiento de las probanzas con las cuales la Defensa pretende enfrentar el juicio, se le concedió el uso de la palabra al doctor FRANCISCO MAURICIO MUÑOZ DÍAZ para que como Fiscal del caso hiciera enunciación de las evidencias que procuraba le fueran admitidas y/o decretadas para demostrar su teoría del caso, en dicho momento manifestó a la judicatura que con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación le habían llegado unos elementos materiales probatorios nuevos, los cuales descubrió directamente a la defensa en amparo de una decisión de la Corte Suprema de Justicia distinguida con el radicado 49183 del 1 de febrero de 2017; especificó que se trataba de los siguientes elementos probatorios:

1.- Un informe pericial de estupefacientes que ha sido suscrito por el perito oficial del Instituto Nacional de Medicina Legal CESAR AUGUSTO ARIAS, el cual tiene fecha de creación el 28 de marzo de 2017, que es posterior a la audiencia de Formulación de Acusación (fue realizada el 1 de marzo de 2017), y que llegó a su despacho el 3 de mayo de 2018, disponiendo que fuera puesto a disposición y descubierto al equipo de defensa.

2.- Dos (2) discos compactos en formato DVD contentivos de audios interceptados a los abonados telefónicos 3102344675 y 3117307329, que en su momento eran utilizados para comunicarse entre integrantes de una banda criminal que venía siendo investigada por la Fiscalía 22 Especializada de la Dirección Nacional Antinarcóticos, dentro del proceso con radicado 110016000098-2015-00415, dentro del cual se produjeron capturas en el mes de julio de 2018 por el delito de tráfico de estupefacientes. Además había Inspección Judicial practicada al proceso por el IT. RUDY ELDER TULCÁN TORO, adscrito a la Fiscalía Tercera Especializada a su cargo, obteniéndose 106 folios y los dos discos compactos en mención, interceptaciones estas que dice relacionadas con la captura en flagrancia de las cuatro personas que se acusan en el presente proceso, ocurridas el 18 de noviembre de 2016, donde fueron incautados 7.800 gramos de una sustancia que resultó positiva para heroína.

3.- Precisó que estaba pendiente por descubrir un estudio de la perito en fonoaudiología MARÍA PATRICIA MUÑOZ, perteneciente al laboratorio de acústica del CTI, con sede en Cali, referente al cotejo de voz realizado al acusado LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, de quien se refiere que probablemente aparece su voz dentro de las llamadas interceptadas.
Posteriormente, al momento de la solicitud de pruebas, se presentó un debate entre las partes en lo relativo al decreto de dos tipos de elementos probatorios requeridos por el delegado de la Fiscalía:

(1) Lo primero inherente al peritaje científico oficial del doctor CESAR AUGUSTO ARIAS, del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de la regional Cali, quien había realizado para la Fiscalía INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES No.DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017 del 28 de marzo de 2017, allegado al despacho del Fiscal de Conocimiento a través de correo electrónico del 3 de mayo de 2018 y que se dijo fue descubierto a la defensa a través de oficio del 10 de mayo de 2018. En este informe se determina por el perito que la sustancia allegada al laboratorio, sometida a las pruebas físicas y químicas de rigor, en todas sus muestras, dieron positivo para heroína, se solicita el decreto y admisión de este testimonio pericial a efecto de determinar la materialidad de la conducta de tráfico de estupefacientes por el cual se adelanta el presente proceso.

(2) Lo segundo relacionado con la incorporación al juicio de los DVD's contentivos de las interceptaciones telefónicas a los abonados 3102344678 y 3117307329, éste último utilizado por el acusado LUÍS HERNÁN ORTEGA DELGADO, al igual que las transliteraciones y los resultados de las pruebas periciales acústicas de cotejo de voz con este acusado. Con éste objetivo la Fiscalía pretende sean admitidas y decretadas para el juicio una variedad de pruebas testimoniales de acreditación, de testigos peritos en acústica y documentales, relacionadas con todo el trámite de policía judicial llevado a cabo desde el levantamiento de la evidencia obrante dentro del proceso de origen con radicado 2015-00415 de la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional contra el narcotráfico, con destino a éste proceso, hasta la verificación de su legalidad, la transliteración de su contenido y el resultado de las pruebas técnicas de cotejo de voz, para establecer si en dichas llamadas telefónicas estaba comprometido uno de los acusados. Las pruebas requeridas son las siguientes:

(2.1) Testimonio del IT. RUDY EYDER TULCÁN TORO, funcionario de la Policía Nacional, designado como agente de policía judicial de la Fiscalía Tercera Especializada de Pasto. Se indica que éste funcionario recibió orden del Fiscal del caso el 6 de julio de 2018, para realizar inspección al proceso con radicado 110016000098-2015-00415 adelantado por la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional contra el Narcotráfico, en el cual se encontraron audios o llamadas telefónicas del evento del 18 de noviembre de 2016 que se investiga, que constan en dos (2) discos compactos en formato DVD y que han sido transliterados en un total de 106 folios. En estos archivos están comprometidos los abonados telefónicos 3102344675 y 3117307329 en los que aparece interlocutando el acusado LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO. Se pide la admisión del testimonio del IT. TULCÁN TORO para que acredite la forma como se realizó la inspección judicial, las circunstancias relacionadas con la obtención de los discos compactos y la cadena de custodia. También se pide la admisión de los elementos documentales referidos (copias de los discos compactos en formato DVD) que contienen archivos de audios de comunicaciones de los abonados 3102344675 y 3117307329 desde el 12-11-16 al 26-11-16, relacionados con el hecho del día 18 de noviembre de 2016 que se está juzgando, los cuales –por supuesto- serían incorporados con el mismo testigo de acreditación.

(2.2) Testimonio del IT. YOJAN BLADIMIR GONZALEZ TRIANA, funcionario de policía judicial de antinarcóticos, adscrito a la unidad investigativa contra la heroína de la Policía Nacional, vinculado a la Fiscalía 22 Especializada de la Dirección Nacional contra el Narcotráfico con sede en la ciudad de Pasto. Este testigo ha rendido un informe de actividades el 18 de mayo de 2018 a la Fiscalía 22 DECN –Pasto, sobre el análisis de resultados de las interceptaciones y otras actividades investigativas dentro del radicado 110016000098-2015-00415 que reportan la existencia de una banda dedicada a la comercialización de heroína. También da a conocer aspectos relacionados con los hechos del 18 de noviembre de 2016, en donde fueron capturados los señores VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO cuando transportaban 7800 gramos de heroína, al igual que está en capacidad de referir la relación de llamadas interceptadas antes, durante y después de estos hechos. Este testigo investigador y analista rinde informes del 15 de septiembre de 2016, del 12 de octubre de 2016, del 7 de marzo de 2017, del 4 de abril de 2017, del 15 de mayo de 2018 y del 12 de junio de 2018, sobre los resultados de las interceptaciones telefónicas realizadas a varias personas pertenecientes a una organización delincuencial dedicadas al transporte de heroína

en el departamento de Nariño, además se registran interceptaciones concretas al abonado telefónico 3117307329 utilizado por el acusado LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, donde aparece coordinando la comercialización y el transporte de sustancia estupefaciente; como de igual manera se registran resultados de llamadas anteriores, posteriores y concomitantes a los hechos en que se produjo la captura de los acusados, la Fiscalía indica que esto permitirá demostrar la planeación y ejecución de la conducta punible y el conocimiento que estas personas tenían acerca de la ilicitud de sus acciones, en el informe de 15 de mayo de 2018. Se indica que él está en capacidad de acreditar lo relativo a la solicitud de búsqueda selectiva en bases de datos para obtener los datos biográficos de los titulares de los celulares interceptados 3102344675 y 3117307329, estableciendo a través de la empresa de telefonía CLARO que al menos uno de ellos tiene como dueño al señor LUIS HERNANDO ORTEGA DELGADO.

(2.3.) Testimonio del IT. CAMILO ANDRÉS SÁNCHEZ FARFAN, funcionario de policía judicial antinarcóticos, adscrito a la unidad investigativa contra la heroína, analista de comunicaciones criminales de la Policía Nacional adscrito a la Fiscalía 22 Especializada De la Unidad Nacional contra el Narcotráfico con sede en la ciudad de Pasto. Se dice que como analista que es de la sala de interceptación de comunicaciones suscribe los respectivos informes, dando a conocer conversaciones relevantes de hechos relacionados con la investigación 110016000098-2015-00415, sobre la existencia de una organización delincuencial dedicada al transporte de heroína en el departamento de Nariño, las cuales han sido interceptadas legalmente y reportan datos relevantes sobre lo acontecido antes, durante y después de los hechos del día 18 de noviembre de 2016 que aquí se investigan, evento en el cual fueron capturados los acusados VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO. Se enfatiza en la recepción de su testimonio para que informe sobre el análisis de las llamadas interceptadas a los abonados del señor LUIS HERNANDO ORTEGA DELGADO, relacionadas con la coordinación y transporte de heroína. Se indica que está en capacidad de dar a conocer las circunstancias de cómo estas cuatro personas, y en especial el señor LUIS HERNANDO ORTEGA DELGADO, a través de llamadas telefónicas con otros miembros de la banda delincuencial, coordinaba la comercialización y transporte de sustancia estupefaciente, hechos entre los cuales se encuentra el que se está juzgando en esta cuerda procesal. Como el funcionario también suscribe los informes de interceptaciones junto al IT. YOJAN BLADIMIR GONZÁLEZ TRIANA, se indica que con él también pueden ingresarse los elementos materiales probatorios referidos contenidos en los dos (2) discos compactos en formato DVD.

(2.4.) Testimonio de la Ingeniera VIVIANA CHAVES ARTURO, Técnico Investigador 2 adscrita al CTI de la Dirección Seccional de Fiscalías de Nariño de la especialidad de "delitos informáticos". Se indica que esta funcionaria, en cumplimiento de orden emitida por la Fiscalía Tercera Especializada, obtuvo una copia espejo de los dos (2) discos compactos en formato DVD que se relacionan en un informe de 6 de julio de 2018, en el cual figura lo relacionado con la práctica de inspección al varias veces referido proceso penal 110016000098-2015-00415 de la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional contra el Narcotráfico, diligencia en la cual se encontraron los audios de llamadas interceptadas a los dos abonados telefónicos 3102344675 Y 3117307329, en las que aparecen datos fundamentales sobre el evento delictual del 18 de noviembre de 2016 cuando se produjo la captura en flagrancia de los señores VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO. La acreditación de sus labores investigativas se dice por la Fiscalía que es necesaria para que se rindan los informes de laboratorio por la Sala de Acústica del CTI con sede en la ciudad de Cali.

(2.5.) Testimonio de la Investigadora MARÍA PATRICIA MUÑOZ, adscrita al grupo de acústica de la Unidad de Criminalística del CTI de Cali-Valle del Cauca. Esta funcionaria realizó la toma de muestras al señor LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO para el cotejo de voz, también realizó el análisis de calidad de los audios contenidos en las copias espejo realizadas a los dos discos compactos en formato DVD, que contienen la información de las interceptaciones telefónicas a los abonados 3102344675 y 3117307329 desde el 12-11-16 al 26-11-16, en los que aparecen reportes para esclarecer los hechos ocurridos el día 18 de noviembre de 2016, por los cuales fueron capturados en flagrancia los señores VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO, y que son juzgados en el presente asunto. Se informa que ella es la encargada de realizar y suscribirá un informe de investigador de campo sobre análisis comparativo de identificación de hablante, lo cual permitirá establecer si una de las personas que habla en las interceptaciones telefónicas es precisamente el acusado LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO.

El equipo de defensa se opuso a la admisión, decreto y práctica de las probanzas testimoniales, periciales y documentales anteriores, haciendo énfasis en que debían ser RECHAZADAS por falta de descubrimiento de la Fiscalía dentro de los términos legales, esto es que no aparecían relacionadas en el escrito de acusación ni se adicionó el mismo dentro de la audiencia de formulación de acusación.

En la sesión de audiencia preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018 la titular del Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto decretó estas y otras pruebas requeridas por la Fiscalía y además las requeridas por los defensores, negando así las peticiones de rechazo de evidencia deprecadas por estos últimos.

El bloque de defensa de los intereses jurídicos de los acusados VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO interpuso recurso de apelación en contra de la providencia, en lo relativo a la decisión que se abstuvo de disponer el rechazo de las pruebas relacionadas con el peritaje de Medicina Legal sobre la naturaleza del estupefaciente incautado, así como las inherentes a las interceptaciones telefónicas provenientes del proceso radicado 2015-00415 de la Fiscalía 22 Especializada de la Unidad Nacional de delitos contra el Narcotráfico. Sustentada debidamente la alzada, se concedió el recurso ante esta corporación, el cual se pasa a decidir en los términos que a continuación se consignan.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Hay lugar a rechazar por falta de descubrimiento o descubrimiento extemporáneo de la Fiscalía el informe pericial del Instituto de Medicina Legal sobre la calidad del estupefaciente incautado a los señores VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO, y lo relacionado con los resultados de las interceptaciones telefónicas de los abonados 3102344675 y 3117307329?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

Esta Corporación es competente para conocer del presente asunto, de conformidad con lo establecido en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 - Código de Procedimiento Penal.

2. Anotaciones preliminares y precisiones conceptuales sobre el descubrimiento probatorio.

El aspecto jurídico a considerar en esta instancia toca con el concepto, forma y contenido de una de las más importantes figuras procesales del modelo de enjuiciamiento criminal acusatorio, establecido en la Ley 906 de 2004, como lo es el llamado DESCUBRIMIENTO DE ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS Y EVIDENCIA FISICA o intercambio de información entre las partes, a efectos de adelantar el juicio oral y para que este trasunte por los caminos de verdadera lealtad, contradicción y respeto por el principio de igualdad de armas.

Conscientes de que la citada Ley 906 de 2004 desarrolló las figuras del modelo adversarial, cuyas bases teóricas se habían acuñado con el Acto Legislativo 03 de 2002, debemos partir de la base que se está en presencia de un proceso de partes, totalmente contradictorio, y que el proceso no es más que el escenario donde se debate un conflicto intersubjetivo de intereses resistidos entre la Fiscalía General de la Nación y particulares.

En este orden de ideas, es el juicio el escenario en el cual se coloca de relieve la contradicción jurídica, y por supuesto será la audiencia de juicio oral el momento culminante para que las partes en conflicto contrapongan sus intereses ante el Juez de Conocimiento.

Desde la entrada en vigencia del nuevo Código de Procedimiento Penal la Corte Suprema de Justicia resaltó que el descubrimiento probatorio tiene como finalidad principal que las partes conozcan "*de forma antelada los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, para no ser tomada por asalto en el juico*

por la introducción sorpresiva de medios que no han permitido ejercer debidamente el contradictorio"[1]. A su vez, también enfatizó en que el 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 el 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*"[2].

Sobre los momentos o fases del descubrimiento probatorio la doctrina nacional señala que "*El descubrimiento es flexible, en el sentido de que no se consagró un solo, único y excluyente momento*"[3] y ello es así porque jurídicamente pueden presentarse múltiple variables, que permiten descubrir evidencia en diferentes actos procesales y audiencias, esto cobija desde la presentación del escrito de acusación hasta el extremo de la fase probatoria del juicio oral, como se pasa a ver:

a).- Descubrimiento probatorio con la presentación del escrito de acusación. Sabido es que la etapa del juicio comienza con la presentación del escrito de acusación, por parte de la Fiscalía, según lo establece el artículo 336 procesal penal, este es un acto material de parte a través del cual el órgano con función requirente (Fiscalía General de la Nación) simplemente informa o comunica al Juez sobre el tema que constituye el objeto sustancial del juicio, para que garantice el derecho de defensa de la contraparte. Con la acusación aparece la pretensión punitiva.

Tras un análisis sistemático de las normas que gobiernan el juicio, en las que se establecen las bases lógicas para su desarrollo, la Sala encuentra que el escrito de acusación no es más que un documento informativo en el que se concreta sustancialmente el objeto del juicio, por eso este escrito está sometido a unos requerimientos técnicos, porque debe contener la individualización concreta de los acusados, la relación de los hechos jurídicamente relevantes, el nombre y ubicación de las partes que van a intervenir en el juicio (defensa, ministerio público, víctimas), la relación de los bienes y recursos que se van a afectar con fines de comiso y la ***enunciación*** de las pruebas que se van a hacer valer en el juicio oral.

Tanto constituye el escrito de acusación un acto material de parte, que busca informar o comunicar sobre lo que va a ser el objeto del juicio, que se permite su adición posterior, siempre y cuando no se cambien alegremente las imputaciones fácticas y jurídicas. Coloquialmente digamos que en este acto el Fiscal informa a las partes A QUÉ VENGO (*pretensión punitiva*) Y CON QUÉ VENGO (*pruebas*).

De acuerdo con lo reglado por el artículo 337 de la Ley 906 de 2004, dicho instrumento deberá contener, entre otros presupuestos, "EL DESCUBRIMIENTO DE LAS PRUEBAS", que consiste que con el citado escrito se presenta otro anexo en el que constarán los hechos que no requieren prueba; la trascripción de las pruebas anticipadas que se quieran aducir en el juicio y que no se pueden recaudar en el juicio oral, el nombre, dirección y datos personales de los testigos o peritos cuya declaración se solicite en el juicio, etc. Copia del anterior escrito el Fiscal lo entregará al Acusado y a su Defensor, al Ministerio Público y a las Víctimas.

b).- Descubrimiento dentro de la audiencia de formulación de acusación. De acuerdo con lo establecido en el artículo 344 procesal penal es en el curso de la audiencia de formulación de acusación que debe materializarse lo relacionado con el descubrimiento de la evidencia, en el entendido que la defensa puede solicitar al Juez de Conocimiento ordene a la fiscalía o quien corresponda entregarle copia de los elementos materiales de convicción, de las declaraciones juradas y demás medios probatorios que pretenda hacer valer en juicio. Esta entrega debe hacerla en el momento mismo de la audiencia o por fuera de ella en un plazo máximo posterior de tres (3) días.

De la misma manera, en esta audiencia de formulación de acusación la fiscalía podrá pedir al juez que ordene a la defensa la entrega de copia de los elementos materiales de convicción que haya recopilado en sus labores investigativas y que pretenda hacer valer en juicio. La doctrina indica que "*Lo anterior es así, porque en principio, la fiscalía ha contado con todas las prerrogativas y medios de investigación para sustentar y materializar la acusación,*

[1] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP, del 13 de Junio de 2012, Rad. 32058.
[2] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. AP, del 8 de noviembre de 2011, Rad. 36177.
[3] SARAY BOTERO, Nelson. "PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO". UniAcademia Leyer. Bogotá D.C. 2016. Página 417.

siendo factible (por eso se dice que en principio) que la defensa no cuente en ese instante con sus propios elementos materiales de convicción, o que teniendo algunos, de todos modos la defensa vea la necesidad de buscar otros que en ese acto (audiencia de formulación de acusación) aún no han sido precisados, debido a que hasta ahora elaborará su estrategia defensiva, o contando con ella advierta la necesidad de complementarla o adicionarla frente a los cargos de la acusación y a las pruebas exhibidas o por exhibir en el plazo que la ley contempla"[4]. Unido a lo anterior, cuando la defensa pretenda hacer uso de la inimputabilidad en cualquiera de sus variantes, deberá entregar a la fiscalía los exámenes periciales que le hubieren practicado al acusado. En ambos eventos, resulta inadmisible que si la defensa cuenta con elementos probatorios se abstenga de hacerlos conocer a la fiscalía, esto puede dar lugar a su rechazo posterior por falta de descubrimiento.

c).- Descubrimiento en la audiencia preparatoria. Finalmente, Lo normal es que la labor de descubrimiento de los elementos materiales probatorios y evidencia física fenezca en la audiencia preparatoria, puesto que de acuerdo con lo consagrado por el artículo 356 de la citada Ley 906 de 2004 es en ese momento en que la Defensa descubre sus elementos materiales probatorios y evidencia física. También en este momento procesal y a solicitud de las partes "*los elementos materiales probatorios y evidencia física podrán ser exhibidos durante la audiencia con el único fin de ser conocidos y estudiados*". (CSJ SC, 21 Feb 2007, Rad. 25920).

d).- Descubrimiento probatorio en etapas posteriores. No obstante que la audiencia preparatoria es la última oportunidad en que se agotan las solicitudes probatorias, por supuesto de las que han sido debidamente descubiertas a la contraparte, el artículo 415 procesal penal establece específicamente que en el debido proceso de la prueba pericial la declaración del experto debe estar precedida de la entrega de un escrito base de opinión, el cual debe descubrirse hasta cinco (5) días antes de la audiencia de juicio oral, en la cual se ha de recibir la peritación.

A su vez, el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal, en su último inciso, establece que excepcionalmente el descubrimiento puede extenderse inclusive hasta el momento del desarrollo del juicio oral y público, al disponer textualmente que "*Sin embargo, si durante el juicio alguna de las partes encuentra un material probatorio y evidencia física muy significativos que debería ser descubierto, lo pondrá en conocimiento del Juez quien, oídas las partes y considerado el perjuicio que podría producirse al derecho de defensa y la integridad del juicio, decidirá si es excepcionalmente admisible o si debe excluirse esa prueba*". Es aquí donde surge la figura de la PRUEBA SOBREVINIENTE, tema cuyo contenido será establecido en acápites posteriores.

Como se puede notar, la audiencia de formulación de acusación no es el último escenario que tiene la Fiscalía para descubrir evidencia, ni es la audiencia preparatoria el último hito de la defensa para dichos menesteres. Ante la flexibilidad que tiene el descubrimiento probatorio en la sistemática procesal penal Colombiana, los precedentes jurisprudenciales superiores indican que si bien es lo deseable que esa revelación de los elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informes con los cuales las partes pretenden enfrentar el juicio, tenga ocurrencia en los momentos procesales dispuestos por la ley para el efecto, con la cual se procura evitarle sorpresas a las partes en la audiencia de juzgamiento, *"…no obstante, si manifiestamente la Fiscalía o la defensa, por fuera de tales espacios y antes de que venza la oportunidad del otro para solicitar pruebas, le ha dado a conocer a su contraparte la información pertinente de tal forma que la pueda tener en cuenta en la preparación del caso, en manera alguna ello atenta contra la debida integración del contradictorio y el correcto desarrollo del juicio oral*"[5], de suerte que esas evidencias deberán ser admitidas y no rechazadas por el juzgador de conocimiento.

La misma Corporación[6] tuvo la oportunidad de precisar que cuando el descubrimiento de evidencia o la entrega de pruebas se hace de manera extemporánea, no hay lugar a la invalidación del proceso, siempre que, en todo caso, se haya realizado con suficiente antelación al inicio del debate respectivo, porque en realidad, lo verdaderamente importante es que la defensa logre conocer a tiempo todos los medios suasorios que se encuentren en poder de la Fiscalía y que irían a soportar su teoría del caso, a fin de que el procesado y el abogado que lo agencie en sus intereses pueda ejercer el derecho a la defensa en su componente de contradicción, tanto así, que a falta de descubrimiento –enunciación y entrega material- del elemento cognoscitivo a practicar en el debate oral, éste no

[4] SARAY BOTERO, Nelson. "*PROCEDIMIENTO PENAL ACUSATORIO*". UniAcademia LEYER. Bogotá D.C. 2016. Páginas 418 y 419.
[5] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 5 de agosto de 2015, radicado 41394. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.
[6] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. AP5721-2015 del 30 de septiembre de 2015, radicado 46571. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA.

podrá ser aducido en el juicio, so pena de ser excluido por el juzgador (artículo 346 de la Ley 906 de 2004). Entonces, el análisis de posible rechazo de evidencia debe ser valorado en cada caso particular.

En similar sentido, se pronunció la Corte en el auto AP-6140-2014, en el cual se dijo que la finalidad del trámite de descubrimiento probatorio es que las partes lleguen al juicio oral con pleno conocimiento de los medios cognoscitivos de la contraparte, con una estrategia ofensiva o defensiva debidamente preparada con plenas garantías de sus derechos; de suerte que en presencia de situaciones extemporáneas lo que debe estudiarse es si ha habido un sorprendimiento o limitación de controversia a la contraparte, que redunde en afectación o desconocimiento al principio de igualdad de armas, propio del sistema acusatorio. A su vez, el que reclama el rechazo de la evidencia debe concretar específicamente la afectación de las garantías de las que es titular, y demostrar un efectivo desconocimiento a la estructura del proceso, que le impida ejercer a tiempo y a plenitud su derecho de contradicción.

3. Estudio del caso concreto, relacionado con el descubrimiento extemporáneo del peritaje oficial de confirmación de la calidad del estupefaciente.

El proceso que se tiene entre manos tiene particularidades importantes, las cuales deben ser destacadas por la Colegiatura para asumir la determinación que con corrección jurídica le corresponde.

Lo primero que se debe subrayar es que desde el momento inicial de adelantamiento de la audiencia preliminar de legalización de captura, hasta la última sesión de audiencia preparatoria, han actuado cinco (5) Fiscales diferentes llevando el peso de la acción penal, según se pasa a precisar. (1) El acto de formulación de imputación, ocurrida el 19 de noviembre de 2016, fue realizado por el Fiscal 1º Seccional de la Unidad de Reacción Inmediata (URI) de Pasto. (2) El escrito de acusación fue radicado el 29 de noviembre de 2016 por el doctor ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ como Fiscal 2º Especializado de Pasto; éste mismo funcionario atendió la audiencia de formulación de acusación el día 1 de marzo de 2017 y adelantó las conversaciones para llegar a un preacuerdo de responsabilidad con la defensa de los cuatro filiados, la cual se materializó con el acta del 4 de mayo de 2017 que fuera presentada al Juzgado de Conocimiento, pero que no alcanzó a ser verificada en dicho despacho, precisamente porque una nueva delegada del ente acusador decidió unilateralmente retirar el preacuerdo el día 8 de agosto de 2017; se trata de (3) la Fiscal 7ª Especializada de Pasto - doctora LUZ MIRIAM LASSO ECHAVARRÍA. Con todo, prosiguieron conversaciones entre las partes para llegar a otro preacuerdo, esta vez asumiendo el asunto el (4) doctor MARIO ANDRÉS BURGOS como Fiscal 3º Especializado de la Estructura de Apoyo (EDA) de Pasto, quien solicitó suspensión del trámite para dichos efectos, pero sin resultados satisfactorios. Finalmente (5) el doctor FRANCISCO MAURICIO MUÑOZ DÍAZ asumió la titularidad de la misma Fiscalía 3ª Especializada EDA y sorteó las diferentes sesiones de audiencia preparatoria.

Esta relación numérica y nominal de funcionarios Fiscales va más allá de la simple anécdota judicial, porque puede tener incidencia en la latente falta de comunicación y de continuidad investigativa sobre las labores pesquisitorias que se debían estar adelantando al interior de la entidad, para garantizar una eficaz y eficiente verificación y acopio de los elementos de prueba demostrativos de la tipicidad objetiva del connotado hecho de narcotráfico, atribuido a los imputados VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO.

Se indica lo anterior porque al producirse la captura en flagrancia de los filiados, por el hallazgo de los 7800 gramos de la sustancia probablemente alucinógena (heroína) que movilizaban en un vehículo automotor el 18 de noviembre de 2016, hubo de practicarse con inmediatez la prueba técnica de investigación preliminar homologada o de PIPH por el patrullero JOSÉ ANIBAL CIFUENTES CASANOVA, adscrito al grupo de Policía Judicial Antinarcóticos de Ipiales, quien empíricamente confirmó la calidad de la sustancia como heroína. Con éste resultado preliminar se adelantaron las audiencias preliminares que soportaron la legalización de captura en flagrancia, formulación de imputación e imposición de medidas de aseguramiento privativas de la libertad para los acriminados.

Resulta apenas entendible que el Fiscal bajo cuyo peso quedaba el caso, dentro de su programa metodológico de investigación, podía haber dispuesto la toma y envío de muestras de la sustancia incautada con destino a los laboratorios de estupefacientes del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, a efecto de establecer

científicamente con expertos o doctos en el tema la clase de droga incautada, esto es si era o no heroína. Esto hace parte del protocolo de trabajo mínimo al que se recurre en estos casos, dada la falibilidad de la prueba de PIPH que de antaño se ha establecido como "experticia de mera orientación".

Como quiera que estos laboratorios científicos están establecidos en grandes capitales, y de ellos no se cuenta en el departamento de Nariño, la gestión de verificación científica de las muestras se atiende generalmente en Barranquilla, Cali o Bogotá D.C., de suerte que por razones del adecuado transporte de las muestras objeto de verificación a dichos laboratorios, el aseguramiento de la cadena de custodia, los turnos internos para la práctica de las experticias y las vicisitudes propias del retorno de los resultados al despacho Fiscal de origen, los informes base de opinión pericial del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se terminan conociendo después de la presentación del Escrito de Acusación, y –por supuesto- hasta esos momentos es que logra conocerse en detalle el nombre y calidades del experto forense que eventualmente va a ser convocado a juicio por la Fiscalía como Testigo Perito.

El problema surge porque de esta actividad investigativa no se dijo nada al momento de radicarse el escrito de acusación por el Fiscal 2º Especializado ÁLVARO FELIPE DELGADO MARTÍNEZ, y tampoco se relacionó esta tarea investigativa como una actividad pendiente de respuesta oficial, respecto de la cual debiera la defensa estar atenta para el descubrimiento posterior de su eventual respuesta y la preparación de sus tareas probatorias, para su también contingente contradicción.

Lo cierto es que esta labor investigativa, orientada a la confirmación científica por el Instituto de Medicina Legal de la calidad de la sustancia incautada a los cuatro (4) acusados, efectivamente se estaba adelantando por la Fiscalía y de ella no tenían conocimiento alguno los integrantes de los equipos de defensa, quienes se han mostrado palpablemente sorprendidos desde el 10 de mayo de 2018 cuando a través de oficio de la fecha se les informó por el Fiscal 3º Especializado EDA de Pasto, Doctor Francisco Mauricio Muñoz Díaz, que había recibido el INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES Nº DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017 fechado a 28 de marzo de 2017, suscrito o producido por el perito CESAR AUGUSTO ARIAS, pero que se dice fue recibido por correo electrónico el 3 de mayo de 2018. Este acto de "descubrimiento" del medio probatorio a la defensa ocurrió después de transcurrido más de un año de celebrada la audiencia de formulación de acusación, pero también mucho tiempo antes (5 meses) de que se surtiera la audiencia preparatoria, en la cual la Defensa pudiera requerir el decreto de las pruebas pertinentes para controvertir esos hallazgos durante el juicio.

Pues bien, esta Colegiatura no tiene claro si éste acto de investigación (INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES Nº DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017 o peritaje de confirmación científico de la sustancia incautada) se ordenó por la Fiscalía desde el momento mismo del desarrollo de los actos urgentes, que son consustanciales a los eventos de captura en flagrancia, o si ello ocurrió después de la presentación del escrito de acusación del 29 de noviembre del mismo año, o bien con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación del 1 de marzo de 2017; pero lo cierto es que indistintamente del Fiscal que haya emitido la orden, aparece diáfano que de estos resultados solo conoció la Fiscalía al vencimiento de la audiencia de acusación, como también que de estas tareas investigativas pendientes absolutamente nada se informó a la defensa en dichos actos procesales.

El fundamento único de la petición de rechazo de esta prueba pericial científica de confirmación del estupefaciente incautado (heroína), extendida por los abogados representantes de los equipos de defensa, consiste en que dicha evidencia les fue puesta en conocimiento por fuera del escrito de acusación y con posterioridad a la culminación de la audiencia de formulación de acusación, debido a lo cual concluyen que corresponde a la judicatura aplicarle a la Fiscalía la sanción procesal del RECHAZO DE LA EVIDENCIA, según lo establecido en el artículo 344 procesal penal.

Pero, tal como se ha venido indicando en el curso de la presente decisión, este tipo de sanción por la ineficacia probatoria no es dable aplicarla como si fuera un "acto mecánico", dado que si el procedimiento de descubrimiento de evidencia es flexible entonces debe no solo argumentarse como también acreditarse por la parte interesada, que dicha falencia resultó trascendentemente perjudicial de las garantías básicas del derecho de defensa, en su componente de contradicción, porque fueron gravemente limitadas o anuladas las posibilidades de contraposición de evidencia de refutación y, de suyo, también el principio de igualdad de armas, porque ninguna nulidad o ineficacia probatoria puede invocarse por la mera transgresión de la ley.

De vieja data se ha indicado que para que operen las ineficacias procesales y probatorias es necesario que la irregularidad evidenciada sea sustancial, y lo será cuando afecte garantías fundamentales de los sujetos procesales, violación de garantías que debe ser probada por quien la invoca; así se concreta el principio de trascendencia. A su vez, el decreto de ineficacia de un acto procesal o probatorio, como en el presente caso el rechazo de evidencia, debe ser aplicado como medida extrema, residual o heroica, de suerte que solo tiene aplicación cuando el yerro no puede corregirse de otra manera, y en protección del derecho a la contradicción probatoria que es consustancial al principio acusatorio que rige nuestra sistemática penal.

En el caso sometido a examen resulta absolutamente claro que el día 3 de mayo de 2018 el Fiscal 3º Especializado EDA de Pasto, Doctor Francisco Mauricio Muñoz Díaz, recibió por correo electrónico el INFORME PERICIAL DE ESTUPEFACIENTES Nº DRSOCCDTE-LAES-0000173-2017, fechado a 28 de marzo de 2017, suscrito o producido por el perito CESAR AUGUSTO ARIAS del Instituto de Medicina Legal de Cali - Valle, contentivo de los resultados del análisis químico de la sustancia incautada a los procesados VÍCTOR VICENTE MACÍAS HURTADO, LUÍS HERNANDO ORTEGA DELGADO, LAURA ALEXANDRA ERRAEZ HURTADO Y CLAUDIA MARCELA ARÉVALO el 18 de noviembre de 2016. Éste informe científico oficial se produjo transcurrido casi un mes desde la celebración de la audiencia de formulación de acusación, que es el momento establecido en la ley para el descubrimiento probatorio del ente acusador. Ante esta circunstancia de hecho, el citado Fiscal no dudó un ápice en poner en conocimiento dichos resultados de calidad del estupefaciente incautado a los abogados que lideran los equipos de defensa de los filiados, lo cual se realizó a través de oficio de 10 de mayo de 2018, acto éste que ha sido admitido en desarrollo de la sesión de audiencia preparatoria del 11 de octubre de 2018 por los abogados defensores. Precisamente por la extemporaneidad de dicha revelación de evidencia, esto es por haberse realizado una vez culminada la audiencia de formulación de acusación, es que se reclama se aplique la sanción máxima de ineficacia probatoria del RECHAZO de dicha prueba, a lo cual se ha negado la judicatura de conocimiento.

Esta Sala considera acertada la postura asumida por la primera instancia, bajo el entendido que no existe elemento indicador alguno que permita inferir racionalmente que el descubrimiento extemporáneo de dicha evidencia pericial sea producto de un acto de la Fiscalía, antijurídicamente dirigido a anularle la posibilidad de contradicción a la defensa; todo lo contrario, entre el momento en el cual el Fiscal del caso entró en contacto con el informe de estupefacientes (3 de mayo de 2018) y el momento en el cual lo descubrió o colocó en conocimiento su contenido a la defensa (10 de mayo de 2018) solo transcurrió una semana. Desde éste momento podían y debían los defensores adelantar sus programas metodológicos de trabajo para acopiar la posible evidencia que les permitiera contrarrestar aquellos resultados, tanto en lo referente a la acreditación del testigo perito, cuyo nombre y cargos se descubrían, como al contenido mismo de las conclusiones a las que llegaba el perito oficial.

Fue después de cinco meses que se adelantó la primera sesión de audiencia preparatoria (11 de octubre de 2018), y en ella, desde el inicio, la Fiscalía informó este episodio observativo de un descubrimiento extemporáneo de la evidencia pericial a la defensa.

Pero, el interrogante que surge es si este descubrimiento atemporal de prueba tiene por sí mismo la virtualidad de ofender de manera grave e irreversible las garantías de defensa de los acusados, en su componente de contradicción, que es el que se protege en estas eventualidades, al punto que resulte menester aplicar la sanción de ineficacia probatoria de RECHAZO que trata el artículo 346 procesal penal. Para esta Sala de decisión la respuesta es negativa, debido a que las reglas fijadas por la jurisprudencia de la Corte para asumir una determinación de tanta envergadura no aparecen establecidas, según se pasa a explicar:

1.- La circunstancia que el descubrimiento de la evidencia pericial haya operado por la Fiscalía después de la audiencia de acusación, pero cinco (5) meses antes de la celebración de la audiencia preparatoria, hace operable la regla de interpretación fijada en la sentencia del 5 de agosto de 2015, dentro del radicado 41394 (M.P. Patricia Salazar Cuéllar), en el que se indica que si bien es lo anhelado que esa revelación de elementos materiales probatorios, evidencias físicas e informes con los cuales las partes pretenden enfrentar el juicio, tenga ocurrencia en los momentos procesales dispuestos por la ley para el efecto, con la cual se procura evitarle sorpresas a las partes en la audiencia de juzgamiento, "*…no obstante, si manifiestamente la Fiscalía o la defensa, por fuera de tales espacios y antes de que venza la oportunidad del otro para solicitar pruebas, le ha dado a conocer a su contraparte la*

información pertinente de tal forma que la pueda tener en cuenta en la preparación del caso, en manera alguna ello atenta contra la debida integración del contradictorio y el correcto desarrollo del juicio oral"[7].

2.- También debe rescatarse que a pesar de que el descubrimiento del informe base de opinión pericial, sobre la calidad del estupefaciente incautado, se realizó de manera extemporánea, la alta corporación de justicia penal ordinaria estableció en decisión AP5721-2015 del 30 de septiembre de 2015 (Radicado 46571. M.P. EYDER PATIÑO CABRERA) que no puede declararse el rechazo de la evidencia ni invalidarse la actuación, siempre que, en todo caso, se haya realizado el descubrimiento evidencial con suficiente antelación al inicio del debate respectivo, el cual no tiene escenario diferente de discusión que la audiencia preparatoria. Luego entonces, si en el presente caso se ha garantizado el derecho de contradicción a los equipos de Defensa, porque el informe de Medicina Legal les fue entregado 5 meses antes de la audiencia preparatoria, resulta claro que no puede operar el rechazo de la evidencia, porque no se vislumbra violación real de garantía alguna de los acusados.

3.- Finalmente, debemos recordar que existe una carga argumentativa para la parte que depreca el rechazo de evidencia por descubrimiento extemporáneo, que la conmina a concretar específicamente la afectación de las garantías fundamentales vulneradas con la mora en la revelación de evidencia, y por supuesto también de demostrar como aquella tardanza u omisión efectivamente le impidió ejercer a tiempo y a plenitud su derecho de contradicción. Este deber no fue cumplido a satisfacción por los abogados defensores de los intereses jurídicos de los acusados, quienes se limitaron a alegar y a demostrar la simple extemporaneidad del descubrimiento del informe pericial sobre la calidad de la sustancia, esto es que se hizo después de terminada la audiencia de formulación de acusación, pero sin alegar ni demostrar cómo aquella tardanza les hubiera podido anular su derecho de contradicción.

Precisamente al haberse entregado esta evidencia varios meses antes de que se surtiera la audiencia preparatoria, debe concluirse que la irregularidad derivada del tiempo no resulta de mayor trascendencia, en la medida en que aquella no produjo un resultado real y concretamente adverso o lesivo para el ejercicio de los derechos de la Defensa, ya que se le dio acceso al medio de prueba pericial con la suficiente antelación a la fase preparatoria del juicio, que es el momento procesal en el que le corresponde a dicho sujeto parte presentar y/o requerir la prueba necesaria para controvertir las del ente oficial encargado de la acusación, como también las necesarias para demostrar su propia teoría del caso, en el evento que se pretenda algo más del amparo de la "presunción de inocencia".

Conclusión inexorable de lo anterior es que, si ninguna afectación real y trascedente se produjo a la defensa por el descubrimiento tardío del informe base de opinión pericial, relativo a la calidad del estupefaciente incautado, entonces constituye un verdadero acierto de la judicatura de primer grado el admitirlo como medio probatorio y decretar la recepción en juicio del testigo perito CESAR AUGUSTO ARIAS, del laboratorio de estupefacientes de Medicina Legal de Cali. En esa dimensión, como el reproche deviene infundado, se procederá a la confirmación de éste apartado del proveído materia de impugnación.

4. Estudio del tópico relacionado con la admisión de los resultados de las interceptaciones telefónicas, que se presentan por la Fiscalía como pruebas sobrevinientes.

Sabido es que el artículo 344 del Código de Procedimiento Penal del 2004 prevé la posibilidad excepcional de decretar una prueba sobreviniente. La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el auto de segunda instancia del 29 de junio de 2016 (radicado 47401) indicó que ello sólo es posible en virtud del hallazgo de un elemento de convicción de vital trascendencia, que solamente pudo conocerse con posterioridad a la audiencia preparatoria y cuya ausencia puede perjudicar de manera grave el derecho a la defensa o la integridad del juicio. Siendo ello así, la parte que pretende su decreto tiene la carga de demostrar la existencia de esos elementos y de explicar su pertinencia y admisibilidad, en los términos de los artículos 357, 359, 375 y 376 de la Ley 906 de 2004.

De lo dicho deviene que la admisión de la PRUEBA SOBREVINIENTE reclama la convergencia de los siguientes elementos: (1) Que el medio de prueba se haya encontrado durante el desarrollo del juicio, con posterioridad a los momentos en que las partes estaban habilitadas para enunciar, descubrir y requerir las pruebas con las cuales

[7] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 5 de agosto de 2015, radicado 41394. M.P. Patricia Salazar Cuéllar.

pretenden enfrentar el juicio y soportar sus propias teorías del caso; (2) Que la omisión de descubrimiento no obedezca a causas atribuibles a la parte interesada; (3) Se trate de un elemento material probatorio o evidencia física muy significativa por su incidencia en el juzgamiento o relevante para el caso, esto es, trascendente para la solución o fines del caso concreto; y, finalmente, (4) Que con su aceptación no se genere un perjuicio grave para la defensa.

La misma corporación de justicia penal ordinaria señaló que "*No clasifican dentro de este rango de pruebas excepcionales (encontradas o derivadas), aquellas que conociéndose con antelación, o siendo evidentes y obvias, no se hubieren enunciado ni descubierto en las oportunidades legales para ello; por causas atribuibles a la parte interesada en la prueba; entre ellas, incuria, negligencia o mala fe*"[8].

Cabe destacar que respecto de la prueba sobreviniente se ha sostenido desde tiempo atrás que "*No está diseñada para habilitar un nuevo periodo de descubrimiento orientado a remediar las omisiones de las partes en el trabajo investigativo que deben realizar para sustentar su teoría del caso. Si ello es así, dentro de este concepto no ingresan los medios de convicción que racionalmente pudieron ser conocidos y obtenidos de manera oportuna por las partes con el despliegue de mediana diligencia en la ejecución de los deberes que su rol les impone*"[9].

En el caso sometido a examen se debate sobre la aceptación, admisibilidad e incorporación al juicio de dos (2) discos compactos en formato DVD contentivos de las interceptaciones telefónicas a los abonados 3102344678 y 3117307329, éste último al parecer utilizado por el acusado LUÍS HERNÁN ORTEGA DELGADO para comunicarse con otros posibles integrantes de una banda criminal que venía siendo investigada por la Fiscalía 22 Especializada de la Dirección Nacional Antinarcóticos, dentro del proceso con radicado 110016000098-2015-00415, proceso en el cual se produjeron capturas en el mes de julio de 2018 por el delito de tráfico de estupefacientes. Igualmente se pretende por la Fiscalía la admisión de las transliteraciones de dichas conversaciones telefónicas y de los resultados de las pruebas periciales acústicas de cotejo de voz con este acusado. Consustancialmente se depreca por el representante del ente acusador que se le decreten para el juicio una variedad de pruebas testimoniales de acreditación, de testigos peritos en acústica y documentales, relacionadas con todo el trámite de policía judicial llevado a cabo desde el levantamiento de la evidencia obrante dentro del proceso de origen, hasta la verificación de su legalidad y el resultado de las pruebas técnicas oficiales de cotejo de voz llevadas a cabo en medicina legal, para establecer si en dichas llamadas telefónicas estaba comprometido el acusado LUÍS HERNÁN ORTEGA DELGADO.

El motivo de debate con la defensa se encuentra en que la Fiscalía 3ª Especializada de Pasto supo de la existencia de estas labores investigativas de interceptación de llamadas telefónicas y transliteración de las mismas, después de surtida la audiencia de formulación de acusación, porque hacían parte de una investigación macro adelantada en la Fiscalía 22 de la Unidad Nacional de Delitos de Tráfico de Estupefacientes de Pasto (DECN), en contra precisamente de una estructura delincuencial dedicada al narcotráfico en varias partes del territorio nacional, la cual tiene como número de radicación 2015-00415.

Es apenas entendible y no merece mayor cuestionamiento que dicha carpeta contentiva de las labores pesquisitorias de la Fiscalía 22 DECN se encontraba cobijada por el manto de la reserva judicial, en la medida que se estaban adelantando actividades investigativas para establecer la identidad de los integrantes de dicha célula o banda delincuencial y, eventualmente, lograr su aprehensión para desarticular la estructura criminal.

Bajo esta órbita, poco interesa la forma como el Fiscal 3º EDA de Pasto logró obtener la información que le permitió adelantar planificadamente actos de investigación para enterarse del contenido de las interceptaciones, sus interlocutores, y así analizar la relación de esos hechos con los que él había acusado formalmente en esta causa criminal. Lo cierto es que el 6 de julio de 2018 entregó misión de trabajo al funcionario de Policía Judicial IT. RUDY EYDER TULCÁN TORO para que inspeccionara el citado proceso 2015-00415, y ahí obtuvo el 21 de septiembre de 2018 copia espejo de los audios de las comunicaciones interceptadas y de las transliteraciones, lo que le permitió comenzar a adelantar sus propias labores investigativas para establecer la relación de esa banda con los hechos y sujetos investigados en el presente proceso.

[8] Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. SP, 30 de marzo de 2006, radicado 24468.
[9] Auto 11 de Junio de 2014, radicado AP3136-2014, 43.433, M.P. María del Rosario González Muñoz.

El resultado de estas pesquisas fue informado (descubierto) a los integrantes de los equipos de defensa a través de comunicación del 8 de octubre de 2018, quienes así lo han admitido; esta fecha es anterior a la primera sesión de audiencia preparatoria, porque esta tuvo lugar el 11 de octubre del año pasado, pero también es posterior a la audiencia de acusación.

Es claro que nadie puede descubrir lo que no conoce como existente, de suerte que no es posible cuestionarle a la Fiscalía 3ª Especializada de Pasto que no haya revelado esa evidencia en el escrito de acusación ni en la audiencia de formulación de acusación, porque todo indica que de esas interceptaciones telefónicas tuvo conocimiento después de surtidas estas fases procesales. Se cumple así el primer requisito de admisibilidad de la prueba sobreviniente, que consiste en que el medio de prueba se haya encontrado con posterioridad a los momentos en que las partes estaban habilitadas para enunciar, descubrir y peticionar las pruebas con las cuales han de enfrentar el juicio.

También resulta evidente el cumplimiento del segundo requisito de admisibilidad, esto es que la omisión de descubrimiento no obedezca a causa atribuibles a la parte interesada, porque si bien existe unidad corporativa o de cuerpo en la Fiscalía General de la Nación, porque todos los Fiscales del país fungen como Delegados del Fiscal General, también es cierto que cada carpeta contentiva de un asunto particular tiene asignado un número de radicación en el SPOA y está asignado privativa y reservadamente a un Fiscal Delegado en específico, de suerte que los demás no saben, no pueden saber, ni pueden inmiscuirse en las intimidades investigativas de dichos asuntos. Si los cruces de información solo le permitieron al Fiscal 3º Especializado EDA de Pasto conocer de la existencia del proceso con número de radicación 2015-00415, adelantado en la Fiscalía 22 DECN, después de formulada la acusación, ello no resulta obstaculizante para la admisión de dichas evidencias porque no se advierte dolo o negligencia en su proceder.

A lo anterior debe sumarse que los elementos materiales presentados por la Fiscalía se aducen de superlativa importancia para la prosperidad de la acusación, y ello ha sido debidamente argumentado en curso de la audiencia preparatoria, y admitido como racionalmente convincente por la Jueza de Conocimiento, con lo cual se cumple el tercer requisito jurisprudencial para el acogimiento de la prueba sobreviniente.

Finalmente, al haberse revelado la evidencia a los integrantes del equipo de defensa antes de la audiencia preparatoria, es claro que no se advierte perjuicio grave al derecho de contradicción probatoria, que es la garantía llamada a preservarse en estos eventos, motivo por el cual debe confirmarse la admisión de todo el cuerpo probatorio relacionado fundamentalmente con la interceptación de comunicaciones telefónicas y las derivadas de confirmación científica sobre la identidad o procedencia de dicha voces.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO.- CONFIRMAR en su totalidad el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Pasto, en desarrollo de la sesión de Audiencia Preparatoria celebrada el 19 de octubre de 2018.

SEGUNDO.- Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

CÚMPLASE,

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN
Magistrado

SISTEMA PENAL ACUSATORIO - La titularidad del ejercicio de la acción penal corresponde a la Fiscalía General de la Nación.

EL ROL DEL JUEZ EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO - El Juez desborda en sus funciones y desconoce el rol de fallador imparcial que le corresponde, cuando dirige o corrige la tarea de acusación realizada por la Fiscal.

PREACUERDOS - Límites del Juez de Conocimiento en los controles al mismo.

PREACUERDOS - MODALIDADES.

PREACUERDO SIN BASE FACTUAL – Cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, sin que exista una base factual que la soporte y solamente está orientado a una simple disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos, no se debe presentar evidencias que permitan acreditar la circunstancia diminuente de pena que se pacta.

PREACUERDO SIN BASE FACTUAL – MODIFICACIÓN DE AUTORÍA A COMPLICIDAD: Procedencia.

Radicación: 520016100000-2019-00030-02 NI. 32164
Acusado: JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA
Delito: Tráfico de Estupefacientes.

Magistrado Ponente: Dr. Silvio Castrillón Paz

San Juan de Pasto, septiembre veintinueve (29) de dos mil veinte (2020)

ASUNTO A DECIDIR

Por segunda oportunidad ha llegado a esta corporación judicial el proceso penal adelantado en el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño) en contra del señor JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA por el delito de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, establecido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal. Corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado debidamente por la Fiscal 4ª Especializada de Pasto, contra el auto proferido el 11 de agosto de 2020 por el despacho de conocimiento, que resolvió IMPROBAR UN PREACUERDO que habían suscrito la Fiscalía con el señor GÁMEZ LEGARDA.

ANTECEDENTES HISTÓRICO - PROCESALES

Se reporta en las carpetas digitalizas que desde el mes de enero de 2018 un equipo de Policía Judicial adelantaba labores investigativas tendientes a la identificación plena de los integrantes de un grupo delincuencial dedicado al micro tráfico de drogas, en la modalidad "exprés" o a domicilio, conocido como "*LOS PUENDOS*", los cuales comercializaban estupefacientes tipo marihuana, bazuco y "perico", estas últimas drogas derivadas de la cocaína. Su zona de acción estaba ubicada en las comunas 4 y 5 de la ciudad de Pasto y ejercían desde el Barrio Santa Clara.

Fueron realizadas interceptaciones a unos abonados telefónicos utilizados por la banda, las que una vez fueron transliteradas permitieron establecer pactos de precio, cantidad y calidad de las drogas estupefacientes que debían proveer a los diferentes consumidores. Las pesquisas legalmente obtenidas, entre las que se encuentran registros fotográficos, permitieron identificar plenamente al señor JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, citado en las comunicaciones con el "Alias DANILO", como uno de los integrantes de la organización, quien además resultó ser hijo una de las cabezas visibles de la banda, como es la señora FLOR LEGARDA, la que en algún momento había sido capturada en flagrancia delictual en actividad de narcotráfico.

El 13 de noviembre de 2019 fue sometido el señor GÁMEZ LEGARDA a audiencia preliminar de Formulación de Imputación ante el Juzgado Tercero Penal Municipal de Pasto, atribuyéndosele coautoría material impropia o por división de trabajo en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, establecido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, que conmina penas de prisión entre 4 y 6 años y multa de 2 a 100 Salarios

Mínimos Legales Mensuales Vigentes, aumentada entre la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo por el artículo 14 la ley 890 de 2004 para todo "*el que sin permiso de autoridad competente, salvo lo dispuesto sobre dosis para uso personal, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título droga que produzca dependencia…" / "Si la cantidad de droga no excede de 1000 gramos de marihuana, 200 gramos de hachís, 100 gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o 20 gramos de derivados de la amapola, 200 gramos de metacualona o droga sintética*". La imputación corrió en la modalidad de venta.

Una vez se registró escrito de acusación en contra de JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, en el que fueron ratificadas las imputaciones fácticas y jurídicas iniciales, los interesados adelantaron conversaciones tendientes a un preacuerdo, el cual fue puesto en conocimiento al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto en audiencia del 24 de febrero de 2020, por la doctora MÓNICA MARIANA MORA CÓRDOBA como Fiscal 4ª Especializada de Pasto, quien indicó que el señor GÁMEZ LEGARDA aceptaba los cargos que le venía endilgando como coautor material impropio o por división de trabajo en el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, establecido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, que conmina penas de prisión entre 4 y 6 años y multa de 2 a 100 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, aumentada entre la tercera parte del mínimo y la mitad del máximo por el artículo 14 la ley 890 de 2004, y que a cambio de esa aceptación temprana de responsabilidad acordaban otorgarle un beneficio punitivo compensatorio, consistente en degradarle la modalidad de vinculación o participación en dicho delito de AUTORÍA a COMPLICIDAD, al igual que pactaban la imposición de penas correspondientes a 33 meses de prisión, multa por valor equivalente a 1 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término de la pena privativa de la libertad, todo lo cual dijo que estaba acorde con el marco legal previsto entre los mínimos y máximos del delito imputado.

En esta audiencia fueron escuchadas todas las partes e intervinientes, pero se omitió darle la palabra al imputado JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, quien era el que debía manifestar de manera consciente, libre, voluntaria y debidamente asesorado por su Defensor si aceptaba tanto los cargos como los beneficios pactados. Con todo, el Juez de Conocimiento se pronunció en audiencia posterior del día 30 de marzo de 2020 en el sentido de IMPROBAR EL PREACUERDO, decisión que fue impugnada en apelación por la Delegada de la Fiscalía, lo cual permitió conocer el asunto a esta Sala que decretó la nulidad del acto improbatorio por violación del debido proceso y de las garantías del imputado, dado que si él era el directo interesado en resolver de manera anticipada su causa criminal, y también era el único autorizado para aceptar responsabilidad renunciando al juicio, pues debía ser consultado sobre dicha voluntad antes de que se pronunciara la judicatura.

El asunto regresó a su lugar de origen y los yerros de procedimiento fueron saneados por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto en la audiencia virtual del 11 de agosto de 2020, escenario en el cual nuevamente se pronunció el despacho de primer grado declarando la IMPROBACIÓN DEL PREACUERDO, auto interlocutorio que fue apelado por la Fiscal del Caso y cuyo trámite ha dado lugar nuevamente al arribo del proceso a esta instancia judicial.

FUNDAMENTOS DEL A QUO PARA IMPROBAR EL PREACUERDO

Indica el Juez de Conocimiento que si bien los artículos 348 a 351 del CPP reconocen a la Fiscalía la potestad de celebrar preacuerdos con la Defensa, también lo es que estos deben ser llevados a un control judicial que verifica el respeto a las prerrogativas fundamentales de los intervinientes en el proceso penal. Refiere que, según los precedentes de la Corte, el alcance de este control de legalidad también cobija la concurrencia de evidencia mínima suficiente para llegar al convencimiento, más allá de toda duda razonable, acerca de la participación y responsabilidad del procesado en los hechos materia de imputación, asimismo a la debida consonancia entre la situación fáctica atribuida por la Fiscalía y la calificación jurídica plasmada en el escrito correspondiente.

También precisa que *"…deben correr unos estándares probatorios para entender al imputado o acusado autor o partícipe de la conducta",* aspecto a partir del cual ingresa al estudio de ese mínimo probatorio en el caso concreto, indicando que la Fiscalía ha logrado acreditar con los elementos materiales probatorios y con las declaraciones bajo reserva de identidad (fuentes de información humanas), la existencia del grupo delincuencial dedicado a la venta de estupefacientes a domicilio, entre cuyos integrantes fue posible individualizar e identificar a JHON SEBASTIÁN GÁMEZ LEGARDA como "alias DANILO", sujeto éste "*hijo de la señora Flor Legarda, de contextura robusta, como de 1.70 metros de estatura, tez trigueña, de aproximadamente 30 años de edad, vendedor mayorista,*

expendedor de cualquier cantidad desde cinco gramos de bazuco en adelante, inclusive en grandes cantidades, utiliza los abonados celulares 3184876756, 3128815010".

Seguidamente se indica que no existe el mínimo probatorio requerido para dictar sentencia, motivo por el cual debe improbarse el preacuerdo, toda vez que la adecuación típica ofrecida al asunto fractura el principio de legalidad, habilitando al juzgador a intervenir, pues en el evento examinado la admisión de responsabilidad se torna en simplemente formal. Complementa la decisión con el siguiente análisis:

> *"Siguiendo lo esbozado por los analistas de SACOM 4 (Sala de interceptaciones), ubican al procesado en diferentes llamadas telefónicas, utilizando lenguaje cifrado para encubrir la mercancía realmente comercializada; de este modo, en tono netamente presuntivo o probable se considera que alias DANILO se dedicaría a la venta de sustancias estupefacientes en pequeñas cantidades y asimismo lo haría en grandes cantidades a un precio de $ 1.100.000 (Fl. 163), en otra llamada el cliente le solicita al procesado comprar una de 500, por razón de millón cien pesos, coligiendo al parecer la comercialización de 500 gramos (Fl. 160). Se allega un informe de investigador de campo, donde se recoge una labor de inspección a procesos realizada el 18 de enero, dentro del cual en los hechos jurídicamente relevantes se pone de presente un evento ocurrido el 25 de abril de 2016, en el cual el procesado iba en compañía de su madre Flor Alba Legarda, encontrando en el interior el vehículo donde se movilizaban, 1.018 gramos de cocaína".*
>
> *"Pese a lo anterior, la Fiscalía atribuye a Jhon Sebastián GÁMEZ Legarda, la comisión delictiva por tráfico, fabricación o porte de estupefacientes al tenor del Art. 376 del C.P., inciso 2º, esto es, cuando las cantidades de droga no exceden de mil gramos de marihuana, doscientos gramos de hachís, cien gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte gramos de derivados de la amapola, entre otros".*
>
> *"Ahora bien, al procesado no le fue incautada sustancia estupefaciente alguna, de modo que, es de recordar como se dijo en antecedencia, fiscalía no tiene plena libertad para hacer la adecuación típica de la conducta, "pues se encuentra limitado por las circunstancias fácticas y jurídicas que resultan del caso".*
>
> *"De los medios de convicción enunciados, no se cumple a cabalidad con ese mínimo probatorio siquiera inferencial para deducir la responsabilidad y materialidad delictiva, en tanto ella no debe obedecer solo a razones de favorabilidad penal para atribuir la comisión de un punible más benigno, lisa y llanamente frente a una carencia probatoria al respecto. De este modo se garantiza no solo que el procesado se beneficie eventualmente de circunstancias no respaldas por ninguna evidencia al interior del proceso, también impide se profiera sentencia de condena sino se cuenta con la prueba mínima, la cual no logra satisfacer por si solo el análisis de comunicaciones".*

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Fiscal MÓNICA MARIANA MORA CÓRDOBA solicita en su apelación que se revoque por la segunda instancia el auto de improbación del preacuerdo, ya que éste contiene la identificación plena del imputado, la relación de hechos relevantes, amen que lo único que se le reconoce al acusado es la complicidad, sin hacer ninguna clase de variación en la comisión del delito imputado, motivo por el cual no comparte la decisión de rechazar el preacuerdo determinado en la falta de estándares probatorios, dando a entender que la figura del artículo 376 inciso 2 del Código Penal está mal utilizada por la Fiscalía, cuando se ha referido que a través de las interceptaciones telefónicas se pudo establecer que se el señor GÁMEZ LEGARDA se dedicaba a la actividad del tráfico de estupefacientes y, aun cuando se utilizaba lenguaje cifrado, se determinó la comercialización de estupefacientes que éste realizaba.

Se indica que la Fiscalía ha escogido de manera libre imputar el tipo penal del Artículo 376 inciso 2, con fundamento en 4 razones fundamentales, que han servido de base para el preacuerdo: (1) Referencia de fuentes humanas que señalaron a alias "Danilo" para indicar que se trataba de quien comercializaba estupefacientes. (2) Los reconocimientos fotográficos no dejan duda que se trataba de SEBASTIÁN GÁMEZ o alias "Danilo". (3) Las fuentes humanas aportaron los números celulares que fueron interceptados, donde también se estableció que se trataba de JOHN SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, se constató que la conducta venía realizándose hace tiempo y que lo que se traficaba eran estupefacientes. (4) Lo más importante es que el procesado acepta el preacuerdo, con la debida asesoría y las consecuencias que esto conlleva.

Recuerda que la celebración de preacuerdos es una de las facultades de la Fiscalía, y que no es válido argumentar que no hay consonancia entre los hechos y el preacuerdo, pues se ha dejado claro que es factible inferir de las comunicaciones interceptadas que cuando se discurre sobre la negociación de 500 gramos, se trata precisamente de estupefacientes, aun cuando no se haya podido establecer qué tipo de sustancia es, porque no se incautó, hay posibilidad de acudir al principio de libertad probatoria para la acreditación del delito concreto, tal como lo ha establecido la Corte en el radicado SP 4860 de 2019, radicado interno 46401.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Hay lugar a aprobar el preacuerdo al que han llegado la Fiscalía 4ª Especializada de Pasto y la defensa del señor JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, en el delito de Tráfico, Fabricación o Porte de Estupefacientes, en el que se reconoce como único beneficio punitivo la COMPLICIDAD, al igual que se pactan las penas en 33 meses de prisión, 1 SMLMV a título de multa y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

El presente asunto está llamado a finiquitarse de manera abreviada a través de un pacto de responsabilidad al que han llegado preliminarmente la Fiscalía y el equipo de Defensa del señor JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, el cual fue presentado a consideración del Juzgado de conocimiento.

El contenido del preacuerdo de voluntades contiene los siguientes elementos: (1) En primer lugar la Fiscalía ratifica la imputación inicial contra el señor GÁMEZ LEGARDA como coautor material del delito contemplado en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, del TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, sancionado con penas de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 SMLMV, en calidad de AUTOR, modalidad DOLOSA, verbo rector PORTAR. (2) En segundo lugar, el imputado acepta de manera llana y simple dichos cargos. (3) Por virtud de la aceptación consensuada, libre, voluntaria y debidamente asesorada de los cargos, la Fiscalía le reconoce como único beneficio la COMPLICIDAD, establecida en el artículo 30 inciso 2 del Código Penal, que rebaja las penas correspondientes para la infracción entre una sexta parte y la mitad. (4) Pactan en concreto las penas en 33 meses de prisión, multa por valor equivalente a 1 SMLMV y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad.

Como se ha indicado, el Juez Penal del Circuito de Pasto decidió improbar esta negociación de responsabilidad en busca de proteger garantías inherentes a la legalidad del delito, porque no encuentra correspondencia entre los hechos presentados como jurídicamente relevantes contra GÁMEZ LEGARDA y la norma penal imputada, al igual que cuestiona la existencia del mínimo evidencial necesario para dar por acreditada la responsabilidad del acriminado. La delegada de la Fiscalía, que funge como apelante, ha indicado que el Juez prácticamente está desbordando sus funciones de control al pacto, lo mismo que insiste en que la evidencia aportada establece a cabalidad la existencia de los hechos constitutivos del delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES del artículo 376 inciso 2 del Código Penal, lo mismo que la responsabilidad, lo cual aparece ratificado con la aceptación de cargos manifestada por la Defensa.

Esta discusión le permite a la Sala precisar las bases jurídicas establecidas en la ley y en la jurisprudencia en punto de los límites al control que tienen los Jueces de Conocimiento frente a los preacuerdos, a partir de lo cual se ingresará al análisis de fondo del problema jurídico planteado.

1.- Bases jurídicas para el control del preacuerdo.

Sea lo primero indicar que no existe discusión alguna respecto que dentro de la sistemática procesal penal vigente existe la posibilidad que la Fiscalía General de la Nación preacuerde con la defensa la responsabilidad de manera anticipada, con miras a evitar el adelantamiento del trámite ordinario marcado por el debate del juicio oral, público, contradictorio, con inmediación de la prueba por el Juez de Conocimiento, a cambio de lo cual el acusado puede recibir un beneficio compensatorio. Las fuentes formales que dan paso a este mecanismo anticipado de solución del conflicto el artículo 250 de la Carta Constitucional, que le otorga a la Fiscalía General de la Nación la titularidad

del ejercicio de la Acción Penal, y los artículos 349 y siguientes del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004); principalmente el artículo 350 numeral 2 establece la posibilidad de que el ente acusador y el imputado, a través de su defensor, adelanten "*conversaciones para llegar a un acuerdo*".

También se ha decantado suficientemente que son diversos tópicos sustanciales los pasibles de preacuerdo interpartes; por una parte el imputado puede declararse culpable del delito que se le atribuye o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el Fiscal bien elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva o también que le haga desaparecer algún cargo especifico; también es posible que el imputado se declare culpable de los cargos, a cambio de que el Fiscal tipifique la conducta de una forma específica que le permita disminuir la pena; todo esto surge de la lectura de los artículos 350 y 351 procesal penal, pero debe tenerse en cuenta que en la memorable sentencia C-1260 de 2005 de la Corte Constitucional se declaró exequible la norma citada "*en el entendido de que el Fiscal, en ejercicio de esa facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente*"[1], esto es que la Fiscalía siempre debe respetar el núcleo fáctico de las imputaciones que determinan una correcta adecuación típica.

Unido a lo anterior, ha precisado la Corte Suprema de Justicia en variados pronunciamientos, entre los que se encuentra el del 11 de diciembre de 2018, dentro del radicado 52311, que cuando las partes proponen estas formas de terminación anticipada de la actuación penal, al Juez de Conocimiento le corresponde verificar si están dados los presupuestos para emitir una sentencia condenatoria, lo que incluye aspectos como los siguientes: (i) la existencia de una hipótesis de hechos jurídicamente relevantes, toda vez que, en virtud del principio de legalidad, la condena solo es procedente frente a conductas que estén previa y claramente sancionadas por el legislador; (ii) el aporte de evidencias físicas u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004, orientado, según dice esta norma, a salvaguardar la presunción de inocencia del procesado; (iii) la claridad sobre los términos del acuerdo, lo que implica, entre otras cosas, precisar cuándo un eventual cambio de calificación jurídica (en cualquiera de sus modalidades) corresponde a la materialización del principio de legalidad, y en qué eventos ello es producto de los beneficios acordados por las partes; (iv) la viabilidad legal de los beneficios otorgados por la Fiscalía, bien por la modalidad y cantidad de los mismos, o por las limitaciones previstas frente a determinados delitos; (v) que el procesado, al decidir sobre la renuncia al juicio, haya actuado con libertad y suficientemente información; etcétera.

Ahora bien, entre las diversas modalidades de preacuerdo se encuentra aquella relacionada con el cambio de la calificación jurídica, refiriéndose a casos en los que la Fiscalía inicialmente ha considerado pertinente comunicar a su contraparte cargos concretos producto de su "*juicio de imputación*" o del denominado "*juicio de acusación*", y el imputado o acusado decide aceptar los cargos que la Fiscalía le endilga y renunciar al juicio, pactando como contraprestación o beneficio único la readecuación del caso en un delito que consagra una pena menor (del homicidio doloso establecido en el artículo 103 del Código Penal, al Homicidio Preterintencional del artículo 105 Ídem), o la desestimación de una causal de agravación (Se acusa por el delito de Concierto para Delinquir Agravado y se pacta responsabilidad por el punible de Concierto para Delinquir Simple), o se pacta el reconocimiento de una circunstancia de atenuación punitiva (la marginalidad, ignorancia o pobreza extremas del artículo 56 penal o el estado de ira e intenso dolor del artículo 57, por ejemplo), o se varía favorablemente el grado de comisión del delito (pasa de consumado a tentativa), **o bien se modifican los cargos de autoría material o de determinación, para readecuar la calificación a complicidad** o para condenarlo como mero "interviniente".

En punto de los controles judiciales a estas modalidades de preacuerdo, que conllevan cambios en la calificación jurídica inicial de la Fiscalía, resulta fundamental traer a colación importantes precedentes del máximo órgano de constitucionalidad y de la corporación judicial ordinaria de cierre en materia penal, quienes en sentencias SU-479 de 2019 y de Casación Penal en los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, han trazado líneas conceptuales orientadas a distinguir si la figura penal que resulta del convenio tiene una base factual de soporte o si, al no tenerla, simplemente la referencia a normas penales o institutos jurídicos no aplicables al caso tienen como único propósito establecer el monto del beneficio o rebaja compensatoria que ha de otorgarse en virtud del acuerdo, esto último por no tener relación alguna con el asunto.

[1] Corte Constitucional. Magistrada Ponente CLARA INÉS VARGAS HERNÁNDEZ.

Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa en la presentación del preacuerdo, los límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles al mismo, y hasta para delimitar las mismas consecuencias punitivas.

Recientemente esta Corporación Tribunalicia[2] estudió un asunto en el que se permitió precisar las líneas o reglas trazadas por la jurisprudencia superior, sobre las consecuencias jurídicas en cada caso. Al respecto se indicó:

> *"I.- En el primer evento, que es cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, porque existe base factual que la soporta, lo cual contiene en sí mismo una beneficiosa reducción punitiva para el imputado o acusado, resulta imperioso que se acompañe no solo un mínimo evidencial de la probable existencia ontológica de la nueva figura, como que -en los casos precisos en los que las normas penales lo requieran- se establezca el vínculo de la misma con el delito cometido. Así lo dejó sentado la Corte Constitucional en la sentencia SU-479 del 15 de octubre de 2019 (MP. Gloria Stella Ortiz Delgado), al revisar eventos en los cuales se preacordaba el reconocimiento de la figura de la marginalidad, pobreza e ignorancia extremas que trata el artículo 56 del Código Penal".*
> *…..*
>
> *"En estos eventos la pena se dosifica legalmente de acuerdo con la nueva calificación jurídica ofrecida al asunto. Si las partes pactan la pena, el Juez de Conocimiento solamente está habilitado para verificar que esta se encuentre dentro del marco de determinación legal (calidad preestablecida y cantidad entre mínimos y máximos legales); así mismo, los subrogados y sustitutos se estudiarán a partir de la calificación jurídica final o fruto del preacuerdo".*
>
> *"II.- La situación es bastante diferente <u>cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, sin que exista una base factual que la soporte</u>, y el preacuerdo solamente está orientado a una simple y ortodoxa disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos, como por ejemplo cuando se reconoce la rebaja de la tentativa (artículo 27 del Código Penal) para un delito que los fácticos lo acreditan indefectiblemente consumado; o cuando se reconoce un estado de ira e intenso dolor (artículo 57 Ídem) que no se divisa medianamente configurado, o se pacta la circunstancia de marginalidad (artículo 56 Ídem) sin que se otee existente, o cuando en virtud del pacto se cataloga como cómplice a quien definitivamente tiene la calidad de autor".*
>
> *"La citada jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia (Radicado 52227) señala que cuando se opta por este mecanismo, realmente no se presenta una situación problemática en cuanto a la correspondencia entre los hechos y su calificación jurídica, de suerte <u>que no es menester aportar por las partes, ni exigir por la judicatura, elementos evidenciales de respaldo</u>. En esa dimensión, los conflictos se traducen a la estimación de la rebaja punitiva a aplicar, "…pues el hecho de establecer la misma a partir de la alusión a normas penales más favorables (que no corresponden a los hechos aceptados), puede dar lugar a descuentos punitivos desbordados… Ello, sin perjuicio de los debates que pueden suscitarse en el evento de que las partes no aclaren si el acuerdo abarca algún subrogado o cualquier otra decisión relevante sobre la pena o su forma de ejecución". Se concluye que la viabilidad legal de esta modalidad de preacuerdos solo podría verse afectada ante concesiones desproporcionadas, sin perjuicio de la trasgresión de los derechos del procesado o de otras formas de violación de los derechos de las víctimas, y se recomienda que el acuerdo sea suficientemente claro, para evitar debates innecesarios sobre sus términos, la concesión de subrogados, etcétera. Así fue ratificado por el Alto Tribunal de Justicia en el radicado 54039 de 2020[3]:*
>
> *"En este último evento resulta claro que: (i) las partes no tendrían que presentar evidencias que den cuenta, siguiendo con el mismo ejemplo, de que el procesado es cómplice y no autor, ya que la alusión a la norma penal más favorable –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los*

[2] Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto. Sala Penal. Sentencia del 9 de septiembre de 2020, radicado 2018-08328, NI.26912. MP. SILVIO CASTRILLÓN PAZ.
[3] Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de agosto de 2020. MP. Patricia Salazar Cuéllar.

términos del convenio-, constituye, precisamente, el beneficio por someterse a la condena anticipada; (ii) todo bajo el entendido de que la condena se emitirá por la calificación jurídica que corresponda –autor, según este ejemplo-, así para los fines de la pena se tome como referencia una norma penal diferente; (iii) el juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, bien por su pluralidad –prohibido expresamente por el legislador-, o porque el otorgado, por excesivo, resulte contrario a la necesidad de aprestigiar a la justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito; y (iv) igualmente, es su deber salvaguardar los derechos del procesado y de la víctima, sobre todo cuando esta es especialmente vulnerable (ídem)".

2.- <u>Análisis del caso concreto.</u>

Establecido como se encuentra el sentido y contenido del preacuerdo de responsabilidad objeto de control, en el cual el imputado JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA acepta sin vacilación las imputaciones fácticas y jurídicas que le defirió la Fiscalía como coautor de un delito de traficación de estupefacientes, orientado exclusivamente por su deseo de conquistar la rebaja de pena establecida para la COMPLICIDAD, resulta fácil deducir que el pacto se ajusta a la modalidad que la jurisprudencia ha denominado "*PREACUERDO SIN BASE FACTUAL*", la que precedentemente hemos indicado que está orientada a una simple y ortodoxa disminución de pena o a mejorar la condición punitiva de un sujeto en cualquier otro sentido, esto es que se introduce una calificación jurídica que no corresponde directa o indirectamente con los hechos.

Como en este particular modelo de negociación de responsabilidad NO deben presentarse elementos materiales probatorios o evidencias físicas que permitan "*al menos sumariamente*" acreditar la circunstancia diminuente de pena que se pacta, entonces, en este caso, <u>solo debe la Sala dedicar sus esfuerzos a establecer si la Fiscalía ha acompañado al pacto evidencias físicas, elementos materiales de prueba u otra información legalmente obtenida, que permita cumplir el estándar de conocimiento previsto en el artículo 327 de la Ley 906 de 2004 (mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y su tipicidad), direccionado a salvaguardar la irrenunciable garantía fundamental de presunción de inocencia del procesado</u>. De la misma manera, el Juez debe constatar que el beneficio otorgado no sea excesivo, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la justicia o de los demás principios que rigen las terminaciones abreviadas del proceso.

Partimos de la base incuestionable que el delito por el cual se procede es el de FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, establecido en el artículo 376 del Código Penal, cuyo tenor literal es el siguiente:

> TRÁFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES. <Artículo CONDICIONALMENTE exequible> <Artículo modificado por el artículo 11 de la Ley 1453 de 2011. > El que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas, incurrirá en prisión de ciento veintiocho (128) a trescientos sesenta (360) meses y multa de mil trescientos treinta y cuatro (1.334) a cincuenta mil (50.000) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Si la cantidad de droga no excede de mil (1.000) gramos de marihuana, doscientos (200) gramos de hachís, cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o veinte (20) gramos de derivados de la amapola, doscientos (200) gramos de droga sintética, sesenta (60) gramos de nitrato de amilo, sesenta (60) gramos de ketamina y GHB, la pena será de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes.
>
> Si la cantidad de droga excede los límites máximos previstos en el inciso anterior sin pasar de diez mil (10.000) gramos de marihuana, tres mil (3.000) gramos de hachís, dos mil (2.000) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína o sesenta (60) gramos de derivados de la amapola, cuatro mil (4.000) gramos de droga sintética, quinientos (500) gramos de nitrato de amilo, quinientos (500) gramos de ketamina y GHB, la pena será de noventa y seis (96) a ciento cuarenta y cuatro (144) meses de prisión y multa de ciento veinte y cuatro (124) a mil quinientos (1.500) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

> <Inciso adicionado por el artículo 13 del Ley 1787 de 2016. El nuevo texto es el siguiente:> Las sanciones previstas en este artículo, no aplicarán para el uso médico y científico del cannabis siempre y cuando se tengan las licencias otorgadas, ya sea por el Ministerio de Salud y Protección Social o el Ministerio de Justicia y del Derecho, según sus competencias.

El análisis estructural de esta figura penal de la parte especial, nos reporta que es un tipo denominado por la doctrina como de "*conducta plúrima*"[4], con "*verbo determinador compuesto alternativo de innegable contenido casuista y tautológico*"[5], dado que son 12 los verbos rectores autónomos e independientes que permiten la adecuación típica a la norma (*introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, lleve consigo, almacene, conserve, elabore, venda, ofrezca, adquiera, financie o suministre a cualquier título sustancia estupefaciente*). Todas estas conductas son de naturaleza alternativa, de suerte que para su correcta imputación jurídica penal basta que se demuestre la comisión una sola de ellas, sin que se pueda predicar concurrencia o concurso de delitos de naturaleza homogénea cuando una persona desarrolla en su actuar varios de esos comportamientos.

Acudiendo al método de interpretación histórico de esta norma, encuentra la Sala que los Comisionados para la redacción del Estatuto de Estupefacientes en 1972, cuyo proyecto dio lugar al Decreto 1188 de 1974, que posteriormente fue remplazado por la Ley 30 de 1986 (Estatuto Nacional de Estupefacientes), indicaron que por razones de técnica y de conveniencia era necesario utilizar ese voluminoso número de verbos rectores para "evitar dificultades al momento de la adecuación típica"[6]. Con todo, debe precisarse que "*los verbos rectores alternativos utilizados por el legislador no se pueden emplear caprichosamente el uno en sustitución de cualquiera de los otros, pues lógicamente su sentido no es el mismo… y entonces cualquier caso no se puede acomodar veleidosamente en cualquiera de ellos, sino que debe amoldarse precisamente a aquél que corresponde al preciso sentido de los actos individualmente ejecutados por el delincuente… Así, del que expende no se puede decir que almacena, del que conserva no se puede predicar que suministra, del que porta no se puede afirmar que trafica, del que intenta expender y a la postre no lo hace no se puede sostener que expende, conserva, almacena, porta o transporta*"[7].

Otra característica del tipo penal en estudio es que el objeto material, establecido en el inciso primero de la norma, recae sobre "*sustancia estupefaciente, sicotrópica o drogas sintéticas que se encuentren contempladas en los cuadros uno, dos, tres y cuatro del Convenio de las Naciones Unidas sobre Sustancias Sicotrópicas*", concepto que en apariencia es extremadamente amplio, pero que termina reduciendo su ámbito de aplicación en los incisos siguientes, los que modulan las penas de acuerdo con las cantidades materia de traficación cuando se trata de marihuana, hachís, cocaína o sus derivados, derivados de la amapola, droga sintética, nitrato de amilo, ketamina y GHB. De ese contenido es factible derivar consecuencias punitivas en cada caso, dependiendo la calidad y cantidad de droga traficada, conforme al siguiente cuadro:

CALIDAD DE ESTUPEFACIENTE	PENAS INCISO 1 Prisión: 128 a 360 meses Multa: 1334 a 50000 SML	PENAS INCISO 2 Prisión: 64 A 108 meses Multa: 2 a 150 SMLMV	PENAS INCISO 3 Prisión: 96 A 144 meses Multa: 124 A 1500
MARIHUANA	Más de 10000 gramos	Dosis personal a 1000 gr	1001 a 10000 gramos
COCAÍNA O DERIVADOS	Más de 2000 gramos	Dosis personal a 100 gr	101 a 2000 gramos
HACHÍS	Más de 3000 gramos	Dosis personal a 200 gr	201 a 3000 gramos
DERIVADOS AMAPOLA	Más de 60 gramos	Dosis personal a 20 gr	21 a 60 gramos
DROGAS SINTÉTICAS	Más de 4000 gramos	Dosis personal a 200 gr	201 a 4000 gramos
NITRATO DE AMILO	Más de 500 gramos	Dosis personal a 60 gr	61 a 500 gramos

[4] CORREDOR BELTRÁN, Diego. "DE LOS DELITOS CONTRA LA SALUD PÚBLICA". En texto colectivo "Lecciones de Derecho Penal – Parte Especial", Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Bogotá. 2002. Página 295.
[5] PABÓN PARRA, Pedro. "MANUAL DE DERECHO PENAL". Tomo II. Octava edición. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. Bogotá D.C. 2011. Página 767.
[6] VELÁSQUEZ GAVIRIA, Acta número 41, sesión del 2 de diciembre de 1972. Citada por ESTRADA VÉLEZ, Federico en texto "COMENTARIOS GENERALES A LA LEY 30 DE 1986", página 19.
[7] ARBOLEDA VALLEJO, Mario. RUÍZ SALAZAR, José armando. "MANUAL DE DERECHO PENAL" Tomo II. (Parte especial –los delitos en particular). Editorial LEYER. Bogotá 2002. Página 592. Citando el texto "ASPECTOS JURÍDICO PENALES DE LA DROGA". Universidad Externado de Colombia. 1991, página 41.

KETAMINA Y GHB	Más de 500 gramos	Dosis personal a 60 gr	61 a 500 gramos

El caso que se tiene entre manos tiene particularidades muy importantes, que deben ser tenidas en cuenta para la solución del caso, con la corrección jurídica que corresponde:

Lo primero a destacar es que la investigación penal que cobija al acusado JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA (Alias Danilo) viene desde el mes de enero de 2018, y estaba debidamente orientada por la Fiscalía a la acreditación de la existencia de una red de micro-tráfico de estupefacientes que era conocida como "LOS PUENDOS", la cual negociaba básicamente marihuana y productos derivados de la cocaína (bazuco y perico) bajo la modalidad conocida como "*exprés*" o a domicilio, con zona de influencia en las comunas 4 y 5 de la ciudad de Pasto y ejercían desde el Barrio Santa Clara.

En segundo lugar, fue la interceptación de unos abonados telefónicos destinados por los integrantes de la banda delincuencial a sus actividades ilícitas, como los seguimientos de las autoridades de Policía Judicial y la información legalmente obtenida de algunos integrantes de la misma banda criminal y de compradores de la mercancía ilícita, lo que permitió identificar e individualizar plenamente a JHON SEBASTÍAN GÓMEZ LEGARDA como una de las piezas claves en la compleja labor de distribución al detal de alucinógenos, quien en las intercomunicaciones marcadas por un lenguaje cifrado permiten establecer que es "ALIAS DANILO".

Como en toda organización delincuencial, por simple que ella sea, la labor la despliegan varias personas que desarrollan diferentes roles; precisamente de los múltiples reportes de la llamadas interceptadas, del interrogatorio de indiciado rendido por el coacusado CAMPO ELÍAS DUARTE IMBAJOA, y de las entrevistas rendidas ante funcionarios de Policía Judicial y Agentes del Ministerio Público por tres (3) personas bajo reserva de identidad, es que surge establecido que el señor JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA (Alias DANILO) aparece OFRECIENDO y VENDIENDO telefónicamente los alucinógenos, en algunas ocasiones también LLEVANDO LA DROGA en vehículos automotores y en moto a los consumidores (ver a folios 160, 163, 169, 170, 171, 176 a 180 de la carpeta digitalizada de evidencias los reportes de actividades delincuenciales y los reconocimientos fotográficos de ALIAS DANILO).

Si bien es cierto que en la multiplicidad de llamadas interceptadas aparecen negociación de alucinógenos en diferentes calidades y cantidades de droga, pero en las cuales se reiteran marihuana y derivados de la cocaína (bazuco y perico), de las que no se ha logrado la incautación de al menos una traza de las mismas, lo cierto es que la Fiscal 4ª Especializada MÓNICA MARIANA MORA CÓRDOBA ha realizado una importante labor de adecuación jurídica de los fácticos para motivarse por un "juicio de acusación" basado en mínimos delictivos frente al delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, y esto dio lugar a encasillar el evento contra GÁMEZ LEGARDA en la tipología del artículo 376 inciso 2° del Código Penal, que conmina penas de sesenta y cuatro (64) a ciento ocho (108) meses de prisión y multa de dos (2) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales vigentes, a la persona que sin permiso de autoridad competente, introduzca al país, así sea en tránsito o saque de él, transporte, **lleve consigo**, almacene, conserve, elabore, **venda**, **ofrezca**, adquiera, financie o **suministre a cualquier título** sustancia estupefaciente, como marihuana en cantidad superior a la dosis personal sin exceder de 1000 gramos o de cocaína y sus derivados por encima de la dosis personal sin exceder de 100 gramos. Precisamente, ante la categórica revelación de los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida, que hizo la Fiscalía en el escrito de acusación, fue que el equipo de defensa decidió entrar en conversaciones con la delegada del ente acusador para aceptar los cargos y renunciar a la posibilidad de controvertir los hechos y la evidencia en el juicio público, a cambio de lo cual se le otorgaba como único beneficio compensatorio la rebaja de pena establecida en el inciso 2 del artículo 30 del Código Penal para la figura de la COMPLICIDAD, sin que ella tuviera una base fáctica de soporte.

Encuentra la Sala que el Juez de primer grado desborda en sus funciones y desconoce el rol de fallador imparcial que le corresponde en el sistema acusatorio, cuando se da a la tarea de dirigir o corregir la tarea de acusación realizada por la Fiscal; se dice lo anterior porque aduce como argumento para improbar el preacuerdo que "*la adecuación típica ofrecida al asunto fractura el principio de legalidad*", dejando entrever que podía asentarse el "juicio de Acusación" en una figura de mayor punibilidad, ya que en la información recogida contra una la organización de microtraficantes "LOS PUENDOS", "*se pone de presente un evento ocurrido el 25 de abril de 2016, en*

el cual el procesado iba en compañía de su madre Flor Alba Legarda, encontrando en el interior el vehículo donde se movilizaban, 1.018 gramos de cocaína".

Una postura de esta naturaleza no sólo vulnera el derecho al debido proceso del acusado, sino que también nubla el principio de imparcialidad, toda vez que el Juez de conocimiento está tratando de dirigir la acusación y también se lo advierte proponiendo su propia "teoría del caso" en contra de los intereses del acusado, aspecto que no puede ser consentido en esta instancia, debido a que -conforme al principio acusatorio-, esta Corporación Judicial ha indicado varias veces[8] que es la Fiscalía la encargada de dar el "*nomen iuris*" a la imputación jurídica, de acuerdo a los supuestos fácticos del caso en concreto y a los elementos materiales probatorios que haya podido conseguir.

Recordando que el acervo evidencial reporta sin mayores hesitaciones que el preacordante JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA se ha encontrado vinculado a la banda de microtraficantes de drogas "LOS PUENDOS", dentro de la cual ha ocupado diversos roles, como el ofrecimiento de diferentes productos alucinógenos por medios telefónicos, hasta su distribución a domicilio o "vía exprés" a sus consumidores. Teniendo en cuenta, además, que algunas de las negociaciones de estupefacientes reportan diferentes cantidades, y que éste es un aspecto trascendental para la ubicación geográfica del tipo penal y de las penas dentro de la normativa del artículo 376 del Código Penal; lo cierto es que si la delegada de la Fiscalía encargada del caso decidió imputar al señor GÁMEZ LEGARDA la figura que comporta la menor punibilidad, como es la del inciso segundo de la norma, sin apartarse del núcleo fáctico de la imputación inicial, pues debe concluirse que dicho juicio no puede ser vetado o cuestionado por la judicatura, ni por las parte o los intervinientes en el proceso penal, merced a que tal actuación de la Fiscalía se deriva de la facultad exclusiva y excluyente del ejercicio de la Acción Penal que la Constitución Nacional le atribuyó en el artículo 250.

Unido a lo anterior, esa postura es consecuente con un criterio de TIPICIDAD MÍNIMA, dado que entre las tres posibilidades de adecuación punitiva del artículo 376 penal sustantivo se escogió la de menor respuesta punitiva, y ello es coherente con un sistema jurídico penal de garantías, que favorece la aplicación de los discernimientos hermenéuticos más favorables cuando haya de interpretarse la ley, según el principio supraconstitucional "*PRO HOMINE*"[9].

---

[8] Sala de Decisión Penal, Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto, auto No 35 del 18 de mayo de 2016. Radicado No 2015-00063-1 N. I. 15943. M. P. Silvio Castrillón Paz.

[9] El **PRINCIPIO PRO HOMINE** implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el ser humano, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio; se contempla en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en la que especifica: "Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- Permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- Limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- Excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- Excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza" y el 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en el que establece lo siguiente:
- Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.
- No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, sin pretextos de que el presente pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado", publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse de forma obligatoria."

Finalmente, debe indicarse que tampoco resulta acertada la manifestación del Juez de primer grado, en punto a que hay lugar a la improbación del preacuerdo porque el proceso de adecuación típica pudiera entrar en crisis, frente al delito de TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, por el cual se procesa al señor GÁMEZ LEGARDA, ya que *"…al procesado no le fue incautada sustancia estupefaciente alguna*". Lo anterior, toda vez que el aserto riñe con el principio de "libertad probatoria", amen que el citado punible contempla en su configuración normativa una docena de conductas, de las cuales la información legalmente recogida y los elementos de prueba reportan de manera indefectible que desarrollaba varias de ellas para la organización de narcomenudeo, como las de VENTA, OFRECIMIENTO o SUMINISTRO A CUALQUIER TÍTULO, que realizaba a través de medios telefónicos, y cuyo debate en juicio ha renunciado a realizar, acogiéndose al sentenciamiento anticipado para obtener un beneficio o rebaja punitiva.

Tal circunstancia [aceptación de las imputaciones fácticas y jurídicas] deviene en una "confesión implícita", que se encuentra debidamente soportada con el cuerpo evidencial arrimado por la Fiscalía, todo lo cual reproduce con creces el mínimo probatorio sobre la existencia del delito y de la responsabilidad, que se necesita para proferir sentenciamiento anticipado de condena.

No se puede olvidar que nuestro alto tribunal de justicia penal ha establecido un criterio de CONGRUENCIA FLEXIBLE, según el cual "*Si bien debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia, es posible de manera excepcional que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la fiscalía, siempre y cuando la nueva imputación respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género. Además, se requiere que el cambio de calificación se oriente hacia una conducta punible de menor o igual entidad, siempre que se respete el núcleo fáctico de la acusación*"[10]. En esa dimensión, aunque la Fiscalía ajustó su imputación y registró acusación contra JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA para endilgarle el verbo rector de PORTAR alucinógenos, la circunstancia que "…al procesado no le fue incautada sustancia estupefaciente alguna", no resulta impeditiva para que pueda ser condenado por un verbo rector diferente establecido en la misma norma incriminadora (artículo 376 del Código Penal), porque existe voluminosa evidencia de que ha vulnerado otros verbos rectores en su labor de integrante del grupo delincuencial de microtraficantes conocidos como "LOS PUENDOS", lo cual ha sido aceptado con la abdicación o desistimiento del juicio.

Finalmente, resulta necesario verificar si el pacto atiende las finalidades legales fijadas en el artículo 348 para los preacuerdos y negociaciones, especialmente si el monto de pena convenido (33 meses de prisión y 1 SMLMV de multa) resulta descomunal o excesivo, al punto que pueda afectar el aprestigiamiento del sistema de justicia penal. Al respecto debe partirse del contenido de la norma citada, que es del siguiente tenor literal:

> *ARTÍCULO 348. FINALIDADES. [Artículo CONDICIONALMENTE exequible] 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 imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.*
> *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 aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento.*

La revisión de los fácticos sobre los que se soporta el presente proceso penal refiere que la Fiscalía General de la Nación ha venido adelantando una labor investigativa frente a una red de microtráfico de drogas en Pasto, cuyas dispendiosas tareas de interceptaciones telefónicas, seguimientos activos, acopio de fotografías y videos, cruces de información, entre otras, han tenido más de dos (2) años de ejecución. Producto de esas labores pesquisitorias se estableció que JHON SEBASTÍAN GÓMEZ LEGARDA (ALIAS DANILO) era uno de los integrantes de la misma, motivo por el cual se requirió su captura por orden judicial.

Bien se ha indicado en precedencia que el "juicio de imputación" inicial condujo a la Fiscalía a atribuirle cargos por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, establecido en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, bajo un concepto de mínima tipificación, merced a que no se había recuperado siquiera una traza de

[10] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia SP-6062018 (47680), Abr. 11/18.

las variedades de estupefacientes que ellos traficaban. Al llegarse al preacuerdo de responsabilidad con el señor GÁMEZ LEGARDA, cuando simplemente se estaba formalizando la pretensión punitiva por la Fiscalía, y ni siquiera se había surtido el debate de la prueba que iba a orientar el juicio, resulta claro que devienen beneficios importantes para el sistema de justicia ya que la renuncia al juicio reporta aplicación de justicia pronta y eficaz, pudiendo la Fiscalía y la judicatura misma dedicar sus esfuerzos a descongestionar sus anaqueles de los procesos más complejos y controvertidos que estén a su cargo. Por supuesto que gana el modelo constitucional por el ejercicio de justicia participativa que el pacto conlleva, amen que la investigación por el delito mayor que la Fiscalía adelanta frente a la intrincada organización dedicada al narcomenudeo, no va a sufrir mayores obstáculos porque –al fin y al cabo- el ente acusador solamente ha debido descubrir un mínimo evidencial de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad para uno de los eslabones de la cadena criminosa.

En punto de la pena pactada, se advierte que al reconocerse en favor del acriminado la figura de la COMPLICIDAD, como factor para determinar la rebaja que se registra como único beneficio compensatorio por la aceptación temprana de cargos, las penas a imponer han de rebajarse entre la sexta parte y la mitad, de suerte que los límites punitivos se enmarcan entre 32 y 90 meses de prisión y multa de 1 a 125 SMLMV.

Sabido es que esta forma de terminación abreviada del proceso puede estar acompañada de un pacto de pena, evento en el cual no aplica el sistema de cuartos, amen que ello no deviene en beneficio adicional indebido. Pues bien; en el caso sometido a examen el pacto de pena fue a 33 meses de prisión, 1 SMLMV, e inhabilitación para el ejercicio de derechos funciones públicas por el mismo término de la pena de prisión, todas estas sanciones se enmarcan en el concepto de pena legal y, en lo que se refiere a la pena de prisión, el acuerdo de 33 meses de sanción está por encima de la pena mínima legal, lo cual no es ofensivo del principio de proporcionalidad por defecto, dado que la imputación jurídica no ha sido debidamente circunstanciada; de suerte que al no haberse atribuido circunstancia genérica alguna de mayor punibilidad, de las establecidas en el artículo 58 del Código Penal, resultaba correcto pactar penas dentro del primer cuarto punitivo.

Unido a lo anterior, no hay riesgo de que la sanción se ejecute en condiciones diferentes a las intramurales, porque por la naturaleza y denominación del delito atribuido a JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA (TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES) está prohibida la concesión de beneficios, subrogados y sustitutos por el artículo 68A del Código Penal.

En síntesis, el pacto de pena cumple a satisfacción con los estándares probatorios mínimos legales y jurisprudenciales establecidos, al igual que las penas estipuladas resultan convenientemente proporcionales, lo mismo que no se esconde el otorgamiento de beneficios excesivos. Para la sala no están comprometidos los propósitos o teleologías trazadas por el legislador para los preacuerdos, ni hay lenidad en el acuerdo de pena que oriente al desprestigimiento de la justicia, ello lleva a revocar la providencia venida en apelación y, en su lugar, IMPARTIR APROBACIÓN al preacuerdo.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto proferido por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto el día 11 de agosto de 2020, dentro del presente asunto. En su lugar, se dispone IMPARTIR APROBACIÓN al preacuerdo suscrito entre la Fiscal 4ª Especializada de Pasto y el equipo de defensa del señor JHON SEBASTÍAN GÁMEZ LEGARDA, para dar por terminado anticipadamente el proceso que se sigue por el delito consagrado en el artículo 376 inciso 2 del Código Penal.

SEGUNDO: La presente decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno. Retorne el proceso a su lugar de origen.

CÓPIESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ	**FRANCO SOLARTE PORTILLA**	**HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN**
Magistrado	**Magistrado**	**Magistrado**

IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO: El grado de certeza lo excluye de plano.

TESTIMONIO DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – VALORACIÓN: Constituye una prueba esencial y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizada en conjunto con las demás que reposan en el expediente.

Se procede a emitir sentencia condenatoria, teniendo en cuenta que de la apreciación conjunta de los elementos de conocimiento allegados al debate oral, conforme las reglas de la sana crítica y las que orientan la correcta valoración de los testimonios rendidos por menores que han sido víctimas de delitos sexuales, se establece que existe convencimiento más allá de la duda razonable acerca de la ocurrencia del delito y la responsabilidad penal del acusado. Se verificó que la versión rendida por la niña ofendida en audiencia pública, merece total credibilidad, la cual en aquello que resulta jurídicamente esencial, ha permanecido inalterable en el tiempo, resultando trascendental la señalización inequívoca del autor y la forma como ocurrieron los hechos; credibilidad que no se aminoró pese a los esfuerzos realizados por la defensa para desacreditar tal versión.

ADECUACIÓN TÍPICA DE LOS HECHOS – El error de no acusar por el delito que en rigor corresponda, no puede conllevar inexorablemente a la absolución.

PROTECCIÓN ESPECIAL Y PREVALENTE DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS MENORES DE EDAD – Deber de las autoridades de garantizar su tutela.

DERECHOS PREVALENTES DEL MENOR – Constituyen una guía hermenéutica para la solución de problemas jurídicos de complejidad.

EL CRITERIO INTERSECCIONAL COMO UNA HERRAMIENTA HERMENÉUTICA - Cuando la violencia se ejercita no solamente por razones estereotipadas de género, sino que se suman otras, el grado de debilidad manifiesta se torna mayor, por lo que se impone comprender la complejidad de la situación y adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de esos derechos vulnerados.

PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LOS MENORES DE EDAD VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – La Fiscalía General de la Nación debe orientar sus deberes específicos hacia la protección del interés superior del niño, niña o adolescente.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Protección especial a mujeres víctimas de violencia.

RESTABLECIMIENTO DEL DERECHO A FAVOR DE LAS VÍCTIMAS – Al ser intemporal puede realizarse en cualquier momento de la actuación procesal.

La legislación nacional y la internacional integrada al ordenamiento interno a través del bloque de constitucionalidad, ordena a los funcionarios públicos propulsar por la protección, prevención, sanción y garantizar el cese de atentados contra la dignidad de la mujer por esa sola condición y también contra los niños, niñas o adolescentes, considerados grupos de especial protección por su debilidad manifiesta.

La interpretación constitucional que el asunto demanda, la dogmática penal y en específico la doctrina del concurso aparente de delitos, sumado al elevado estado de vulnerabilidad de la menor víctima por razones multifactoriales, obligó a considerar que a pesar de que el ente instructor erró al realizar la adecuación jurídica de los hechos, constituyendo una clara afrenta de los derechos de la menor, en tanto desde la formulación de imputación, la acusación y los alegatos de cierre del juicio oral, permaneció inalterable la atribución de un delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuando lo probado en juicio fue el punible de acceso carnal violento agravado. No podría la Judicatura, con la excusa de estar amparando el derecho de la niña, condenarlo por la comisión de este último delito, sin incurrir en vulneración del principio de congruencia y el de la prohibición de la reforma peyorativa; pero así mismo, no cabría la absolución, pues precisamente aplicando la figura de concurso aparente de tipos, se concluye que pese al aludido error, la Fiscalía probó en juicio el delito que imputó, y garantizando el debido proceso de las partes y los intervinientes, se emitió fallo conforme a lo impetrado, resultando procedente

mantener tal condena. Y siendo que a la judicatura le asiste el deber de procurar el restablecimiento de derechos quebrantados de las víctimas, mientras ostente la dirección del proceso, se expiden medidas de protección, distintas a aquellas que se puedan derivar de la emisión del fallo condenatorio.

Magistrado Ponente : Franco Solarte Portilla
Asunto : Apelación sentencia condenatoria
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años
Condenado : HMRM
Radicación : 528356000543-201200396-01 N.I. 17065
Aprobación : Acta N° 2019-049 (marzo 27 de 2019)

San Juan de Pasto, abril tres de dos mil diecinueve

1. Vistos

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto y sustentado por el defensor de HMRM, contra la sentencia dictada el 26 de septiembre de 2017 por la titular del Juzgado Penal del Circuito de Túquerres (Nariño), mediante la cual condenó al referido ciudadano a 156 meses de prisión, a la interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y le negó cualquier sustituto de la prisión intramuros; todo, por hallarlo responsable como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

2. Los hechos

Según los términos de la acusación se afirma que siendo aproximadamente las 6 de la tarde del 23 de abril de 2012, el señor HMRM que tenía más de 25 años de vida, valiéndose de la confianza tenida con la menor KJEM, a la sazón de 12 años de edad, con quien mantenía una relación de noviazgo, la condujo a "*un sector deshabitado, ubicado en la parte posterior del coliseo*" del municipio de Guaitarilla (Nariño), para proceder a atarla de sus pies y manos, desvestirla, tapar su boca y ayudado con un arma blanca la accedió por vía vaginal "*por dos ocasiones y después la abandonó*".

Se aduce que a los pocos días el hoy acusado buscó a la niña en su casa para prevenirla de que no denunciara lo acaecido, episodio este último que alentó el conocimiento de lo sucedido por parte de la tía de la reputada víctima, quien decidió a su vez presentar la denuncia ante las autoridades correspondientes.

3. Resumen de la actuación surtida

Por el relato de la sentencia se conoce que ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guaitarilla (N) cumpliendo función de control de garantías, se llevaron a cabo audiencias preliminares de formulación de imputación e imposición de medida de aseguramiento. En el primer acto referido le fue enrostrado a HMRM la comisión como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años previsto en el artículo 208 del Código Penal, cargos que no fueron aceptados[1].

Previa oportuna presentación del correspondiente escrito, el día 18 de diciembre de 2014 se adelantó audiencia pública de formulación de acusación por el mismo delito antes imputado; la preparatoria se llevó a cabo en fechas 8, 13 y 25 de abril de 2016, mientras que el juicio oral tuvo lugar durante los días 26, 27 y 28 de abril de 2017; el sentido condenatorio del fallo fue emitido el 10 de julio de esa misma anualidad, calenda en la que se celebró audiencia de individualización de la pena, según las voces del artículo 447 del código de Procedimiento Penal y se dio lectura a la sentencia que al ser apelada por el defensor del acusado, ocupa ahora la atención del Tribunal.

4. La sentencia apelada

Comenzó la Juzgadora por realizar un resumen de los hechos jurídicamente relevantes, consignar datos que certifican la identificación del procesado y proseguir con el relato de la actuación surtida, destinando luego un

[1] Según información obtenida ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Guaitarilla, Nariño, tal como consta en el acta de audiencia preliminar allegada al cuaderno de la actuación en segunda instancia, conforme a la orden emitida en auto del 4 de febrero de 2019.

espacio para referirse de manera detallada a los alegatos conclusivos de las partes e intervinientes y proceder enseguida a las "*consideraciones*" para decidir los dos problemas jurídicos que dijo plantearse, que se resumen en establecer si fue demostrada la ocurrencia de los hechos enrostrados en su comisión al encartado; y además, si es posible dictarle condena por la comisión del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, según términos de la acusación, cuando lo probado en juicio fue la ejecución de un acceso carnal violento. De entrada anticipó respuesta afirmativa a eso dos interrogantes.

Dedicó un espacio importante de la parte inicial de la sentencia para referirse a los principios y reglas legales que rigen al sistema acusatorio y de los que regulan la práctica y evaluación del mérito de la prueba arrimada al proceso, con especial énfasis a la publicidad, oralidad, contradicción, concentración e inmediación, advertida la señora Juez de su necesidad merced a que el defensor "*pretendió aducir y presentar en juicio y en sus alegaciones finales, prueba que no se había decretado ni se permitió practicar en juicio*".

Recordó asimismo que no opera en el sistema procesal penal en Colombia la llamada tarifa legal de prueba, imponiéndose la libertad probatoria, manifestación que la *a quo* hizo como precisión a la defensa que alegó que la edad de la víctima solamente podría establecerse a través del registro civil de nacimiento, forma ésta que no fue utilizada por la Fiscalía en este caso.

Citó luego los artículos 380 y 381 de la Ley 906 de 2004 como marco normativo referencial, según los cuales para condenar se requiere conocimiento más allá de toda duda acerca de la ocurrencia del delito y de la responsabilidad del acusado, previa aducción legal al juicio de prueba que debe ser examinada en conjunto, sin olvidar que según las voces del artículo 7 *ibídem*, en favor del procesado se inscribe el apotegma constitucional de presunción de inocencia.

Con esos preámbulos, pasó la Juzgadora a la tarea de valoración del mérito del haz probatorio allegado a la actuación, comenzando por responder a la glosa de la defensa que en punto del tipo objetivo censuró la ausencia de prueba idónea para establecer la edad de la víctima. La *a quo* precisó que tal aspecto quedó demostrado bajo la égida de la libertad probatoria, como ocurrió con lo consignado en el Informe Pericial de Clínica Forense suscrito por el doctor Oswaldo Francisco Coral Caicedo, quien al plasmar los datos generales de la niña, afirmó que para el tiempo del examen ésta frisaba por los 13 años de edad, en donde además se consignó el número de su tarjeta de identidad. Del mismo modo lo establecieron el dictamen siquiátrico pericial suscrito por el doctor Víctor Oswaldo Peña Hernández y el dicho de la Defensora de Familia al momento de su gestión con destino al restablecimiento del derecho de la infante y de la propia declaración por ésta rendida.

Con la reproducción del pertinente aparte del dictamen emitido por el doctor Francisco Coral, ratificado por el galeno John Alexander Ortega Chamorro, la Juez encontró consolidada la información acerca del acceso sexual vía vaginal tenido por la menor, en tanto el examen evidenció "*un desgarro antiguo (o que orienta clínicamente a un tiempo de evolución superior a los diez días) y es consistente con penetración vaginal no reciente*". Destacó el dictamen emitido por el segundo de los peritos referidos, que tiene incuestionable valor probatorio pese a que no hizo directamente el examen a la paciente, porque se basó en lo observado y plasmado por su colega, y en lo sustancial su aseveración relacionada con que "*los bordes cicatrizados se presentan cuando los bordes no están rojizos o sangrantes, a más de lo anterior, los hallazgos no eximen de una penetración reciente*".

Dijo creer entonces lo aseverado por la propia víctima en un testimonio que lo cataloga como "*fluido, concatenado y espontáneo*", resaltando circunstancias y detalles que lo hacen verosímil, como el referido a la identificación sin dudas de su agresor, una persona adulta con quien mantenía una relación sentimental, y que "*le entregó su corazón de niña, buscando más el afecto de un padre, que el de una pareja*", pero que el varón evidenció claramente su intención lasciva con ella, tocándola inicialmente y besándola a la fuerza.

Destacó la declaración circunstanciada rendida por la adolescente en audiencia, desde la manera como el acusado logró entablar iniciales acercamientos, la aceptación de ella de mantener un noviazgo, la ocurrencia de tocamientos de contenido claramente sexual por parte de aquel y el dramático episodio donde aprovechando la ocasión la condujo a un sitio despoblado donde la ató de las manos, tapó su boca, la despojó de su pantalón y de su interior, la intimidó con una navaja y "*la violó en dos ocasiones*".

Memoró la Juez la aseveración de la referida testigo según la cual HMRM buscó a la víctima tres días después de acaecidos los hechos, para amenazarla de ejercer actos en contra de sus abuelos si acaso ella hacía saber lo acaecido, suceso este último que alertó la atención de la tía de la niña, quien demandó explicaciones y con ellas accedió al conocimiento de los actos delictuosos sucedidos.

Trajo a colación la aseveración hecha en ese testimonio, acerca de un supuesto ofrecimiento por la suma de treinta millones de pesos que hiciera un señor de nombre "*V*" y el abogado del encartado para que fuera retirada la denuncia, luego cinco millones para que se desdiga de la incriminación.

Afirmó haberse percatado en dicha declaración, recaudada por lo demás con la intervención de la defensora de familia del Instituto de Bienestar Familiar, previa presentación de las preguntas por las partes y en un lugar privado, que la víctima anidó un sentimiento de rabia hacia su agresor por haberse aprovechado de su inocencia, adicionando que las fotografías aportadas por la defensa no registran el sitio de los eventos en cuestión como se pretende, dado que los mismos fueron perpetrados en un paraje solitario "*más allá del coliseo*", amen que las construcciones en esas piezas reveladas son nuevas.

Trajo jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[2] donde se consigna que si bien no puede dársele crédito absoluto y sin reparos a las versiones de los menores de edad, es lo cierto que ello no implica descalificarlos de forma automática, pues a quien tiene por tarea la valoración de su poder suasorio le corresponde acopiar las directrices que rigen la sana crítica y las reglas de la experiencia y extraer de allí el mérito de credibilidad que corresponda.

Para el caso, iteró la Juzgadora, sustrae de la atestación de la víctima una exposición coherente, fluida, hilada y circunstanciada, sin inconsistencias, a tal punto detallada, reflejo inequívoco de estar refiriendo un hecho ciertamente vivido, adicional a que no encuentra "*ánimo perverso*" de endilgar responsabilidad sin justificación al procesado, a quien la familia ni siquiera conocía. Las consecuencias de ese trance se evidencian en la afectación psíquica, su tristeza y el infortunio de tener que verse avocada a dejar sus estudios por temor a ser re victimizada.

De la intervención testimonial de la señora PYML remarcó la Juez la forma como conoció al procesado, precisamente el día en que según su sobrina fue a proferir amenazas para acallarla y conoció de ésta en medio de llantos el relato de violación objeto de esta actuación. Igualmente el conocimiento que la testigo tuvo del ofrecimiento que el abogado de HMRM hizo de una suma de dinero a los abuelos de la niña para que retiren la denuncia, propuesta por aquellos con dignidad rechazada.

Para la Juez, la credibilidad del relato de la víctima encuentra respaldo en el "*trascendental*" testimonio del perito en sicología clínica adscrito al Instituto de Medicina Legal, doctor Víctor Oswaldo Peña Hernández, quien haciendo gala de una gran experiencia en el tema y utilizando técnicas de probabilidad universalmente aceptadas, entrevistó a la menor y de esa actividad dedujo de ella una exposición digna de crédito, porque además de lucir coherente y concatenada, pudo percatarse de síntomas propios de personas abusadas, tales como incomodidad, sudoración y la denominada "*omicopagia*", consistente en comerse las uñas durante el procedimiento.

Dicho profesional además conceptuó la naturaleza oculta del sentimiento de la examinada, consistente en buscar en su novio el afecto de padre. Y en cuanto a una incongruencia detectada en la declaración de aquella, relacionada con la forma como fue amarrada por su agresor, rescata en el sicólogo la explicación en el llamado "*síndrome de acomodación*", según el cual cada persona actúa de distinta manera frente a un estímulo, pero que ello no descarta la ocurrencia de la violación, como sucede en este caso, donde la niña evidenció arrepentimiento por haber aceptado la propuesta de desplazarse al coliseo donde fue vejada o, desde otra óptica, que quienes han sufrido actos de la especie buscan el olvido de manera automática y eso hace que el relato pueda estar afectado por comprensibles e intrascendentes inexactitudes.

En suma, que la declaración del perito apuntala la sentencia de condena a emitir en este caso, pues el susodicho profesional estableció en la menor la información de un acontecimiento abusivo realmente sucedido, dado a saber mediante un "*lenguaje vivencial*", no "*maquinal*", no fantasioso, sin que, iteró, detalles irrelevantes y explicables

[2] Citó radicado 36357 del 26 de octubre de 2011.

como la inconsistencia en "*el cambio de la soga*", no interfieren en la persuasión que la Sentenciadora tiene acerca de la responsabilidad del procesado.

Que es el mismo relato hilvanado que la víctima suministró a la Comisaria de Familia, señora Selene Juliana Portilla Caicedo, encargada además de adelantar gestiones tendientes al restablecimiento de derechos de la niña, funcionaria que además hizo conocer sobre su convencimiento de la edad que la niña tenía al tiempo de los hechos, esto es, 12 años de vida, amen que para adelantar el aludido procedimiento restaurativo llevó a término una entrevista igualmente con protocolos confiables, en cuya tarea pudo también verificar la sinceridad de la versión de la entrevistada.

Pasó luego la a quo a referirse a los testigos de la defensa y de entrada cuestionó la "*moralidad*" del experto en siquiatría, doctor Álvaro Chaves Cabrera, quien no refirió su "*historial delictivo*" que le devela mácula "*no sólo en su labor como funcionario público, sino con la responsabilidad frente a la familia al haber sido denunciado por inasistencia alimentaria*". No obstante eso que llamó "*un panorama de conflictos judiciales*", adujo que debería entrar a valorar el mérito de su pericia, iniciando por la labor realizada con el acusado el 8 de febrero de 2016, arrojando conclusiones tales como que carece éste de fantasías sexuales con menores de edad y en lo demás, se trata de una persona con plenas capacidades mentales.

Trajo a colación el dictamen emitido por el aludido profesional en donde concluye descartando credibilidad al dicho de la menor, con fundamento en tres aspectos avizorados: i) la niña habla en ocasiones que tuvo con su agresor una relación sentimental, pero otras veces lo desmiente; ii) que primeramente relata que fue amarrada y posteriormente desvestida, tratándose de un episodio que debe indefectiblemente ser memorado, adicional a que no explica con convicción la forma como fue atada, como tampoco ubica si fue violentada una o dos veces; y, iii) que se contradice la preadolescente cuando afirmó que el victimario la dejó abandonada en el sitio de los hechos, pero en otra ocasión aseveró que "*quedaron como amigos*".

Con eso el siquiatra en mención define que no evidencia en la menor "*una estructura lógica en la narración*", ergo, luce inverídica, circunstancia no advertida por quienes desde la otra orilla entrevistaron a la niña, debido ello a que aquellos profesionales se limitaron a transcribir la narración, pero sin adelantar la interpretación adecuada de dichas atestaciones, única manera de endilgar la autoría del delito a HMRM.

En medio del análisis, la Juez dejó expresa constancia que no todas las conclusiones consignadas por el referido testigo fueron consideradas, habida cuenta que tienen basamento en medios de convicción que no fueron practicados ni se presentaron en el juicio, respondiendo además a la petición que en el momento hizo la delegada de la Fiscalía, quien impetró "*se rechace la pericia*", pero que la Judicatura "*dada que la tacha obedece a la realidad procesal, sólo tomó partes del dictamen*". Relacionó las piezas en que el doctor Chaves Cabrera se valió para elaborar su pericia, pero que no fueron descubiertas por la defensa y que son: historia clínica sicológica de la ESE adelantada por la profesional Yolanda López, informe de la Comisaría de Familia del 30 de abril de 2012, acta de apertura en la Comisaría de Familia; historia clínica de la ESE suscrita por el doctor Édison Caicedo y valoración realizada por la médica Camila Rosas el 30 de abril de 2012.

Resaltó la Juez el hecho de que no obstante el siquiatra en mención haya admitido que una valoración de la especie con aceptación técnica demanda una entrevista personal, para este asunto no ocurrió así, pues el doctor Chaves Cabrera valoró el caso de la reputada víctima sobre documentos, algunos de ellos no descubiertos como lo exige el ordenamiento procesal, sin embargo el citado profesional arribó a conclusiones como la de aseverar que la menor no dijo la verdad en su incriminación, fundando su conclusión en asertos tales como la excesiva sudoración, bloqueo del pensamiento, "*midriosis*", sequedad de la boca, etcétera.

En síntesis, aduciendo reparos morales en el perito siquiatra llevado por la defensa, porque fue condenado penalmente cuando fue servidor público y luego denunciado por inasistencia alimentaria y por emitir su dictamen en piezas de conocimiento que no pasaron por el tamiz del descubrimiento, aseveró la Funcionaria judicial de primer nivel que el aludido testigo tiene interés de inclinar su dicho en favor del acusado y que, en contraste, el experto de la Fiscalía le merece absoluto crédito.

Respecto a las fotografías anexadas a manera de "*evidencia demostrativa*" por el señor JFPM, recordó que la Fiscalía rebatió esa aducción por considerar que dichos registros fueron tomados en fecha muy posterior al tiempo de los hechos, como lo afirmó la víctima, quien además hizo notar que el escenario donde fue vejada fue mucho más allá del coliseo, sitio despoblado para ese entonces.

Siguiendo con la prueba de la defensa, minimizó cualquier aporte para la decisión del testigo MVM, tío el procesado, pues se limitó a narrar que una vez sabida la acusación en contra de su sobrino, éste le negó cualquier relación amorosa que haya tenido con la menor en cuestión, pues eran simples amigos. Adicionalmente, que pudo escuchar tanto de la madre de la considerada víctima, como el padre y la madrastra, que la niña estaba faltando a la verdad y que esperaban de ella la retractación, la que finalmente no se dio, atribuyendo en últimas la incriminación a un invento de la tía de la menor; negó asimismo que la familia del acusado haya hecho ofrecimientos de dinero, pues solamente pedían se diga la verdad.

Igual apreciación tuvo la Juez respecto a la declaración OVPL, porque el testigo no hizo más que dar fe de las buenas condiciones personales del acusado y de informar acerca de las condiciones del sitio aledaño al coliseo y de la afluencia constante de personas que practican deporte a toda hora, aunque admite que después de las construcciones hay terrenos no habitados.

En el examen de la versión del procesado dijo avistar contradicciones, no solamente en cuanto denotó veleidad en la clase de relación que tuvo con la niña, ya amorosa ora de amistad, sino en punto de la edad de la menor, ya que mientras a su siquiatra le adveró que nunca ella le dijo cuántos años tenía, aunque aparentaba ser mayor de 18, al Juzgado le aseveró que frisaba por los 15, cerca de cumplir 16. Como también acusó inconsistencia en temas tales como que, mientras en juicio aludió que eran pocas veces que se comunicaba con la preadolescente, al referido profesional de la siquiatría le expresó lo contrario, hasta el punto de asegurarle "*que él no necesitaba tomarla por la fuerza por cuanto la niña le manifestó que quería tener algo con él*".

Por manera que, concluyó la señora Juez, es la prueba practicada a instancia de la Fiscalía, constituida por el testimonio creíble de la víctima ofrecido en juicio, versión que en similares términos rindió ante el sicólogo de Medicina Legal y a la Comisaria de Familia de Guaitarilla, la que se impone a las probanzas de descargo y persuade acerca de la ocurrencia real de los hechos denunciados y de la responsabilidad penal del acusado en los mismos. Unas inconsistencias en el relato de la víctima lucen irrelevantes, adujo la a quo, y se explican en la edad de la deponente, su extracto campesino y al hecho de que "*a nadie le gusta, así sea un adulto, evocar episodios traumáticos*", cuanto más que en lo sustancial, esto es la forma como fue accedida y la señalización sin equívocos del autor de la afrenta se mantienen.

En cambio el haz probatorio de descargo no pudo persuadir en punto a descartar la ocurrencia de los hechos, porque a la postre quedó sin constatación que la tía de la menor inventó la acusación, ni que la familia de la adolescente haya urdido un plan protervo en contra del acusado, cuando ni siquiera éste era conocido.

Así, la Sentenciadora dedujo la ocurrencia de una conducta penalmente típica atribuible a HMRM, según la voces del artículo 208 del Código Penal; afrentosa sin justa causa del bien jurídico protegido de la libertad, integridad y formación sexuales; y perpetrada con culpabilidad, en tanto su autor se reporta como un individuo imputable, que conocía la ilicitud de su actuar y pese a ello dirigió su voluntad a su ejecución.

Luego de eso pasó la *a quo* a la tarea de dosificación punitiva, la que desarrolló así:

Determinó los extremos punitivos previstos en el ya aludido artículo 208 sustancial, que van entre 144 y 240 meses de prisión. Estableció los cuartos de movilidad y se estacionó en el mínimo, oscilante entre 144 y 168 meses privativos de la libertad, debido ello a la existencia únicamente de circunstancias de menor punibilidad (citó el artículo 55 *ibídem*), amen que la Fiscalía no hizo mención a concurrencia de agravantes genéricos.

Previa enunciación de la fuente normativa correspondiente, consideró que "*los hechos que se sancionan catapultan el dolo*", dignos de una pena ejemplar para quien se aprovechó de la inocencia de la niña, primero, con insistentes llamadas para iniciar una relación amorosa, siendo que la menor no estaba en capacidad de entenderla, menos cuando el procesado pasó a los actos lascivos. El día de los hechos, censura haber llevado a su víctima con mentiras

a un lugar despoblado, atarla de sus manos, amedrentarla con una navaja y así lograr su propósito sexual, para posteriormente dejarla en el sitio abandonada.

Que todos estos episodios fácticos impiden la imposición mínima de la pena, en cambio irrogarla "*cercana del primer cuarto*". Con todo, adujo que no puede pasarse por alto las pruebas allegadas por la defensa en la audiencia de individualización de pena, que ubican al acusado como una persona trabajadora, de extracto humilde, perteneciente a una familia de siete hermanos integrados a la sociedad, en especial en la vereda donde habitan. Concluyó entonces la Juez de conocimiento, que la sanción a imponer para el caso sería de 156 meses de prisión y por el mismo tiempo la accesoria de inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

Finalmente, considerando la sanción impuesta, superior a la exigida en el artículo 63 del Código Penal, negó conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, adicional al hecho de que el ordenamiento legal tiene prevista prohibición expresa para el otorgamiento del sucedáneo para casos como este, donde la víctima es persona menor de edad, a voces del artículo 199 de la Ley 1098 de 2002, norma que cobija también la posibilidad de la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38 *ibídem*.

5. La sustentación del recurso

El abogado Jaime H. Estrada Ceballos, judicialmente reconocido como defensor del condenado, alertó estar en desacuerdo con la decisión de primera instancia por no compartir "*el análisis probatorio llevado a cabo por la señora Juez en cuanto a la Inverisimilitud del testimonios de la menor*", prometiendo en cambio persuadir al Tribunal de que no se arrimó al juicio por parte de la Fiscalía la prueba indispensable para derrotar la presunción de inocencia que al acusado ampara, habida cuenta que lo que está presente en el ambiente "*es una duda que no se puede superar*" y que obliga, según lo piensa, a la absolución de su representado.

Así, luego de memorar los términos de la acusación y en general algunos pasajes del decurso procesal, se situó en la prueba aducida a instancia de la Fiscalía, censurando de entrada el ejercicio valorativo adelantado por la Sentenciadora sobre los susodichos medios de conocimiento, a los cuales, aseveró, les atribuyó plena credibilidad, tratando en contraste con desprecio las probanzas arrimadas por la defensa. Y ello acaeció a pesar de que las primeras o estaban catalogadas como "*testigos de referencia*", o en el caso de la víctima, "*un tanto carente de las formalidades rituales para estos menesteres*", si en cuenta se tiene que no se dispuso para la ocasión la Cámara de Gesell o al menos un sitio adecuado para la diligencia, amen que la Comisaria de Familia seleccionada para el efecto no indica el perfil de idoneidad para hacerlo y que la menor no estuvo asistida por su representante legal o por una persona mayor de edad.

Descartó credibilidad a lo narrado por la señora PYML, tía de la víctima, por cuanto relata detalles vivenciales de su sobrina "*como si hubiera podido conocerlo muy directamente*" (sic), lo que sugiere estar recitando declaraciones "*casi que puntualmente fabricadas*".

Sostuvo que la Fiscalía omitió abordar en su investigación "*aspectos claves*", censurable actitud si en cuenta se tiene que es a ese órgano oficial al que le compete demostrar la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Adujo entonces que quedó faltando "*la ubicación circunstanciada de los profesionales testigos y del testimonio de la señora PYML*", así como "*conocimiento del lugar donde hubieran ocurrido los hechos con la menor KJEM, condiciones de visibilidad y de iluminación del lugar, vegetación nativa u otros, construcciones cercanas, como también la distancia del coliseo Municipal (sic) referenciado como lugar de los hechos que se investigaron*", para cuyo propósito debió en su juicio aportar pruebas técnicas de tipo topográfico y fijación de los sucesos a través de planos y dimensiones que revelen el escenario donde supuestamente ocurrieron los desafueros en cuestión.

Criticó a la Judicatura de primer grado de, pese a las falencias acabadas de referir, haberse concentrado en la versión rendida por la reputada víctima y asignarle absoluta credibilidad, sin considerar las evidentes contradicciones en que ella incurrió y la ausencia de evidencias periféricas que respalden su dicho.

Admitió expresamente que para el tiempo de los hechos su defendido y la menor en cuestión mantenían una relación amorosa, sin que se considere ello exótico hoy por hoy, sino normal, así el varón ya había cumplido los 25 años de edad y ella frisaba por los 12, poniendo con esa aserción en tela de duda la conclusión del sicólogo forense

según la cual la niña veía en su novio una figura paterna, percepciones esas "*absolutamente descabelladas y cercanas a la subjetividad*" que por lo mismo le estaban vedado hacerlas al susodicho profesional.

Acotó que según la prueba arrimada por petición de la defensa, en particular los testimonios de OVP y VMM, el sitio donde ocurrieron los hechos en cuestión era una zona poblada del municipio de Guaitarilla, constituyéndose en un absurdo que el procesado haya podido en un lugar así ejecutar actos que incluyen atar a su víctima, desvestirla "*hasta consumar dos actos sexuales*", aserto repudiado por la lógica física y biológica, pues un hombre "*requiere un tiempo prudencial para recuperarse del primer acto*". Tampoco resulta coherente pensar en que a las horas que se dice sucedieron los hechos, esto es a las 6 de la tarde, ningún residente de la localidad haya pasado por ahí.

De otro lado, calificó como contradictorio que el examen sexológico practicado a la niña arrojara como resultado que la paciente registrara "*himen con desgarro antiguo, es decir mayor a los 10 días*", cuando la mentada revisión fue realizada 7 días después de los hechos, aspecto que en juicio del recurrente evidencia que tales hallazgos estén develando "*que pudo corresponder a otros eventos*".

Si bien reconoce que sucesos como los que se juzga, "*de intimidad*", por lo general se ejecutan sin la presencia de testigos, sin embargo en la versión de la menor en este caso afloran "*unas incongruencias*" que la misma Judicatura admite como ocurridas, pero "*las mira de soslayo como si no fueran importantes*", siendo que por tratarse de un relato insular, sin respaldo periférico y con palmarias imprecisiones, no tienen la capacidad de servir de base para una decisión condenatoria como se hizo.

Luego, a manera de síntesis, expuso el defensor sus reproches así:

1. No se acreditó la edad de la supuesta víctima, siendo ello imprescindible si lo que se acusa es la comisión de un delito en contra de una persona menor de catorce años. Aduce que si bien sabe de la libertad probatoria como criterio que orienta el vigente sistema de juzgamiento penal, tal postulado opera cuando no es posible la aducción de una prueba idónea, como para el caso lo es el registro civil de nacimiento de la menor.

2. Aflora la duda acerca de la autoría y responsabilidad del procesado, merced a que el concepto del médico legista practicado a la niña determinó el hallazgo de "*desgarro antiguo*" en el himen, equivalente a un tiempo mayor de 10 días, lo que sugiere que su causa puede ser distinta a los hechos endilgados al acusado.

3. En la sentencia recurrida se observa que la prueba practicada a instancia de la defensa no fue valorada, especialmente la pericial a cargo del siquiatra Álvaro Chaves Cabrera, dictamen por éste emitido que desnudó "*diversas contradicciones*" en la exposición de la víctima que difiere de elementos materiales enunciados en el escrito de acusación, tales como denuncia penal formulada por la Comisaria de Familia de Guaitarilla, historia clínica sicológica de la menor, valoración médica efectuada a la reputada víctima, informe técnico médico legal practicado por el doctor Oswaldo Coral Caicedo y oficio de respuesta al cuestionario que entrega el doctor Oswaldo Peña Hernández.

4. Enfatizó el defensor en las conclusiones plasmadas en el informe pericial del siquiatra llevado a juicio por cuenta de la defensa, en donde se demerita el testimonio de la víctima, entre otras cosas, porque no devela ésta síntomas de haber sufrido un evento traumático de la magnitud como el que se aduce, según conceptos de otros profesionales que examinaron a la niña y de los que aquél perito se valió para emitir el suyo.

5. Finalmente, recabó el apelante en el tratamiento discriminatorio que en su sentir dio la Funcionaria de primer nivel a las pruebas arrimadas a la actuación, enalteciendo las de la Fiscalía a pesar de sus latentes debilidades, en cambio desechar sin fundamento las de la defensa, en particular a los testigos VMM y OVPL, a quienes el Juzgado no les cree pese a que su versión fue clara al indicar la improbable comisión del delito en un sitio poblado y sin dificultades de visibilidad; lo propio ocurrido con el acusado a quien sin más no se le creyó su relato y evidenciarle contradicciones donde no existen.

Con eso pidió el defensor del Tribunal la revocatoria de la sentencia recurrida, para que en su lugar se absuelva de todo cargo a su representado, disponiendo en consecuencia su libertad inmediata. En subsidio impetró la revisión

de la legalidad de la pena impuesta al procesado, porque considera que debe estar fijada "*en el límite inferior del primer cuarto de movilidad del delito acusado*".

6. Consideraciones de la Sala

Establecida la competencia de esta Corporación para conocer del presente asunto, según las voces del artículo 34 numeral 1º de la Ley 906 de 2004, refulge como problema jurídico principal dilucidar si las pruebas legalmente aducidas al juicio oral ofrecen la certidumbre indispensable para fulminar en contra del acusado un fallo de condena, como así lo concluyó la señora Juez de primera instancia, o si, como lo percibe el recurrente, aflora al menos la duda que obliga a la absolución.

Pero es lo cierto que las particularidades del decurso procesal obligan a la Corporación a abordar una tensión adicional, que la *a quo* alcanzó también a plantear en su sentencia como tema a resolver, pero que infortunadamente no fue desarrollada en la parte considerativa, siendo que resultaba de la mayor importancia hacerlo. Se trata de establecer si luego de verificar la ocurrencia cierta del delito enrostrado al acusado, su autoría en el mismo y su consecuente responsabilidad, según la valoración probatoria que se adelante, puede la judicatura condenar en este asunto por el delito por el cual fue dicha persona acusada, es decir acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuando lo probado en juicio fue el punible de acceso carnal violento.

Si se supera lo anterior, también corresponderá establecer la corrección jurídica o no de la decisión de primer nivel en punto atinente a la pena impuesta al acusado, comoquiera que para el defensor apelante luce la misma indebidamente alta.

6.1. De la prueba practicada en la actuación y de su valor demostrativo

Dígase primero que, ciertamente, en la sistemática procesal de que trata la Ley 906 de 2004, para condenar se requiere un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del procesado, que ha de ser provisto a través de las pruebas aducidas en el juicio oral. El proceso es un imperativo para la Judicatura que persigue el establecimiento de la verdad y la justicia con objetividad; la verdad a su vez no es más que la correspondencia entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por éste, en particular, a través de la reconstrucción más fidedigna posible del comportamiento que interesa al derecho punitivo, a la que se le atribuirán las consecuencias legales: la absolución o la condena.

También es cierto que no resulta posible arribar a la certeza absoluta por razones epistemológicas y empíricas, en cambio se apuesta con términos de legitimidad, por una de carácter racional o relativa, sujeta en últimas a lo que sobrevenga probado en el proceso penal, lo que a su vez está ligado a la valoración suasoria del juzgador según las reglas que legalmente se le han asignado, lugar donde se inscribe el concepto de condena más allá de toda duda razonable, porque la presencia de dubitaciones sobre lo objetivo y subjetivo del delito de entidad y peso para propiciar escenarios de incertidumbre, se catapultan a favor del procesado como desarrollo del principio *in dubio pro reo* y en contra de la pretensión persecutoria del Estado por no haber podido avanzar más allá de la presunción constitucional de la inocencia. Veamos:

> *"Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.*
>
> ***Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor***

***del incriminando**, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.[3]" (Negrillas fuera del texto original).*

Para alcanzar ese convencimiento impera en nuestro régimen procesal, la libre apreciación de la prueba o persuasión racional, de manera que los aspectos del delito pueden acreditarse a través de cualquier medio de convicción legalmente aceptado y que no transgreda garantías fundamentales, y será al fallador a quien le competa determinar su poder demostrativo limitado por las reglas de la sana crítica –principios de la lógica, máximas de la experiencia y postulados de la ciencia-, con base en la apreciación conjunta de los elementos de conocimiento allegados al debate.

Debe advertirse de entrada, que desde etapas muy primigenias de la actuación con la formulación de imputación, hasta las intermedias con la acusación y avanzadas con los alegatos finales en el juicio oral inculpó la Fiscalía al procesado la realización de actos sexuales contra quien sin reticencias ha sido considerada como víctima directa, en contextos que inequívocamente revelan el uso de la fuerza física por parte del agresor, pero que aun así, el órgano encargado de la investigación enrostró a aquél la comisión como autor del delito previsto en el artículo 208 del Código Penal, modificado por la Ley 1236 de 2008, que lleva epígrafe de "*Acceso carnal abusivo con menor de catorce años*". Tal situación queda por el momento planteada, porque según se anunció supra, será materia de específico examen en este proveído.

Sin más preámbulos, pasemos a examinar cuáles medios de prueba con suficiente capacidad suasoria fueron legalmente aducidos por el delegado del ente instructor para afianzar su teoría incriminatoria del caso y qué elementos de convicción llevó la defensa para rebatir la acusación.

Iniciamos convalidando las aserciones consignadas por la a quo, de conformidad con las cuales constatada se encuentra en el plenario la edad de la víctima, aunque a ello se haya llegado por un medio distinto al reclamado por el impugnante, es decir, la Fiscalía no arrimó al juicio el registro de aquella, pero que se hizo a través del testimonio de la menor[4], del sicólogo forense que plasmó en su informe no solamente ese dato sino el número de su tarjeta de identidad[5], y también por lo dado a conocer por la Comisaria de Familia de Guaitarilla[6]. Ello es ciertamente posible, merced a que en la sistemática penal en Colombia rige la libertad probatoria, que no la tarifa legal, último sistema al que únicamente se acomodarían los asertos del defensor sobre el tema[7].

Ahora, es muy común que en los escenarios judiciales resulte determinante la versión de la víctima como fundamento toral para la toma de las decisiones, cuanto más si se trata de asuntos como este, que definen la responsabilidad penal de una persona acusada de la comisión de un delito sexual, donde su autor, por natural actitud, procura precaverse de las condiciones necesarias que le permitan ejecutar su plan sin riesgo a ser descubierto, cautelas entre las que se destaca la verificación de la ausencia de otros testigos presenciales.

La práctica procesal enseña que no obstante el desarrollo jurisprudencial y legal[8] inspirado en la idea de proteger del riesgo de la re victimización a quienes siendo menores de edad recibieron afrenta de la especie les libera del deber cívico de asistir a declarar en juicio, terminan siendo convocados a ese acto oral y público.

Dígase sin embargo, que si bien contar en la actuación con el testimonio de la víctima se constituye sin dudarse en un *plus*, como resulta obvio entender, ello no libera al juez del deber de examinar ese dicho con debido celo, haciendo acopio de las reglas que gobiernan la sana crítica y las que dimanan de la experiencia, atendiendo además las directrices contempladas en el artículo 404 del Código de Procedimiento Penal. Tal ejercicio de ponderación evaluativa no escapa para el caso de los menores de edad, porque hoy por hoy ya está admitido pacíficamente que la versión suministrada por los niños, niñas y adolescentes no debe asumirse como una vedad apodíctica, pues en

[3] CSJ SP, 16 abril 2015, Rad. 43.262.
[4] A partir del minuto 05:51 de su declaración en juicio oral según audio
[5] A partir del minuto 29:15 de la declaración del doctor Víctor Os0waldo Peña Hernández en juicio oral según audio
[6] A partir del minuto 16:27 de la declaración de la doctora Selene Johana Portilla Caicedo en juicio oral según audio
[7] El artículo 373 de la Ley 906 de 2004 dispone: "*Libertad. 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*".
[8] Ver Ley 1652 de 2013.

ese sector etario de la población no está descartada la mentira, del mismo modo que, desde otra óptica, impropio es sin más descreérseles en sus atestaciones[9].

Este proceso cuenta con la declaración circunstanciada rendida en audiencia por quien ha sido judicialmente reconocida como víctima y en ese ambiente expuso la cronología de su relato, que comienza por allá en el año 2012 cuando ella frisaba apenas por los 12 años de edad, conoció a HMRM, la forma como fue éste ganando acercamiento hasta lograr entablar con la aún niña un noviazgo, relación que devela un impacto en la incipiente capacidad de comprensión de la menor, porque al descubrir que era manoseada lascivamente asumió la decisión de dar por terminado ese disfuncional romance.

El referido relato ubica al procesado insistente en mantener la relación en cuestión y que en el delineado propósito de escudarse en una simple amistad es que fueron ejecutados los actos delictuosos que se juzga, porque según la reconocida víctima el día de los hechos fue llevada con engaños a un sitio despoblado ubicado detrás del coliseo de Guaitarilla, donde el agresor la ató de pies y manos con unas cuerdas que llevaba consigo, la amordazó, la desvistió y con la ayuda de una navaja la accedió vía vaginal, para dejarla por último abandonada en el lugar, hasta mientras pudo la menor desatarse y dirigirse a su casa ubicada en un sitio rural del municipio, guardando silencio con su tía, con quien vivía, sobre lo ocurrido.

La señora Juez de conocimiento sostuvo en su sentencia que luego de escuchar de manera directa a la preadolescente, se persuadió de la veracidad de sus dichos, y el Tribunal luego de examinar con la indispensable ponderación ese testimonio comparte tal apreciación. A juicio llega la víctima a la edad de 17 años, cuando el paso del tiempo y la madurez adquirida le ofrecieron la oportunidad de memorar con pausa cada episodio del vejamen que sufrió, evocarlo en sus detalles y darlo a conocer sin poner al descubierto dubitación alguna. Allí es donde la *a quo* resalta la coherencia del relato, la ubicación de espacio, tiempo y modo en que los hechos sucedieron y la exposición circunstanciada de los detalles previos, concomitantes y posteriores al evento.

Deberá añadirse a ese aserto, la inexistencia de motivaciones de cualquier índole, ya en la niña ora en su entorno familiar, que pudieran abrir espacio a la posibilidad de que se urdiera un plan mendaz de semejante calibre[10]. Nadie enarboló a lo largo del proceso enemistades, problemas o discusiones con el acusado o con allegados a éste, pues de lo que se sabe es que de esa desigual relación, mientras se dio, no se reportaron contenciones distintas a las naturales molestias sentidas por la menor por la actitud lasciva del acusado, a la sazón en superlativa madurez física, psicológica y fisiológica para procurar una conexión sexual. Esto último refuerza la veracidad de la atestación de la víctima cuando afirma que su novio "*solamente quería besarla a la fuerza y manosearla*".

Ahora que, cumpliendo con la directriz legal prevista en el artículo 380 de la Ley 906 de 2004 que ordena adelantar el ejercicio de valoración probatoria en conjunto, sin mayores esfuerzos otea la Sala que la versión inculpatoria rendida por la niña ofendida en audiencia pública, en aquello que resulta jurídicamente esencial, se mantiene coincidente con lo que expuso ante las personas que oficial o de manera particular tuvieron que escucharla, como sucedió con la doctora Selene Johana Portilla Caicedo[11], quien dada su condición de Comisaria de Familia Municipal de Guaitarilla para ese entonces, adelantó entrevista con la aludida menor y de los labios de ésta extrajo la información espontánea de lo acaecido, donde refulge trascendental la señalización inequívoca del autor del hecho

[9] Ver entre otras. CSJ.SP.34568.23 de febrero 2011. 35080. 11 de mayo de 2011. 40455.25 de septiembre 2013.
[10] González Navarro Luis Antonio, La Prueba en el Sistema Penal Acusatorio, Leyer, Bogotá, Página 824. "*La existencia de la indicada inclinación moral a la verdad es sin duda un hecho. Puesto el hombre en el trance de elegir, tiende hacia la verdad de un modo natural, como el rio al mar, aunque sólo sea para evitar lo malo y molesto que la mentira entraña (…). Sin embargo, como se comprenderá, puede presentarse el caso en que el testimonio deba ser rechazado; ocurre esto en el momento en que se manifiestan y se ven frustradas las fuerzas que la sanción que nos referimos supone, por influencia prepotente, determinándose entonces la inidoneidad por causas morales de los testigos. Cuando tal ocurre, cuando se presentan las circunstancias que implican tan inidoneidad moral (por ejemplo, en el supuesto de existir un interés de mentir), ésta es siempre condicional, en cuanto puede llegar a ser anulada por otras circunstancias que disipen toda sospecha*".
[11] Su declaración a partir del minuto 23:28 según audio del juicio oral

y la forma como fue llevada con engaños a un lugar solitario, donde fue accedida carnalmente por medio de la violencia[12].

Fue convocada a declarar en juicio la señora PYML, tía y encargada de la crianza de la niña[13]. Si bien esta testigo no ofreció mayores detalles de la forma como sucedieron los eventos en cuestión, sí resulta de interés destacar que fue aquella quien recibió la primera información de lo que había acontecido pocos días atrás, ello debido a que descubrió al hoy procesado en cercanías de su vivienda y ante eso que le causó extrañeza, su sobrina le contó "*que había sido violada*", lo que desencadenó luego el conocimiento de los padres de la víctima y de ellos la decisión de denunciar oficialmente. Especial connotación tiene la particularidad de que desde que la referida testigo asumió el conocimiento de los hechos, se supo sin lugar a equívocos de quien fue su perpetrador.

Pero fue ante el sicólogo forense, Víctor Oswaldo Peña Hernández donde la preadolescente expuso con mayor expansión y detalle lo sucedido, aspecto que se explica en la experiencia y capacitación que dicho profesional ha poseído como perito forense en temas como el que nos concita, pues recuerda haber generado un número cercano a las 850 pericias en materia sexual para asuntos judiciales, de las cuales el 55 por ciento tienen relación con abusos contra menores de edad. Con la comprensible dificultad develada por la entrevistada a la hora de memorar su trance, aseverando incluso su deseo de "*no decir más*", sin embargo terminó relatando circunstanciadamente el evento sufrido, versión que, la Sala lo dice sin ambages, es esencialmente la misma que contó en el juicio oral y mucho antes, a la Comisaria de Familia.

La intervención pericial del doctor Peña Hernández, desde luego, ofrece una utilidad adicional para el ejercicio de valoración que estamos realizando. Comoquiera que dicho profesional desarrolló su encargo con la revisión de las piezas procesales aducidas para la ocasión, pero fundamentalmente con la *entrevista semiestructurada directa* que llevó a cabo con la menor y con la utilización de métodos universalmente confiables, pudo afirmar que no obstante su gestión no puede mirarse como "*una ciencia exacta*", el porcentaje de sus deducciones puede enmarcarse como "*aceptación y probabilidad alta*".

La entrevista directa tiene la virtud, como lo hizo el referido sicólogo, que merced a observar en la examinada tanto el lenguaje verbal como no verbal, "*vivencial y no maquinado*", asegurar sin vacilaciones que "*en ningún momento se determina que haya una fantasía o que estuviera inventando algo así*", vale decir, la versión de la menor luce creíble.

Y tal aserto se mantiene pese a las incisivas críticas que, en dirección contraria, fueron expuestas por el doctor Álvaro Chaves Cabrera, de profesión siquiatra, para quien no hay lugar a dar credibilidad a las exposiciones de la reputada víctima. Respecto de esa prueba, el Tribunal debe previamente detenerse para hacer las siguientes necesarias acotaciones:

1. El dictamen rendido por dicho perito fundamentalmente tiene sustento en la revisión de otras piezas, en específico en diversas entrevistas que la menor suministró ante distintas personas, previo ello al juicio oral. Mas sucede que, entre una pluralidad de situaciones presentadas en la actuación, que develan no solamente el precario conocimiento de las partes en el manejo del sistema, sino la desafortunada regencia de la directora del proceso, refulge la siguiente circunstancia:

Una vez culminado el interrogatorio directo por parte del defensor al doctor Álvaro Chaves Cabrera, irrumpió la señora Fiscal demandando de la Juez -de la manera más anti técnica por lo demás- se "*rechace esa pericia*", pedimento que dicha delegada lo sustentó en el hecho de no haberse descubierto el material investigativo en el que se basó el experto para realizar su encargo[14]. La a quo dispuso de un receso para verificar lo aducido y después de ello decidió denegar lo impetrado por verificar que, contrario a lo alegado, las multicitadas piezas sí fueron

[12] En el desarrollo de este testimonio fue reconocido que la documentación oficial que contiene la actuación adelantada por la testigo reposa en las instalaciones de la Comisaría de Familia de Guaitrarilla, pero que no fue descubierta en el juicio. De allí que se tenga como prueba la declaración de la susodicha persona, y para valorar lo recordado por ella y revelado en la audiencia.
[13] A partir del minuto 36:54 del audio del juicio oral
[14] A partir del minuto 45:26 de su intervención en juicio oral según audio

descubiertas en la oportunidad procesal correspondiente, por consiguiente la Fiscalía tenía cabal conocimiento de las mismas y, entonces dispuso "*incorporar*" la cuestionada probanza pericial[15].

En términos de rigor jurídico, comoquiera que no hubo finalmente oposición a esa determinación judicial sino complacencia[16], dicho medio de convicción forma parte del haz probatorio allegado al proceso y debería en consecuencia ser sometido a la condigna valoración. Empero, emerge un obstáculo material que impide obrar conforme a esa guisa, no al menos de manera absoluta, merced a que aunque se haya admitido que las partes procesales conocieron en su oportunidad dichos elementos de convicción, finalmente no fueron aducidos a la carpeta, ni física ni en forma virtual, lo que hace imposible que el Tribunal adelante examen de un contenido que no ve, que no existe en el universo probatorio, y obviamente no puede calificar al fin su valor suasorio.

Frente a semejante entuerto, la Sala no puede sino sujetarse a lo único que luce como materialmente posible, que es adelantar la valoración de la susodicha prueba solamente en aquello que devenga factible la confrontación, vale decir, habremos de referirnos a los puntos del dictamen en cuestión, solamente cuando pueda extraerse de ellos una referencia probatoriamente verificable; con más exactitud, no habrá examen de aquellos apartes del peritaje donde el siquiatra remita su estudio a material de base que no fue incorporado al proceso.

No huelga advertir, que si acaso con esta decisión pueda alegarse algún desmedro a los intereses de la defensa, tampoco debe soslayarse que esas consecuencias corresponde soportar a esa parte procesal, porque a ella le correspondía el deber de implorar la incorporación de dichas piezas investigativas, con la debida técnica, si su intención era, como en efecto sin dificultad se ve, que sean valoradas al servicio de su teoría del caso.

Con esas indispensables precisiones, pasemos a estudiar lo que opinó el perito siquiatra en torno a la versión de la menor que la desacredita, y de otras apreciaciones direccionadas a descartar la ocurrencia de los hechos y más allá, la autoría del acusado en los mismos:

2. La Juzgadora de primer nivel no le atribuyó credibilidad a lo dictaminado por el susodicho testigo, por falta de idoneidad moral, merced a que la señora Fiscal en uso del contrainterrogatorio sacó a relucir una pretérita condena en su contra por la comisión de un delito atentatorio de la administración pública y unas denuncias por inasistencia alimentaria y amenazas. Contrario a la postura de la *a quo* en este punto, amén de tratarse de manifestaciones carentes de soporte probatorio, no encuentra la Sala que tales incriminaciones tengan la capacidad de enervar o atenuar por si solas la capacidad del aludido perito para emitir concepto profesional en el ramo de la siquiatría, cuál es su especialidad.

3. Al margen de lo predicho, evidente es que el doctor Chaves Cabrera se constituyó en la principal carta probatoria de descargo, no por nada distinto es que el abogado que representa los intereses judiciales del procesado lo pidió en otra oportunidad como una especie de asesor procesal permanente. Por supuesto que la Sala no cuestiona esa actitud, si ella no escapa a las potestades que como sujeto procesal le asisten a la defensa, pero sí mencionar desde ya, aunque en detalle se verá luego, el énfasis que el referido perito puso a su encargo lo llevó a suscribir conclusiones claramente caracterizadas por el sesgo y sin razón plasmar ácidas censuras no solamente a quienes cumpliendo su rol oficial en su momento entrevistaron a la víctima, sino más allá, a cuestionar la actividad investigativa de la Fiscalía, labor que, en la lógica procesal se esperaría que sea desarrollada por el defensor.

4. En concepto generoso en explicaciones, el señalado perito desacreditó la versión de la menor, y adujo sin chistar que no encontró criterios clínicos que lleven a concluir que la víctima haya dicho la verdad. Pasemos a estudiar lo que en resumen opinó el referido profesional para promulgar su aserto.

i) Previo a los hechos dice censurar que fue ambivalente la menor en cuanto a su relación de noviazgo con el acusado, dejando entrever unas veces que la hubo y otras que no.

[15] A partir del minuto 10:52 de su intervención en el juicio oral según audio
[16] En el minuto 19:01 de su intervención en el juicio oral seg, la Fiscalía dijo admitir sin reticencias dicha decisión

A juzgar por lo aducido a la actuación[17], si en algo ha sido constante la víctima, es en referir con detalles la manera como se dio inicio a esa disfuncional relación sentimental con el hoy procesado, la forma como discurrió la misma, hasta que tomó ella la decisión de terminarla, al descifrar precisamente las intenciones lascivas de éste.

ii) Durante los hechos, cuestiona que la víctima falla en cuanto concierne "*al orden de los sucesos*", ya que mientras en algunas veces aseveró que primero fue atada y luego desvestida, en otras sostuvo haber sido amarrada de las manos y de los pies y liberada enseguida para ser accedida, o que dejó entrever que fue accedida con los pies atados.

Sobre el específico punto, la joven dijo en juicio oral lo siguiente: "*me amarró las manos, había un tronco y me amarró las manos hacia atrás" y más adelante: "después me amarró los pies, en ese momento mientras me amarraba los pies él se empezó a sacar la ropa, pues se sacó el pantalón y el bóxer. En ese momento se me sentó en los pies y pues me desvistió a mí, la blusa me la sacó, me sacó el pantalón y el cachetero, en ese momento fue cuando él empezó a hacer movimientos bruscos sobre mi cuerpo, y ahí fue en ese momento en el que me violó*"[18].

Lo que de ese relato secuencial inquieta a la defensa y en particular al doctor Chaves Cabrera, radica en la imposibilidad física de haber sido la niña despojada de su ropa cuando se hallaba atada de sus manos, y más allá, de haber sido accedida estando amarrada también de sus pies, luego miente. Pero resulta que más adelante la testigo explicó: "*él me ató de pies y manos y me tapó la boca antes de que él me abusara, mientras él se desvestía, **cuando él se desvistió me desató de los pies**, menos de la boca ni de las manos*"[19]. (Destaca la Sala).

Lo último transcrito responde a cómo fue que para accederla el agresor retiró las amarras de los pies, pero ciertamente queda por sabese de qué forma pudo éste desvestir a su víctima, si antes de ello estuvo atada de manos. Debe decirse que en ninguna de sus intervenciones de las que da cuenta el proceso, la menor dio explicación a ese interrogante, que a decir verdad, nadie la inquirió al respecto. Pero tal ocurrencia no significa que haya sido tal situación soslayada, pues en contraste, es evidencia que el doctor Víctor Oswaldo Peña avizoró para deducir que "*la examinada aporta un relato ilógico e incoherente*", que no trasunta conclusión de incredulidad, sino técnica explicación en lo que se conoce como "*síndrome de acomodación*", propio en esta clase de eventos traumáticos sufridos por menores de edad, quienes requieren de tiempo para asimilar el trance sufrido, cuanto más aquí, dada la manera violenta como sucedió el ultraje[20].

En esos mismos contextos es que no puede admitirse que se vea como un síntoma de mendacidad que la niña ultrajada haya omitido decir si sintió "*temor, horror, miedo o pánico que la paraliza*", según con rigor lo demanda el doctor Chaves Cabrera, como sugiriendo que es eso una razón para concluir que el abuso no haya tenido ocurrencia. Desde el más elemental de los análisis cabe responder que, a más de no habérsele indagado sobre ese preciso tema, plurales explicaciones tiene esa omisión, entre las que cabe la de la necesidad natural que las víctimas de estos delitos tienen de procurar olvidar la afrenta.

Pero si lo que se quiere son pruebas reales sobre las consecuencias adversas sufridas por la menor, con estricta e indudable relación causa y efecto con los hechos en cuestión, reparemos no más en la de haber cambiado la mismísima forma de ser de ella porque dejó su habitual alegría y sociabilidad y su abandono de las aulas educativas sin recobrarlas jamás, sin mencionar las actitudes asumidas cuando fue sometida a entrevista con el sicólogo forense de Medicina Legal, donde denotó, a más del comprensible rechazo por lo sufrido, su deseo de parar en su relato, lo que denotó en varias ocasiones.

---

[17] En suma, su testimonio en juicio oral y en las entrevistas surtidas ante el sicólogo Víctor Oswaldo Peña y la Comisaria de Familia Selene Johana Portilla Caicedo.

[18] A partir del minuto 08:27 del juicio oral según audio

[19] Minuto 19:37 del juicio oral según audio

[20] El Síndrome de Acomodación al Abuso Sexual Infantil, SAASI, fue descrito por Ronald Summit en 1983, y tiene por fin explicar las etapas que un menor abusado pasa luego de haber sido víctima de un evento traumático de esa especie, en total 5 instancias que se refieren a: i) *El secreto, como postura del abusado a revelar el hecho; ii) Desprotección o indefensión, que provoca en la víctima sentimientos de impotencia o desprotección que pueden perdurar por siempre; iii) Atrapamiento y adaptación, referido a que, por mera supervivencia, la víctima tiende a adaptarse a la situación abusiva; iv) Develamiento tardío, exposición de los hechos con demora en el tiempo, que puede producir descrédito en su dicho y, v) retractación, si acaso ha sucedido la falta del apoyo necesario y el natural sentimiento de culpa o simplemente el temor a no ser creído en su relato*. Disponible en internet: http://www.mpfn.gob.pe/escuela/contenido/actividades/docs/2258_01_lectura_saasi.pdf.

No se requiere de mayores esfuerzos para entender la situación sicológica sufrida por la pre adolescente en este caso, quien ante el clamor de una necesidad procesal se le demandó contar su drama, y que lo hizo dando a saber lo que ella alberga en su memoria como episodios fácticos de mayor impacto, esto es que fue vejada sexualmente, que para ese fin su victimario la ató también de sus manos, evento éste que lo recuerda con claridad, aunque no haya sido por ella expuesto en qué momento sucedió ese específico episodio, que quizás lo hubiese explicado si alguien la habría interrogado sobre el punto.

Y aunque la estrategia defensiva le atribuye a ese hecho gran connotación en el camino de desacreditar la versión de la víctima, la Sala en contraste lo minimiza, debido a que en el contexto de lo expuesto ello tiene científica explicación y porque además, no forma parte de la trascendencia, pues de la esencia es que fue sometida la niña con prácticas de violencia pura, entre las cuales se destaca que fue reducida su resistencia con la atadura de sus manos y de sus pies, careciendo de valor que haya omitido en qué concreto instante fue que eso tuvo acaecimiento.

Las mismas acotaciones caben en cuanto dice relación con la supuesta confusión que se le atribuye a la menor por no haber sido constante en la información acerca de la ropa que tanto ella como su agresor llevaban puesta para el día de los hechos, como condicionando la verdad del relato a aspectos puramente secundarios, cuando lo esencial del mismo ha permanecido inalterable en el tiempo. En idéntico marco argumentativo cabe lo concerniente a la mención de la niña de que fue "*violada dos veces*", porque vaya a saberse a qué actos específicos le atribuye esa calificación, en medio de un cuadro de horror, sin que científicamente pueda descartarse que esa aseveración de la niña haya sido absolutamente real[21].

Es palmario que lo que se pretende por la defensa, siguiendo a pie juntillas la intención del siquiatra que la asesoró, es supervalorar supuestas o ciertas inconsistencias avistadas en los detalles así carezcan de trascendencia, minimizando por esa senda los que resultan sustanciales.

iii) También se afirma que la víctima evidenció inconsistencias en su versión de lo acontecido, en tiempo posterior a los sucesos, pues "*en algunas entrevistas*" describe que el procesado le profirió amenazas, siendo que otras veces aseveró "*que quedaron como amigos*". Asimismo que aunque en principio afirmó haber sido amenazada, luego omitió ese detalle que dada la magnitud de lo denunciado, es algo "*que no se olvida*". Del mismo modo, en la forma como fue sabida la noticia criminal por los familiares, ya que al respecto ha dicho la menor que su tía salió en busca del agresor sin saber nada de lo que había pasado, aunque en distinta oportunidad sostuvo que fue ella quien le contó a su tía de la agresión de la que fue objeto.

Todas estas glosas definitivamente lucen superficiales y por ende carentes de la capacidad de enervar la credibilidad de lo contado en este proceso por la víctima. Y aunque bastaría esa respuesta para demeritarlas, el Tribunal adiciona que en las piezas probatorias obrantes en el proceso, ha quedado registrada su afirmación de que fue amenazada con una navaja mientras ocurría el vejamen que aquí se juzga. También que a los tres días luego de los sucesos fue visitada en su casa por el acusado y allí profirió éste amenazas "*de hacer algo*" en contra de su familia, en particular de sus abuelos, si acaso aquella se le ocurriera hacer conocer de lo sucedido. Del mismo modo,

---

[21] *Al respecto la Corte Constitucional en la Sentencia T- 843 de 2011, con referencia a la declaración del menor víctima de delito sexual adquiere mayor relevancia frente a la demostración del hecho delictivo, sobre el punto dijo: "Por último, la Corte recordó que "(…) cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores de 18 años,* ***adquiere además relevancia la prueba indiciaria****. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima" (negrilla fuera del texto). La Corte agregó: // "Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. Además, y sobre este punto la Sala es enfática, no le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo "normal" el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de "derecho" sobre el cuerpo del menor" (énfasis original)." En los similares términos se refirió en la Auto 009 de 2015, Sentencia T- 554 de 2003, entre otras.*

como quedó expuesto en otro momento, explicó con coherencia la manera cómo llegó a oídos de su familia la noticia del abuso[22]. En suma, no se ve en dichos relatos las inconsistencias de que habla la defensa.

iv) Otro de los argumentos expuestos en el peritaje que se examina, es la improbable posibilidad de que el acusado haya cometido el delito que se le achaca, merced ello a que al ser examinado por el referido siquiatra, no ofreció aquél muestras que lo encasillen en la pedofilia. Para la Sala, tal conclusión no descarta la comisión del comportamiento cuestionado, porque hacerlo sería tanto como enarbolar esa especie de relación causal como condición jurídica no concebida en el ordenamiento legal para asignar responsabilidades penales por sucesos de esa naturaleza. Incluso, hilando un poco fino, si ese aludido estado se establece, bien podríamos entrar en los terrenos de la mismísima inimputabilidad.

v) Finalmente, el perito siquiatra de la defensa hace un cuestionamiento a "*Los investigadores*" del caso, porque según su parecer, no emitieron conclusiones en torno a la veracidad de lo expuesto por la entrevistada, limitándose a transcribir el relato por ellos escuchados. Respecto a esa censura, deberá precisarse que la actuación revela que en lo que concierne al punto, desconociendo qué sucedió en desarrollo de otras diligencias similares adelantadas por distintos profesionales o "*investigadores*"[23], obra la intervención pericial por parte del sicólogo del Instituto de Medicina Legal, doctor Víctor Oswaldo Peña, quien sin atisbo de duda y explicando científicamente las razones, de manera firme plasmó su persuasión de haber recibido de la víctima un relato que le merece toda credibilidad[24].

Efectuado el análisis de la referenciada prueba pericial de la defensa, es del caso proseguir con el examen de otros elementos de juicio aducidos.

En el camino de procurar el descrédito de la versión incriminatoria de la víctima, la defensa ha venido alegando que no puede atribuirse la autoría de los hechos a su representado, por cuanto ha sido dado a conocer de un dictamen médico suscrito por un galeno perteneciente al Centro Hospital de Guaitarilla, que revisó a la menor a los pocos días -quizás a los siete - luego de haber ocurridos los hechos, en donde se dejó constancia de haberse dado el hallazgo en el himen compatible con "*desgarro antiguo a las ocho*". Se concluye: si ese desgarro es antiguo, entonces no pudo ser el procesado el autor de las causas que lo generaron, porque a él se le endilga haber perpetrado un evento sexual reciente con la examinada.

Desde el punto de vista teórico, tal premisa podría ser de recibo. La respalda, como oportunamente lo advirtió el experto de la defensa en su dictamen[25], el peritaje rendido por el doctor Oswaldo Francisco Coral Caicedo (q.e.p.d), el que ciertamente informa haber encontrado en la revisión de la niña "*Himen no íntegro con un desgarro en el meridiano de las 9 de las manecillas de reloj cuyos bordes se encuentran completamente cicatrizados, en el contexto de la investigación de un delito sexual se puede concluir que se trata de un desgarro antiguo (lo que orienta clínicamente a un tiempo de evolución superior a los diez días) y es consistente con penetración vaginal no reciente*"[26].

Ciñéndose a lo estrictamente aducido al proceso, habría simplemente que decirse al respecto, que se cuenta con el acabado de señalar informe pericial, el cual al inicio reza lo siguiente: "***Examinada hoy martes 15 de octubre de 2013 a las 15:32 horas en Primer Reconocimiento Médico Legal***", documento que además refiere que para ese examen se recibió la debida autorización por parte de la madre de la susodicha menor. Si esa data corresponde a la realidad, la cual se asume porque no hubo al respecto en el juicio la menor objeción, y si además se trata de "*primer reconocimiento*", las glosas defensivas mencionadas *ut supra* no tendrían cabida, no más por la advertencia de que dicho reconocimiento se hizo después de un año y medio de haber ocurrido los hechos, con la obvia conclusión de que el desgarro del himen sería antiguo.

---

[22] Declaración rendida por el sicólogo forense adscrito al Instituto de Medicina Legal, doctor Víctor Oswaldo Peña Hernández. Y la propia declaración de la menor, a partir del minuto 08:27 del juicio oral según audio.
[23] Recordamos que no cuenta la Corporación con muchas de las piezas de que habla el informe del doctor Álvaro Chaves Cabrera le sirvieron de soporte para emitir su dictamen, lo que hace que materialmente no pueda hacerse la necesaria confrontación, por desconocimiento del contenido de las mismas.
[24] A partir del minuto 49:59 de su declaración en juicio oral según audio
[25] Folio 95 de la carpeta procesal
[26] Folio 70 de la carpeta.

Debe mencionarse eso sí, que ese peritaje consigna como constancia, el conocimiento que el médico tuvo para ese tiempo de que la examinada "*recibió atención en un servicio de salud: CENTRO HOSPITAL DE GUAITARILLA*". Mas debe ser reiterado, nuevamente echa de menos la Sala el contenido de documento alguno que haya dejado escrita la historia de esta asistencia profesional, con la imposibilidad de que podamos referirnos a lo alegado por la defensa sobre el punto.

Con todo, no puede el Tribunal dejar de advertir, alentado solamente por el afán de la claridad, que si bien las conclusiones médicas de la especie responden a estándares o parámetros basados en la experiencia y en factores sustentados en la retórica científica, no por ello deba tenérselas como una verdad inconcusa. Como sucede en todo, la práctica puede no necesariamente coincidir con la teoría, cuanto más en el campo de la medicina, donde juega un papel preponderante las particulares condiciones físicas y fisiológicas o influencias patológicas de cada persona, de tal forma que los síntomas y aun las consecuencias sin que resulte sorprendente, puedan variar sensiblemente de un sujeto a otro.

Si estas premisas las aterrizamos al asunto en concreto, podríamos observar que el proceso de cicatrización luego de una lesión, por todas las variables imaginables que no es del caso precisar aquí, puede diferir de un paciente a otro. Con otras palabras, nada impide que el galeno en su examen sexológico pueda notar que el himen tiene cicatriz que revela en principio un desgarro antiguo[27], pero que en realidad ese proceso de reconstrucción natural de tejido hubiese sido más temprano al tiempo calculado como parámetro para establecer la susodicha antigüedad.

Y ello es así, porque esos tiempos que en la literatura especializada se tienen concebidos como baremo para establecer si un desgarro es reciente o antiguo, responde no más a un cálculo que nunca puede asumirse en términos absolutos y que por esa misma relatividad es que no existe consenso en los autores en su determinación. Así lo dice esta ayuda doctrinal[28]:

> *"Los desgarros himeneales tardan en cicatrizar entre 7 a 10 días como término medio aunque Rodríguez Almada hace referencia a diferentes cronologías como a continuación se muestra:*

"Autor	***Tiempo de Cicatrización***
Hofmann	*2-4 días*
Vibert	*2-12 días*
Rojas y Teke	*7 días*
Tedeschi	*7-10 días*
Kvitko, Lancís y Sánchez	*10 días*
Vargas Alvarado	*10 días*
Vanrell	*14 días*
De Pena	*15 días"*
Tardieu	*15-20 días*

No por razón distinta se explica la constancia que el médico que revisó a la niña dejó en su dictamen cuando plasmó: "***Este hallazgo al examen no contradice una historia de penetración vaginal u otro tipo de actividad sexual reciente a este nivel, que no haya dejado lesión física y es consistente con el relato de la menor***"[29]. Concepto que fue convalidado por el doctor John Alexander Ortega Chamorro, médico que fue llamado a declarar por cuenta de la Fiscalía para referirse al anterior dictamen, merced al deceso de quien lo suscribió[30].

Otro de los argumentos defensivos radica en que, no hubo el delito investigado, porque deviene improbable que el mismo se haya ejecutado en la forma en que lo contó la víctima, ya que contrario a lo por ésta afirmado, el supuesto lugar fáctico no era despoblado, que es lo que facilitaría el éxito de su comisión, sino que habían muchas

---

[27] "*Ruptura de la membrana que llega hasta su base de inserción en la vagina*".
[28] M.C. HINOJOSA MONDRAGÓN, Kenya Anabell. Tesis para obtener el diploma de posgrado de la especialidad en medicina legal. Universidad Autónoma del Estado de México. Facultad de Medicina. Toluca, Estado de México. 2013. p 16. Disponible en internet: http://ri.uaemex.mx/bitstream/handle/20.500.11799/13844/414478.pdf?sequence=1.
[29] Folio 70 de la carpeta procesal
[30] A partir del minuto57:35 del juicio oral según audio.

construcciones; para afianzar su aserto encargó a un experto en levantamientos fotográficos, el señor Javier Francisco Perugache Martínez, quien en cumplimiento de la encomienda dibujó un plano[31] y tomó fotografías[32], piezas incorporadas por dicha persona en diligencia testimonial rendida en juicio oral[33].

Pues bien, con absoluta contundencia la menor en su declaración en juicio precisó al defensor que esas fotos no desmienten sus afirmaciones, por la razón potísima de que fueron tomadas captando sectores aledaños al Coliseo, siendo que el vejamen tuvo perpetración justamente en la parte posterior de dicha edificación, lugar despoblado ciertamente para esas calendas, porque inmuebles residenciales actualmente existentes, fueron construidos en tiempos ulteriores al de la ocurrencia de los hechos[34]. Dicha afirmación es corroborada por la Comisaria de Familia de Guaitarilla, doctora Selene Johana Portilla, por observación y rememoración personal y directa[35].

Esto último controvierte lo afirmado por los señores OVPL, vecino del lugar[36] y MVM, tío del encartado, quienes al respecto sugirieron la afluencia permanente de habitantes en el lugar a toda hora y en especial a la misma en que se dice tuvieron acaecimiento los sucesos en cuestión. Ahora sabemos que los aludidos testigos están haciendo mención a lo que vieron o ven que ocurre en parte cercana al Coliseo, donde los lugareños se dedican a hacer deporte, pero no el sector donde la menor dice haber sido vejada.

Dígase de una vez, que aparte de esas infirmadas aserciones de los referidos declarantes, no aportan estos datos que permitan contar con elementos de juicio con destino a la correcta decisión judicial en este caso; ello es así, porque lo atestiguado por los susodichos está centrado hacia la acreditación de la buena conducta social y personal de HMRM y más allá, la expuesta por don MVM, atinente a la forma como él, interesado por la suerte jurídica de su sobrino, buscó a la familia de la menor la que a la postre ninguna solución le ofreció.

Finalmente, dígase que del testimonio rendido por el acusado no puede extraerse sino la comprensible y desde luego nada censurable reacción de negar la ejecución del delito que se le enrostra, postura que sin embargo sucumbe frente a las conclusiones de incriminación a las que allega la Sala, luego del condigno ejercicio valorativo de la prueba. Quizás quede por precisar, que no es dable atender la excusa del procesado según la cual no sabía que la víctima tenía menos de 14 años, porque su apariencia sugería que era mayor de 18. Por lógica elemental una persona de 12 años de edad no puede aparentar la de una de 18, sin mencionar que para esos fines contaba aquél con la información del grado de escolaridad en el contexto de esa relación de noviazgo, aspecto que despeja toda clase de incertidumbres sobre el tópico.

Concluye el Tribunal entonces que existe convencimiento más allá de la duda razonable acerca de la ocurrencia de un evento claramente delictuoso, que el mismo fue perpetrado por quien en esta actuación funge como procesado, señor HMRM, y que su responsabilidad penal está asimismo acreditada.

7. De la adecuación típica de los hechos

Ya quedó anticipado al inicio de esta providencia, que el Tribunal descubre la ocurrencia de una situación procesal que por lo evidente no puede ser soslayada, amen que dada su trascendencia impone ser aquí estudiada, para despejar el riesgo de dejar por fuera el abordaje jurídico de tópicos que devienen imprescindibles en el camino de dotar de legalidad y suficiencia el fallo judicial en cuestión. Fácil es detectar la inexplicable actitud funcional de la Fiscalía, de omitir en punto a la adecuación típica del comportamiento, los ostensibles episodios de agresión física y moral utilizados por el autor del hecho, que sin duda conducen a establecer, sin el menor esfuerzo mental por cierto, que la tipicidad corresponde a la descripción del artículo 205 del Código Penal que lleva epígrafe de acceso carnal violento; de manera francamente extraña la Fiscal de entonces imputó el delito de acceso carnal con menor de catorce años y quien la reemplazó en el juicio, pese a haber aceptado explícitamente percatarse del dislate, pudiendo hacerlo, nada hizo para remediarlo.

---

[31] Folio 111 de la carpeta procesal
[32] Folios 112 a 118 de la carpeta procesal
[33] A partir del minuto 1:03 del juicio oral según audio
[34] Sobre el punto a partir del minuto 26:49 de su declaración en juicio oral según audio
[35] Sobre el punto a partir del minuto de su declaración en juicio oral según audio
[36] Sobre el punto a partir del minuto 8:56 de su declaración en juicio oral según audio

Debe advertirse de entrada, eso sí, que en puridad no estamos frente a una tensión que deba ser dilucidada en el estudio de la figura de la congruencia, como un desprevenido vistazo lo podría sugerir. Así, con la brevedad que el caso amerita, referiremos, en términos de la jurisprudencia, el significado y alcances de este principio nodal del sistema de juzgamiento penal acusatorio, regulado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual advierte que "*el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*". Interpretando dicha norma, esto se ha sido dicho al respecto:

> *"(…) viene afirmando la Sala, para complementar el sentido del ataque, que la congruencia exhibe un trípode hermenéutico, en tres aspectos (i) personal –partes e intervinientes-, (ii) fáctico –hechos y circunstancias- y (iii) jurídico –modalidad delictiva-; que dependiendo del enfoque, argumentación y trascendencia**, si se demuestran que ellos no se identifican entre decisiones emanadas por los Fiscales y los Jueces, el sentenciado no puede ser sorprendido con un fallo que transforme como se indicó, uno de los tres aspectos enunciados**, en detrimento del debido proceso y del derecho de defensa, con una correlativa proyección punitiva desfavorable.* (Resalta esta Sala)
>
> *En consecuencia, pueden presentarse variadas hipótesis en cabeza de los falladores, relacionadas con el principio en estudio, o lo que es igual, se vulnera el postulado de congruencia por acción: **(i) cuando se condena por hechos o conductas ilícitas diversas a las tipificadas en el escrito de acusación o las audiencias de formulación de imputación, (ii) si el delito jamás hizo parte de la formulación de imputación, pues menos podrá fundarse un fallo de condena con base en él y (iii) cuando al condenarse por el punible imputado, se le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad**"*[37]*.* (Resalta esta Sala).

Revisada la actitud funcional de la Fiscalía en cuanto dice relación con la concreción de los cargos fácticos en este proceso, la adecuación jurídica y la decisión judicial plasmada en la sentencia ahora recurrida, sin la menor dubitación afirma la Sala que ninguna de las referidas hipótesis se ha configurado. Desde la formulación de imputación, pasando por la acusación y los alegatos de cierre del juicio oral, el ente instructor permaneció inalterable en considerar que los hechos que desde las primeras de cambio detalladamente enrostró al procesado, eran constitutivos del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, previsto en el artículo 208 del Código Penal, por el que pidió condena y por el cual fue efectivamente condenado.

La inquietud radica, entonces, en cuanto pueda argüirse que la Fiscalía probó la comisión, autoría y responsabilidad de un comportamiento de clara connotación delictuosa, pero que el mismo encaja en la descripción típica de otro punible. Dígase que si tal ocurrencia fuese vista bajo el prisma de la más arraigada ortodoxia jurídica, la solución no podría ser otra que la absolución; empero, las particularidades que gobiernan el caso direccionan la decisión hacia otro destino, justamente mantener la condena, por las razones que en lo que viene se ocupará la Corporación de exponer, con el abordaje de los siguientes *ítems*:

i) Una respuesta en la dogmática penal y en específico en la doctrina del concurso aparente de delitos, *ii)* el asunto demanda de una interpretación constitucional, *iii)* los derechos prevalentes del menor como una guía hermenéutica para la solución de problemas jurídicos de complejidad, *iv)* una visión con perspectiva de género en la resolución de tensiones procesales*, v)* el concepto de interseccionalidad, y, *vi)* el caso concreto.

7.1. El concurso aparente de delitos

Nadie osaría en poner en tela de duda la importancia de la correcta adecuación típica de un comportamiento, si a más de ser presupuesto de la verificación de un elemento estructural del delito, le sigue que de ello depende nada menos que la punibilidad, la que como elemental garantía judicial, debe estar expuesta previa y claramente. En dicho ejercicio de subsunción ostenta particular incidencia el llamado concurso de delitos, el que según doctrina pacífica, puede darse en dos hipótesis: "*la primera, cuando una misma conducta, naturalísticamente entendida, cabe en dos o más tipos penales diversos, y la segunda, cuando varias conductas de la misma persona encuadran en varios*

[37] CSJ.32685.16 de marzo de 2011. En igual sentido CSJ.28649. 3 de junio de 2009. CSJ.25193.15 de mayo de 2008, entre muchas otras.

tipos diversos entre sí o en un mismo tipo legal"[38]. En el primer caso estamos frente a un concurso ideal y en el segundo, hablamos de un concurso material de tipos.

El artículo 31 del Código Penal regula lo relacionado con el referido tema, dictando inequívocas reglas que en situaciones de esa especie debe aplicar el operador judicial, que en específico tiene que ver con el aspecto punitivo. Con todo, tales directrices legales deben partir de la convicción de que en tales situaciones está dada sin hesitación alguna "*la independencia estructural de los tipos a los que simultáneamente se adecua el comportamiento del agente*"[39], vale decir, que no se excluyan, porque si lo hacen, estamos de cara al conocido como "*concurso aparente de tipos penales*", o como también se le distingue "*concurso monotípico*".

La dogmática ha desarrollado con inocultable connotación la figura acabada de mencionar, según la cual destaca la posibilidad, de no poca ocurrencia por cierto en escenarios de proliferación de normas -en especial en materia de una política criminal encaminada a un control social desmedido y casi siempre irreflexivo que compagina con la conocida "*huida al derecho penal*" o "*derecho penal máximo*"-, que un determinado comportamiento humano encaje a la vez en dos o incluso más descripciones típicas, con la advertencia que, como acaba de decirse, éstas se excluyan entre sí.

Tal instituto hunde raíces en la necesidad de dotar de garantías a quienes deben ser destinatarios de la recia disciplina penal, para que no reciban sanciones repetitivas o acumulativas, vale decir, preservar el principio non bis in ídem, cuando la idea finalística del accionar del agente tiene norte hacia la comisión de un específico hecho delictuoso, que no de otros adicionales que puedan a aquél parecerse por su descripción en el Código. Por eso es que "*[e]l concurso aparente de delitos ocurre- que bien se ha clarificado es solo un aparente concurso-, cuando una misma situación de hecho desplegada por el autor pareciera adecuarse a las previsiones de varios tipos penales, cuando en verdad una sola de estas normas es aplicable al caso en concreto*"[40].[41]

Debe ser advertido aquí que no obstante la dificultad que sin duda representa dar aplicación en la vida real a la figura que se viene examinando, no está la misma regulada en la ley, con lo que se ha dejado dicha delicada tarea en manos del intérprete. Ha sido entonces la doctrina la encargada de proponer una serie de postulados, conceptos teóricos que tienen por propósito ofrecer ayuda a quienes deban adelantar el susodicho ejercicio; es entonces que se habla de los *principios de especialidad, subsidiariedad, alternatividad y consunción*, cada uno continente de una específica hipótesis, pero todos alentados con la misma dirección, cual es, la de definir si en un asunto en particular se está frente a un *concurso aparente de tipos*.

Para abreviar, sea menester destacar, por ser anejo al tema que nos concierne, el contenido teórico que identifica al principio de consunción, "*según el cual, **cuando la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro de menos entidad, se aplica el primero y no el último**, pues se parte del presupuesto de que el legislador considera esos casos al redactar la descripción típica más severa; por ello, el tipo consumiente prefiere al consumido: lex consumens derogat lege consumptae*"[42]. (Resalta la Sala).

O con otras palabras dicho: "*El principio de la consunción tiene lugar cuando **la realización de un supuesto de hecho más grave incluye la de otro menos grave. En este caso se aplica el tipo penal más grave pues se considera que el menos grave ha quedado allí subsumido***" [43]. (Énfasis de la Sala).

De vuelta a lo sucedido en la presente actuación, sin vacilaciones venimos pregonando que la correcta adecuación típica para el comportamiento del acusado tiene marco en el artículo 205 del Código Penal, por cuanto la prueba

---

[38] Arboleda Vallejo Mario, Ruiz Salazar José Armando. Manual de Derecho Penal, Partes General y Especial. Leyer. Bogotá. Página 263

[39] Ibídem Página 264

[40] Toro Lucena Óscar Augusto, Cajica Eduardo. Código Penal. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2016. Página 102.

[41] Otro autor la define así: "Se presenta cuando el analista o estudioso tiene la impresión inicial de que está en frente a un concurso ideal, pero un estudio detenido producto de la emisión de los correspondientes juicios de tipicidad lleva a la conclusión de que ello no es así". Velásquez Fernando. Manual de Derecho Penal, Parte General. Ediciones Jurídicas Andrés Morales. Bogotá. 2013. Página 645.

[42] Velásquez Fernando. Ob. Cit. Página 646

[43] Toro Lucena Óscar Augusto y Cajica Eduardo. Ob. Cit. Página 267

es indicativa de un acceso carnal mediante violencia, por lo menos, con la circunstancia agravante del numeral 5º del artículo 211 debido a que la víctima no había cumplido para ese entonces los 14 años de edad. Empero, en correspondencia con lo que se viene exponiendo, el injusto acabado de referir en puridad no descarta la comisión del otro por el cual fue convocado a juicio el procesado, es decir el previsto en el artículo 208 *ejusdem*, que lleva epígrafe de acceso carnal abusivo con menor de catorce años.

Con más precisión diremos que naturalísticamente hablando, la conducta en cuestión cabe al tiempo en los trazos descriptivos de los dos aludidos tipos penales, pero que no resulta jurídicamente posible pregonar la ocurrencia de un concurso ideal de delitos, pues claramente se excluyen, abriéndose paso entonces la convicción de estar en presencia de un *concurso aparente*. Comoquiera que el primer tipo mencionado contiene elementos de mayor gravedad que el segundo, aquél en rigor debería ser objeto de punición y no éste que quedaría subsumido, siguiendo las reglas del *principio de consunción* atrás referido.

Ahora bien, debe iterarse, que el ente instructor haya pasado por alto episodios fácticos de tal palmaria verificación, no significa que erró irremediablemente en su misión institucional de propulsar una decisión judicial condenatoria en la forma como lo hizo, merced a que, en rigor, investido de la potestad que constitucionalmente tiene de diseñar los términos de la acusación, prometió probar la autoría y responsabilidad del encartado por determinado delito, el de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, y en efecto cumplió su promesa, porque a juicio penal llevó un haz probatorio que a esa convicción indubitada permitió a la Judicatura arribar.

Y si acudiendo a fuentes de la dogmática ofrece el Tribunal razones que refuerzan la idea, de conformidad con la cual la Fiscalía con su actuar no lastimó en este caso y de forma irreversible *el principio de legalidad del delito y de las penas*, presupuesto indispensable para emitir una decisión condenatoria como la aquí proferida, afloran sin embargo argumentos anclados en la axiomática constitucional que refuerzan la ya perfilada decisión que asumirá la Corporación en este proveído. Veamos:

7.2. Una necesaria referencia a la hermenéutica constitucional

Desde los tiempos alentados por la influencia ideológica del denominado *neo constitucionalismo*[44], perdió vigencia aquella concepción que miraba al juez como la simple boca de la ley, para atribuirle destacado protagonismo a través del ejercicio de una misión sustentada en el activo pensamiento[45], en la ruta de darle justeza a la definición de los procesos judiciales, cuanto más si de resolver asuntos de complejidad se trata[46]. Es fácil entender que para el desarrollo de semejante tarea, el operador judicial haga acopio de la hermenéutica, pero no de cualquier forma simple de interpretación legal, sino de esa que esté apuntalada en el contenido normativo venido desde el vértice, vale decir, desde la propia Constitución, y afín con ella, desde el bloque de constitucionalidad[47].

Con eso en mente es que no pueden ser soslayados conceptos propios de la ideología de un Estado social, como los que sugieren, solo a manera de ejemplo, la evidente tendencia direccionada a estrechar la brecha existente y por

---

[44] En las últimas décadas ha habido un avance en Suramérica en la construcción de conceptos tales como estado Constitucional, que desde una visión neoconstitucionalista, deja a un lado la tradicional concepción de la Carta como un texto puramente formal de contenido jurídico organizativo, para entenderla en un sentido material, que se traduce en la exigencia para el Estado de garantizar el goce y la efectividad de los derechos de los ciudadanos.

[45] Gómez Jesús Alberto. La estructura de la conducta y la imputación objetiva. Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá. 2013. Página 43. "*Si el juez penal tradicional del Estado Liberal es para Montesquieu la boca de la ley, el juez del Estado constitucional es el cerebro del derecho, según frase extraída a colación por el comisionado Carlos Arturo Gómez Pavajeau, en sano afán de sustentar el paradigma del nuevo juez penal*".

[46] Ver Echeverry Uruburu Álvaro y Duque Ayala Corina. Política y Constitucionalismo en Sur América, Editorial Ibáñez. Bogotá. 2015. Página 87. "*En virtud del carácter normativo de la Constitución se pretende que los principios, los valores y disposiciones de ésta pasen a unificar la interpretación de las normas en otros ámbitos del derecho (civil, penal, laboral, administrativo, familia, etc*".

[47] Ver Ociel Castaño Luis. El Juez Constitucional y el llamado Nuevo Derecho. Editorial Criterio Jurídico. Cali. 2008. Página 191. "*No puede caber duda alguna hoy día acerca de que la tarea esencial del juez es la de garantizar y hacer efectiva la tutela jurisdiccional, no solo frente a derechos sustanciales determinados previamente, sino, incluso frente a situaciones en las que se presenten intereses relevantes que toquen con las garantías constitucionales y que se hagan acreedores a ser tutelados en sede judicial*".

diversidad de causas, entre unos y otros, con la incursión desde lo más encumbrado del ordenamiento jurídico, de disposiciones con inexorable fuerza vinculante garantizadoras de la protección especial de personas o grupos humanos que acusan manifiesta debilidad.

7.3. Los derechos prevalentes de los niños, niñas y adolescentes como fundamento de una interpretación constitucional.

Uno de esos propósitos está contemplado en el artículo 44 de la Carta, donde además de especificar cuáles son los derechos fundamentales de que gozan los niños, exige que ellos "*Serán protegidos contra toda forma de violencia física o moral, secuestro, venta, **abuso sexual**, explotación laboral y económica y trabajos riesgosos*". Pero además imprime un mandato no siempre valorado en su verdadera dimensión; el último inciso de esa norma sentencia que "*Los derechos de los niños prevalecen sobre los demás*"[48].

Huelga decir por lo elemental del aserto, que tales obligaciones tienen como destinatario no solamente a los funcionarios públicos en cualquiera de las ramas del poder público en que se desempeñen, sino también a los particulares. Desde luego, de ese deber no están exentos, todo lo contrario dotados de mayor compromiso, los servidores del Estado que tienen por misión impartir justicia.

Lo antedicho tiene sentido para el caso ahora examinado, en la medida en que si acaso se quiera avizorar la existencia de una tensión suscitada entre los derechos de quien funge como procesado y los de la víctima, no puede la Judicatura pasar por alto que ésta es una niña –o lo fue para el tiempo de los hechos- y que por esa condición etaria, de manifiesta debilidad, sus prerrogativas prevalecen.

La razón de ser de tal prerrogativa se asienta en el reconocimiento de ese grupo poblacional de su manifiesta debilidad, bajo el entendido de que su natural condición de inmadurez física y mental, lo hace particularmente vulnerable, sin la posibilidad de una efectiva autoprotección, carencia que el Estado está en el deber de suplir mediante la implementación de "*todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*", según fue concebido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de 1989[49].

Dando desarrollo al referido instrumento internacional el legislador colombiano se encargó de expedir normas legales, entre las cuales, para el caso de la prevención castigo de actos de violencia sexual ejecutados en contra de niños, niñas y adolescentes se destacan la ya mencionada Ley 1098, de cuya normativa vale destacar el contenido de su artículo 18, que procura la protección contra el maltrato infantil, verificado en toda forma de castigo, humillación, abuso físico o psicológico, malos tratos, explotación y abuso sexual en todas sus formas. Los artículos 41 y 44 *ídem*, establecen obligaciones estatales para la prevención, atención y apoyo a los casos configurativos de violencia sexual.

Poco tiempo después se profirió, ya con una teleología protectora aún más específica, la Ley 1146 de 2007, "*por medio de la cual se expiden normas para la prevención de la violencia sexual y atención integral de los niños, niñas y adolescentes abusados sexualmente*" y allí mismo se define a esa forma de agresión como "*a los actos o comportamientos de tipo sexual ejercidos utilizando la fuerza o cualquier forma de coerción física, psicológica o emocional, aprovechando las condiciones de indefensión, de desigualdad y las relaciones de poder existentes entre víctima y agresor*"[50].

---

[48] En desarrollo de este mandato superior se expidió en Colombia la Ley 1098 de 2006, verdadero compendio de garantías para los niños, niñas y adolescentes. El contenido del artículo 1º de esa normativa prevé: "*Este Código tiene por finalidad garantizar a los niños, a las niñas y a los adolescentes su pleno y armonioso desarrollo para que crezcan en el seno de la familia y de la comunidad, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. Prevalecerá el reconocimiento a la igualdad y la dignidad humana, sin discriminación alguna". En tanto que el artículo 9 establece: "En todo acto, decisión o medida administrativa o judicial o de cualquier naturaleza que deba adoptarse en relación con los niños, las niñas y los adolescentes, prevalecerán los derechos de estos, en especial si existe conflicto entre sus derechos fundamentales con los de cualquier otra persona*".

[49] Ratificado en Colombia a través de la Ley 12 de 1991.

[50] Sentencia T-448 de 2018

Como final referencia normativa mencionamos la decisión legislativa de tipificar como delitos, con una drástica sanción por lo demás, el *acceso carnal abusivo con menor de catorce años* (artículo 208 del Código Penal), los *actos sexuales con menor de catorce años* (artículo 209) y el *acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir* (artículo 210).

Dígase entonces por el momento que ninguna dificultad entraña verificar la clara tendencia estatal hacia el propósito de intervenir en el fenómeno, por cierto creciente, de la violencia ejercida contra los niños, niñas y adolescentes, y en particular contra la forma más repudiable como es la agresión sexual, sea con la implementación de importantes medidas preventivas ora coercitivas, que están a la espera de su aplicación práctica por quienes funcionalmente ostentan el deber de hacerlo. Sobraría iterarlo, tal obligación tiene particular connotación para los operadores judiciales, si acaso no se desdeña el inconmensurable encargo de hacer verdadera justicia material, cuanto más si de garantizar los prevalentes derechos de los menores de edad se trata.

7.4. Una visión del caso con perspectiva de género

Desde óptica distinta pero en la misma línea de interpretación, refulge otra temática, de igual raigambre constitucional, que el asunto invita a abordar. Hoy por hoy nadie que se diga ser demócrata puede desconocer la deuda universal que la humanidad tiene con las mujeres, por haber sido, como grupo social, histórica y sistemáticamente discriminadas; pero injusto es también desconocer la tendencia actual y creciente –también universal- hacia la recuperación de sus derechos, fuertes corrientes de activistas que han logrado imbricar no solamente en el ordenamiento disposiciones positivas tendientes a lograr erradicar esas odiosas prácticas, sino también estimular en el plano real actitudes oficiales con la misma dirección.

La decisión de propulsar una protección reforzada a los derechos de las mujeres se erige como una de las herramientas estatales de mayor eficacia, eso sí, siempre y cuando sea ella entendida como un *fin constitucional* que en busca de la constatable materialización de esas prerrogativas, tolera y hasta estimula superar la recia *cláusula general de igualdad*, "*en el entendido de que se acepten tratos discriminatorios, con un fin constitucional legítimo*"[51]. Vale decir, partiendo de la concepción de estar en presencia de un grupo poblacional víctima histórica de las prácticas discriminatorias, requiere aquél de consideraciones especiales por parte del Estado, aun cuando ello implique sacrificio de otros derechos.

Como se verá, en la actualidad se cuenta con un gran compendio normativo que desde el ordenamiento legal pretende cumplir con ese objetivo protector, bajo el entendido que aún no están superados actos de discriminación contra las mujeres por el hecho de serlo y que en consecuencia se impone generar cautelas, ya desde el plano de la prevención, ora desde la óptica coercitiva. Como variadas pueden ser las formas de agresión contra las mujeres, asimismo disímiles han sido las respuestas legislativas para su control; pero es preciso mencionar, que comoquiera la decisión de intervenir en esa realidad es universal, el intérprete podrá encontrar en el llamado *bloque de constitucionalidad*, campo ubérrimo para su estudio.

Se explica ello en que, si dicha figura sienta raíces en la necesidad de atender toda clase de fenómenos, actos públicos o privados que atenten o amenacen los derechos humanos, los que a su vez ostentan un interés universal, su contenido irradia en consecuencia una influencia de corte transversal, que concierne a la atención de toda forma de agresión ejercida en contra de las personas, pero en especial, aquella violencia que tiene como destinatario seres humanos que delatan –y por distintas causas- una manifiesta debilidad.

Así, el bloque de constitucionalidad tiene sustento en el entendido 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*"[52].

[51] CSJ STC. 21 de jun. 2016. Exp. 2016-00060-01
[52] Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, radicado interno 14236, 31 de marzo de 2017, M.P. Blanca Lidia Arellano Moreno.

O como lo ha dicho la Guardiana de la Constitución, analizando la naturaleza e imperatividad de los postulados internacionales que versan sobre derechos humanos:

> *"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 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, 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 ordenamiento jurídico interno a los contenidos del derecho internacional humanitario, con el fin de potenciar la realización material de tales valores"*[53].

Luego de este oportuno preámbulo, indefectiblemente, entonces, habrá que hacerse mención a normas emitidas en el plano internacional que atañen al caso, por supuesto ya llevadas al ordenamiento interno, como es condición. Ello se hará, después de resaltar, útil para este análisis, la definición que trae el artículo 2 de la Ley 1257 de 2008[54], emitida en dirección a proteger a las mujeres víctimas de la violencia:

> *"(…) Definición de violencia contra la mujer. Se entiende cualquier acto u omisión, que cause la muerte, daño o sufrimiento físico, sexual, psicológico, económico o patrimonial por su condición de mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, bien sea que se presente en el ámbito público o en el privado (…)".*

Dentro del haz de disposiciones más conocidas a nivel del derecho internacional, bueno es por el momento hacer mención a las siguientes: i) la declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estado de emergencia o en conflicto armado (1974); la convención sobre todas las formas de discriminación contra la mujer CEDAW (1979); la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer (1993); la convención de Belem Do Para (1994); el protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer (1999); y, la declaración y plataforma de acción de Beijing (1995), para citar algunas de ellas.

Del estudio integral de las predichas disposiciones emerge con claridad la intención de enfrentar con efectivas herramientas jurídicas dotadas de fuerza universal vinculante, toda forma de violencia contra las mujeres, cometida aprovechando el estado de vulnerabilidad erróneamente concebido por razón del género, lo que constituye afrenta al derecho de igualdad y por esa senda a la prohibición a toda forma de discriminación[55].

Son pues medidas de prevención, sanción y reparación, así como la garantía al acceso a un recurso judicial efectivo, las que se han proferido teniendo en mente la protección a la mujer, estableciendo desde la cumbre del ordenamiento jurídico el deber para los servidores públicos según su rol, de desplegar su función con absoluta responsabilidad e incluso determinando corresponsabilidad en las consecuencias derivadas del ejercicio violento contra el mentado grupo poblacional.

Miremos entonces como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW), propende por restablecer la igualdad de derechos entre hombres y mujeres, por lo que exige a los estados parte adoptar medidas adecuadas para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación al género femenino[56], modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres

---

[53] Sentencia C-225 de 1995. Mediante esta decisión se hizo por la Corte control constitucional automático y oficioso al 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 el mencionado protocolo.
[54] Emitida para llevar al ordenamiento interno lo estipulado en los Planes de Acción de las Conferencias de Viena, Cairo y Beijing.
[55] Sentencia T-843 de 2011
[56] Artículo 2º , literal f)

y mujeres[57], eliminar la discriminación contra la mujer en la vida pública del país[58], eliminar barreras para las mujeres en el campo de la educación[59], igualdad en el campo laboral[60], en la atención médica[61], en la vida económica y social, y se propulsa el reconocimiento estatal de la igualdad del hombre y la mujer frente a la ley[62].

Para remarcar el contenido del artículo 7º de dicha normativa, que obliga a los estados parte a establecer procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido víctima de violencia, entre los que cabe citar un juicio oportuno y la garantía de acceso a él, con el deber de fijar mecanismos eficaces para asegurar el restablecimiento de sus derechos quebrantados y la reparación del daño causado con la agresión. Es de precisar, que si bien esas obligaciones están en principio orientadas para la intervención del poder legislativo, ello no releva de esa misma misión a los órganos judiciales, cuanto más que sobre los hombros de estos últimos recae la carga de efectivizar en la práctica la tutela de los derechos de las mujeres.

Y comoquiera que la interpretación judicial se erige como una herramienta indispensable en el cumplimiento de esa tarea, justo allí es donde el operador de justicia puede alcanzar la esencia de su función, como ya ha sido dicho por la jurisprudencia, así:

> *"(…) 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 sicológica, 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"[63].*

Y puede deducirse afectación a los derechos de la mujer cuando los formalismos procesales son prevalidos por el juez frente a los aspectos sustanciales a resolver:

> *"Tanto en la exposición de motivos de la Ley 1761 de 2015, como en reiterada jurisprudencia 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 desiguales y la verdad real de lo sucedido"[64].*

7.5. El criterio interseccional como una herramienta hermenéutica

Sea lo primero mencionar, que la Corte Constitucional luego de trasegar por el ordenamiento jurídico interno y también por el internacional, de manera enfática lo ha precisado, y este Tribunal desde luego comparte que "***La violencia contra las niñas y, en especial la violencia de carácter sexual, tiene un componente de género***"[65].

Pero es lo cierto que puede ocurrir –es más, sucede con frecuencia- que las víctimas de agresión sexual se vean expuestas a mayor grado de vulnerabilidad, cuando por diversas causas están sometidas al tiempo a factores múltiples de discriminación. Así, cuando la violencia se ejercita no solamente por razones estereotipadas de género, se suman otras, el grado de debilidad manifiesta se torna mayor, por lo que se impone, de una parte, comprender

[57] Artículo 5º
[58] Artículo 6º
[59] Artículo 10
[60] Artículo 11
[61] Artículo 12
[62] Artículo 15
[63] Sentencia T-967 de 2014
[64] Sentencia C-297 de 2016
[65] Sentencia T-448 de 2018

la complejidad de la situación y, por otro, adoptar las medidas necesarias para garantizar la protección de esos derechos vulnerados. A eso se le llama concepto de *interseccionalidad*[66].

Se atribuye a la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer de las Naciones Unidas (ONU) haber puesto al descubierto la particular condición de la vulnerabilidad de las mujeres que se enfrentan a factores de discriminación adicionales a su género, como lo son, en guisa de ejemplo, las pertenecientes a minorías, las indígenas, las refugiadas, las migrantes, las que habitan comunidades rurales lejanas, las indigentes, las reclusas, las discapacitadas, las ancianas, las que se encuentran inmersas en un conflicto armado y, **las niñas**.

El secretario de la ONU, luego de realizar un estudio sobre todas las formas de violencia contra la mujer, rindió en 2006 un informe así: "*La intersección de la dominación masculina con la raza, el origen étnico, la clase, la casta, la religión, la cultura, el lenguaje, la orientación sexual, la condición de migrante o refugiada y la discapacidad – frecuentemente denominada interseccionalidad- opera en muchos niveles en relación con la violencia contra la mujer. La discriminación múltiple moldea las formas de violencia que experimentan las mujeres. Determina que algunas mujeres tengan más probabilidad de ser blanco de determinadas formas de violencia porque tienen una condición social inferior a la de otras mujeres y porque los infractores saben que dichas mujeres tienen menos opciones de obtener asistencia o formular denuncias*"[67].

7.6. El caso concreto

Si memoramos los hechos que dieron origen a la presente actuación judicial en la fidelidad que arroja la prueba practicada en el juicio, no deja espacio para dudar acerca del elevado estado de vulnerabilidad sufrido por la víctima, que se avizoró desde el mismísimo momento que el acusado conoció a aquella, ocasión en la cual refulgía palmaria su condición de mujer en incipiente proceso de formación y desde luego su corta edad, pues era una niña.

Con el paso del tiempo HMRM se percató de que la menor ofrecía adicionales factores de debilidad, como su bajo grado de escolaridad, su residencia modesta en un sitio rural del municipio de Guaitarilla y algo muy lamentable, su proveniencia de un hogar desestructurado porque sus padres no vivían juntos y habían decidido ellos desde muy temprano dejar a su hija en manos de unos familiares, y eso el encartado perfectamente lo sabía, si luego de los hechos visitó la casa de propiedad de la tía de la víctima, con las consabidas intenciones de evitar por todos los medios que se conozca lo sucedido.

De esta última circunstancia se valió el procesado para facilitar el acercamiento a la niña, merced a que, como así lo oteó el sicólogo forense al afirmar que "*ella lo ve a él como a un padre por el faltante que ella tiene*"[68], siendo que muy distintas eran las intenciones del varón, quien apenas logró entablar un noviazgo, dejó fluir su erotismo con besos a la fuerza y tocamientos en las partes íntimas de la preadolescente, actitud que desencadenó la reacción de ésta dando por culminada dicha relación, la que a la postre de nada sirvió, porque a pesar de ello fueron ejecutados los hechos violentos que aquí se juzga.

Ahora bien, consciente de que un ejercicio válido de interpretación de todo ese compendio de disposiciones referenciado atrás tiene sentido solamente en la medida en que, para casos judiciales, ofrezcan cabal utilidad en el anhelado acierto de la resolución de una determinada tensión jurídica presentada, es que el Tribunal se apresta de esa manera hacerlo en el asunto presente.

Para entrar al abordaje de ese ejercicio es que se hace imperativo recordar la inconcebible particularidad procesal presentada –por llamarla de ese modo- donde la Fiscalía erró a la hora de cumplir con su encargo de efectuar la correcta adecuación típica del comportamiento en cuestión, yerro que se traduce en haber enrostrado al filiado la perpetración como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, cuando por la prueba allegada a la actuación al canto estaba la enmarcación de esos hechos en el punible de acceso carnal violento agravado.

---

[66] *ibídem*

[67] En similar sentido se pronunció la Corte Interamericana de derechos Humanos en el caso conocido como Gonzáles Lluy versus Ecuador. Sentencia del 1º de septiembre de 2015. Serie C, No. 298.

[68] A partir del minuto 37:57 de su declaración en juicio oral según audio.

Justo para conjurar el riesgo de que tan oprobioso evento pueda generar no solamente consecuencias jurídicas irreparables, sino también daños comprobados adicionales ocasionados por el solo cuadro de agresión a la víctima, es que la Colegiatura ha echado mano al inconmensurable aporte ofrecido por los diversos instrumentos en otro momento de esta providencia destacados. Y se notará que no es menester forzar el pensamiento para propulsar esa idea, si se trata solamente de acoplar unas líneas de interpretación hoy por hoy reconocidas con pacífica aceptación, eso sí, sin salirse del marco del lógico raciocinio que goza de suficiente soporte dogmático y normativo.

En efecto, con la necesaria sustentación pudimos explicar cómo no deviene en respuesta judicial correcta una decisión absolutoria en este caso, porque el delegado del ente instructor cometió el dislate de no acusar al procesado por el delito que en rigor correspondía. Entonces acudimos a la ayuda de la dogmática, en específico a la figura de *concurso aparente de tipos* para concluir que pese al aludido error, con todo la Fiscalía también probó en juicio penal el delito que imputó y que en una actuación garantizada en el debido proceso para las partes y los intervinientes, la Judicatura emitió fallo conforme a lo impetrado.

Pero si las tesituras antedichas no fuesen suficientes, acuden en su respaldo argumentos anclados en la más honda concepción constitucional propia de un Estado social, en específico, tendencias ideológicas plasmadas en el derecho positivo que promulgan el respecto y garantía del ejercicio de los derechos humanos, pero en particular el establecimiento de mecanismos jurídicos direccionados a la protección de personas o grupos de personas que acusan una manifiesta debilidad. Es en suma, bajo la égida de la *discriminación positiva*, aplicar dispositivos oficiales para cerrar la brecha existente entre quienes ostentan una condición de inferioridad, frente a quienes no la poseen.

Para el caso, ya ha sido visto con el necesario detenimiento que copiosa es la legislación nacional y la internacional integrada al ordenamiento interno a través del *bloque de constitucionalidad*, que ordena a los funcionarios públicos -incluido por supuesto al operador judicial- fijar su mirada en asuntos donde se avisten atentados contra la dignidad de la mujer por esa sola condición y también contra los niños, niñas o adolescentes, propulsar su protección, garantizar el cese de esas agresiones cargadas de tintes claramente discriminatorios y emitir las consecuencias sancionatorias establecidas en el ordenamiento legal.

Para recorrer ese camino con la indispensable responsabilidad, quienes por su rol oficial tienen la misión de intervenir en el decurso de los procesos penales, deben tender cautelas para prevenir y evitar lesiones a los derechos humanos de esos grupos considerados de debilidad manifiesta, pero más allá, desterrar el riesgo de cometerlos en el desarrollo de sus propias actuaciones.

Lamentablemente eso no ha sido cumplido en este proceso. El acusado prevalido de su condición de supremacía frente a su víctima, dada en ésta un evidente estado de vulnerabilidad –por razones multifactoriales como ya fue explicado- ejerció inaudita violencia no observada sorprendentemente por la Fiscalía a la hora de la adecuación jurídica de los hechos, desdeñando con ello la obligación perentoria que tenía el ente acusador de observar y calificar en su correcta dimensión los patentes actos de agresión avizorados en el comportamiento del agresor y prodigarle a la niña el amparo que desde la Constitución le estaba dado a ofrecer.

Inconcebible omisión si "*La Fiscalía General de la Nación tiene deberes específicos en torno a la protección integral de los derechos de las víctimas, siendo un factor fundamental en el propósito de alcanzar la verdad, la justicia y la reparación y la no repetición. Específicamente, en el caso de los menores de edad, víctimas de delitos sexuales, dicha protección adquiere un especial significado, pues deben estar siempre orientados hacia la protección del interés superior del niño, niña o adolescente involucrado*"[69].

Así, si llegado el estudio del asunto a esta sede descubre el Tribunal la ocurrencia de actitudes privadas (las del acusado), ora oficiales (las de la Fiscalía) atentatorias de caros derechos de una persona que por su estado de vulnerabilidad manifiesta amerita por el contrario y en consecuencia especial protección, se tornaría inexplicable que esta Corporación se constituya en una especie de eslabón final de esa cadena de injusticias sufridas por la víctima del delito investigado, que lo sería dejar latente el riesgo de que tan oprobiosos hechos, por no echar mano

[69] Sentencia T-488 de 2018

a una interpretación que luce jurídica y oportunamente válida, por todo lo visto supra, queden en el oscuro mundo de la impunidad.

Sin embargo, el hilo del discurso expuesto a lo largo de este acápite exige hacer una advertencia: esa postura que enviste al juez no solamente de la potestad sino del deber de adelantar en su ejercicio funcional una hermenéutica con proyección constitucional, no puede caer en los terrenos movedizos del extremismo, por un apego irreflexivo y a ultranza a la retórica, pues lo impiden unas barreras infranqueables avizoradas en institutos jurídicos concebidos asimismo como supremas garantías que dotan de legitimidad, para el caso de las actuaciones penales, a quienes en representación del Estado deben ejercer el *ius puniendi*.

En vía de ejemplo, cabe citar aquí el referente constitucional del artículo 29, el cual fija pautas de inexorable observancia en desarrollo de procesos judiciales y administrativos y que se condensan en un principio de igual linaje superior, cual es el de *debido proceso*. En ese orden de consideraciones, para darle alcance práctico a esa teoría, no podría la Judicatura en este caso con excusa en estar amparando el derecho de la niña, inadvertir el valor suasorio de las pruebas aducidas legalmente a la actuación, si las mismas no apuntalaran la persuasión sin duda de la responsabilidad penal del acusado; o aún más cercano al tema que es ahora mismo materia de análisis, condenarlo por la comisión de acceso carnal violento, así poseamos el convencimiento de su ocurrencia, si por ese injusto no fue convocado a juicio y porque lo impide el *principio de congruencia y el de la prohibición de la reforma peyorativa*.

8.- La revisión constitucional del asunto demanda la emisión de una orden de protección para la víctima.

Claro es para la Sala, que aun con las adversidades del proceso detalladas a lo largo de este pronunciamiento y merced al sentido de la decisión ya perfilado según lo que se viene de ver, la víctima cuenta con la garantía del derecho a la *verdad*, pues la actuación devela la historia de un lamentable suceso delictuoso puesto en conocimiento de las instancias estatales buscando de ellas su intervención en la manera como están obligadas.

Lo mismo puede decirse en cuanto al derecho a la *justicia* atañe, aunque no en la forma como en estricto rigor legal hubiese correspondido -por virtud a las razones suficientemente explicadas a lo largo de esta sentencia- existe con todo una pena impuesta a quien se demostró ser responsable del delito, indicativo de que dicho componente también se cumple.

Y en punto a la reparación, los caminos procesales para tal efecto se hallan dispuestos, a la espera de que una vez en firme la decisión condenatoria dictada en este caso, la víctima o quienes estén legalmente autorizados para tal fin[70] acudan a la aplicación de lo contemplado en el Capítulo IV, Título II de la Ley 906 de 2004.

Mas refulge una situación adicional que preocupa al Tribunal, relativo a que la sentencia condenatoria proferida en los términos en los que viene del primer nivel, no alcanza a amparar la materialización de otros derechos de la víctima conculcados, de singular valía por cierto y que obliga a examinar, y más allá a intervenir en esta sede. Veamos:

La actividad probatoria indica que una vez sucedidos los hechos, la niña vejada retornó a las aulas escolares en una institución educativa del municipio de Guaitarilla, pero allí fue blanco de claros y reprobables actos de re victimización realizados por compañeras suyas, quienes conocedoras de lo sucedido gracias a la rápida difusión de la noticia, común en los pueblos pequeños, hicieron burla del drama por aquella sufrido, profiriendo frases hirientes tales como "embarazada" y otras más, sucesos que no fueron soportados por la víctima desencadenando su deserción de clases[71].

[70] El artículo 102 de la Ley 906 de 2004 autoriza a más de la víctima, al Fiscal y al Ministerio Público para iniciar incidente de reparación integral. El artículo 197 de la Ley 1098 obliga al Juez a iniciarlo de oficio cuando se trate de víctimas menores de edad, si acaso los padres, representantes legales o el Defensor de Familia no lo hubieren solicitado luego de 30 días de haber quedado en firme la sentencia.
[71] A partir del minuto 01:57 de su declaración en juicio oral según audio.

De nada más se supo al respecto hasta que la menor fue citada a rendir su testimonio en juicio oral y en esos escenarios judiciales dio a saber que posterior a los sucesos su madre recuperó de facto su custodia, la llevó a vivir a la ciudad de Pasto, con la adicional información de que tristemente no retomó sus estudios[72].

Siendo ostensible que existe una innegable relación de causalidad entre los eventos delictuosos sufridos por la preadolescente y su decisión de desertar de las aulas escolares, sin embargo no se cuenta en el proceso con noticia que señale intervención alguna del Estado en esa lamentable situación. Una vez más, debe ser dicho, estamos frente a otra omisión funcional por parte de la Fiscalía, porque a esa entidad es que la Constitución y las leyes le entregaron el delicado encargo de velar por los intereses de las víctimas, como se pasa a ver:

- El numeral 6º del artículo 250 Superior, modificado por el artículo 2º del Acto Legislativo 03 de 2002 le señala al ente acusador, entre otras cosas el deber de: "*Solicitar ante el juez de conocimiento las* ***medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas, lo mismo que el restablecimiento del derecho*** *y la reparación integral a los afectados con el delito*".

- En similar sentido el artículo 114 de la Ley 906 de 2004, en su numeral 12, dispone que el fiscal del caso está facultado para "*Solicitar ante el juez de conocimiento* ***las medidas judiciales necesarias para la asistencia de las víctimas****, el restablecimiento del derecho y la reparación integral de los efectos del injusto*".

- El artículo 22 de la misma normativa 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***". (Destacado y subrayado fuera del texto).

Bastaría la referencia de las antedichas disposiciones legales para comprender que la labor de la Fiscalía, esencialmente, pero también de los jueces, en actuaciones judiciales donde se investiga y juzga la comisión de hechos delictuosos, no se limita al esclarecimiento de los hechos ni culmina con la emisión de un fallo que determina la responsabilidad penal del procesado y se le irroga a éste la consecuente sanción, según el rol que corresponda. Claro es para el Tribunal, que los efectos nocivos de un delito trascienden a la esfera personal de las víctimas directas e indirectas, permanecen y se sufren mientras cursa el trance procesal, pero incluso se irradian con posterioridad a la emisión de la sentencia.

Por las razones expuestas con la necesaria amplitud en otros momentos de esta providencia, dicha obligación se torna más exigente y demanda mayor atención y cuidado cuando la víctima es una persona que acusa rasgos de especial vulnerabilidad, como aquí, que se trata de una mujer, niña, con síntomas evidentes de afectación sicológica debido a que proviene de un hogar desestructurado. No resulta nada difícil predecir lo que será su futuro, si a las lamentables condiciones acabadas de mencionar se le suma la desescolarización acaecida merced al trauma sexual que padeció.

Y toda vez que fuera de discusión está que en asuntos de esa especie debe haber inexcusable intervención de la institucionalidad estatal, a la cual pertenece la encargada de administrar justicia, es además en el bloque de constitucionalidad donde se halla legitimidad para actuar sin temores. Como ya en otros espacios de este pronunciamiento ha quedado referenciada suficiente normatividad internacional integrada al ordenamiento jurídico interno de Colombia, atinente al caso, en lo que sigue se limitará la Sala a citar breves apartes de ese gran compendio, solo en tanto con ello queda consolidada la procedencia de dictar en estos escenarios órdenes destinadas a la protección de la víctima[73].

En lo que concierne, la Asamblea General de las Naciones Unidas recomienda a los estados: *"(i) Velar por la estricta observancia de aquellas normas de sus códigos y leyes y procedimientos relativos a la violencia contra la mujer, a fin de que el sistema de justicia penal persiga todos los actos criminales de violencia contra la mujer y les dé la respuesta*

[72] A partir del minuto 02: 33 de su declaración en juicio oral según audio.
[73] Tomados de referencias consignadas en la Sentencia T-448 de 2018, que ha servido de guía a lo largo de esta providencia.

que corresponda. (…) ***La Asamblea también exhorta a los estados para que alientan y asistan a las víctimas en la formulación de las demandas judiciales y durante el respectivo proceso***".

En lo que importa a la reparación destacamos la Convención de la *Belem Do Pará* que determina que los Estados deben *"(i) 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 (artículo 7. f); y (ii)* ***establecer mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo al resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces*** *(artículo 7.g)*".

De su parte, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha recomendado a los estados, entre otras cosas, *"(i) diseñar una política integral estatal y coordinada, respaldada con recursos públicos adecuados,* ***para garantizar que las víctimas de la violencia tengan un acceso pleno a una adecuada protección judicial para remediar los hechos sufridos****, y que los acto de violencia sean adecuadamente prevenidos, investigados, sancionados y* ***reparados***".

Finalmente, traemos a colación un aparte jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia[74], que termina por remachar la convicción que se tiene sobre la potestad –que bien podría calificarse como deber- de la judicatura para procurar sin límites de tiempo, mientras ostente la dirección del proceso, el restablecimiento de derechos quebrantados de las víctimas. Esto dijo esa alta Corporación:

> *"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 objetivo".*
> (Lo destacado fuera del texto).

Entonces, teniendo la absoluta convicción acerca de la legitimidad de la Colegiatura para intervenir judicialmente ahora mismo con miras a expedir una medida de protección a la víctima, desde luego distinta a aquellas que se puedan derivar de la emisión del fallo condenatorio, ninguna dificultad asoma que la misma debe estar direccionada a que la niña en cuestión retorne lo más pronto posible a las aulas escolares, las que se vio avocada a abandonar por el ambiente malsano que allí encontró luego del abuso que padeció y que nadie hizo nada por enmendar; no al menos algo de lo que haya quedado constancia procesal.

Sobra aquí exponer argumentos acerca de la importancia de la educación, principalmente la prescolar y básica, si es la propia Constitución Política la que le reconoce fundamento incontrastable en la formación individual y profesional de las personas, pero también la entiende como un componente necesario para la construcción de valores ciudadanos afincados en el respeto de los derechos humanos, la consecución de la paz, el trabajo digno, la cultura, la ciencia, la tecnología y la recreación[75].

En adición, el artículo 67 Superior contempla la gratuidad de esos niveles de instrucción y algo fundamental, determina que "*será obligatoria entre los cinco y quince años y que comprenderá como mínimo, un año de prescolar y nueve de educación básica*"[76]. En concordancia con ese mandato constitucional, el artículo 28 de la Ley 1098 reza: "*Los niños, las niñas y los adolescentes tienen derecho a una educación de calidad. Esta será obligatoria por parte del Estado en un año de prescolar y nueve de educación básica. La educación será gratuita en las instituciones estatales de acuerdo con los términos establecidos en la Constitución Política*"[77].

---

[74] Sentencia radicado 40246, 28 nov 2012, M.P. José Luis Barceló Camacho
[75] Inciso segundo artículo 67 de la Constitución Política de Colombia
[76] Ibídem, incisos tercero y cuarto
[77] En Sentencia T-642 de 2001, la Corte Constitucional, entre otras muchas cosas dijo al respecto: "Así las cosas, el derecho a la educación participa de la naturaleza de fundamental porque resulta propio de la esencia del hombre, ya que realiza su dignidad y, además, porque está expresamente reconocido por la Carta Política y los tratados internacionales suscritos y ratificados por Colombia tales como el Protocolo Adicional de San Salvador y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales".

Como viene de verse, aflora suficiente fuente normativa, desde el más elevado nivel del ordenamiento, que favorece su aplicación para este caso. Sin embargo, no desconoce la Sala las inocultables y crecientes dificultades que se presentarán en la señalada pretensión de que la menor víctima de este asunto vuelva a sus estudios elementales, dentro de las cuales se destaca su edad un poco avanzada y el tiempo transcurrido; sin embargo, esos obstáculos lejos de desanimar lo que deben es estimular la intervención de las autoridades correspondientes –que en seguida se detallarán- en el entendido que frente a sensibles eventos como el que aquí nos ocupa, no cabe escatimar esfuerzos, y al contrario activar todos los que sean necesarios.

Pero quizás la mayor dificultad que podría encontrarse en ese empeño estaría dada por la propia afectación sicológica de la menor a causa del abuso, que fue la que a la postre desencadenó su deserción de la escuela y que demanda ser tratada, si lo que se quiere es atacar de fondo el origen del problema. Es que, al margen, el doctor Víctor Oswaldo Peña Hernández ya había alertado de la necesidad de un tratamiento terapéutico para la niña[78], debido a la presencia de evidentes secuelas, atención que dicho profesional de la sicología no podía cumplir, dada su gestión eminentemente forense en el proceso.

Decantado lo anterior, corresponde a la Corporación concretar la orden de restablecimiento anunciada, así:

En Colombia la entidad encargada por ley para intervenir en el ámbito de sus competencias, en temas relacionados con la familia, con la natural visión preferencial a la condición de los menores de edad, es el Instituto de Bienestar familiar[79] y en general el Sistema Nacional de Bienestar Familiar[80]. Dentro de sus múltiples funciones citaremos por ser atinente al caso, la que encarga a la entidad la misión de adelantar el llamado Restablecimiento de los Derechos para los niños, niñas y adolescentes con miras a "*la restauración de su dignidad e integridad como sujetos y de la capacidad para hacer un ejercicio efectivo de los derechos que les han sido vulnerados*"[81].

En términos del artículo 60 del Código de la Infancia y la Adolescencia, "*Cuando un niño, niña o adolescente sea víctima de cualquier acto que vulnere sus derechos de protección, de su integridad personal,* ***o sea víctima de un delito*** *(…), será vinculado a un programa de atención especializada*"[82], con despliegue de una actividad profesional multidisciplinaria dirigida a la realización de un diagnóstico del caso en particular para determinar la atención en específico requerida[83], actividad liderada, en principio, por las Defensorías de Familia[84], siguiendo el procedimiento reglado en el Capítulo IV *ejusdem*, que habla de la *Actuación Administrativa*.

Así, entonces, se emitirá orden para que en los términos acabados de explicar, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de sus instancias correspondientes intervenga en procura de restablecer los derechos vulnerados de la reconocida víctima en este asunto, y luego de ello, cuando se considere que la atención profesional ha logrado los frutos esperados, en consuno con la Secretaría de Educación Municipal de Pasto[85], adelante gestión para que la menor retome sus estudios básicos, en la manera que esta última entidad lo aconseje, atendiendo los programas e institutos que para el evento resulten ser los apropiados. Del inicio y seguimiento de esas actividades deberá enviarse reportes bimensuales al Juzgado de primera instancia.

---

[78] Ver folio 74 de la carpeta.

[79] El ICBF fue creado por la Ley 75 de 1968 y regulada por variada normatividad, entre ellas, el 334 de 1980; el 1137 de 1999; la Ley 7 de 1979 y tiene por objeto "*propender y fortalecer la integración y desarrollo armónico de la familia, proteger al menor de edad y garantizarle sus derechos*" (artículo 15 Decreto 1137 de 1999).

[80] Artículo 12 y siguientes de la Ley 7 de 1979

[81] Artículo 50 de la Ley 1098 del 8 de noviembre de 2006

[82] Artículo 61 *ibídem*

[83] El artículo 79 de la Ley 1098 de 2006 dispone que "*Las Defensorías de Familia contarán con equipos técnicos interdisciplinarios integrados, por lo menos, por un psicólogo, un trabajador social y un nutricionista*".

[84] Capítulo III de la Ley 1098 de 2006.

[85] Aunque hay multiplicidad de normas legales que confieren a las Secretarías de Educación, ya departamentales o municipales la obligación de garantizar la educación de las personas en el ámbito de sus competencias y de su región, oportuno es citar por su importancia con el tema, solo en guisa de ejemplo, el Decreto 4807 de 2011 y el 1075 de 2015, que atribuye dicho deber a los mentados entes territoriales, en especial lo que concierne a la garantía al acceso para los menores de edad bajo la égida de la gratuidad.

Dicha orden se emite en esos términos, sabido que la menor en cuestión reside en la ciudad de Pasto, según datos que podrán ser consultados en la carpeta judicial.

9.- De la dosificación punitiva

Finalmente, la Sala abordará el último problema jurídico planteado, que concierne a la revisión de la corrección jurídica del proceso de individualización de pena, merced ello a que el recurrente manifestó su inconformidad por la forma cómo la Juez de primer nivel adelantó dicha tarea, generando en su sentir la imposición de una sanción exagerada para su cliente.

Vemos entonces que siguiendo los parámetros dispuestos en el artículo 60 del Código Penal, con acierto la a quo identificó los extremos punitivos previstos para el delito objeto de condena, que oscilan entre 144 y 240 meses de prisión. Enseguida estableció los cuartos de movilidad, a voces del inciso primero del artículo 61 ídem, y se estacionó, también con corrección, en el mínimo que va entre 144 y 168 meses privativos de la libertad, en virtud a que "*concurren únicamente circunstancias de menor punibilidad*"[86].

En obedecimiento a lo reglado por el inciso tercero del referido artículo 61, adujo que "el Despacho considera que los hechos que aquí se sancionan catapultan el dolo, en la medida en que las circunstancias que rodean la afrenta, son disientes (sic) de una pena ejemplar". Punto seguido remarcó el hecho de que el victimario se aprovechó de la inocencia de la niña para procurar una relación amorosa, siendo que aquél superaba la edad de ésta en más de 10 años; que luego perpetró el acusado actos lascivos con ella y siguió llamándola cuando ya la relación sentimental se había terminado y con mentiras la llevó al escenario donde con violencia la accedió carnalmente. Con eso irrogó la pena en 156 meses de prisión.

Dígase de una vez que acertadas fueron las consideraciones plasmadas por la señora Juez de conocimiento para calcular la sanción al acusado, en el entendido que los señalados en su sentencia son episodios particulares acaecidos en el contexto fáctico -que es lo que valida el ejercicio de medición punitiva, según pacíficamente ha sido concebido en la jurisprudencia-[87], y no referencias generales de gravedad que concierne a todo delito de la especie.

Aunque no sobra al respecto hacer una advertencia: que no se haya tenido en cuenta los palmarios hechos de violencia en el decurso de los hechos aquí juzgados para los fines de la imputación jurídica, abre la posibilidad para que los mismos puedan legalmente ser considerados para medir la gravedad del comportamiento y de ahí calcular el monto de la pena a irrogar, sin caer en el riesgo de vulnerar el principio del *non bis in ídem.*

Sin más la Sala confirmará también la providencia en este específico punto de impugnación.

10. 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

Primero.- Confirmar en su integridad la sentencia impugnada atendiendo las razones expuestas en esta providencia.

---

[86] Sobre los pasos dispuestos para los propósitos de la individualización de la pena, ver: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto. Radicación N.I. 6241. 3 de junio de 2012. M.P. Franco Solarte Portilla.

[87] Con apoyo en la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia sala Penal, radicado 24333 del 13 de septiembre de 2006, el Tribunal Superior de Pasto dijo: "*Dígase al respecto que al margen de que tales circunstancias pudieran erigirse en baremo que permita medir la gravedad de la conducta punible, es lo cierto que por virtud de la jurisprudencia, deberán ser factores particulares del evento que en concreto se analiza y no los etéreos ya tenidos en cuenta por el legislador al momento de concretarse el llamado ¨proceso de criminalización primaria", los que habrán de socorrerse como fundamento legítimo de aplicación de la susodicha norma legal*". Sentencia del 30 de agosto de 2017, radicado N.I. 18847, M.P. Franco Solarte Portilla.

Segundo.- Prodigar medida de protección a la víctima en este proceso, cuyas iniciales son K.Y.E.M. y consecuencia se ordena el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a través de sus instancias correspondientes intervenga en procura de restablecer los derechos vulnerados de la reconocida víctima en este asunto, y luego de ello, cuando se considere que la atención profesional ha logrado los frutos esperados, en consuno con la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, adelante gestión para que la menor retome sus estudios básicos, en la manera que esta última entidad lo aconseje, atendiendo los programas e institutos que para el evento resulten ser los apropiados. Del inicio y seguimiento de esas actividades deberá enviarse reportes bimensuales al Juzgado de primera instancia.

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 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 83 del Código de Procedimiento Penal modificado con el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese y cúmplase.

Franco Solarte Portilla
Magistrado

Héctor Roveiro Ágredo León
Magistrado

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada (Con aclaración de voto)

DERECHO A LA INTIMIDAD - NO ES ABSOLUTO:
En el ejercicio de ponderación de derechos, el de la intimidad debe ceder frente a otros de mayor peso específico, como lo son aquellas prerrogativas anejas a las víctimas en pos de procurar justicia, verdad y reparación, pero además, la necesidad de una material y oportuna impartición de justicia.

DERECHO A LA INTIMIDAD Y DERECHOS DE LAS VÍCTIMAS – Validez jurídica de grabaciones de conversaciones sostenidas con el acusado.

Teniendo en cuenta la ponderación de derechos y dando prevalencia a la búsqueda de la justicia material, el derecho que se tiene a la verdad, a la justicia y a la reparación, la víctima se encuentra revestida de legitimidad jurídica, sin mediar orden previa de autoridad judicial competente y sin que el acusado haga expresa o tácita autorización, para captar y almacenar la voz y/o la imagen de éste. Por lo anterior, se considera que la grabación del diálogo telefónico sostenido con el procesado es lícita y en consecuencia dotada de vocación probatoria válida para ser aducida en juicio oral, al cumplir con los requisitos establecidos para ello, en tanto la realizó en su condición de sujeto pasivo de la conducta punible, el registro capta una conversación que toca el tema de la perpetración del ilícito y no otro que indebidamente comprometa la intimidad del interlocutor; y lo hizo para pre-constituir prueba judicial.

APELACIÓN DE PROVIDENCIAS QUE DECIDEN SOBRE LA PRÁCTICA DE PRUEBAS – EXCLUSIÓN PROBATORIA: Las providencias que definen disponiendo la práctica de pruebas en juicio o denegándolas, son susceptibles de ser recurridas en alzada.

RECURSO DE QUEJA – Procede en favor de la parte que le fue denegada la posibilidad de recurrir en apelación.

NULIDAD POR IMPEDIR APELAR LA PROVIDENCIA QUE NEGÓ LA EXCLUSIÓN DE PRUEBA CONSIDERADA ILÍCITA – No se configura.

No obstante la funcionaria judicial erró al denegarle a la defensa el recurso de apelación interpuesto contra la providencia dictada en la audiencia preparatoria, que dispuso la aducción de una prueba calificada como ilícita, (disco compacto que contenía el registro de la conversación sostenida entre la víctima y el acusado sin su consentimiento), no hay lugar a decretar la nulidad por violación al debido proceso y al derecho a la defensa, teniendo en cuenta que se considera que la víctima sí se encontraba jurídicamente legitimada para realizar dicha grabación. Esta prueba debía ser valorada, y siendo que ante la negativa de recurrir en apelación el defensor debió interponer el recurso de queja, y al no hacerlo, dio su aquiescencia para que dicha probanza se internara en el acervo probatorio, aspecto que es compatible con el principio de convalidación.

IN DUBIO PRO REO – El grado de certeza lo excluye de plano.

"CONGRUENCIA FLEXIBLE" - Posibilidad jurídica de condenar por un delito distinto al que fue objeto de acusación.

Del estudio del material probatorio aducido al juicio oral, se considera que existe prueba suficiente sobre la materialidad del delito y la responsabilidad penal del acusado, llegando al convencimiento más allá de toda duda razonable para proferir sentencia condenatoria. Sin embargo, no lo será por el delito enrostrado de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir, al no lograrse establecer el elemento estructural del tipo objetivo que el acusado haya realizado actos dirigidos a colocar a la víctima en ese estado, determinándose conforme la producción probatoria que el comportamiento materia de juzgamiento encaja en la descripción del punible de acceso carnal o acto sexual abusivo con incapaz de resistir. Lo anterior, no entraña afectación al Principio de Congruencia, al verificarse los presupuestos que hacen procedente condenar por un delito distinto al que fue acusado, siendo que se respetó la imputación fáctica, los delitos pertenecen al mismo género y la indemnidad del derecho de defensa fue cabalmente resguardada.

Magistrado Ponente **:** Franco Solarte Portilla
Asunto **:** Apelación sentencia condenatoria

Delito	**:**	Acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir
Condenado	**:**	JDMA
Radicación	**:**	2016-00322-01 NI 26337
Aprobación	**:**	Acta N° 2020-026 (febrero 24 de 2020)

San Juan de Pasto, febrero veintisiete de dos mil veinte

Vistos

Concierne al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor del acusado en este asunto, contra la sentencia emitida el 23 de abril de 2018 por la titular del Juzgado Segundo Penal del Circuito de Ipiales (Nariño), mediante la cual condenó a JDMA a 150 meses de prisión, a la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo tiempo, y le negó todo mecanismo sustitutivo de la sanción en establecimiento carcelario. Tales decisiones fueron emitidas tras encontrar responsable al referido ciudadano por la comisión como autor del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir.

Los hechos jurídicamente relevantes

Cuenta la historia procesal que en las horas de la noche del día 14 de abril de 2016, por invitación voluntariamente aceptada, la señora MEO, departió en el "BC" de la ciudad de Ipiales (Nariño) con el señor JDMA, a quien distingue como un amigo y además comparte la misma ocupación de comerciante, tertulia donde además acudieron otras personas con las que participó del jolgorio ingiriendo licor; dijo aquella que en vista de rehusarse a libar bebidas embriagantes, le ofrecieron unas cervezas.

El todo es que, aseguró la señora MEO, intempestivamente perdió la noción de tiempo, despertándose al día siguiente en su casa de habitación con fuertes dolores del cuerpo y en particular en el ano, habiendo inferido que fue accedida sexualmente, actitud que la atribuyó a quien en este asunto funge como procesado, como que en la primera oportunidad le enrostró lo acaecido, recibiendo de él como respuesta que al respecto medió consentimiento.

Resumen de la actuación surtida

El 17 de agosto de 2016 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal de Ipiales con función de control de garantías se legalizó la captura que previamente había sido girada en contra de JDMA, se le formuló imputación por la comisión del delito de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir y se le impuso medida de aseguramiento consistente en detención preventiva en establecimiento carcelario.

Previa oportuna presentación del escrito de convocatoria a juzgamiento, la audiencia de formulación de acusación tuvo ocurrencia el 16 de noviembre de 2016, en donde la Fiscalía se mantuvo en la imputación fáctica y jurídica realizada en preliminares; la preparatoria se llevó a cabo el 28 de febrero y el 23 de marzo de 2017, escenario en el cual, cabe destacar, la defensa se opuso al decreto como prueba de un CD contentivo de una grabación de una conversación sostenida entre quienes son aquí reputados víctima y victimario, logrado por aquélla sin que éste tuviese conocimiento, probanza que finalmente fue aducida al juicio por cuanto la Juez de conocimiento denegó esa oposición; el juicio oral se desarrolló durante los días 10 de agosto, 19 de septiembre y 17 de octubre de 2017, siendo que el 24 de octubre se emitió sentido condenatorio de la sentencia y enseguida se celebró audiencia de individualización de pena; el fallo fue dictado el 23 de abril de 2018, que al ser apelado por la defensa, ocupa ahora la atención del Tribunal.

La sentencia apelada

Antecedida de la narración de los hechos jurídicamente relevantes y del recuento de la actuación cumplida en sede de conocimiento, pasó la Juzgadora a enunciar, de manera muy detallada en su contenido, todos los medios de prueba que fueron practicados en la audiencia de juicio oral y luego a exponer con extensión las alegaciones de las partes expuestas al final de la aludida diligencia, para reservar finalmente un apartado de "*Consideraciones del Despacho*", en donde consignó las siguientes aserciones:

Dedujo la configuración de la tipicidad penal de los hechos en el texto del artículo 207 del Código Penal que describe el acople carnal con persona puesta en incapacidad de resistir, como que, en principio, se tiene probado el acceso sexual sufrido por la víctima a juzgar por los resultados de los exámenes a ella practicados que revelan la presencia de espermatozoides en cavidad vaginal, amen que a la misma conclusión arribó el peritaje de Medicina Legal que fue estipulado por las partes, el que además alertó de un trauma anal sugestivo de penetración reciente.

Que tal aserto se mantiene, pese a la censura hecha por la defensa, acerca de la omisión de prueba toxicológica o de alcoholemia, pues acotó la Juzgadora que de la revisión integral de las atestaciones rendidas por la propia MEO y por el recepcionista del hotel donde se asegura sucedieron los hechos, se extrae el convencimiento de lo acaecido la noche del 4 de abril de 2016, sintetizado en la cierta e indiscutible invitación que el acusado le hizo a la mentada mujer para departir junto con otras personas, lo que efectivamente sucedió en el "BC" de la ciudad de Ipiales, pudiendo observar ella que a la cerveza que tomaba, uno de los contertulios de nombre E echó una copa de aguardiente y la posterior insistencia para que siga libando dicho licor hasta perder su consciencia, siendo contradictorio que al respecto el acusado asegure que su amiga se hallaba en sus cinco sentidos, en cambio afirme no recordar lo que sucedió en el hotel por estar muy borracho.

De la declaración de ERA destacó haber dado a saber el ingreso de las tres personas al hotel donde aquél era el recepcionista, pero desechó como verídica la afirmación de que todos estaban "*tomados pero conscientes*", esto último evidenciado en su comportamiento evasivo a la hora de responder las preguntas, a tal punto que el delegado fiscal se vio en la necesidad de confrontarlo con una declaración anterior por dicho testigo rendida, sin pasar por alto su renuencia a asistir al juicio.

Recabó en cambio la forma clara y coherente como la víctima expuso los hechos, donde explica la provocación del encartado y sus amigos para que tomara licor esa noche, como después de ello "*perdió la lucidez*" para ser llevada posteriormente al hotel donde los hechos tuvieron ocurrencia, aspecto éste que se encuentra acreditado por el dicho de los testigos que desfilaron en audiencia, precisando que a ese lugar, concretamente al cuarto piso del establecimiento, hicieron ingreso JDMA, un primo de éste y quien ahora es reputada víctima, donde fue "*accedida carnalmente en estado de inconciencia*".

Remarcó la señora Juez el hecho de que con oportunidad doña MEO buscó al hoy procesado y al preguntarle de lo sucedido en aquella calenda, éste le manifestó que fue mutua y voluntaria la decisión de tener relaciones sexuales, como la manera en que la misma se desarrolló, para responder a la inquietud sobre la presencia de sangre en el interior. También memoró la conversación que días después tuvieron los dos, la que fue por la mujer grabada, donde resalta la actitud del procesado al admitir que ambos no se encontraban conscientes de sus actos al momento de tener la relación íntima, hecho del que culpa a uno de los amigos "de ponerles algo al licor" que tomaban.

Es entonces cuando la a quo hubo de referirse a los reparos hechos por la defensa a la decisión de ese Despacho de "*impedir la interposición del recurso de apelación*" en contra de la providencia emitida en audiencia preparatoria que decretó como prueba documental el aludido CD contentivo del diálogo sostenido entre los reputados víctimas y victimario, grabado por aquella sin la anuencia de éste, ante lo cual la señora Juez adujo, en primer lugar, que por criterio jurisprudencial se tiene establecido que las víctimas de delitos pueden lograr esos registros de ese modo, sin que ello signifique violación al derecho constitucional a la intimidad[1]; y en segundo lugar, que también por los precedentes venidos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, se tiene indicado que las decisiones con las que se decreta la práctica de una prueba no admite la alzada[2].

Sostuvo luego que la autenticidad del susodicho medio de convicción estaba también establecida, porque quien la recaudó la puso en conocimiento de una persona vinculada a la Fiscalía, en concreto de la asistente Deysy Grijalva, quien la rotuló, la embaló y en suma la sometió a cadena de custodia; en cuanto al cotejo de voz echado de menos por el defensor, afirmó que el mismo no era necesario merced a que el acusado no negó que él era uno de los interlocutores de esos diálogos registrados, amen que las interrupciones que la susodicha grabación presenta, no afecta el hilo de la conversación, con lo que el mérito de esa probanza se avizora incólume.

[1] Citó CSJ SP, sep. 11 2013, rad. 41190 y CSJ SP, mar. 17 2014, rad. 41741
[2] Citó CSJ SP, jul. 27 2016, rad. 47469

Enseguida se ocupó la señora Juez de responder a las manifestaciones de la defensa direccionadas a propulsar la existencia de la duda, por cuanto la prueba científica anuncia que la mujer reconocida como víctima en este asunto tuvo relaciones sexuales, pero con una persona hasta ahora desconocida. Adujo al respecto que si bien el informe pericial de ADN y las evidencias encontradas en el laboratorio de biología de Medicina Legal excluyen a JDMA como aportante espermático de los frotis vaginales y en el interior perteneciente a la referida mujer, debe resaltarse que la conclusión 3 de ese informe aduce que "*MEO, JDMA y al menos un individuo desconocido no se excluyen como aportantes de las células encontradas en el fragmento del interior de parte anterior*".

Así, infirió la señora Juez, si bien el procesado no es aportante biológico del material espermático hallado en la víctima, ello no lo descarta como partícipe del delito, porque lo que se tiene es que MEO sostuvo relaciones carnales con un individuo desconocido, sin que ello descarte que también las tuvo con el encartado.

Finalmente, reprobó la Juez que el defensor manifestara que no hay lugar a creer en las afirmaciones de una mujer que tuvo los alcances de departir en un bar con tres personas desconocidas e irse luego con ellas a un hotel, si la víctima no hizo cosa distinta que confiar en un amigo de hace mucho tiempo, y que el desplazamiento al hotel ya se dio por su estado de inconsciencia y no porque voluntariamente haya ofrecido su asentimiento.

Concluyó ese apartado de la sentencia la Juzgadora, asegurando que la Fiscalía logró cumplir su promesa de desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, pues demostró sin lugar a dudas la comisión por parte del procesado de un comportamiento típico, afrentoso del bien jurídico de la libertad sexual y realizado con culpabilidad, aserto que condujo a la Funcionaria judicial a proseguir con la tarea de individualización de la pena a imponer, la que llevó a cabo de la siguiente manera:

Verificó primero los extremos punitivos contemplados en el artículo 207 del Código Penal, los que oscilan entre 144 y 240 meses de prisión, para de ahí calcular los cuartos de movilidad y estacionarse en el mínimo, que va entre 144 y 168 meses privativos de la libertad, merced esto último a que la Fiscalía no imputó circunstancias genéricas de agravación.

Dando aplicación a lo reglado en el inciso 3º del artículo 61 *ibídem*, adujo que no era dable para el caso imponer la sanción mínima dispuesta en la norma de tipificación, ya que *"[u]n análisis conjunto de estos aspectos, permite entrever que la conducta reprochada es sumamente grave"*, en tanto el acusado era amigo de la víctima, y con ese plus junto con su primo y otra persona más la invitó a un bar a departir, suministró bebidas embriagantes a la aludida mujer ocasionándole la pérdida de su consciencia y en ese estado la accedió carnalmente. Además, "*que el daño real fue efectivo, ya que el acusado dejó a la víctima en incapacidad de disponer libremente su sexualidad y en ese estado la accedió carnalmente*".

Con esos argumentos decidió incrementar 6 meses al extremo inferior de la pena dispuesto en la ley, para irrogar en definitiva 150 meses de prisión al condenado y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual tiempo. Por prohibición expresa del artículo 68 A del Estatuto Penal Sustancial, descartó conceder los sustitutivos penales de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

La apelación

El abogado Alfonso Max. Guerrero Ortega, defensor en confianza del procesado comenzó su sustentación consignando criterios atinentes a la verdad que debe ser la guía en la asunción de las decisiones judiciales, para enseguida advertir que para este asunto la presunción de inocencia que ampara a su defendido se encuentra incólume.

Pasó luego a realizar un resumen de lo expuesto por la señora Juez de primera instancia en su fallo, que incluye el relato de los hechos (que los reiteró), una relación de las pruebas aducidas al juicio (de los que resumió su contenido), para descender a los "*fundamentos fácticos y jurídicos que soportan la alzada*", en cuyo escenario de entrada cuestionó haberse adelantado "*un juicio sui generis*", porque a la Judicatura le fue llevado por la Fiscalía unas pruebas que "*a la postre resultaron inexistentes*", en tanto lo que la animaba es solamente un afán persecutorio.

En el detalle, censuró que el ente instructor haya anunciado la existencia de unos exámenes de toxicología, pero que a la postre no fueron practicados por ausencia de muestras, sin que por ello pueda saberse la presencia de sustancias tóxicas o narcóticas en el organismo de la víctima, que hayan podido anular su capacidad de resistir, si ni siquiera se adelantó la llamada prueba de alcoholemia. En contraste, la declaración rendida por EARA ratifica que cuando MEO arribó al hotel, subió hasta el cuarto piso y lo hizo por sus propios medios.

Criticó a la Juez de ampararse en su decisión en la revelación de los expertos, según la cual la ausencia de material seminal en las cavidades de quien en este proceso ha sido considerada víctima, no significa que no haya sido accedida, pues con otra lectura, la que propone el recurrente, tales aseveraciones no determinan fehacientemente que JDMA haya vejado sexualmente a la referida mujer, sino que emerge la duda, misma que debe ser resuelta en favor del procesado.

En lo sucesivo el apelante se ocupó de referirse in extenso al acaecimiento procesal derivado de una petición de nulidad que hiciera, porque el Juzgado le impidió apelar la providencia con la cual le fue negada la exclusión de la prueba contenida en un CD que registró una conversación sostenida a instancia de la víctima transcurrido un mes luego de sucedidos los hechos, pero que no contó con el consentimiento del procesado, considerando el defensor que tal medio de conocimiento fue ilícito. Reconoce que ante esa determinación judicial le quedaba a la defensa el recurso de queja, pero optó por no impetrarlo "*con el fin de no dilatar la privación de la libertad de nuestro prohijado, toda vez que la causa de dicha nulidad constituye uno de los ítems que se puede alegar en la apelación*".

Trajo a colación una cita jurisprudencial –sin referenciar la fuente- donde se plasma el criterio de conformidad con el cual deviene ilícita la prueba contenida en un registro de audio de una conversación en donde uno de los interlocutores desconoce estar siendo grabado, cosa acontecida en este asunto donde quien se reporta víctima de la afrenta sexual en este proceso, asaltó al acusado un mes después para entablar un coloquio y luego depositarlo en un CD, de cuyo contenido se valió no solamente la Fiscalía para propulsar sus labores investigativas, sino para que la Judicatura afianzara su sentencia condenatoria.

Recordó el defensor como fue que en la segunda sesión de la audiencia preparatoria él "*se opuso a la inclusión o aceptación en el juicio oral*" del aludido CD, bajo la convicción de ser violatorio del debido proceso y el derecho de defensa, pues fue logrado por fuera de permisión legal, pero que dicha petición fue denegada por la Judicatura, con sustento en que comoquiera se trata de una prueba decretada, no hay lugar a la interposición de recurso alguno, actitud judicial ésta que en juicio del apelante contradice un precedente jurisprudencial de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que justamente dice lo contrario[3].

Iteró que la señora Juez de conocimiento al impedirle la posibilidad de impugnar la decisión que denegó la petición encaminada a que no se decrete como prueba el varias veces referido CD transgredió caros principios basilares tales como el debido proceso, igualdad y acceso a la justicia, cuanto más aquí que acaeció la contaminación de ese medio, porque según lo aseverado por la propia víctima, el mismo logrado a través de su aparato celular, fue almacenado posteriormente su contenido en un disco compacto que fue luego entregado a un tercero y finalmente a una servidora de la Fiscalía, "*no la grabación original sino una copia*".

Así, luego de efectuar incisivas críticas, muy insistentes por cierto, a la manera como el ente investigador acogió la multicitada probanza y luego la Judicatura al disponer su práctica pese a su palmaría ilicitud, para cuyo propósito de valió de distintos pronunciamientos jurisprudenciales y doctrinarios, el apelante ocupó su atención, muy brevemente, a referirse a la "*prevalencia de la presunción de inocencia*", la que en el sentir tanto del delegado fiscal como de la Juzgadora fue derruida en este proceso, persuasión que no es la que corresponde, fundamentalmente debido a que el experto en genética llevado a juicio a instancia de su contraparte en sus conclusiones adujo "*que mi representado se excluye como aportante de espermatozoides en cualquier parte de las muestras examinadas, EN ESPECIAL EN LAS ZONAS ANAL Y VAGINAL*".

[3] Citó CSJ SP, sep. 11 2013, rad. 41790 y respecto a las consecuencias procesales derivadas de la indebida negación de ese derecho impugnatorio, evocó la Sentencia T-443 de 2000.

Y eso de que se haya encontrado material genético del enjuiciado en la ropa interior de la señalada víctima, iteró el defensor, no conlleva inexorablemente a afirmar que su representado haya accedido carnalmente a la mujer, pues de tal acontecer no se puede extraer sino la información de que ella por alguna circunstancia tuvo contacto con células que contenían ese ADN detectado, no necesaria o indefectiblemente a través de un acople íntimo, en tanto que bien podría darse por causas múltiples, tales como el uso del sanitario, el simple contacto con la ropa o con otro elemento cualquiera, aspectos todos que lejos de respaldar la certidumbre, lo que hacen es alimentar la duda, impidiendo de contera la emisión de un fallo condenatorio.

Con esas consideraciones pidió del Tribunal la revocatoria de la sentencia impugnada, para que en su reemplazo se dicte una de carácter absolutorio.

Oportunamente el señor representante del Ministerio Público, doctor Luis Carlos Dulce Vallejo, descorrió el traslado del recurso y de entrada adujo que lo haría a manera de "*oposición*". Así, antecedido de un discurso explicativo acerca de la naturaleza jurídica de la impugnación y de la exigencia de la sustentación del mismo para ser admitido, lo que apoyó en prolija jurisprudencia, pasó el señor Procurador a hablar del tema de la nulidad, en cuyos contextos se refirió con bastante extensión al debido proceso como principio fundante de las actuaciones judiciales, para cuyo fin de nuevo trajo a colación abundante jurisprudencia, amen que destacó las causales que habilitan la declaratoria de la ineficacia procesal, para enseguida particularizar el tema en punto referido a la nulidad como consecuencia del proceso de producción probatoria, y lacónicamente remachar diciendo que "*la postura de la defensa, no tiene respaldo de vigencia para reclamar un recurso de apelación a una prueba decretada para la Fiscalía General de la Nación*".

Adujo no compartir tampoco con aquella aseveración hecha por la defensa, de que la víctima no pueda recoger elementos probatorios al servicio de su causa, en donde se incluye la posibilidad de grabar conversaciones sostenidas con su victimario, para lo cual se afianzó en una providencia emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[4], en donde pareciere verse que ese alto Tribunal reviste de validez jurídica, con vocación probatoria, la actitud de la víctima de una extorsión de condensar y depositar el contenido de las charlas sostenidas con quien se reputa el autor del delito.

Sostuvo que para el caso no existe vulneración a la intimidad del acusado, cuando la persona vejada sexualmente grabó el diálogo sostenido con su agresor, pues las circunstancias de tiempo, modo y lugar no permitían que lo haga al momento de los hechos y conservaba la mujer en consecuencia la facultad de "*tratar de encontrar claridad de lo que paso (sic)*", amen que con su decisión de recolectar pruebas de ese modo como lo hizo, también ella ponía en riesgo "*su intimidad y dignidad de género*".

Convencido entonces el señor Procurador de haberse derruido en este asunto la presunción de inocencia que ampara al procesado, pidió del Tribunal mantener la decisión apelada.

Consideraciones de la Sala

A voces del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 es la Corporación competente para desatar la alzada en esta oportunidad propuesta por la defensa.

Se erige entonces como cuestionamiento jurídico establecer *si con la prueba legalmente practicada en el juicio oral pudo la Fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara al ciudadano JDMA, y en consecuencia determinar si la Juez de conocimiento emitió decisión jurídicamente correcta al condenar al acusado por el delito de acceso sexual con persona puesta en incapacidad de resistir por el cual fue convocado a juicio; contrario sensu, si le asiste razón al recurrente cuando sostiene que se impone aquí emitir fallo absolutorio, por cuanto persiste la duda sobre la responsabilidad penal de su defendido*.

Sin embargo, tal ejercicio no podrá realizarse si antes no se aborda y decide otras tensiones expuestas por el recurrente, atendiendo particulares acaecimientos en el decurso procesal y que se pueden plantear así:

[4] Citó CSJ SP, feb. 9 2006, rad. 19219

¿Acertó la señora Juez de conocimiento al denegar el recurso de apelación interpuesto por la defensa en contra de una providencia dictada en la audiencia preparatoria, que dispuso la aducción de una prueba calificada como ilícita por quien manifestó oposición para su práctica? En caso negativo, *¿Cuál es la consecuencia jurídica de esa decisión y en particular qué debería hacer el Tribunal al respecto, considerando el momento procesal en el que nos encontramos?*

Por metodología obligada, merced al principio de priorización, los problemas jurídicos acabados de señalar encontrarán respuesta una vez se resuelva el que sigue:

¿Ostenta validez jurídica y en consecuencia puede aducirse en juicio oral como prueba la conversación grabada en un disco compacto por quien se reputa víctima del delito en este asunto investigado?

El derecho a la intimidad, protección constitucional y sus límites.

El derecho a la intimidad hace parte de la esfera de la vida privada, en principio no susceptible de ser interferida por otros, que implica la potestad de desarrollar sin trabas el ejercicio de la libertad personal o familiar, sin más límites que los que surgen de los derechos de los demás y de aquellos establecidos en el ordenamiento jurídico. Entraña en consecuencia la posibilidad de exigir a otros individuos de la especie el respeto al desarrollo de sus actos privados en espacios propios e intangibles, o con mejores palabras dicho: la intimidad es el "*área restringida inherente a toda persona o familia, que solamente puede ser penetrada por extraños con el consentimiento de su titular o mediando orden dictada por autoridad competente, en ejercicio de sus funciones y de conformidad con la Constitucional y la ley*"[5].

Dada su relevancia, es que instrumentos internacionales de derechos humanos contemplan su garantía[6] y en el ordenamiento jurídico patrio, es el artículo 15 de la Constitución Política que lo remarca, con este tenor literal:

> *"Todas las personas tienen derecho a la intimidad personal y familiar y a su buen nombre, y el Estado debe respetarlos y hacerlos respetar. De igual modo, tienen derecho a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bancos de datos y en archivos de entidades públicas y privadas.*
> *(…)*
> ***La correspondencia y demás formas de comunicación privada son inviolables. Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden judicial, en los casos y con las formalidades que establezca la ley****".*

Por ser anejo al tema que nos concierne, resaltamos el contenido del inciso 3º de la norma superior acabada de reproducir, por cuanto sienta una premisa de profundas consecuencias jurídicas, como que el amparo de la susodicha garantía cobija la necesidad de ofrecer una consecuencia de material verificación en el evento en que una persona haya sido invadida en esa personalísima esfera, que necesariamente debe acompasarse con la disposición constitucional del artículo 29, según la cual es nula de pleno derecho la prueba recaudada con violación a garantías fundamentales, consecuencia que sin vacilaciones encaja bien en el marco ideológico que inspira el Estado Social de derecho, porque a partir de esa concepción se repele, ya en el ámbito de los procesos judiciales, cualquier actividad oficial o privada que por el prurito del *eficientismo* afrente caros derechos humanos.

Sustento que ha llevado a la jurisprudencia a sentar premisas de este tenor:

> *"En esa medida, las grabaciones de imagen o de voz realizadas en ámbitos privados de la persona, con destino a ser publicadas o sin ese propósito, constituyen violación del derecho a la intimidad personal, si las mismas no han sido autorizadas directamente por el titular del derecho y, además, en caso extremo, si no han sido autorizadas expresa y previamente por autoridad judicial competente. El resultado de la recolección de la*

[5] T-696 de 1996
[6] Como sucede en la Declaración de Derechos Humanos en su artículo 12; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 17.1; y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 11.2.

imagen o de la voz sin la debida autorización del titular, implica, sin más, el quebrantamiento de su órbita de privacidad y, por tanto, la vulneración del derecho a la intimidad del sujeto"[7].

O de antaño, pero ya en el marco del modelo constitucional hoy aún imperante:

"Teniendo en cuenta el derecho a la intimidad consagrado en el artículo 15 de la Carta, la Sala, reiterando la doctrina contenida en la sentencia de esta Corporación T-530 del 23 de septiembre de mil novecientos noventa y dos (1992), considera que toda persona tiene derecho a un contorno privado, en principio vedado a los demás, a menos que por su asentimiento o conformidad, el titular renuncie a su privilegio total o parcialmente. Entendido así el derecho a la intimidad, es claro que éste, fuera de garantizar a las personas el derecho de no ser constreñidas a enterarse de lo que no les interesa, así como la garantía de no ser escuchadas o vistas si no lo quieren, impide también que las conversaciones íntimas puedan ser grabadas subrepticiamente, a espaldas de todos o algunos de los partícipes, especialmente si lo que se pretende es divulgarlas o convertirlas en pruebas judiciales"[8].

Es lo cierto sin embargo que ha sido enfáticamente enseñado que el derecho a la intimidad no es absoluto[9]. Así, bajo el sustento de considerar "razon*es de interés general, legítimas y debidamente justificadas constitucionalmente*"[10], a la regla general de la indemnidad característica de la referida prerrogativa, al menos se anteponen tres excepciones conocidas, que son: i) la consagrada en el mismísimo texto del artículo 15 de la Carta, inciso 3º, que permite invadir esas esferas privadas de las personas por virtud de una orden judicial; ii) cuando existe asentimiento del titular del derecho para que una actitud suya en principio realizada en el ámbito de su intimidad pueda ser revelada; y para nuestro interés para el caso, iii) que la divulgación de un registro así haya sido adelantado por la víctima de un delito o con su anuencia.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha mantenido un pacífico criterio respecto a la potestad que tienen las personas que son sujetos pasivos de la comisión de una conducta punible, para que sin mediar orden previa de autoridad judicial competente y sin que el interlocutor haga expresa o tácita autorización, puedan aquellas captar y almacenar la voz y/o la imagen de éste, ello con el fin de pre-constituir prueba judicial. Según esa conceptualización, el ejercicio de ponderación de derechos, el de la intimidad –que es personal- debe ceder frente a otros de mayor peso específico, como lo son aquellas prerrogativas anejas a las víctimas en pos de procurar justicia, verdad y reparación, pero además, la necesidad de una material y oportuna impartición de justicia.

Aunque son muchos los pronunciamientos que clarifican la cuestión[11], por ser los más elocuentes y contundentes, la Sala se permite reproducir estos apartes:

"Si la víctima de un delito graba o autoriza la grabación de su voz o de su imagen para efectos probatorios, mientras dialoga o interactúa con el implicado, obviamente sin que éste consienta tales operaciones, podría generar una tensión aparente o muy leve entre el derecho a la intimidad del implicado, y los derechos de la víctima a la protección integral de las autoridades, a la verdad, a la justicia y a la reparación. Ello, por cuanto en la expresión literal del artículo 15 de la Carta el derecho a la intimidad solo puede ser interferido por orden de autoridad y en los términos que la ley disponga; y porque siendo la comunicación un acto en el que necesariamente deben intervenir el emisor y el receptor, generalmente con alternancia en esas posiciones, la comunicación deja de ser privada, aunque sólo una de ellos facilita su consentimiento para que así ocurra.

Se precisa entonces ponderar tales derechos desde la perspectiva del mejor efecto constitucional posible.

---

[7] T-233 de 2007
[8] T-003 de 1997
[9] Aserto ratificado en las siguientes sentencias, entre otras: C-394 de 1995, T-517 de 1998, T-453 de 2005, T-158ª de 2008, C-540 de 2012 y C-594 de 2014.
[10] C-594 de 2014
[11] Entre muchas, ver: CSJ SP, mar. 16 1988; CSJ SP, ago. 6 2003, rad. 21216; CSJ SP, sep. 11 2013, rad. 41790; CSJ SP, may. 18 2016, rad. 42469; CSJ SP, jul. 24 2017, rad. 47633.

En ese ejercicio es razonable privilegiar el derecho a la víctima, puesto que al establecer la verdad, dentro de un marco de justicia material, utilizando para ellos las voces y las imágenes así grabadas, se logran los fines constitucionales atribuidos al proceso penal en mayor medida, que si se optara por la posición contraria; es decir, si se concediera preponderancia a la intimidad del implicado como derecho absoluto o intangible, mientras la autoridad judicial no disponga lo contrario.

Se dice en tal contexto que la tensión es solo aparente o muy leve, toda vez que no se requiere confeccionar intricados argumentos para encontrar la solución adecuada, sino que la axiología constitucional ofrece la respuesta de manera obvia y evidente.

Es claro que el de la intimidad es un derecho no absoluto y que puede ser objeto de limitaciones, con fines constitucionales o con arreglo a la ley; en cambio, la búsqueda de la justicia material dentro de un marco jurídico es un principio superior fundante del Estado de derecho, una meta, un horizonte de llegada, que no admite excepciones y que irradia todo el espectro jurídico desde el Preámbulo de la Constitución Política"[12].

Por manera que, llevando los precedentes argumentos al caso que ahora nos ocupa, sin ninguna dubitación emerge el convencimiento de que quien ha sido reputada víctima estaba revestida de legitimidad jurídica para hacer la grabación de ese diálogo telefónico sostenido con el acusado días después de reportados los hechos delictuosos en cuestión, habilitación legal que se complace tras verificar la concurrencia de los siguientes requisitos demandados según la jurisprudencia: i) lo realizó directamente –aunque bien hubiese podido autorizarlo a un tercero- en su condición de sujeto pasivo de la conducta punible; ii) el registro capta una conversación que toca el tema de la perpetración del ilícito y no otro que indebidamente comprometa la intimidad del interlocutor; y, iii) lo hizo aquella con la descifrada intención de pre-constituir prueba judicial[13].

Por su relación, ese aserto conlleva a la indefectible conclusión de que dicho medio de convicción adquiría características de licitud y en consecuencia dotado de vocación probatoria válida para ser aducido en juicio oral, como en efecto se hizo. Dígase de una vez, que lo concerniente a la pregonada omisión que relieva la defensa, en cuanto no se llevó a cabo cotejo de voz que permitiera tener certeza de que en el susodicho diálogo intervino ciertamente como interlocutor el procesado, es aspecto que no dice relación con la validez de la prueba, sino con su eficacia, vale decir, si tras la correspondiente valoración tiene o no ese contenido capacidad de convencimiento, como así lo han enseñado los precedentes[14].

Debe precisarse además, desde otra orilla pero igualmente afín con ese medio probatorio, que las alegadas fallas en el procedimiento de cadena de custodia, que tienen incidencia en la eficacia y no en la validez probatoria, no fueron suficientemente consolidadas por la defensa que las invocó, porque al final de cuentas lo que está en firme es que dicha evidencia de prueba arribó a su destino final en igual forma en que fue inicialmente allegada, respetando el curso de custodia que garantice su mismidad.

Con todo, frente al punto asoma una tensión adicional que debe ser examinada por el Tribunal, y es lo relacionado con las glosas que el apelante hace a la posición asumida por la primera instancia cuando en audiencia preparatoria le fue interpuesto recurso de apelación en contra de la providencia que dispuso la práctica como prueba de ese registro de voz y la Juez no concedió esa impugnación, bajo el sustento de considerar que la misma no procedía. De dilucidar la realidad de ese suceso y de establecer sus consecuencias jurídicas se ocupa enseguida la Sala.

La posibilidad de apelar providencias que deciden o no la práctica de pruebas.

Dígase de entrada que la naturaleza fundante que tiene el principio de la doble instancia en el marco de un Estado de derecho, no lo hace bajo ningún punto de vista absoluto. Por razones prácticas unas, como para preservar la normal dinámica procesal, y otras de orden sustancial, como las que dicen relación a la naturaleza de las decisiones judiciales, es que los ordenamientos jurídicos, y en particular el nuestro, sienta una regla general que propulsa la facultad de recurrir en alzada las decisiones interlocutorias dictadas en una actuación, pero lo limita para otras.

---

[12] CSJ SP, feb. 9 2006, rad. 19219, memorada y ratificada en CSJ SP, sep. 11 2013, rad. 41790
[13] CSJ SP, may. 24 2016, rad. 42469. En el mismo sentido, CSJ SP, sep. 11 2013, rad. 41790
[14] CSJ, jul. 24 2017, rad. 47633

Dentro de muchos, el proveído que dispone la práctica de pruebas en juicio oral, es una de las excepciones previstas a esa regla, ello, bajo el entendido que "c*on 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*", según luego de algunas oscilaciones lo tiene previsto la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia[15].

Está claro entonces que en materia penal el recurso de apelación procede en todos los casos en que sea denegada la aducción de una probanza en el juicio y en contraste, no opera cuando se haya ordenado su práctica, aunque sí el de reposición. Es necesario sin embargo advertir el cuidado con que debe asumirse el último aserto expuesto, porque una lectura cortical conlleva fatalmente al error en el que incurrió la primera instancia, al considerar a pie juntillas, de categoría universal, que las decisiones que disponen la práctica probatoria son inapelables, cuando ello no es así.

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 que merecen una detenida explicación, ya que se originan en consecuencias jurídicas diversas y como tal configuran su propia dinámica procesal. Siendo así, una adecuada explicación del tema aconseja hablar acerca de las susodichas categorías procesales, como a continuación se hace:

La inadmisibilidad, entonces, opera para los eventos en los cuales no se ha demostrado por el peticionario la conducencia, la pertenencia o la utilidad; frente a la decisión de no decretar una probanza por las aludidas causas, cabe la apelación, que no, como ya se dijo, cuando se dispone su práctica, porque en esta última hipótesis solamente resulta viable la reposición.

El rechazo, de su parte, se dicta por virtud de lo dispuesto en el artículo 346 del Código de Procedimiento Penal, figura nada distinta a una sanción en contra de la parte que pretende la aducción de elementos probatorios y evidencias físicas que no fueron oportunamente descubiertos. Es una herramienta a favor de la contraparte para permear un punto axial del procedimiento de producción probatoria, que 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*"[16]. En síntesis, cuando una decisión de rechazo probatorio podría afectar el ejercicio del principio de confrontación, puede la misma ser apelable sin importar si dispone o no su práctica[17].

Finalmente, la exclusión, comoquiera que refulge como la sanción más drástica, es de esperarse que la causa que la origina sea así mismo de particular trascendencia. Es el caso del ofrecimiento de un medio de convicción que ha nacido a la vida jurídica con quebranto de los derechos fundamentales y que en el lenguaje jurídico se conoce como prueba ilícita o inconstitucional[18]. Por disposición expresa del artículo 360 del Código de Procedimiento Penal opera también cuando la prueba procurada ha sido conseguida "*con violación de los requisitos formales*".

Importa para el caso precisar que las providencias que definen en cualquiera de los sentidos, ya disponiendo su práctica en juicio ora para denegarla, son susceptibles de ser recurridas en alzada, como de manera categórica lo establece el siguiente precedente:

> *"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 entiende afectados con la recolección o posible introducción del medio. En estas circunstancias, cuando la decisión puede remitir a la vulneración o no de dichas garantías,* ***se explica la razón para que en caso positivo o negativo pueda acudirse al superior, pues si se acepta la inclusión del medio, puede pervivir el tema de derechos fundamentales afectados****"[19].* (Destaca la Sala).

---

[15] CSJ SP, jul. 27 2016, rad. 47469
[16] Tribunal Superior de Pasto, Sala de Decisión Penal, NI 4479 del 29 de julio de 2011, M.P. Franco Solarte Portilla.
[17] Tema tratado con amplitud en CSJ SP, abr. 10 2019, rad. 54776
[18] Sobre el tema ver entre otras sentencias: CSJ SP, mar. 10 2010, rad. 33621; y, CSJ SP, feb. 24 2010, rad. 32872.
[19] CSJ SP, jul. 27 2016, rad. 47469

Erró pues la señora Juez de primera instancia al denegarle a la defensa la facultad jurídica que, por lo visto poseía, de recurrir en alzada la providencia por medio de la cual despachó negativamente la solicitud de rechazo de la prueba pretendida por la Fiscalía, de aducir en juicio oral el disco compacto que contenía el registro de la conversación sostenida días después de ocurridos los hechos entre la víctima y el hoy acusado, promovida por aquella pero sin el consentimiento de éste. El interrogante se erige para el Tribunal ahora, cuando dicho medio de convicción por disposición judicial forma parte ya del haz de probanzas pertenecientes al proceso.

Aquí justifica la Sala la advertencia arriba hecha, de que la consecuencia procesal de ese dislate dependía inexorablemente de la conclusión a la que se debía arribar sobre si resultaba jurídicamente admisible que, como aquí, la víctima por su propia iniciativa y sin orden judicial previa, hiciera la cuestionada grabación. Si ello no hubiese sido posible y habida cuenta que las exclusiones probatorias pueden hacerse en cualquier momento de la actuación, es claro que la Colegiatura se vería impedida de valorar su mérito suasorio y esa sería la solución frente a tal eventualidad. Pero como ya dijimos que tal procedimiento particular bien podía hacerlo la víctima, una observación primera daría lugar a pensar que la susodicha probanza podría ser valorada, pero en ese evento, no puede desalojarse la idea de una afrenta a los derechos de la defensa, porque dicho elemento ingresó al torrente probatorio habiéndosele cercenado el filtro de la doble instancia, que era su derecho.

No vacila la Sala que en otras condiciones, la violación al debido proceso y por esa misma línea al derecho a la defensa está clara y entonces solamente cabía la salida de la invalidez de lo actuado, con miras a corregir el dislate. Empero, una circunstancia acaecida en el decurso de la actuación y en particular a la actitud del defensor en tal escenario, indica un camino distinto a tomar. Veamos:

El ordenamiento procesal penal colombiano tiene prevista una herramienta en favor de la parte que le fue denegada la posibilidad de recurrir en apelación, bajo el sustento de que las decisiones asumidas en tal sentido por los funcionarios de primera instancia no queden resguardadas en el ámbito de sus propias e íntimas convicciones, sin lugar a debatirlas, sino que ameriten el examen de su instancia superior, con el único objeto de que esta revise si tal negativa se ajusta a derecho; es precisamente el recurso de queja contemplado a partir del artículo 179B de la Ley 906 de 2004.

Resulta apenas natural que si la parte que se siente perjudicada con esa determinación no hizo uso de tal gracia, no adquiere legitimidad jurídica para censurarla, porque con independencia de las razones que se haya tenido para justificar su omisión, así sea muy loable como la explícitamente esbozada por el recurrente –que adujo renunciar a la queja para evitar dilaciones en el decurso normal del proceso- lo cierto y constatable es que con esa postura la defensa dio su aquiescencia para que dicha probanza se internara en el acervo probatorio, aspecto que además es compatible con el *principio de convalidación*, según el cual no hay lugar al decreto de una nulidad cuando la parte afectada con la decisión calificada de trasgresora del debido proceso, la permite de manera expresa o tácita.

Por manera que, definido ese tema entra la Sala a valorar esa censurada prueba, que obviamente será junto con el resto de probanzas legalmente recaudadas.

Valoración probatoria

Un ejercicio de esa entidad sugiere hacer algunas iniciales precisiones:

Sabido es que la Ley 906 de 2004 exige para condenar un conocimiento más allá de toda duda acerca del delito y de la responsabilidad penal del procesado, que ha de ser provisto en exclusivo a través de las pruebas aducidas en el juicio oral. Todo proceso judicial tiene en mira que la Judicatura persiga el establecimiento de la verdad, entendida aquella como la correspondencia entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por éste, en particular, a través de la reconstrucción más fidedigna posible del comportamiento que interesa al derecho punitivo, a la que se le atribuirán las consecuencias de la absolución o la condena.

Recabado el acervo probatorio como una comunidad de prueba, entra a jugar un papel preponderante la valoración suasoria del juzgador según las reglas que legalmente se le han asignado, lugar donde se inscribe el concepto de condena *más allá de toda duda razonable*, porque la presencia de oscilaciones de lo acaecido dentro del delito, se

deben capitalizar a favor del procesado como desarrollo del principio *in dubio pro reo* y en contra de la pretensión persecutoria del poseedor de la acción penal, como reprimenda al no haber podido derribar la presunción constitucional de la inocencia.

Con todo, debe ser entendido que comoquiera se trata de un proceso reconstructivo, que obviamente versa respecto de un evento ya acaecido, debe esperarse que tal ejercicio resulte no siempre fácil, pues habrán circunstancias de todo orden, verbigracia los estragos que causa el tiempo en la mente de los declarantes que impiden la reproducción fidedigna de una específica percepción vivida, la presencia de factores exógenos que inciden en el deseado logro de establecimiento real de lo acaecido, etcétera. De ahí que con pacífico raciocinio se ha entendido que los resultados del proceso de reconstrucción fáctica, con lo que habrá de asumirse decisiones judiciales condenatorias, se fundamentan en una verdad concebida en términos no absolutos, sino relativos, con la condición de que, ya se dijo, razonablemente no pueda desalojarse la duda. Veamos:

> *"Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, como que resulta frecuente que variados aspectos del acontecer constitutivo de la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria ponderada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.*
>
> *Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del incriminando, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales"*[20]*.*

Para alcanzar ese convencimiento, impera en nuestro régimen procesal la libre apreciación de la prueba o persuasión racional, de manera que los aspectos del delito pueden acreditarse a través de cualquier medio de convicción legalmente aceptado y que no transgreda el ordenamiento jurídico vigente, siendo al fallador a quien le incumba determinar su poder demostrativo limitado por las reglas de la sana crítica, con base en la apreciación conjunta de los elementos de conocimiento allegados al debate.

Para cumplir con corrección la labor de valoración probatoria en este asunto, conviene por método memorar los trazos normativos que distinguen al delito por cuya comisión fue convocado a responder en juicio criminal el ciudadano JDMA, por cuanto solamente de esa manera podría adelantarse juicio de tipicidad objetiva, primer filtro obligado en el contexto de verificación de los elementos estructurales de la enrostrada conducta punible. Esto reza el artículo 207 del Código Penal:

> *"El que realice acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir o en estado de inconsciencia, o en condiciones de inferioridad síquica que le impidan comprender la relación sexual o dar su consentimiento, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.*
> *Si se ejecuta acto sexual diverso del acceso carnal, la pena será de ocho (8) a dieciséis (16) años".*

Se tiene probado sin discusión en el proceso que MEO el día reportado de los hechos, decidió aceptar la invitación que a departir le hizo quien dijo distinguir como un amigo y dos personas más conocidas de éste, lo que tuvo ocurrencia en la noche de esa calenda en el establecimiento público distinguido como "Bar Chapalá", donde libaron licor y algunas cervezas, bailaron y participaron de karaoke.

Tampoco ha sido materia de controversia que al menos tres de los contertulios se desplazaron al "*Hotel Emperador*" donde el hoy acusado tenía su hospedaje temporal; todo indica que además de JDMA un primo de éste y quien ha sido aquí reputada víctima, pasaron juntos gran parte de la noche en una pieza de ese negocio, sin que se sepa con exactitud la hora y el orden en que abandonaron el lugar.

---

[20] CSJ SP, 16 abril 2015, Rad. 43.262.

La prueba también demuestra que en dicha oportunidad MEO fue accedida sexualmente, como que a más del hallazgo físico revelado por el médico forense de Medicina Legal, doctor Héctor Jhonnatan Vallejo Bolaños[21], fueron descubiertos espermatozoides tanto en su cavidad vaginal (saco e introito, de donde se sacaron muestras en el respectivo examen), como también en su estructura anal. Y aquí sea oportuna una primera precisión: no obstante que, desde luego, el procesado haya sido tildado de haber tenido acceso carnal con la aludida mujer en la referida ocasión, debe desde ya remarcarse que la prueba científica lo descartó como aportante de células espermáticas en las muestras examinadas; la pericia arrojó que era un desconocido el dueño de esas células[22].

No obstante lo acabado de decirse, asoman múltiples motivos que hacen creer que también el acusado tuvo relaciones íntimas esa noche con su compañera de festejo. Su extendida manifestación de acercamiento a ella, con declaraciones de descifrado interés por poseer una relación; la oportunidad que en la aludida ocasión se presentó al estímulo de bebidas embriagantes; el desplazamiento al cuarto del hotel con la mujer luego de haber departido en un bar, son sin dudarlo elementos de información cabalmente sabidos que invitan a considerar como altamente posible que en la fecha de marras haya el acusado tenido acople sexual con quien en este asunto ha sido judicialmente reconocida como víctima.

Pero en lo que más se refuerza ese aserto, es en el contenido de dos probanzas allegadas a la actuación y que son: la una, que plasma la conversación sostenida entre ambos algunos días después de la ocurrencia de los hechos- habilitada ya para ser valorada según lo visto en otro momento de esta providencia- en donde con claridad JDMA admite a su interlocutora haber tenido relaciones sexuales con ella, aclarando eso sí que ello acaeció con su anuencia.

Algunos pasajes reveladores de su participación sexual en esa noche son estos: "*nosotros estábamos como quien dice entre dormidos y despiertos, yo y vos quisimos estar juntos*". Luego: "*no lo hice como lo dices, pero nos hicimos*". Más tarde: "*Lo hicimos pero no así que se diga, así al extremo de hacer de todo, no*". "También: "*porque vos y yo quisimos tener sexo así, acordate*"[23].

El otro dato probatorio que converge a considerar que el encartado haya accedido en esa data a la mujer, se extrae de los rastros genéticos compatibles con su ADN hallados en la parte anterior de la prenda interior de MEO[24], que al menos ofrece como sugerencia de probabilidad científica de que en esos episodios de privacidad el acusado haya invadido esferas íntimas de la dama.

Una mejor comprensión de lo informado por la prueba pericial aquí recaudada, que contribuye a desechar fisuras interpretativas en cuanto a su contenido concierne, invita seguir su derrotero, así:

Una primerísima actividad propia de esta clase de asuntos suele ser la remisión de la presuntamente ofendida al médico forense, como así sucedió en este caso, porque el mismo día en que fueron denunciados los hechos la señora MEO fue atendida por el doctor Héctor Jonathan Vallejo Bolaños, a la sazón médico adscrito a la Unidad de Medicina Legal de Ipiales, quien además de reportar hallazgos clínicos sugestivos de actividad sexual reciente en la examinada, como "*fisuras anales*" y la presencia de espermatozoides en la vagina, con escobillones recogió muestras de fondo de saco vaginal, como también anal para ser enviados previa verificación de la cadena de custodia, como así se hizo sin que haya sido cuestionado en la actuación, al laboratorio de bilogía en la ciudad de Cali para un eventual cotejo; de igual modo y con las mismas precauciones se remitió fragmentos de un interior entregado por la evaluada[25].

Sometidas esas evidencias físicas al escrutinio de la bacterióloga del Laboratorio de Biología de Medicina Legal de la ciudad de Cali, Adriana Rivera Peña, fueron confirmados hallazgos de singular importancia, como lo dicho en

[21] A partir del minuto 12:43 del audio
[22] En detalle, escuchar testimonio del microbiólogo Germán Andrés Calderón Gonzales, adscrito a Medicina Legal Regional Sur Occidente de Cali. En lo concerniente a partir del minuto 3:16:16 del audio de audiencia.
[23] Dentro de la declaración rendida por MEO se reprodujo el audio de la conversación sostenida entre los reputados víctima y victimario, a partir del minuto 1:11:43
[24] Forma parte de la tercera conclusión del peritaje ofrecido por el microbiólogo Germán Andrés Calderón, al que se refirió en específico en su declaración en juicio a partir del minuto: 3:28:47 de la audiencia según audio.
[25] En lo que es de interés, su declaración a partir del minuto 06:23

palabras de la perito: "e*ncontré presencia de espermatozoides en todos los elementos que realicé*"[26], y luego de explicar en detalle el procedimiento técnico efectuado y lo que avistó en los objetos examinados[27], señaló que "*de acuerdo a las conclusiones se interpreta que las muestras analizadas, interior IMP 1.1. y 1.2., frotis anal IMP2, frotis de saco vaginal IMP3, y frotis de introito vaginal IMP4, se detectó semen*"[28].

Con esto se despeja toda incertidumbre acerca de la actividad sexual de la mujer y que, para decirlo anticipadamente, infundados no fueron los temores que aquella tuvo al día siguiente de la noche de marras, cuando despertó con dolores en su cuerpo y con más intensidad en su ano, presintiendo de haber sido accedida carnalmente, sin mencionar por el momento, porque será materia de específico análisis enseguida, quién o quiénes la copularon y si tal acceso fue o no consentido.

Para despejar esas últimas incertidumbres, forzoso se aviene analizar el último de los peritajes realizados en esa cadena lógica de procedimiento investigativo, que dice relación con el examen adelantado en la Unidad Genética del Instituto de Medicina Legal en Cali, en concreto por el microbiólogo Germán Andrés Calderón Gonzales, quien establecida la presencia de las células espermáticas en las muestras analizadas atrás y contando con material biológico para cotejo, pudo determinar lo siguiente:

i) "MEO y un individuo masculino desconocido no se excluyen como aportantes a la mezcla de células encontradas en la fracción espermática de los frotis de saco de fondo vaginal e introito vaginal". Pero advirtió que "JDMA se excluye como aportante a la mezcla de células encontradas en esta fracción espermática".

ii) "un individuo de sexo masculino desconocido, no se excluye como el origen de las células encontradas en la fracción espermática de los fragmentos de interior a nivel de la entrepierna y parte anterior, ni de la fracción celular de fragmento de interior de parte anterior". Pero igualmente precisó que "JDMA se excluye como aportante a la mezcla de células encontradas en estas fracciones".

iii) "MEO, JDMA y al menos un individuo desconocido, no se excluyen como aportantes de las células encontradas en el fragmento de interior parte anterior", con una probabilidad de que así sea en 1.5. billones de veces[29].

Una fácil interpretación de esos resultados deja claro que una persona que el perito descifra como desconocido, porque de él no se envió material genético para cotejo, accedió carnalmente a la señalada mujer, sabiéndose con perfecta convicción, que ese material analizado fue extraído ya de su propio organismo ora de su ropa íntima anexada por ella misma. Pero además, se evidencia con fuerza que también el acusado participó en esas ejecuciones carnales, merced a que dejó impresos sus rastros genéticos nada menos que en la ropa interior de la víctima.

Podría decirse, y en efecto así ha sido sugerido por la defensa, que no existe certidumbre de esa aseveración acabada de hacer, debido a que el estudio genético no lo identifica como aportante de células de su pertenencia. Pero es lo cierto que, en contraste, el estudio científico lo delata como presencial activo de los sucesos delictuosos en cuestión, como se ha reseñado, sin que sea suficiente alegar la ausencia de espermatozoides suyos en las cavidades vaginales o anales, si ello bien puede explicarse en lo aducido por el Médico forense Héctor Vallejo Bolaños quien ante una precisa pregunta del defensor, aseguró que no por ello se descarta la penetración vaginal, existiendo razones tales como la eyaculación por fuera de esa cavidad, el uso de preservativo o por ejemplo, que se haya realizado al varón la vasectomía[30].

Tampoco desdibuja la consistencia del análisis, que no haya podido el microbiólogo hacer cotejo de la zona anal, porque solamente fue encontrado perfil genético de quien es reputada víctima, que no de un individuo de género masculino. Lo verdadero es que también en ese sito fueron encontrados espermatozoides, porque así lo afirmó la bióloga de Medicina Legal, y la explicación que frustró una comparación genética la da el doctor Calderón Gonzales

[26] Minuto 2:14:02
[27] Minuto 2:17:51
[28] Minuto 2:19:21
[29] A partir del minuto 3:28:47
[30] Minuto 34:48. Dictamen reiterado por el microbiólogo Germán Andrés Calderón, minuto 3:37:41

al indicar que ello se pudo deber a varias causas, como la calidad del ADN o la cantidad insuficiente de la muestra[31]. No olvidemos que si algo alertó a la víctima al día siguiente de la infortunada reunión, es el fuerte dolor anal que la afligía y los hallazgos clínicos sugestivos de actividad sexual por esa vía cuando fue inicialmente examinada por el médico forense.

Adicional a las razones expuestas arriba, en punto de explicar la ausencia de rastros espermáticos pertenecientes al acusado -pese a que otras evidencias lo delatan como participante en esos sucesos- está el hecho de que cuando JHONNY DAVIS MARTÍNEZ habló telefónicamente con la víctima, en esa conversación que ésta grabó, aquél terminó por admitir que en efecto perpetró el reprobado acceso con la referida mujer, pero que no eyaculó[32]. Aunque parezca muy elemental, dígase que para la configuración de un delito de la especie estudiada no se requiere la eyaculación.

La existencia de elementos probatorios que comprometen activamente al procesado en la perpetración de semejante faena sexual, le ponen al descubierto la debilidad de su excusa presentada, al tratar en vano de ubicarse en un igual estado de inconsciencia, porque él como su amiga también fue sometido sin querer a alguna sustancia que lo puso en condiciones de no tener control de sus actos. Es claro que si al final aceptó a su interlocutora haber tenido relaciones íntimas con ella, es porque, aún en la hipótesis de estar "*como dormido y despierto*", era conocedor a voluntad de sus actos[33]. Súmese su sistemática renuencia a suministrar datos personales de quien con él, todo indica, en consuno agredieron la sexualidad de MEO, queriendo en vano encubrir el compromiso penal que pudiera asistirle a quien se menciona en la actuación como Estiven, al parecer su primo.

Dicho lo anterior, el orden de la exposición conduce a la Sala a abordar enseguida el estudio atinente a la ocurrencia o no del estado de incapacidad de control y decisión de sus actos en el que se encontraba la víctima, ejercicio de verificación indispensable para los propósitos de establecer un elemento estructural del tipo objetivo. Como se recordará por la historia procesal, el encausado en medio de las veleidades propias de su relato –pues unas veces dijo no haber participado en los hechos o que lo hizo parcial o incompletamente o que no estaba consciente de lo que había hecho- con cierto ahínco manifestó que lo ocurrido la noche de marras contó con la anuencia de la mujer. La salida tiene explicación en los contextos defensivos, porque si hubo consentimiento por parte de la víctima, entonces se derrumbaría la incriminación que hunde raíces precisamente en la incapacidad que aquella tuvo de decidir al respecto.

Empero, la prueba revela con singular contundencia que MEO fue accedida carnalmente sin haberlo tácita o expresamente asentido. Lo primero que devela ese aserto es su actitud asumida al día siguiente de los sucesos investigados, cuando frente a los síntomas inesperados de dolor en su cuerpo y en particular en la zona anal, de súbito decidió buscar personalmente y confrontar a quien –con comprensible celo- identificaba como la persona que debía responderle sus hondas incertidumbres tenidas sobre lo acaecido la noche anterior. Claro, fue a JHONNY DAVIS a quien le aceptó salir a compartir un rato de diversión, llevada ella por la confianza que comprensiblemente le inspiraba un colega y amigo de buen tiempo atrás.

Y algo adicional muy importante que debe ser dicho: la víctima lo ha asegurado y el procesado no lo negó, la existencia de vieja data en éste de un interés por lograr una relación amorosa con aquélla, la cual no se dio porque con absoluto énfasis la mujer le hizo saber de su negativa, como así de manera explícita se lo iteró en la conversación grabada de las que hemos hecho varias veces alusión. Siendo así, se cuestiona el Tribunal, cómo es que de repente haya experimentado un cambio brusco de decisión y de qué manera, porque de una rotunda negación haya pasado a permisiones extremas como las de consentir el acople anal, si esa práctica implica, por regla, la precedencia de una confianza que debió labrarse en el tiempo. Mucho menos admisible es, a la luz de lógica elemental, que salvo que no contara con la posibilidad de discernimiento, la víctima haya permitido que un individuo que apenas conoció en esa fecha la accediera también.

Y si para llegar a la conclusión que al respecto se viene arribando se requiriesen de mayores elementos de juicio, fuera de toda intelección queda el hecho de que MEO, total y entendiblemente indignada, haya tomado la

[31] Minuto 3:23:02
[32] Reproducción del audio a partir del minuto 1:11:43
[33] Algunos pasajes de esas expresiones a partir del minuto 1:11:43 dentro de la declaración rendida por la víctima.

determinación temprana de presentar denuncia penal y someterse a los rigores de una investigación que por más que se quiera evitar representaría afectación a su dignidad de género, sin mencionar las incomodidades propias de los exámenes que le iban a practicar y aún más, que su situación de mujer vejada iba a ser tratada en los contextos de un tortuoso proceso penal gobernado, entre otros, por el principio de la publicidad.

Tales aserciones perviven aún en el contexto del testimonio rendido por EARA, quien con toda convicción dio a saber a la audiencia que a la hora de llegada de esa trilogía de personas, todos pero en particular la dama, denotaban cordura en sus actos, no estaban borrachos, llegaron "*un poco tomados*", por sus propios medios[34]. Si en gracia de discusión el referido deponente dijo la verdad, es lo cierto que resulta altamente afrentoso a la dignidad a la condición de mujer que se derive de una eventual aceptación de la víctima a ingresar al hotel una especie de convalidación a tener relaciones sexuales, como igualmente constituye trasgresión de género que se le juzgue, como lo hizo en uno de sus alegatos el defensor, de haber decidido compartir con varios hombres esa noche.

Ahora que, no obstante lo contundente que lo antedicho pueda verse, se impone que el Tribunal ahora se refiera a un tema que, imposible soslayarlo, pone en tela de duda la configuración del tipo objetivo, partiendo del hecho de que la Fiscalía consideró el acople del comportamiento enrostrado en los trazos de la descripción del artículo 207 del Código Penal, que incluye la realización activa por parte del agente de poner en condiciones de indefensión a la víctima, para luego accederla sexualmente, obviamente sin su consentimiento.

Dígase al respecto que la Fiscalía a pesar de haber tenido el camino investigativo expedito para hacerlo y de saber que resultaba ser una tarea de la más elementalidad, de manera inexplicable dejó de indagar sobre el tópico atinente a la posible presencia en el organismo de la víctima de alguna sustancia que pudiera generarle un estado de inconsciencia o al menos afectación en sus sentidos que le impidiera o dificultara tener control de sus actos y en suma tomar decisiones respecto a un tema de cardinal importancia como es el de su sexualidad, cuando es que en la denuncia se anunciaba un ambiente previo a la supuesta ejecución del acceso carnal en censura, en el cual se hacía prevenir que algo se había puesto en el licor que libaban los contertulios.

Y a fe que el médico que primero atendió a MEO así lo contempló como necesario dilucidar, propiciando la senda de una averiguación en tal sentido, para cuyo fin dijo haberle tomado muestras de orina en la búsqueda de rastros de depresores del sistema nervioso central[35]; pues bien, pese a esa iniciativa y de haber asegurado que la susodicha muestra fue remitida al laboratorio de toxicología de la Unidad de Medicina Legal en Cali, inexplicablemente ningún resultado de ello se hizo conocer en el proceso.

Pero es lo cierto que la pobre inversión investigativa al respecto conduce a no descartar en términos absolutos que las alteraciones mentales que dice haber padecido quien funge en este proceso como víctima -admitiendo incluso sin reticencias la veracidad de su versión- hayan tenido como causa el estímulo del licor que había ingerido[36]. Si bien la aludida testigo asegura haber tomado unas pocas cervezas, que por su cantidad se espera no causen mayores estragos en su organismo, no puede olvidarse que terminó ella aceptando que al final y frente a la insistencia de los varones con los que departía, consumió también bebidas de mayor contenido de alcohol, que hasta donde recuerda fueron "*como cuatro medias*" de aguardiente las que adquirieron, aunque no descarta que hayan sido más[37].

Así, si el estado de su consciencia mental sufrió alteración al punto de no darse cuenta de lo que en lo sucesivo a participar del karaoke aconteció, no puede atribuírsele eso con convicción absoluta a la actitud del procesado, no solamente por lo acabado de explicar, sino además –y esto es muy importante- porque si en gracia de discusión admitiésemos que ciertamente fue la susodicha dama puesta en incapacidad de resistir, tal accionar no puede ser atribuido sin chistar a JDMA. Son las propias palabras de MEO que más bien lo descartan: *"…yo veo a E que agregó*

[34] En lo pertinente: minutos 2:39:22 en adelante y 2:45:34 en adelante.
[35] Eso lo atestiguó el doctor Héctor Jonathan Vallejo en su declaración en juicio oral, a partir del minuto 36:56
[36] En el campo de la materia se habla de la amnesia alcohólica, como una alteración neurológica y sicológica que se produce por el abuso de alcohol, especialmente si la ingestión se produce muy rápidamente. A veces abarca solamente el olvido de algunos momentos y en otras ocasiones se pierde la memoria de largos periodos. Se explica puede darse en quienes consumen licor en forma de "atrancón", que es ingesta sucesiva de varias bebidas. Ver en https://mejorcon salud.com/amnesia-alcoholica-perdidas-de-memoria-tras-beber-alcohol/9 de octubre de 2019.
[37] Lo relacionado, a partir del minuto 1:38:10

una copa a mi cerveza", eso sí creyendo que ese agregado era aguardiente, lo que desencadenó su furia por la mezcla, pero que con todo terminó tomando de ese licor[38].

Con eso, como resulta fácil colegir, no puede la Sala construir un juicio serio y consistente de tipicidad en punto al delito enrostrado, por cuanto debemos reiterar, que aunque admitamos como una realidad inconcusa que el acusado accedió carnalmente a MEO en la noche de los sucesos en cuestión, según lo expuesto *supra*, la prueba recogida en la actuación empero no es indicativa sin hesitación de que aquél haya realizado actos dirigidos a privar a su supuesta víctima de la posibilidad de resistirse a sus requerimientos lascivos o que así lo haya ordenado o convenido, por lo que por obvias consecuencias, fuerza concluir que no es dable pregonar que el comportamiento materia de juzgamiento encaja con el rigor necesario en los trazos descriptivos del artículo 207 del Código Penal.

Lo acabado de exponer, empero, no conduce inexorablemente, como un primer vistazo sugiriese, a pregonar la absolución por falta del elemento estructural de la tipicidad, si al respecto la jurisprudencia nos ha indicado que es posible condenar por un delito distinto al que fue objeto de acusación por parte del ente instructor, sin que ello entrañe afectación al principio de congruencia, claro está, previa la verificación de estrictos condicionamientos, como se pasa a ver.

Posibilidad jurídica de condenar por un delito distinto al que fue acusado

Comoquiera se trata de un tema de congruencia, imperativo se torna previamente hacer algunas acotaciones al respecto. Así, con la brevedad que el caso amerita, referiremos, en términos de la jurisprudencia, el significado y alcances de este principio nodal del sistema de juzgamiento penal acusatorio, regulado en el artículo 448 de la Ley 906 de 2004, el cual advierte que "*el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena*".

Claro es el anclaje constitucional de la mentada disposición, como que ostenta raigambre en el debido proceso y tiene estrecho vínculo con el derecho de defensa, porque es a partir de la actividad funcional de la Fiscalía que el destinatario de la acción penal, de la mano del profesional que lo asistirá judicialmente, puede delinear la estrategia defensiva. Tanta es la magnitud de esa garantía, que la misma encuentra anclaje en disposiciones que hacen parte del bloque de constitucionalidad, como sucede con la regla octava de la Convención Americana de Derechos Humanos que dispone que "*toda persona inculpada de delito*" tiene derecho a ser informada de manera "*previa y detallada*" la acusación. En similares términos lo hace el artículo 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

En la sistemática acusatoria de investigación y juzgamiento es el acto complejo de la acusación el escenario donde el ente instructor debe consignar los cargos fácticos y jurídicos que enrostra al procesado, con el cumplimiento de las siguientes condiciones, a voces del artículo 250 Constitucional: i) la descripción clara y precisa de aquellos hechos o comportamientos que fueron objeto de indagación e investigación (imputación fáctica), ii) la calificación jurídica o *nomen iuris* que corresponda a los hechos (imputación jurídica), y, iii) la enunciación o listado de evidencias o elementos materiales probatorios en que las imputaciones fáctica y jurídica se sustentan.

De su lado, el artículo 337 de la Ley 906 de 2004 exige que "*El escrito de acusación deberá contener: (…) una relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en un lenguaje claro y comprensible*".

Téngase que el rigor del principio de congruencia establece unos surcos jurídicos infranqueables tanto para la Fiscalía como para el juez, en tanto que *"[a]quella está obligada a acotar o determinar con precisión los límites de los hechos que fueron objeto de investigación por su relevancia jurídico penal, mientras que éste no podrá soslayar esa frontera al momento de emitir el fallo o sentencia*"[39]; o con mayor precisión: "*los juzgadores no pueden extralimitar su actuación más allá del marco jurídico y fáctico propuesto por la Fiscalía de manera pormenorizada, específica y definida, so pena de cercenar la correspondencia de los hechos y las normas jurídicas aplicadas a determinado caso*"[40]; o también, que los marcos fácticos y jurídicos se erigen "*como una barrera en contra de la arbitrariedad y límites a*

[38] En lo pertinente ver declaración de MEO a partir del minuto 26:07
[39] CSJ SP, abr. 11 de 2018, rad. 47680
[40] Ibíd. Cita de CSJ SP, 15 mayo 2008, rad. 25913

las facultades que se otorgan a los administradores de justicia cuando deben resolver un asunto penal, al impedir que una persona pueda ser acusada por (ciertos) hechos y (determinados) delitos, y termine condenada por otros diferentes"[41].

El aparte del siguiente precedente delimita cuáles son los presupuestos jurídicos que caracterizan al principio de congruencia y también identifica las hipótesis que denotan vulneración al mismo:

> *"(…) viene afirmando la Sala, para complementar el sentido del ataque, que la congruencia exhibe un trípode hermenéutico, en tres aspectos (i) personal –partes e intervinientes-, (ii) fáctico –hechos y circunstancias- y (iii) jurídico –modalidad delictiva-; que dependiendo del enfoque, argumentación y trascendencia, si se demuestran que ellos no se identifican entre decisiones emanadas por los Fiscales y los Jueces, el sentenciado no puede ser sorprendido con un fallo que transforme como se indicó, uno de los tres aspectos enunciados, en detrimento del debido proceso y del derecho de defensa, con una correlativa proyección punitiva desfavorable.*
>
> *En consecuencia, pueden presentarse variadas hipótesis en cabeza de los falladores, relacionadas con el principio en estudio, o lo que es igual, se vulnera el postulado de congruencia por acción: (i) cuando se condena por hechos o conductas ilícitas diversas a las tipificadas en el escrito de acusación o las audiencias de formulación de imputación, (ii)* ***si el delito jamás hizo parte de la formulación de imputación, pues menos podrá fundarse un fallo de condena con base en él y*** *(iii) cuando al condenarse por el punible imputado, se le adiciona una o varias circunstancias específicas o genéricas de mayor punibilidad"[42].* (Resalta esta Sala).

Una insular y desprevenida mirada a lo que hasta aquí viene siendo expuesto parecería descartar la posibilidad de que en este caso pueda la Judicatura dictar condena por un delito diferente al que fue enrostrado por la Fiscalía. Sin embargo, la jurisprudencia del órgano de cierre penal ha sido dúctil respecto al tema, al punto que amerita establecer lo que podría llamarse el *estado del arte* actual y de allí extraer, como fuente de autoridad por lo demás confiable, el soporte jurídico que dote de validez la decisión judicial que el Tribunal está llamado a adoptar en este oportunidad; veamos:

De cabal entendimiento es, por virtud de los precedentes atrás referenciados, que el *principio de congruencia* comporta una triple arista: fáctica, personal y jurídica "***relevando que los dos primeros aspectos son, en todos los casos inamovibles, al tanto que el tercero puede ser objeto de variación*** *siempre y cuando se cumplan unos mínimos presupuestos encaminados a permitir el conocimiento y consecuente posibilidad de defensa por parte del acusado, como ocurre con el trámite contemplado en el artículo 404 de la Ley 600 de 2000*".

(…)

Debe quedar claro que las pruebas y argumentaciones consignadas en el acervo procesal no tienen valor por sí mismas, sino en virtud de la apropiación que de unas y otros haga el funcionario judicial, condensada, para el caso, en la resolución de acusación, que es precisamente el hito jurídico básicos de los cargos atribuidos a la persona y cuya férula se gobierna el enjuiciamiento, al punto de atar al Fiscal con la definición fáctica de lo ocurrido, aunque permitiendo en determinadas circunstancias la variación de su denominación jurídica"[43]. (Destaca la Sala).

Queda claro, entonces, que el pregonado *principio de congruencia* exige indefectible respeto de la imputación fáctica, en el sentido de considerar que el núcleo básico de los hechos no puede ser objeto de modificación alguna, desde la mismísima formulación de imputación, vale decir es intangible o inamovible, al tiempo que, desde otra arista, la imputación jurídica no ostenta el mismo rigor, pues puede reconsiderarse para ser mutada, eso sí, comoquiera que esto último resulta laudable por excepción, impera ver en qué particulares eventos puede suceder, sin que ello lastime el principio examinado.

---

[41] Ibíd. Cita de CSJ SP, 28 feb. 2007, rad. 26087 y CSJ SP, 6 abr. 2006, rad. 24668

[42] Ver CSJ.32685.16 de marzo de 2011. En igual sentido CSJ.28649. 3 de junio de 2009. CSJ.25193.15 de mayo de 2008, entre muchas otras.

[43] CSJ SP, 26 sep. 2018, rad. 51494, citando CSJ SP, 19 feb. 2014, rad. 42959

Como fue advertido en otro momento de esta providencia, es en la jurisprudencia del órgano de cierre en la materia donde se encuentra respuesta al tema, anticipando que, comoquiera la formulación de acusación le antecede al juicio y es en este escenario donde puede salir a flote una inadecuada imputación jurídica, porque la práctica de la prueba así lo develó, han sido decantadas las excepcionales circunstancias en que es factible la mutación del *nomen iuris*, distinto desde luego al que fue elegido en el pliego de cargos, sin que implique afectación a la congruencia.

En la ya señalada sentencia 47680 del 11 de abril de 2018, la Corte recordó que en pretérita vez, la misma Corporación adveró al respecto que:

> *"La doctrina de la Corte ha entendido que debe existir congruencia entre la acusación y la sentencia en los términos previstos en el art. 448 del C. de P.P., en su doble connotación fáctica y jurídica,* ***siendo posible de manera excepcional, que el juez se aparte de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, en la medida en que la misma respete los hechos y verse sobre un delito del mismo género y el cambio de calificación se oriente hacia una conducta de menor o igual entidad, siempre y cuando además se respete el núcleo fáctico de la acusación****"*[44]*.* (Resalta esta Sala).

En esa oportunidad memoró la Sala Penal de la Corte que en providencia del 25 de mayo de 2015, radicado 44287, habló de la llamada "*congruencia flexible*", la cual tiene asidero:

> ***"Cuando de manera excepcional el juez pretenda apartarse de la exacta imputación jurídica formulada por la Fiscalía, es necesario que respete los hechos, se trate del mismo género y el cambio de calificación se produzca respecto de una conducta punible de menor o igual entidad.***
>
> *Es incuestionable que al mantener el núcleo esencial de la imputación fáctica se garantiza plenamente el ejercicio del derecho a la defensa, pues esa es la base de la cual se deriva la calificación jurídica que, realmente, corresponde aplicar, y por ello, en cuanto se conserve el aspecto medular de los hechos, no es predicable predicar la violación de la referida garantía, pues el acusado directamente o a través de su defensor ha tenido en tal caso la oportunidad de desvirtuarlos mediante la aportación de pruebas o de controvertir el alcance dado a los mismos a través de argumentaciones de carácter intelectual, comportando su adecuación jurídica una labor que únicamente cobra carácter definitivo en el respectivo fallo"*[45]*.* (Destaca esta Sala).

Dicho al paso, en sentencia del 7 de febrero de 2018, radicado 49799, la Corte precisó que el requisito inicialmente concebido para dar vía libre a la posibilidad de condenar por un delito distinto al que fue objeto de acusación, relativo a que en tal sentido del delegado Fiscal debe haberlo impetrado[46], ya no era esto exigible, como con explicitud fue consignado en otro reciente precedente[47]; incluso abriendo la posibilidad de que el delito menor –y desde luego distinto al que fue achacado- por el cual podría caber la condena, no necesariamente debería formar parte del mismo título, pues "*nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal*"[48].

Con estos insumos entramos a examinar si para el caso que nos convoca deviene posible, a tono con la denominada "*congruencia flexible*", adelantar juicio de responsabilidad para el procesado en este asunto y emitir condigna sentencia de condena por el delito que la fuerza de la producción probatoria determinó su ocurrencia, pese a que fue otro el que enrostró el órgano acusador.

Una respuesta afirmativa anticipa la Sala. En efecto, el relato fáctico en su núcleo esencial realizado por la Fiscalía ha permanecido incólume desde que a instancia suya ante un juez de control de garantías tuvo lugar la formulación de imputación, que es el mismo plasmado en el acto complejo de la acusación y aun en los alegatos finales del juicio. De basilar importancia es decir, que en cuanto concierne a lo objetivo, doña MEO fue accedida en condiciones que le impedían decidir con libertad sobre su sexualidad, en cuyo decurso factual el procesado intervino activamente,

---

[44] Ibíd. Citando varios precedentes, tales como: CSJ SP, 27 jul. 2007, rad. 26468; 3 jun. 2009, rad. 28649; 7 abr. 2011, rad. 35179; 24 jul. 2012, rad. 32879.
[45] Ibíd.
[46] Condición exigida según CSJ SP, jun. 3 de 2009, rad. 28649, entre otras.
[47] CSJ SP, mar. 33 de 2017, rad. 48253
[48] CSJ SP, jun. 20 de 2018, rad. 50713. En similar sentido CSJ SP, ago. 29 de 2018, rad. 51513

según con la necesaria extensión quedó explicado y que entonces lo que sugiere incertidumbre es si para esos propósitos aquél puso en situación de indefensión a su víctima o si acaso sacó provecho de ese estado.

Habida consideración que, según lo que ha sido expuesto en esta providencia, no existen elementos sólidos de convicción que permitan concluir que JDMA haya ejecutado maniobras para domeñar la capacidad de decisión de la ofendida mujer, pero estando persuadidos de que la accedió sexualmente sin que ella pudiera repelerlo, resulta fácil convenir en que estructurada quedó la comisión del punible tipificado en el artículo 210 del Código Penal, modificado por el artículo 6º de la Ley 1236 de 2008 que reza:

"***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*".

La conducta alternativa desarrollada cabe en la copulación de la víctima en estado de inconsciencia. Desde otra orilla pero con engranaje en el mismo análisis, tanto desde el punto de vista naturalístico como del estrictamente jurídico, el reato de acceso carnal en incapaz de resistir pertenece al mismo género del de acceso carnal en persona puesta en incapacidad de resistir. Lo primero, porque en los dos eventos el autor despliega comportamientos lascivos donde la víctima no ostenta posibilidad física ni mental para repeler la agresión sexual de la que es objeto, y lo segundo, merced a que ambos punibles se hallan dispuestos en el mismo Título del Código Penal, el IV; el uno, en el capítulo primero, el otro, en el segundo.

Y, finalmente, la indemnidad del derecho de defensa ha sido cabalmente resguardada, como que, allí sí, la Fiscalía desde las audiencias preliminares y luego en los escenarios procesales donde hubo lugar, ha realizado un recuento claro y circunstanciado de los hechos delictuosos atribuidos al encausado, de tal modo ello cierto que bajo esos referentes fácticos es que el defensor hizo explícita su estrategia rumbo al amparo de los intereses judiciales de su cliente, mediante una diligente actividad en el marco de sus potestades, con especial énfasis en el recaudo probatorio y en la exposición de argumentos de suficiente persuasión. Vale mencionar, que todo el emprendimiento defensivo estuvo dirigido a descartar la autoría del acusado en los eventos en cuestión, en todo caso útil para la hipótesis jurídica de cualquiera de los injustos en mención.

En esa dirección entonces será modificada la sentencia apelada

Respecto a la dosificación punitiva

Casualmente el legislador en su libertad de configuración dispuso las mismas penas para el delito previsto en el artículo 210 del Código Sustancial, el cual por lo anunciado será objeto de condena el procesado de este asunto, como para el que fue seleccionado por el ente instructor en la acusación, el contemplado en el artículo 207 *ibídem*. De modo que no será menester variaciones sustanciales a esa tarea realizada por la primera instancia, que no sean algunas correcciones que oficiosamente deben hacerse, en aras de proteger derechos fundamentales del procesado.

Recordemos que acertadamente al *a quo* determinó los extremos punitivos, que van de 144 a 240 meses de prisión. Luego calculó los cuartos de movilidad y se estacionó en el mínimo por cuanto "*no fueron imputadas circunstancias de mayor punibilidad de las previstas en el artículo 58 del C.P.*". Seguidamente dijo que dando expresa aplicación al inciso 3º del artículo 61 del Código Penal, verificaría la gravedad de la conducta, el daño real causado, la modalidad en que se perpetró el hecho y la necesidad de la pena.

Así, luego de "*un análisis conjunto de estos aspectos*" entrevió que "*la conducta reprochada es sumamente grave, pues el acusado, a quien la víctima consideraba su amigo, junto con su primo y otro amigo, invitó a la mujer a un bar, lugar en que junto a sus acompañantes, suministró bebidas embriagantes a la víctima, que le ocasionaron que perdiera la consciencia y en ese estado la accedió carnalmente*". Adicionalmente consideró la señora Juez que el daño fue efectivo, "*ya que el acusado dejó a la víctima en incapacidad de disponer libremente de su sexualidad y en ese estado la accedió carnalmente*". Por todo eso decidió incrementar 6 meses a la pena inferior del cuarto mínimo, para en definitiva irrogar 150 meses de prisión.

Frente a la manera como debe abordarse el ejercicio mandado por el inciso 3º del Código Penal, ha sido el Tribunal enfático en que el juzgador debe tener sumo cuidado, por cuanto es frecuente el error en el que se incurre de destacar, por ejemplo, circunstancias genéricas que son propias de todos los delitos de la especie examinada, cuando es que una tarea con corrección jurídica es la de evaluar situaciones solamente concernientes al hecho delictuoso que se juzga; o también suele ocurrir que un evento circunstancial se asume como fuente de examen que compromete la proscrita doble valoración[49].

Algo parecido ha sucedido en este caso, por cuanto la señora Juez de conocimiento si bien acertó en considerar que reviste de especial gravedad y de contera mayor juicio de reprobación que el procesado haya sido amigo personal de la víctima y de esa condición sacó provecho para materializar su propósito delictual, sin embargo luce desatinado que se tome como un factor agravante la invitación al bar junto con otras personas de sexo masculino, pues ese solo hecho no alcanza trascendencia jurídica, cuanto más si no quedó probado que en esos escenarios es donde el filiado haya provisto de la sustancia que puso a la mujer en estado de inconsciencia.

Con todo, aún si así hubiese sido, solamente admitiéndolo en vía de discusión, esa puesta en incapacidad de resistir referida no puede considerarse como elemento factual que de suyo se erija como agravante, porque de hacerlo habría flagrante vulneración al principio del *non bis in ídem*, si en cuenta se tiene que justamente ello es aspecto estructural del injusto que se increpa. Lo mismo cabe pregonar en cuanto a la redundante apreciación de la a quo en punto a afirmar que el daño fue efectivo "*ya que el acusado dejó a la víctima en incapacidad de disponer libremente de su sexualidad y en ese estado la accedió carnalmente*".

Siendo así, si de las 3 razones expuestas en la sentencia de primer nivel como causas que ameriten alejarse del extremo inferior de la pena, solamente una de ellas encuentra asidero jurídico, la sanción a imponer será de 146 meses de prisión. En tal sentido se modificará también el fallo recurrido.

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

Primero.- Modificar el numeral primero de la sentencia apelada en el sentido de condenar al ciudadano JDMA por la comisión como autor del delito de acceso carnal abusivo con incapaz de resistir y en consecuencia imponer en su contra prisión de 146 meses de prisión y la inhabilidad para el ejercicio de derechos y funciones públicas por igual término, atendiendo las razones de la parte motiva de esta providencia.
Segundo.- Confírmese en lo demás.
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 5 días siguientes a su notificación, según lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

Cópiese y cúmplase.

Franco Solarte Portilla
Magistrado

Héctor Roveiro Agredo León
Magistrado

Blanca Lidia Arellano Moreno
Magistrada

[49] Ver por ejemplo sentencia condenatoria de fecha 10 de diciembre de 2019, NI 25135, Magistrado Ponente Franco Solarte Portilla.

TABLA DE CONTENIDO

DIGNATARIOS TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO..... 3

HONORABLES MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO 2020 5

PRESENTACIÓN..... 6

TITULARES DESPACHOS JUDICIALES DE NARIÑO ..... ¡ERROR! MARCADOR NO DEFINIDO.

JURISPRUDENCIA SALA CIVIL-FAMILIA 18
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO CONCURRENTE DE ACTIVIDADES PELIGROSAS - CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES: REQUISITOS. 19
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL - LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA – 31
RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN CONFORME LA CAUSAL 7ª DEL ART. 365 DEL CGP - FALTA DE NOTIFICACIÓN O EMPLAZAMIENTO:.....40
INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO DE COMPRAVENTA– REQUISITOS. .....- 48 -
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES PELIGROSAS POR LA CONDUCCIÓN DE AUTOMOTORES - PRESUPUESTOS. 60
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR EL EJERCICIO DE LA ACTIVIDAD PERIODÍSTICA – ELEMENTOS: NO SE CONFIGURAN. 77
PATRIA POTESTAD – CONCEPTO. 94
RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – ELEMENTOS: ANÁLISIS DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. 112
JURISPRUDENCIA SALA LABORAL 134
ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA Y ORDINARIA DE PERJUICIOS:.....135
PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES- BENEFICIARIOS: CÓNYUGE E HIJA INVÁLIDA. 144
AFILIACIÓN A LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES – AFILIACIÓN TÁCITA:.....150
PRINCIPIO DE INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES – EXCEPCIONES: 160
CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO – FORMALIDADES. 167
ACCIÓN DE TUTELA – VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES QUE AFECTAN A SU VEZ DERECHOS COLECTIVOS. 175
JURISPRUDENCIA SALA PENAL.....190
FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN CALIFICACIÓN JURÍDICA – VARIACIÓN –.....191
PREACUERDO – IRRETRACTABILIDAD: VERIFICADA LA LEGALIDAD DEL MISMO, NO ES POSIBLE SU RETRACTACIÓN. 209
EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES –.....220
CONOCIMIENTO PARA CONDENAR - REQUISITOS: CONVENCIMIENTO MÁS ALLÁ DE TODA DUDA. 258
DESCUBRIMIENTO PROBATORIO - FASES: 297
SISTEMA PENAL ACUSATORIO - LA TITULARIDAD DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL CORRESPONDE A LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN. 311
IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO: EL GRADO DE CERTEZA LO EXCLUYE DE PLANO.....323
DERECHO A LA INTIMIDAD - NO ES ABSOLUTO: 356

Agradecimientos al Departamento de Nariño especialmente al señor Gobernador doctor JHON ALEXANDER ROJAS CABRERA, quienes año tras año colaboraron para que la publicación de la Revista El Foro Nariñés sea una realidad.

Presidencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Palacio de Justicia
Calle 19 No. 23 - 00 Bloque II Oficina 503
Telefax: 7 223706
Conmutador: 7 292851 ext. 153
stsuppas@cendoj.ramajudicial.gov.co

Relatoría Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Palacio de Justicia
Bloque II Oficina 405
Telefax: 7 290343
Relatoria pasto@cendoj.ramajducial.gov.co

La publicación digital de la Revista El Foro Nariñés, así como las providencias proferidas por las Salas Civil-Familia, Laboral y Penal del Tribunal Superior de Pasto pueden ser consultadas en: https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoria-tribunal-superior-de-pasto

DIAGRAMACIÓN E IMPRESIÓN
Empresa de Tecnología, Información y Comunicaciones de Nariño -ETICNAR-.
impresos@eticnar.gov.co
Carrera 21 No. 19 - 57 Centro Teléfono: 7200952
San Juan de Pasto