FORO NARIÑÉS
PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LIDERAZGO FEMENINO EN EL TERRITORIO NARIÑENSE

ÓRGANO DE DIFUSIÓN DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

EDICIÓN Nº 253
SAN JUAN DE PASTO
2022

PRESIDENTA: DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

DIAGRAMACIÓN: LOCOMOTORA CONEXIÓN DE IDEAS
ANDRES FELIPE JURADO GUERRERO
JACQUELINE ROSERO ORTEGA

DISEÑO PORTADA Y CONTRAPORTADA: ANDRES FELIPE JURADO GUERRERO

FOTOGRAFÍAS TRIBUNAL: SILVIO MAYA

FOTOGRAFÍAS LIDEREZAS: LUIS CARLOS MUESES
MICHEL SINISTERRA ROSS
JUAN ANDRÉS ROMERO
CINDY JOHANNA MUÑOS SANCHEZ

IMPRESIÓN: EMPRESA DE TECNOLOGÍA, INFORMACIÓN Y COMUNICACIONES DE NARIÑO – ECTINAR

CONSULTORÍA COMUNICATIVA PARA ONU MUJERES NARIÑO: GUSTAVO MONTENEGRO CARDONA

TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
DIGNATARIOS 2022

SALA DE GOBIERNO

DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
PRESIDENTA

DRA. AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
VICEPRESIDENTA

DRA. PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
PRESIDENTA SALA CIVIL – FAMILIA

DR. JUAN CARLOS MUÑOZ
PRESIDENTE SALA LABORAL

DR. FRANCO SOLARTE PORTILLA
PRESIDENTE SALA PENAL

SALA CIVIL-FAMILIA

DRA. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
DRA. PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
DR. GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
DRA. AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

SALA LABORAL

DRA. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
DR. LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
DR. JUAN CARLOS MUÑOZ

SALA PENAL

DR. HÉCTOR ROVEIRO AGREDO 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. KAREN LUCÍA CASTRO ORTEGA
SECRETARIA SALA LABORAL

DR. JUAN CARLOS ÁLVAREZ LÓPEZ
SECRETARIO SALA PENAL

DRA. CARMEN ALICIA SOLARTE BENITEZ
RELATORA

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO 2022



Sentados de izquierda a derecha, Sala de Gobierno, doctores: Juan Carlos Muñoz (Presidente Sala Laboral), Paola Andrea Guerrero Osejo (Presidenta Sala Civil-Familia), Clara Inés López Dávila (Presidenta Tribunal Superior), Aida Mónica Rosero García (Vicepresidenta Tribunal Superior) y Franco Solarte Portilla (Presidente Sala Penal).

De pie, de izquierda a derecha: Dr. Silvio Castrillón Paz, Carmen Esperanza Riascos (Auxiliar), Henry Herazo Caicedo (Escribiente), María Teresa Madroñero Villota (Ingeniera de Sistemas), Dra Marcela Adriana Castillo Silva, Dr. Héctor Roveiro Agredo León, Carmen Alicia Solarte Benitez (Relatora), Dr. Luís Eduardo Ángel Alfaro, Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno, Clara Francis Cárdenas Jiménez (Secretaria General), Dr. Gabriel Guillermo Ortíz Narváez y Gloria Mireya Martínez López (Contadora).

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO 2022



De izquierda a derecha, doctores: Juan Carlos Muñoz, Aida Mónica Rosero García, Franco Solarte Portilla, Blanca Lidia Arellano Moreno, Luis Eduardo Ángel Alfaro, Paola Andrea Guerrero Osejo, Gabriel Guillermo Ortíz Narváez, Marcela Adriana Castillo Silva, Héctor Roveiro Agredo León, Clara Inés López Dávila, Silvio Castrillón Paz, empleados y judicantes.

PRESENTACIÓN REVISTA "FORO NARIÑES" NÚMERO 253

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto presenta a la comunidad jurídica la edición número 253 de su revista "FORO NARIÑES", versión 2022, denominada "PERSPECTIVA DE GÉNERO Y LIDERAZGO FEMENINO EN EL TERRITORIO NARIÑENSE" que, desde hace más de 100 años, se ha convertido en un importante medio de difusión del servicio judicial en nuestro departamento, a través del trabajo conjunto, armonioso y comprometido de las diferentes salas especializadas que lo conforman, y ha contribuido, entre otros aspectos, a la solución célere y eficaz de conflictos, la correcta administración de justicia y la construcción de verdaderos entornos de visibilización, respeto y ponderación de los derechos de las mujeres, niñas y adolescentes, cuyo objetivo fundamental es obtener una igualdad real de género, que les brinde mejores y más efectivas oportunidades en todas las esferas de la sociedad.

Como acción positiva para lograr dicho fin, esta edición lleva consigo, el compromiso de los funcionarios de la jurisdicción ordinaria, de incorporar la perspectiva de género en su labor diaria. Ello, porque para avanzar en la lucha contra las consecuencias directas e indirectas de cualquier tipo de discriminación por razones de género, es imperiosa la necesidad de impartir justicia desde tal óptica.

Para contribuir en esa estrategia, por primera vez, se presenta un acápite especial que incluye decisiones adoptadas, por el órgano colegiado y por los jueces de instancia, en las cuales aplicaron tal enfoque de manera sistemática y metodológica en distintas áreas del derecho, tales como civil, familia, penal y laboral. Lo anterior, como un irrefutable mensaje de responsabilidad social que garantiza la transversalidad que un trabajo como este requiere.

Es el momento de replicar en nuestros pronunciamientos las disposiciones internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, tales como la Recomendación General No. 19: "la violencia contra la mujer", impartida desde el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, más conocida por sus siglas en inglés CEDAW, así como las Conferencias mundiales sobre la mujer de Nairobi en 1985 y Beijin en 1995.

Precisamente, la observancia de tales instrumentos respalda la implementación de listas de verificación a cargo de la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial, en cumplimiento de sus funciones (artículo 4° del Acuerdo 4552 de 2008) y en armonía con la Ley Estatutaria de Administración de Justicia, lo cual implica la obligación de los jueces de analizar, de manera exhaustiva e imparcial, los asuntos de su competencia, con el propósito de determinar cuáles deben decidirse con perspectiva de género, para evitar fallas en los procedimientos y decisiones que puedan vulnerar la efectiva protección de los derechos de las niñas, adolescentes y mujeres.

De ahí que las providencias relevantes incorporadas en esta edición, en los términos en que se impartieron, propenden por desarraigar de la sociedad aquellos estereotipos tradicionales que persisten en los distintos ámbitos de la vida cotidiana.

El abandono de los roles tradicionales asignados hegemónicamente a hombres y mujeres, precisa en el esquema organizacional de la justicia y de la sociedad, la inclusión de una nueva visión compro-

metida por forjar una justicia social, material y verdaderamente reivindicatoria. De igual manera, la deuda histórica en la reivindicación del papel esencial que cumple la mujer, en la conservación de la humanidad y sus constantes luchas por un mejor posicionamiento social, político, laboral, económico y cultural, no puede desconocerse.

Y esas son las razones que motivaron al Tribunal Superior de Pasto a destacar, en esta edición, la historia de vida de mujeres nariñenses que relucen en su comunidad por su tenacidad y liderazgo, entre ellas, Flor Barreiro Pérez, Farah Nataly Gonzáles Ortega, María Elvira Solís Segura, Doris Yaneth Mimalchi Arellano, Juliana Maya Rivera, María Estacio Alegría y Sandra Bisbicús.

Esta publicación que hoy tenemos en nuestras manos, será de enorme utilidad para enriquecer el debate jurídico regional y se constituirá en herramienta prevalente en la labor de administrar justicia, al ser el resultado de un esfuerzo mancomunado de diferentes autoridades jurisdiccionales, todas comprometidas con un objetivo claro: la eliminación de brechas que transgreden la igualdad real de las mujeres, lo cual apareja, indudablemente, su empoderamiento.

Agradezco, a los magistrados, siempre compañeros y amigos del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, a quienes además les debo el cariño entregado en mi paso por esta Honorable Corporación. Al Dr. Jhon Rojas, Gobernador del Departamento de Nariño, quien de manera decidida entregó su apoyo en la impresión de nuestro Foro.

Y a ONU MUJERES, un reconocimiento especial por su incondicional colaboración e interés infinito por alcanzar una gran edición, bajo el propósito común de exaltar la importancia de la mujer en nuestra sociedad, así como la labor e impacto de las lideresas de nuestro Departamento, en el contexto regional y nacional y la inaplazable necesidad de aplicar el enfoque de género en las decisiones judiciales.

Igual sentimiento de gratitud para quienes año tras año, nos brindan su apoyo para que este proyecto colegiado, llegue a feliz término.

Solo me resta extender mis gracias infinitas, de manera especial, a mis hijos, familia y amigos, por todo el cariño y apoyo recibido durante mi gestión como presidenta del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en el año 2022 y en el logro de nuevos retos.

Hoy como mujer nariñense que ocupa el más alto estandarte de la justicia, como madre, hija, hermana, amiga y trabajadora, ratifico desde dichos roles, y cualquier otro que la vida me conceda, el enorme compromiso por representar de la mejor manera a mis coterráneas, siempre destacadas en todas las esferas del país por sus valores y alto sentido de responsabilidad.

Con enorme cariño,

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Presidenta Tribunal Superior de Pasto

TITULARES DESPACHOS JUDICIALES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

CIRCUITO: PASTO

MIRTHA LUCIA CEBALLOS VALENCIA	Juzgado Primero Penal Especializado
JORGE EDMUNDO GONZÁLEZ BASTIDAS	Juzgado Segundo Penal Especializado
OSCAR FERNANDO VIVAS BRAVO	Juzgado Tercero Penal Especializado
NANCY JOSEFINA VILLARREAL CORAL	Juzgado Primero Penal del Circuito
GERMÁN EDUARDO ORDÓÑEZ OSEJO	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 ARTEGA RAMOS	Juzgado Segundo Ejecución Penas y Medidas Seguridad
ÁLVARO VICENTE ANDRADE RESTREPO	Juzgado Tercero Ejecución Penas y Medidas Seguridad
EDGAR GERARDO ROMO LUCERO	Juzgado Primero Penal del Circuito Conocimiento Adolescentes
ROBERTO ADRIANO ACOSTA VALLEJO	Juzgado Segundo 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
FRANCISCO JAVIER JIMÉNEZ SANTIUSTY	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
HABRAHAM HERMES TIMARAN PEREIRA	Juzgado Quinto de Familia del Circuito
MARIO RICARDO PAZ VILLOTA	Juzgado Sexto del Familia del Circuito
LUZ AMALIA ANDRADE ARÉVALO	Juzgado Primero Laboral del Circuito
NOHORA UNIGARRO FIGUEROA	Juzgado Segundo Laboral del Circuito
MARÍA ELENA DÁVILA ORTÍZ	Juzgado Tercero Laboral del Circuito
MARÍA FERNANDA NAVAS GARZÓN	Juzgado Primero Penal Municipal de Conocimiento
ÁNGELA MARÍA RUBIO ZAMBRANO	Juzgado Segundo Penal Municipal de Conocimiento
CRHISTIAN LEONARDO PANTOJA ORTÍZ	Juzgado Tercero Penal Municipal de Conocimiento
ANGIE MARIHELEN CÓRDOBA REGALADO	Juzgado Cuarto Penal Municipal de Conocimiento
JHON JAIRO RODRÍGUEZ SALAZAR	Juzgado Quinto Penal Municipal de Conocimiento
ALBEIRO SALOMÓN CUATÍN NAVARRETE	Juzgado Primero Penal Municipal Control de Garantías
SANDRA MÓNICA VILLOTA INSUASTI	Juzgado Segundo Penal Municipal Control de Garantías
CARLOS HERNANDO PEÑAFIEL ARÉVALO	Juzgado Tercero Penal Municipal Control de Garantías

JORGE LUÍS CAICEDO MUÑOZ	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	Juzgado Tercero Penal Municipal Adolescentes
ALVARO JAIME CAICEDO GUZMÁN	Juzgado Primero Penal Municipal Control Garantías Ambulante
LUÍS ALBERTO MARTÍNEZ HURTADO	Juzgado Segundo Penal Municipal Control Garantías Ambulante
MARTHA LIDA ROSERO HERNÁNDEZ	Juzgado Primero Civil Municipal
RICARDO ESTUPIÑÁN CORAL	Juzgado Segundo Civil Municipal
NIDIA LILIA PANTOJA DOMÍNGUEZ	Juzgado Tercero Civil Municipal
MARTHA YANET VALENCIA SALAS	Juzgado Cuarto Civil Municipal
SANTIAGO ROSERO DÍAZ DEL CASTILLO	Juzgado Quinto Civil Municipal
DORIS GUADALUPE ARTEAGA DE MAYA	Juzgado Sexto Civil Municipal
DEYSSI 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

JUECES PROMISCUOS DEL CIRCUITO DE PASTO

MARÍA TERESA PAZ ÁLAVA	Juzgado Promiscuo Municipal Nariño
ELIZABETH ADARME RODRÍGUEZ	Juzgado Promiscuo Municipal El Rosario
GILBERTO BAYARDO CASTRO MAYA	Juzgado Promiscuo Municipal Sandoná
JESÚS ARMANDO BETANCOURT ZAMBRANO	Juzgado Promiscuo Municipal Yacuanquer
MIGUEL ANDRÉS BENAVIDES HERNÁNDEZ	Juzgado Promiscuo Municipal El Peñol
CARLOS ANDRÉS TORRES RODRÍGUEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Taminango
MARCELA GÓMEZ MUÑOZ	Juzgado Promiscuo Municipal Chachaguí
EYVAR RICARDO CIFUENTES CÓRDOBA	Juzgado Promiscuo Municipal El Tambo
CRISTINA ROSAS VALENCIA	Juzgado Promiscuo Municipal Tangua
YUDI CRISTINA MARCILLO OBANDO	Juzgado Promiscuo Municipal Leiva
MARÍA ISABEL ORTIZ MERA	Juzgado Promiscuo Municipal El Tablón de Gómez
ROCIO DEL CARMEN MARTÍNEZ LÓPEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Buesaco
JOHANNA ELIZABETH RUANO MEJÍA	Juzgado Promiscuo Municipal La Florida
LUPE MARLY LEGARDA ROMÀN	Juzgado Promiscuo Municipal Policarpa
SHEYLA DEL CASTILLO PAZOS	Juzgado Promiscuo Municipal Consacá
ROGELIO HERNANDO VANEGAS TORRES	Juzgado Promiscuo Municipal Ancuya

CIRCUITO IPIALES

WILLIAN ELIGIO MEJÍA	Juzgado Primero Penal del Circuito
MAGDA XIMENA VITERY 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
BERNARDO ALFREDO RIASCOS GUERRERO	Juzgado Primero Penal Municipal

LISETH CAMILA PALACIOS ROJAS	Juzgado Segundo Penal Municipal
NIXON DARÍO MORALES VILLAMARÍN	Juzgado Tercero Penal Municipal
CAMPO ELÍAS CÓRDOBA ARIAS	Juzgado Primero Civil Municipal
HILDA ISABEL CHAMORRO MORALES	Juzgado Segundo Civil Municipal
ADRIANA DEL PILAR MIRANDA MARTÍNEZ	Juzgado Primero Promiscuo de Familia
ANDRÉS HUMBERTO ENRÍQUEZ MARTÍNEZ	Juzgado Segundo Promiscuo de Familia
LEANDRO JAVIER MEJIA ORDOÑEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Guachucal
MANUEL ORLANDO CASTRO CALDERÓN	Juzgado Promiscuo Municipal El Contadero
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 INSUASTY	Juzgado Promiscuo Municipal Gualmatán
OMAR AUGUSTO CHAMORRO CALVACHI	Juzgado Promiscuo Municipal Iles

CIRCUITO TUMACO

OVIDIO JAVIER URBANO MARTÍNEZ	Juzgado Primero Penal Circuito Especializado
SANDRA MILENA MACÍAS SILVA	Juzgado Segundo Penal Circuito Especializado
MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ ACOSTA	Juzgado Tercero 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
TEÓFILO FRANCISCO FIGUEROA GÓMEZ	Juzgado Laboral del Circuito
MARIBEL SILVA BRAVO	Juzgado Promiscuo de Familia
LORENA DEL CARMEN PÉREZ ROSERO	Juzgado Primero Penal Municipal
MARÍA CAMILA RUALES BENAVIDES	Juzgado Segundo Penal Municipal
JHON ESTEBAN ORTEGA PUERTAS	Juzgado Tercero Penal Municipal
DEYANIRA MUÑOZ CALVACHE	Juzgado Primero Penal Municipal Adolescentes
DAYRA JENNI AGUILAR LÓPEZ	Juzgado Segundo Penal Municipal Adolescentes
JAIRO ESTEBAN ENRÍQUEZ GÓMEZ	Juzgado Primero Civil Municipal
MARIO ALEJANDRO GÓMEZ MONTUFAR	Juzgado Segundo Civil Municipal
EDWIN LEONARDO MORÁN	Juzgado Promiscuo Municipal El Charco
MANUEL WILSON VILLARREAL ARÉVALO	Juzgado Promiscuo Municipal Francisco Pizarro
RUBEN FERNANDO DAVID CÓRDOBA	Juzgado Promiscuo Municipal Olaya Herrera
EDGAR RODRIGO INSUASTY AGUIRRE	Juzgado Promiscuo Municipal Mosquera
MARÍA ELENA ROSALES ASCUNTAR	Juzgado Promiscuo Municipal Santa Bárbara-Iscuandé
ERNESTO RODRÍGUEZ MURILLAS	Juzgado Promiscuo Municipal La Tola

CIRCUITO TÚQUERRES

AURA LUZ RUBIO NARVAÉZ	Juzgado Penal del Circuito
ANA ISABEL GUEVARA ORDÓÑEZ	Juzgado Civil del Circuito
CAYO MANLIO MIRANDA MONTENEGRO	Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito
CARMEN XIMENA ARTEAGA GAVILANES	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
GUSTAVO EDUARDO CORREA PÉREZ	Juzgado Promiscuo Municipal Ricaurte
ANDRÉS FERNANDO ORTEGA MONCAYO	Juzgado Promiscuo Municipal Providencia

CIRCUITO BARBACOAS

MENANDRO JESÚS LÓPEZ RODRÍGUEZ	Juzgado Promiscuo del Circuito
PILAR PATRICIA TOBAR HEREDIA	Juzgado Promiscuo de Familia de Circuito
RICARDO IVÁN PÁEZ VITERI	Juzgado Primero Promiscuo Municipal
ARGEMIRO CAICEDO MONDAGRÓN	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
JESÚS MANUEL CABEZAS QUIÑONEZ	Juzgado Promiscuo Municipal Magûí Payán
JIMMY ORLANDO ORTEGA CORAL	Juzgado Promiscuo Municipal Roberto Payán

CIRCUITO SAMANIEGO

JOSE VICENTE BENAVIDES RAZZA	Juzgado Promiscuo del Circuito
LUZ AMPARO CHAMORRO CALVO	Juzgado Promiscuo de Familia
ANA MILENA RAMÍREZ ESPINOZA	Juzgado Primero Promiscuo Municipal
ÁNGELA DANIELA ARAUJO REGALADO	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
JOHANA NATALY BURBANO DE LOS RIOS	Juzgado Promiscuo Municipal Linares
PATRICIA MARÍA ISABEL ERAZO INSUASTY	Juzgado Promiscuo Municipal Cumbitara
CARLOS EDUARDO CÓRDOBA	Juzgado Promiscuo Municipal Sotomayor
OSCAR ERNESTO BUCHELLI DELGADO	Juzgado Promiscuo Municipal La Llanada

CIRCUITO LA UNIÓN

WILLIAM MAURICIO ESPAÑA MOLINA	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

ANDREA DEL PILAR ARTEAGA GALVIS	Juzgado Segundo Promiscuo Municipal
MARIO GERMÁN ARCINIEGAS TORO	Juzgado Promiscuo Municipal San Lorenzo
IVÓN MARITZA GÓMEZ MUÑOZ	Juzgado Promiscuo Municipal Berruecos
MARIO ANDRES LÓPEZ GARCÉS	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
ÁNGELA MARÍA BOTINA BENAVIDES	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 Bernardo



DORIS YANETH
MIMALCHÍ ARELLANO

Lideresa del Pueblo de los Pastos.
Cumbal, Nariño

Para el Resguardo del Gran Cumbal el año 2021, tiene la huella de los hitos. En el escenario de la consulta popular para la elección de las autoridades del territorio surgió el nombre de Yaneth Mimalchí. Su liderazgo ya había sido notorio para ese entonces.

Se arriesgo, se postuló, se lanzó al ruedo de las elecciones propias de su comunidad y venció. Así, Yaneth Mimalchí se convirtió en la primera gobernadora elegida por voto popular en el corazón del Resguardo del Gran Cumbal, territorio de acentuadas tradiciones indígenas del pueblo de los Pastos, en el sur de Nariño.

Yaneth sabe que no es fácil ser mujer, mucho menos ser mujer lideresa, y mucho más complejo ser gobernadora en medio de un ambiente en donde el patriarcado ha marcado la pauta de las costumbres y las relaciones de poder.

Sin embargo, considera que superar las barreras del "machismo tradicional" en mucho también depende del coraje y la autonomía de las mismas mujeres, quienes están llamadas a participar de los distintos escenarios de la vida política, social y comunitaria de su Resguardo. Ella es el botón de muestra, es ejemplo vivo de que sí es posible trazar un nuevo campo de acción y visibilidad de las mujeres desde el liderazgo político, pues sabe que sin las mujeres la política no es la misma y que sin las mujeres no es posible sostener la democracia.

Narrada por la protagonista.



MARÍA ELVIRA **SOLÍS SEGURA**

Lideresa social, gestora cultural, decimera y protectora de la tradición oral.
Tumaco, Nariño

Los oídos de María Elvira nacieron para escuchar historias. De andar y andar reconoce las voces que lamentan la muerte del esposo, el acoso del empleador, el insulto que opaca la voz, el llanto de la desplazada y el ayayay de la mujer que no podrá volver a su casa.

Como reza en una de sus coplas, a María Elvira le han dicho que es cubana, caribeña, africana pura, pero ella se sabe colombiana, extraña a su Tumaco y con orgullo camina por el mundo llevando los colores de su cultura, los vestidos que hablan de su ancestralidad, los brillos del oro que su tierra no volvió a encontrar.

María Elvira escucha y lo que escucha lo convierte en canto, en arrullo, en décima, en defensa de las mujeres que llegan a ella para narrarle sus dolores. María Elvira es una mujer vencedora, como muchas de las que la acompañan en su andar. Esas mujeres vencedoras buscan la manera de sobrevivir en un mundo que parece empecinarse en no dejarlas andar, pero ellas saben encontrar las formas para decirle sí a la vida. Entonces María Elvira canta, hace teatro, compone décimas, hace coplas y la herencia ancestral de sus músicas y bailes se convirtió en su manera de resistir.

Entonces María Elvira Solís, quien se declara poderosa y vencedora, ya vive otra etapa de su vida. Hoy tiene otra forma de contar su relato. Su canto es su sanación.

Narrada por la protagonista.

JURISPRUDENCIA SALA CIVIL



MAGISTRADOS:

Dra. Marcela Adriana Castillo Silva
Dra. Paola Andrea Guerrero Osejo
Dr. Gabriel Guillermo Ortíz Narváez
Dra. Aida Mónica Rosero García

UNIÓN MARITAL DE HECHO – Requisitos: Se configuran.

(…) la comunidad de vida y auxilio mutuo en una pareja tienen diferentes formas de materializarse, pues cada caso tiene sus particularidades. Entonces, se debe escudriñar las circunstancias específicas de vida de sus integrantes, pues ello mostrará si realmente tenían una unión con las características que la ley exige para configurar la relación marital estable, notoria, singular, y con el ánimo de apoyo mutuo entre los miembros de la pareja.

En casos como el que nos ocupa, esa relación se desarrolló en circunstancias que a veces impedían el continuo compartir de lecho, techo y mesa, pero ello no desestructuró los elementos de estabilidad, singularidad, y voluntad de conformar la pareja, pues de las declaraciones de algunos testigos se deduce que la imposibilidad de continuar la convivencia obedeció a que Edison Muñoz pertenecía a la Policía Nacional, y por la necesidad del servicio que prestaba debía trasladarse a diferentes municipios (…)

(…) todos elementos de juicio apuntan a que sí hay lugar a declarar la unión marital de hecho demandada, pues desde abril de 2016, momento desde el que se iniciaron su convivencia en el municipio de Samaniego, hasta junio de 2019 que falleció el compañero permanente, se mantuvo de forma ininterrumpida una relación continúa, permanente, exclusiva, de auxilio mutuo y comunidad de vida, susceptible de ser reconocida judicialmente. (…)

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

San Juan de Pasto, diecisiete (17) de agosto de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 2019-00209 (615-01)
Asunto : Apelación sentencia en proceso declarativo UMH
Procedencia : Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Pasto
Magistrada : Dra. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

De conformidad con lo dispuesto en el Decreto Legislativo No. 806 de 2020[1] , se profiere por escrito la decisión que resuelve el recurso de apelación propuesto por la parte demandante contra la sentencia emitida por el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Pasto el 16 de julio de 2021, dentro del proceso de declaración de unión marital de hecho propuesto por Yuli Viviana Bastidas Tobar frente a Aryany Sofía Muñoz Bastidas y Yerai Alejandra Muñoz Tutistar, en calidad de herederas del señor Edison Antonio Muñoz Botina.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda La señora Yuli Viviana Bastidas Tobar, por intermedio de apoderado judicial, solicitó se declare que entre ella y el señor Edison Antonio Muñoz Botina existió una unión marital de hecho que inició en marzo de 2015 y culminó el 14 de junio de 2019.

---

1 De conformidad con el numeral 5° del artículo 625 del Código General del Proceso '<u>los recursos interpuestos</u>, la práctica de pruebas decretadas, las audiencias convocadas, las diligencias iniciadas, los términos que hubieren comenzado a correr, los incidentes en curso y las notificaciones que se estén surtiendo, <u>se regirán por las leyes vigentes cuando se interpusieron los recursos</u>, se decretaron las pruebas, se iniciaron las audiencias o diligencias, empezaron a correr los términos, se promovieron los incidentes o comenzaron a surtirse las notificaciones".

Para fundamentar sus pretensiones se adujo que conformaron una unión de vida, estable, pública, permanente y singular, como marido y mujer, de la cual nació la menor de edad Aryany Sofía Muñoz Bastidas, que se extinguió con el fallecimiento de su compañero derivado de un atentado por grupos armados ilegales.

2. Contestación La señora María Fernanda Tutistar Burbano, en calidad de representante legal de Yerai Alejandra Muñoz Tutistar, se opuso a las pretensiones, aduciendo que fue con ella que se formó la unión marital de hecho con el señor Muñoz Botina, al margen de las relaciones pasajeras que tuvo aquel con otras personas.

El curador ad litem de Aryany Sofía Muñoz Bastidas y los herederos indeterminados de Edison Antonio Muñoz Botina, señaló atenerse a lo demostrado en el expediente.

3. Sentencia El Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Pasto, una vez agotadas las respectivas etapas procesales, en audiencia celebrada el 16 de julio de 2021 negó integralmente las pretensiones incoadas por la parte demandante.

El sustento del fallo se basó en que de las pruebas aportadas al expediente no se pudo extraer una comunidad de vida, con singularidad y ánimo de permanencia, entre la demandante y el señor Edison Antonio Muñoz Botina, especialmente al no tenerla registrada como compañera permanente en las afiliaciones de salud y seguros de la Policía Nacional, y por el contrario se denota que su relación se basaba más en el cuidado de la hija menor de edad común, lo que impide la declaratoria de unión marital de hecho deprecada.

4. Apelación El apoderado judicial de la parte demandante atacó la valoración probatoria que realizó el Juez de instancia, frente a las declaraciones y documentos aportados la expediente, a las cuales estima se dio un alcance irrazonable, y por el contrario a su juicio son demostrativas de la relación marital de la pareja Bastidas Muñoz, hasta el fallecimiento del compañero permanente.

La parte demandante hizo solicitud de pruebas en segunda instancia, pero fue negada en auto de 28 de septiembre de 2021.

II. CONSIDERACIONES

Problema Jurídico

Corresponde a esta Corporación determinar si fue acertada la valoración probatoria que sirvi***ó*** al Juez de primera instancia para denegar la declaratoria de Unión Marital de Hecho reclamada entre los señores Yuli Viviana Bastidas Tobar y Edison Antonio Muñoz Botina, aludiendo que no se configuró una comunidad de vida.

Tesis de la Sala.

De la revisión de las pruebas documentales y testimoniales obrantes en el expediente se desprende la configuración de una comunidad de vida en la pareja Muñoz Botina-Bastidas Tovar, desde que convivieron en el municipio de Samaniego hasta el fallecimiento del compañero permanente. Por ello, se revocará la sentencia de primera instancia y se accederá a las pretensiones de la demanda, determinando el tiempo de vigencia de la unión marital.

Estudio del caso.

1. Previo a desatar el recurso de apelación propuesto dentro del presente asunto, es necesario anotar que de conformidad con el artículo 328 del Código General del Proceso la competencia de este Tribunal se circunscribe de forma exclusiva a los argumentos que expuso el extremo recurrente en su escrito de sustentación de la alzada, sin que sea admisible abordar o analice tópicos distintos a los reprochados en la debida oportunidad adjetiva.

2. La familia constituida por vínculos naturales, conformada por la voluntad responsable de un hombre y una mujer es objeto de expreso reconocimiento constitucional que se concreta en una protección integral por parte del Estado y la sociedad, así la Ley 54 de 1990 define a la unión marital de hecho como aquella "(…) formada entre un hombre y una mujer, que, sin estar casados, hacen una comunidad de vida permanente y singular". Es una relación que se diferencia del matrimonio solo en cuanto no se efectuaron, para proceder a su conformación, las formalidades legales que establecen los artículos 113 y siguientes del Código Civil; a partir del reconocimiento de la existencia de a esta clase de uniones se pueden derivar consecuencias patrimoniales en aras de la efectiva protección de sus miembros y de su descendencia.

Atendiendo la regla normativa precitada, para que exista la unión marital de hecho se necesitan los siguientes requisitos: (i) Relación entre seres humanos[2] que, sin estar casados entre sí, no tengan impedimento para contraer matrimonio. (ii) Comunidad de vida. (iii) Propósito de auxilio mutuo. (iv) Estabilidad. (v) Singularidad, o sea una relación exclusiva o única con otra persona, y (vi) Notoriedad del estado.

En el caso concreto, se reclama en la demanda la declaratoria de la unión marital de hecho conformada por la demandante Yuli Viviana Bastidas y Edison Antonio Muñoz Botina desde marzo de 2015 hasta el fallecimiento de aquel -14 de junio de 2019-[3], relación de la cual nació la menor ASMB[4].

Por su parte, la progenitora de Yerai Alejandra Muñoz Tutistar, hija del señor Muñoz Botina, dentro de su escrito de contestación planteó la tesis que fue ella quien ostentó la calidad de compañera permanente, mientras con la demandante, este sólo tuvo una relación pasajera.
Agotado el periodo probatorio, el juez de instancia denegó las pretensiones de la demanda, pues consideró que no estaba demostrada la comunidad de vida estable con los presupuestos señalados por la jurisprudencia, pues, si bien existió una relación entre Yuli Viviana Bastidas Tobar y Edison Antonio Muñoz Botina, la misma no tenía esta la connotación de la unión entre marido y mujer no vinculados por el vínculo formal del matrimonio; por el contrario, la relación se basaba en compartir con la hija común que ambos tenían. Argumentos que se rebaten por la parte actora en la apelación.

Ahora, en el proceso se recibieron las siguientes versiones:
Por el extremo activo compareció Nidia Alicia Rodríguez Gonzales (Min 46:00, Aud. Instruc. y Juzgam. Pt 1), vecina de la madre del señor Edison Antonio Muñoz Botina y madrina de bautizo de la menor ASMB. Explicó que desconocía los pormenores de la relación en sus inicios, sin

---

2 De conformidad con la Sentencia C-683 de 2015 (M.P. Jorge Iván Palacio Palacio) el ámbito de aplicación de la Ley 54 de 1990 se extiende a las parejas conformadas por parejas del mismo sexo.

3 Folio 6, Archivo 0…Demanda.

4 Folio 7, Archivo 0…Demanda.

embargo, le constaba que antes del fallecimiento de aquel cuando estaba en la ciudad de Pasto por permisos como Policía Nacional, visitaba a su progenitora, pero se iba a dormir a la casa de la demandante, según lo que le contaba el propio Edison Muñoz. Además, anotó que en lo que recordaba era una relación era cariñosa y pública.

El patrullero Brayan Stiven Buitrago Vanegas (Min 1:31:30, Aud. Instruc. y Juzgam. Pt 1), señaló ser compañero de la Policía Nacional de Edison Antonio Muñoz Botina en los municipios de Samaniego y Cumbal, y pudo comprobar que en Samaniego residía con Yuli Viviana Bastidas Tobar, a quien trataba como esposa y con quien compartía espacios institucionales y familiares.

Anotó que en el municipio Samaniego comprobó que compartían residencia la demandante y Edison Muñoz en una habitación, pues era en la edificación contigua en la que él pernoctaba, y ambos tenían a la misma persona como arrendadora. Mientras estaban en Cumbal, dados los problemas de orden público, habitaban en la estación de policía, pero que en múltiples videollamadas que realizaban cuando su compañero salía de permiso, podía comprobar que estaba en la casa de Viviana Bastidas.

Aunque llama la atención que el testigo haya señalado que Yuli Viviana visitó a su compañero en Cumbal, cosa que la demandante negó haber hecho, esta contradicción pierde peso ante el resto de las pruebas indicativas de la existencia de la unión marital.

La señora Hanis Marcela España Agredo (Min 2:25:30, Aud. Instruc. y Juzgam. Pt 1), señaló ser amiga de la familia de demandante y que por esta relación conoció a Edison Antonio Muñoz Botina. Anotó que cuando la actora quedó en embarazo en el año 2016, se fue a vivir con Edison al municipio de Samaniego, donde convivieron hasta el 2017 aproximadamente, y cuando a él lo trasladaron a Cumbal la señora Yuli Viviana volvió a su casa materna, sitio al que llegaba Edison, en sus días de permiso. Destacó que la relación siempre fue pública, incluso que cuando falleció Edison Muñoz, sus restos morales los llevaron unas horas a la casa de habitación de la demandante, a quien le daban el pésame como la viuda.

Como testigo citado por la demandada compareció Milton Fabián Muñoz Botina (Min 13:30, Aud. Instruc. y Juzgam. Pt 2), hermano de Edison Muñoz, quien declaró que su hermano no tenía unión marital ni con Yuli Viviana ni con Fernanda. Por el contrario, señaló que Edison Muñoz sostenía múltiples relaciones, entre ellas con las madres de sus hijas, pero que en ninguna tenía un ánimo de permanencia.

Es necesario resaltar que con el escrito de demanda se aportó declaración extraproceso en la que este deponente, bajo la gravedad de juramento, manifestó que la unión marital de hecho objeto de este litigio, sí se constituyó[5], sin embargo, en su relató en audiencia se limitó a señalar que no se detuvo a leer lo que firmó ante notario, cambiando con ello esa postura original.

Las señoras Gloria Amparo Botina Paz (Min 2:57:20, Aud. Instruc. y Juzgam. Pt 2) y Sandra Milena Muñoz Botina (Min 48:25, Aud. Instruc. y Juzgam. Pt 3), en calidad de madre y hermana del señor Edison Antonio Muñoz Botina respectivamente, mantuvieron la postura que el causante nunca tuvo una relación permanente, pública y singular con ninguna persona, sino que solía frecuentar a diferentes mujeres, y que hasta el momento de su fallecimiento pernoctó en la casa de habitación materna, cuando le daban permiso en las diferentes localidades en las que se desempeñó como patrullero de la Policía Nacional.

5 Folios 30 y 31, Archivo 0...Demanda.

Ahora, frente a la tacha de los testigos por su familiaridad entre ellos y el interés en las resultas del proceso, se debe anotar que atendiendo la jurisprudencia de la Alta Corporación:

> *'La sospecha, dice la Corte, no se 'descalifica de antemano -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"*[6].

En este entendido, el vínculo filial reconocido de los declarantes no supone que se descarten de plano sus versiones, sino que exige un contraste más exigente con lo dicho por ellos y con los demás medios de prueba, lo que se tendrá en cuenta en el análisis probatorio que a continuación se acomete.

3. Ahora, con la finalidad de ilustrar la forma como transcurrió la relación marital entre Yuli Viviana y Edison, y definir su duración, se evaluarán los supuestos facticos demostrados en el expediente.

Para determinar cuándo se inició la relación marital, es necesario anotar que en principio no se aportó ningún medio de convicción que apunte que ésta haya iniciado en marzo de 2015, como se deprecó en la demanda, pues al margen del posible noviazgo inicial entre Yuli Viviana Bastidas Tobar y Edison Antonio Muñoz Botina, no existe evidencia alguna que denote ánimo de auxilio mutuo y convivencia requerido, desde esa época.

No obstante, tal situación cambió desde abril de 2016, pues como se hizo referencia en la declaración de Hanis Marcela España Agredo, la convivencia entre la pareja inició precisamente cuando estando en embarazo la demandante, se fue a vivir al municipio de Samaniego con Edison Antonio Muñoz Botina, lugar al que éste fue asignado para que cumpliera sus funciones como patrullero de la Policía Nacional. Allí mantuvieron una convivencia permanente y continúa.

En este aspecto guarda plena concordancia, tanto el historial laboral aportado por la Policía Nacional, del que se extrae que el 7 de marzo de 2016 el referido patrullero fue traslado a la estación del municipio de Samaniego (N.)[7], y el contrato de arrendamiento de una alcoba en la Calle 1ª No. 3-09 en el Barrio Girardot de esta localidad suscrito entre Yuli Viviana Bastidas y María Luisa Pantoja, en abril de 2016, documento en el que se indicó que "el contrato será destinado exclusivamente por la arrendataria a la vivienda familiar, compartida por su pareja, Señor EDISON ANTONIO MUÑOZ BOTINA"[8], elementos persuasivos que claramente demuestran la convivencia de la pareja.

Postura fáctica que encuentra respaldo también en el relato expuesto por Brayan Stiven Buitrago Vanegas, quien como compañero de trabajo del señor Muñoz Botina, indicó los pormenores del lugar donde residía la pareja, detallando que se trataba de una habitación en un último piso en un edificio a dos cuadras de la estación de Policía. Además, anotó que compar-

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia de 19 de septiembre de 2001. Providencia 6624 M.P. Manuel Isidro Ardila Velásquez.

7 Folio 4, Archivo 25...RESPUESTA PETICION FERNANDA – POLICIA NACIONAL

8 Folios 3 y 4, Archivo 19...PRUEBAS APORTADAS EN AUD.

tieron diferentes actividades laborales y de amigos en esta localidad, en donde era notoria la consolidación pareja Muñoz-Bastidas, quienes compartían como marido y mujer y tenían una hija común.

Del mismo periodo, obra oficio de 22 de noviembre de 2016 donde el patrullero Edison Antonio Muñoz Botina solicitó licencia de paternidad a su superior "ya que mi esposa Yuli Viviana Bastidas Tobar, (…) la cual se encontraba en estado de embarazo, dio a luz a nuestra hija"[9].

La tesis tendiente a que no se estructuró la relación marital se apoya en que, en la historia laboral de Edison Antonio Muñoz Botina en la Policía Nacional se anota en varios documentos que su estado civil es soltero, y la beneficiaria de su seguro de vida y auxilio era su madre Gloria Amparo Botina Paz, y a su cargo dentro del sistema de salud de la entidad de defensa se encontraban exclusivamente sus hijas menores de edad.

No obstante, en otros documentos aportados por las diferentes dependencias del ente público, sí hay registro de la relación, pues de respuesta rendida por el área encargada del Sistema de Información para la Administración de Talento Humano se evidencia el registro de Yuli Viviana Bastidas Tobar en calidad de "*COMPAÑERO*"[10]. Además, en comunicación remitida por el jefe del Grupo de Retiros y Reingresos de la Policía Nacional donde se anexa extracto de la hoja de vida del presunto compañero, se encuentra anotado en su estado civil "*Unión Libre*", y entre sus familiares como compañera permanente precisamente a la ahora demandante[11]. En el expediente también reposan diferentes medios de prueba tendientes a demostrar las exigencias que extrajudicialmente realizó María Fernanda Tutistar Burbano al señor Muñoz Botina para el pago de cuotas alimentarias, sin embargo, las mismas no serán analizadas dentro del presente asunto, pues la presunta unión marital de hecho entre ellos, planteada en el escrito de contestación, fue desechada en la sentencia de primer grado y contra la misma no se elevó recurso de apelación.

Ahora, consta en la historia laboral del patrullero que el 7 de octubre de 2018 fue trasladado a la Estación de Policía de Cumbal[12], donde conforme a lo relatado por la demandante ya no lo acompañó por razones de seguridad, por lo que esta regresó a su hogar materno en Pasto, mientras el primero pernoctaba en las instalaciones oficiales de la Policía, por lo que debe determinarse si en este lapso, hasta su deceso, se mantuvo la unión marital.

Para ese fin, debe tomarse en consideración que la comunidad de vida y auxilio mutuo en una pareja tienen diferentes formas de materializarse, pues cada caso tiene sus particularidades. Entonces, se debe escudriñar las circunstancias específicas de vida de sus integrantes, pues ello mostrará si realmente tenían una unión con las características que la ley exige para configurar la relación marital estable, notoria, singular, y con el ánimo de apoyo mutuo entre los miembros de la pareja.

En casos como el que nos ocupa, esa relación se desarrolló en circunstancias que a veces impedían el continuo compartir de lecho, techo y mesa, pero ello no desestructuró los elementos de estabilidad, singularidad, y voluntad de conformar la pareja, pues de las declaraciones

---

9 Folio 1, Archivo 19…PRUEBAS APORTADAS EN AUD.

10 Folio 2, Archivo 23…CONTESTACION DENAR GUTAH.

11 Folio 3, Archivo 24.2…. HOJA DE VIDA PAG 1

12 Folio 4, Archivo 25…RESPUESTA PETICION FERNANDA – POLICIA NACIONAL

de algunos testigos se deduce que la imposibilidad de continuar la convivencia obedeció a que Edison Muñoz pertenecía a la Policía Nacional, y por la necesidad del servicio que prestaba debía trasladarse a diferentes municipios, concretamente de Samaniego a Cumbal.

Desde octubre de 2018 hasta junio de 2019, momento en que el señor Edison Antonio Muñoz Botina falleció en hecho violentos, se insiste por sus familiares -Milton Fabián Muñoz Botina, Gloria Amparo Botina Paz y Sandra Milena Muñoz Botina- que no hubo la relación marital demandada, pues vivía en una estación oficial en Cumbal y cuando estaba en Pasto, residía sin compañía en su casa familiar.

Sin embargo, se debe hacer un análisis acucioso de sus declaraciones, en de las que se hace evidente su interés en que las eventuales prestaciones por la muerte del causante deben ser repartidas exclusivamente entre sus hijas menores de edad, excluyendo a su pareja, de quien predican que no tenía esa relación estable. También demuestran una clara animadversión en contra la demandante y las pretensiones que se elevan en este proceso, pues indicaron que existía una mejor relación con la señora María Fernanda Tutistar Burbano, la progenitora de la hija mayor de Edison, de quien se había separado mucho antes de iniciar la relación con Yuli Viviana.

Se resalta la precaria explicación brindada por el señor Milton Fabián Muñoz Botina en relación con la razón por la cual había declarado en notaria, documento aportado al expediente-, que la pareja conformada por Yuli Bastidas y su hermano Edison Muñoz sí convivían maritalmente en el periodo demandado y que ambos habían procreado una hija, mientras que en la audiencia correspondiente, ante el juez del proceso negó tal aseveración, señalando, sin más, que firmó engañado por Yuli, sin leer tal escrito, lo cual no parece probable en una persona adulta que sabe leer y comprender una manifestación tan sencilla como esa, aspecto que resta valor demostrativo a su dicho. En el mismo sentido, Sandra Milena Muñoz Botina, justificó la manifestación de su hermano en que para la época debió encontrarse bajo efectos del alcohol, aspecto que no es de recibo ante esta Corporación, pues carece de sustento probatorio.

Llama la atención del Tribunal que Milton Fabián Muñoz Botina en su declaración sostuvo que no existió la unión marital demandada, pero al mismo tiempo, sobre un vehículo que su hermano vendió, afirmó desconocer la destinación que este había dado al dinero obtenido con la venta; puntualmente indicó que “no sé lo que hicieron con Yuli, no sé qué pasó con esa plata”.

En igual sentido, Sandra Milena Muñoz Botina manifestó que a la demandante le realizaron una intervención quirúrgica, por lo que cuestionó a su hermano “si de la policía la estaban atendiendo”. De estas respuestas infiere el Tribunal, que la relación que tenían Edison y Yuli no era de simple noviazgo, o una derivada del interés compartido por la hija que tenía la pareja, pues evidentemente participaban en un capital común y se preocupaban uno por el otro, lo que se ha venido corroborando con los demás medios probatorios.

Debe anotarse que los citados declarantes insistieron en las múltiples relaciones amorosas que tuvo el señor Muñoz Botina, aludiendo que él mantenía ese mismo tipo de vínculo con otras mujeres, entre ellas con Diana Criollo que conoció en Cali y otra patrullera de la Policía Nacional, sin embargo, aún si ello hubiere ocurrido al mismo tiempo que sostenía la relación marital con la hoy demandante, la sola infidelidad no desconfigura la existencia de otra que cumpla con las anotadas características de estabilidad y ayuda mutua.

Además, debe tenerse en cuenta que los hechos narrados se refieren a épocas anteriores a la unión marital ahora discutida, pues ello ocurrió antes que Edison fuera trasladado a Samaniego, momento en el que inició la convivencia con la señora Yuli Bastidas. Es decir, de tales relatos, no se desprende que el causante haya mantenido otras relaciones de la misma naturaleza de convivencia y auxilio mutuo con personas diferentes a la demandante.

Obsérvese que el patrullero Brayan Stiven Buitrago Vanegas, -quien fuera traslado en una época cercana a aquella en que Edison Muñoz fue transferido a la estación de policía de Cumbal-, reiteró que en múltiples oportunidades evidenció la comunicación constante con Yuli Bastidas, y que cuando Edison se encontraba de permiso y se hacían videollamadas para definir temas administrativos de la estación de policía, veía que él estaba con Yuli Vivian.

De otra parte, Hanis Marcela España Agredo indicó, en concordancia con la declaración extraproceso también aportada con la demanda, que le constaba que el señor Edison Antonio Muñoz Botina en las oportunidades que tenía permiso pernoctaba con la demandante, y mantenían un estrecho contacto, el cual estimó era muy amoroso.

Incluso la señora Nidia Alicia Rodríguez Gonzales, vecina de la madre del causante, en su declaración, a pesar de no conocer muchos de los detalles de la relación, afirmó que el propio Edison Antonio le comentó que cuando estaba de permiso dormía en casa de la demandante.

También fueron aportados los pantallazos de las conversaciones de whatsapp entre la pareja, fechados el 6, 7, 8, 9, 10, 12, 13 y 14 de junio de 2019[13], es decir, incluso el día de su deceso, de las que se desprende un trato amoroso entre aquellos, y su constante comunicación. También se allegaron fotografías sobre las prendas de vestir oficiales de la Policía Nacional que se encuentran en la residencia de la actora[14], lo que demuestra que Edison sí vivía en casa de Yuli, hecho que según declaró Sandra Milena Muñoz Botina, obedeció a que la demandante las sacó de su casa sin autorización, el día del velorio, pero de ello no existe otro elemento de convicción, pues tampoco fue referido por los demás deponentes.

Ahora, frente a las honras fúnebres del fallecido compañero, consta reproducción fotográfica del aviso en el que aparece la señora Jully Bastidas"[15] mencionada como su esposa, aunado a que previo al trasladar el cuerpo del señor Muñoz Botina al salón comunal del barrio de su madre, estuvo unas horas precisamente en la casa de la señora Bastidas Tobar, situación que conforme con las reglas de la sana crítica y la experiencia apuntan a que la relación objeto de controversia sí existió, pues se trata de un actuar que no es propio de un noviazgo, o del simple parentesco por una hija en común, sino de una relación de mayor significación, como aquella que implica un vínculo marital.

A luz de este hilo temporal, todos los elementos de juicio apuntan a que sí hay lugar a declarar la unión marital de hecho demandada, pues desde abril de 2016, momento desde el que se iniciaron su convivencia en el municipio de Samaniego, hasta junio de 2019 que falleció el compañero permanente, se mantuvo de forma ininterrumpida una relación continúa, permanente, exclusiva, de auxilio mutuo y comunidad de vida, susceptible de ser reconocida judicialmente. Como quiera que no se logró determinar el día preciso en que la pareja inició la convivencia marital estable y permanente, se fijará como tal el 30 de abril de 2016, pues en cualquiera de los días de ese mes, pudo haber dado comienzo la unión.

13 Folios 15 a 17, Archivo 0...Demanda.

14 Folios 19, 22 y 23, Archivo 0...Demanda.

15 Folio 5, Archivo 19...PRUEBAS APORTADAS EN AUD.

4. En consecuencia de lo anterior, se revocará la sentencia recurrida y se accederá parcialmente a las pretensiones de la demanda en el lapso analizado previamente, sin que se condene en costas de segunda instancia a la parte vencida al gozar de amparo de pobreza reconocido en auto de 17 de febrero de 2020.

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

RESUELVE

PRIMERO. - REVOCAR la sentencia proferida por el 16 de julio de 2021 por el Juzgado Sexto de Familia del Circuito de Pasto, dentro del proceso de la referencia, y en su lugar**, DECLARAR** la existencia de la unión marital de hecho entre Yuli Viviana Bastidas Tobar, identificada con la C.C. 59.314.382, y el extinto Edison Antonio Muñoz Botina, quien se identificó con C.C. 1.085.262.800, durante el periodo comprendido entre el 30 de abril de 2016 y el 14 de junio de 2019.

SEGUNDO. - En consecuencia, **DECLARAR** la existencia de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes Yuli Viviana Bastidas Tobar, identificada con la C.C. 59.314.382, y el extinto Edison Antonio Muñoz Botina, quien se identificó con C.C. 1.085.262.800, durante el periodo comprendido entre 30 de abril de 2016 y el 14 de junio de 2019, la cual se declara en estado de liquidación.

TERCERO. - INSCRIBIR esta decisión, una vez ejecutoriada, en el registro civil de nacimiento de Yuli Viviana Bastidas Tobar y Edison Antonio Muñoz Botina.

Para tal efecto, el Juzgado de primera instancia procederá a oficiar, con copia de este fallo a la Registraduría Nacional del Estado Civil, conforme lo señala el artículo 77 de la Ley 962 de 2005 y el artículo 5 del Decreto 1260 de 1970.

CUARTO. - Sin lugar a condenar en costas a la parte vencida.

QUINTO. - DEVUÉLVASE el presente asunto junto con la actuación surtida en esta Corporación, al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada Ponente

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Procedencia excepcional cuando la trasgresión de los derechos fundamentales es protuberante.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Efectiva protección de los derechos de las mujeres: Perspectiva de género en la administración de justicia.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES –Subsidiaridad: Procedencia a pesar de no haberse agotado los medios de defensa legales.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Defecto Sustantivo: Vulneración del derecho fundamental al debido proceso por indebida motivación de la sentencia.

(…) si bien la accionante no interpuso el recurso de reposición y queja en contra de la providencia que negó el recurso de apelación que presentó, es palpable la incursión de la juzgadora acusada en un defecto que autoriza la intervención del juez constitucional, dado que no era viable proferir esa decisión (…)

(…) se ha censurado las actuaciones del Juzgado (…) dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado (…), pretendiendo que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se ordene la suspensión de la materialización de la entrega del bien raíz encartado, pues la accionante afirma que es poseedora del inmueble involucrado en el asunto. (…)

(…) En este caso se configura el defecto sustantivo por insuficiente motivación en la decisión cuando la argumentación utilizada para rechazar de plano la oposición abordó la legitimidad de la accionante y los efectos de la sentencia en su contra, con fundamento en ser la compañera permanente del arrendatario, pero dejó de lado estudiar y pronunciarse sobre que esa llegada fue producto de la convivencia y de la familia que ese momento formaban (…)
(…) la motivación de la providencia que resolvió la oposición es superficial pues valoró la prueba desde una perspectiva limitada, soslayando que el panorama planteado por la incidentalista se fundaba precisamente en que rotos los lazos familiares el demandado en restitución salió del inmueble objeto del proceso que había sido antes la vivienda propia familiar, pero poco antes y en simultánea realizó dos actos jurídicos: se lo vendió a su hermano y este el mismo día se lo arrendó al vendedor quien pocos días después salió de la vivienda común.

Inexplicablemente el proveído acusado no hizo ninguna consideración de las circunstancias en que se llevaron a cabo los negocios jurídicos simultáneos de venta y arrendamiento celebrados entre los hermanos, soslayando simplemente su análisis señalando que no se estaba ante un proceso de simulación, lo que impidió conocer el tratamiento dado a las razones que esgrimió la opositora para fundar la posesión del inmueble a partir del momento en que ingresó al mismo como compañera permanente del demandado en el año 2013, pues continúo residiendo en el inmueble con sus hijas, después de la separación.

Obvió hacer un análisis de la procedencia de aplicar la perspectiva de género ante la existencia de una categoría sospechosa por la posibilidad de que el ahora excompañero permanente de la opositora pudiera haber utilizado sus derechos como propietario del inmueble, como una herramienta de violencia en contra de ella y de sus hijas comunes, quienes habitaban el inmueble objeto de restitución. (…)

(…) ese análisis superficial de las pruebas supone la incursión de la funcionaria acusada en un defecto fáctico que amerita la intrusión excepcional del juez constitucional para dejar sin efectos el proveído atacado y ordenar la emisión de un nuevo pronunciamiento judicial en el que se aborden los tópicos enunciados y se resuelva nuevamente la oposición planteada. (…)

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

San Juan de Pasto, veintinueve (29) de mayo de dos mil veintitrés (2023)

Radicación :2023-00088 (362-23)
Asunto :Impugnación de tutela
Procedencia :Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto
Magistrada :Dra. MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA

Decide la Sala la impugnación incoada por la parte accionante frente al fallo de 19 de abril de 2023, dictado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro de la acción de tutela propuesta por YLB, frente al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto.

I. ANTECEDENTES

1.- Petición de amparo.

La promotora del amparo solicitó, a nombre propio, la protección de sus derechos fundamentales a la igualdad, el debido proceso, igualdad y protección de la mujer, la vivienda y la propiedad y, en consecuencia, ***(i)*** se ordene al estrado querellado y al señor Inspector Quinto Urbano de Policía de Pasto que abstengan de continuar con el trámite de la entrega de los inmuebles objeto de restitución y, ***(ii)*** se declare la nulidad de todo lo actuado dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado No. 2018-0557 del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto.

Los hechos que fundamenta el amparo deprecado pueden resumirse así:

Afirmó la impulsora que entre ella y el señor JAD, constituyeron unión marital de hecho, la cual fue disuelta en el año 2010, correspondiéndole a la accionante la suma de $17.000.000 y una casa ubicada en el barrio Fray Ezequiel Moreno; que posteriormente volvieron a convivir y que en el año 2011, adquirieron un apartamento y un parqueadero, aportando la peticionaria la suma de $41.000.000, sin embargo, su compañero suscribió la escritura respectiva, como persona soltera, el 6 de mayo de 2013 (sic).

Dijo que durante la relación la señora LB fue sometida a violencia física y verbal e infidelidades por parte de su pareja, razón por la que le pidió a su compañero que se fuera el 16 de diciembre de 2016, terminando la convivencia.

Explicó que el señor JAD, el 9 de diciembre de 2016 vendió, de manera ficticia, el apartamento referido al señor OJD por un precio inferior al que fue comprado, celebrando luego entre los

dos un contrato de arrendamiento falso, que el último de los nombrados presentó demanda de restitución de inmueble arrendado, la que correspondió al Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto, bajo el radicado No. 2018-0557, dentro del cual se ha ordenado el desalojo del inmueble para el 25 de febrero de 2022.

Indicó que, debido a las irregularidades anotadas, radicó noticia criminal ante la Fiscalía Sexta Seccional de Pasto, investigación que también impide continuar con el trámite del desalojo, pues lo indicado en la demanda de restitución es falso, tanto es así que el señor JD fue notificado del proceso, pero no intervino a fin de agilizar el trámite y rápidamente se profiera sentencia, pretendiendo solamente el desalojo de la actora, más cuando hace mucho tiempo el arriba citado no reside en el apartamento, adjuntado las pruebas que, a su juicio, acreditaban este hecho.

Dio a conocer que presentó demanda para que se declare que entre el señor JAD y ella existió una unión marital de hecho, pero que el togado que debía defender sus intereses no cumplió a cabalidad con su labor, llevando a que se termine el proceso por desistimiento tácito.

Manifestó que desde el año 2013 la impulsora reside en compañía de sus dos hijas en el apartamento …, el cual posee de buena fe, sin tener la calidad de arrendataria y pagando las expensas del bien, de tal modo que la sentencia proferida no debe tener efectos en su contra.

Informó que se opuso a la diligencia de entrega, presentando ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto los documentos y pruebas para demostrar la calidad de poseedora de buena fe, pero el acusado incurrió en diferentes falencias al tramitar su solicitud y es así como, el 31 de enero del año que avanza, rechazó de plano su oposición, sin tener en cuenta ni valorar las pruebas existentes y partiendo de una consideración personal que los efectos de la sentencia de 1 de octubre de 2018, además negó el recurso de apelación presentado, diciendo que se trataba de un proceso de única instancia.

2.- Sentencia de primera instancia.

El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, al que por reparto correspondió conocer el trámite de la referencia, decidió declarar improcedente el amparo deprecado al considerar no estructurado el requisito de la subsidiariedad de la acción constitucional, fundado en que no se presentaron los recursos de reposición y queja en contra del auto que denegó la apelación de la providencia que rechazó de plano la oposición a la entrega, en tanto sobre la materia, la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado sobre la posibilidad de recurrir mediante alzada el proveído que resuelve o rechaza la oposición formulada por un tercero, incluso en procesos de única instancia.

3.- Impugnación.
Quien promovió el amparo, impugnó la determinación judicial de primera instancia, solicitando se revoque y en su lugar se conceda el amparo de sus derechos.

Argumentó que el propósito de los señores OJ y JAD dentro del trámite 2018-00557, fue que ella desalojara el apartamento, que es una persona ajena a ese asunto, que la decisión de negar el recurso de apelación vulnera el debido pues se tenía la posibilidad de acudir a una segunda instancia. Iteró que en el trámite incidental se cometieron varias faltas, no valorando en debida forma los medios de convencimiento adosados. Se quejó que no se dijera nada sobre la conducta negligente de quien la representó en el proceso que buscaba que se declare la existencia de la unión natural de hecho y la omisión del Defensor de Familia y el agente del Ministerio Público.

Afirmó que se genera un daño irreparable con la entrega del apartamento que posee con ánimo de señora y dueña, la cual se llevará a cabo el 27 de junio de 2023, al ser una tercera poseedora ajena al proceso, más cuando tiene cáncer y su familia la compone sus dos hijas, una de ellas menor de edad, atentando a su derecho a la igualdad.

II.- CONSIDERACIONES

1.- Problema jurídico.

Corresponde en esta oportunidad determinar si a pesar de que no se cumple con el requisito de la subsidiariedad, el amparo resulta procedente ante la protuberante vulneración del derecho fundamental al debido proceso que le asiste a la accionante, dentro del trámite que resolvió rechazar de plano la oposición a la entrega que presentara, aduciendo la calidad de poseedora del inmueble en disputa.

2.- Tesis de la Corporación.

Considera la Sala que, si bien no se cumplió con el requisito de subsidiariedad, lo cierto es que la decisión que rechazó de plano la oposición, no se ajusta a los lineamientos legales y constitucionales, circunstancias por la cual resulta lesiva de su derecho al debido proceso, lo que habilita la intervención del juez de tutela, al configurarse un defecto sustantivo en la decisión que resolvió el asunto.

3.- Análisis del caso.

Como punto de partida, recordemos que la Corte Constitucional ha fijado los parámetros para evaluar la procedencia de la acción de tutela dirigida a enervar los proveídos de los Jueces de la República, encontramos en ese escenario, las siguientes causales generales, a saber:

> *'a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. (...) b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable[1]. (...) c. Que se cumpla el requisito de la inmediatez (...) d. Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro*

1Corte Constitucional. Sentencia T-504 de 2000.

que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora[2]. (…) e. Que la parte actora identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible[3]. (…) f. Que no se trate de sentencias de tutela[4]. (…)"[5]

Sin embargo, también se ha definido que cuando la trasgresión de los derechos fundamentales es protuberante, el juez constitucional no puede verse limitado por requisitos de orden procesal.

Sobre el particular, estableció la Sala de Casación civil de la Corte Suprema de justicia lo siguiente:

> *'(…) [E]xisten circunstancias verdaderamente excepcionales que, puntual y casuísticamente verificadas, posibilitan que sólo y únicamente cuando la decisión cuestionada encierra, per se, una anomalía en grado tal que el yerro enrostrado luzca bajo cualquier óptica inadmisible, por causa de producir de manera desmesurada un menoscabo y «peligro para los atributos básicos», es posible la extraordinaria intervención del juez de amparo, no obstante la negligencia desplegada, por quien depreca el resguardo, al abandonar las vías legales con que cuenta para remediar sus males directamente en el proceso (…)" (STC11491-2015, 28 ago, rad. 2015-00059-02).*

Así mismo, ha puntualizado:

> *'Así lo ha reconocido la jurisprudencia de esta Sala, al señalar que a pesar de que el reclamante no haya utilizado los medios de defensa legales para impugnar las decisiones que censura por vía de tutela, excepcionalmente es posible proteger los derechos reclamados por la parte accionante, en aras de garantizar la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal"*[6].

Las referidas condiciones son las que se presentan en este caso, porque si bien la accionante no interpuso el recurso de reposición y queja en contra de la providencia que negó el recurso de apelación que presentó, es palpable la incursión de la juzgadora acusada en un defecto que autoriza la intervención del juez constitucional, dado que no era viable proferir esa decisión por las razones que a continuación se explican.

Dentro del asunto de la referencia se ha censurado las actuaciones del Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado No. 2018-

2Corte Constitucional. Sentencias T-008 de 1998 y SU-159 de 2000.

3Corte Constitucional Sentencia T-658 de 1998.

4Corte Constitucional. Sentencias T-088 de 1999 y SU-1219 de 2001.

5Corte Constitucional. Sentencia C-590 de 1995.

6 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 12 de octubre de 2012, rad. 2012-1545-01, reiterada en sentencia de 1 de diciembre de 2014, rad. 2014-02694-00

00557-00, pretendiendo que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se ordene la suspensión de la materialización de la entrega del bien raíz encartado, pues la accionante afirma que es poseedora del inmueble involucrado en el asunto.

De la revisión del expediente del proceso 2018-00557-00, se encuentra que la promotora presentó oposición a la diligencia de entrega del apartamento involucrado en el trámite de restitución, según se aprecia en diligencia de 20 de abril de 2022, en la que adujo ser una tercera totalmente ajena a la litis, que ha residido en el inmueble desde al año 2013 ejerciendo posesión de este pues aportó recursos propios para la adquisición del mismo, y que lo ocupa en compañía de sus dos hijas tras una ruptura con el señor JAD, quien vivía en el mismo, pero salió del apartamento en diciembre de 2016, remitiendo el señor Inspector Quinto de Policía de Pasto, el proceso ante el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Pasto, para que decida lo pertinente[7].

El apoderado de la ahora accionante, en mensaje de datos de 5 de julio de 2022[8], aportó y solicitó las pruebas, para establecer sus derechos como poseedora de buena fe. Con el fin de demostrar la simulación de la compraventa y el contrato de arrendamiento, entregó las escrituras de adquisición del apartamento por parte del señor JAD en el año 2013 y la de venta al señor OJD del año 2018, avalúo del inmueble, contrato de arrendamiento simulado suscrito entre los nombrados.

Para acreditar que JD nunca estuvo como inquilino del bien que enajenó de forma simulada y arbitraria y que tenía residencia en otro lugar, adjuntó copia auténtica de la diligencia realizada el 28 de septiembre de 2018 ante la Comisaría Primera de Familia de Pasto, donde confiesa que se separó de la promotora desde el mes de diciembre de 2016 y reside en otro lugar, contrato de prestación de servicios educativos de su hija menor de edad del año 2019 y carta de instrucciones para llenar el pagaré del año 2018, en los que indica que vive en otra casa, original de diligencia de 2 de septiembre de 2019 ante la Comisaría Primera de Familia de Pasto, donde indica como nuevo lugar de residencia la Torre I, apartamento 208 … y demanda que buscaba la declaración de unión marital de hecho, señalando como dirección la nueva residencia del entonces demandado.

Pretendiendo demostrar la posesión alegada, adjuntó audio de la diligencia de entrega del bien de 25 de febrero de 2022, en la cual se opuso, acta y registro de audio de la audiencia de 20 de abril de 2022 de la Inspección Quinta Urbana, solicitó que se oficie a la Notaría Segunda de Círculo de Pasto para que entregue copia de las declaraciones extra juicio de las señoras Adriana Marcela Cerón y Nubia Lorena Agreda, a quienes se las debería llamar para que ratifiquen su dicho respecto de los actos posesorios que ella ejerce, y se llame a los testigos que se presentó en la diligencia de oposición.

---

7 Carpeta Expediente Origen 2018-00557-Cuaderno Principal- PDF 005. QUINTO CUADERNO PRINCIPAL- Folio digital 1-4.

8 Carpeta Expediente Origen 2018-00557-Cuaderno Principal- PDF 005. QUINTO CUADERNO PRINCIPAL- Folio digital 31-104.

A su vez, la parte demandante en la restitución, argumentó la existencia de un contrato de arrendamiento del inmueble de su propiedad el cual no ha sido invalidado, ni tampoco se ha declarado ineficaz el contrato de compraventa. Añade que el sustento de la supuesta posesión se basa únicamente en suposiciones de la incidentalista. Señaló que el inmueble lo inician habitando como familia la señora YLB y JAD, quien inicialmente figuraba como propietario, pero después vendió el bien y continuaron habitándolo como arrendatarios a partir del 9 de diciembre de 2016 (por lo tanto, es falso que hubiera iniciado la posesión en esa fecha) y también se utilizaba como oficina del negocio de venta de libros jurídicos de JAD. Hizo entrega de varios documentos y solicitó pruebas testimoniales[9].

Así, una vez interrogadas las partes, recibidos los testimonios y surtidas las demás etapas procesales, la señora Juez al proferir auto[10], evaluó los requisitos necesarios para la prosperidad la oposición, entre ellos, demostrar la posesión del bien como tercero poseedor contra quien no produzca efectos la sentencia, caso en el cual no enmarcó a la incidentalista pues encontró que como la promotora era para ese momento la compañera permanente del señor JAD, quien fue vencido en el juicio de restitución, no estaba legitimada para oponerse en aplicación de lo dispuesto en el art- 209 del Código General del proceso porque su ingreso derivaba del demandado quien perdió el proceso mediante el cual se ordenó la restitución del bien inmueble, sin que pueda darse paso a la oposición pues no se puede reabrir etapas procesales precluidas ni considerar circunstancias ajenas como por ejemplo la simulación de los contratos de venta y arrendamiento.

Continuó señalando que el contrato de arrendamiento ni la venta fueron atacados en cuanto a su validez, más cuando la opositora conocía de esos actos desde que su ex compañero salió el 26 de diciembre de 2016 y que las declaraciones coincidían en señalar que la opositora entró al inmueble por ser la compañera del demandado en restitución, quien, a pesar de haber abandonado el lugar, continuaba con su negocio de libros jurídicos, sin ninguna restricción de ingreso. Concluyó que la sentencia si le era oponible a la señora LB en tanto el ingreso al inmueble se propició por ser la compañera permanente de quien fue inicialmente el propietario del bien, pero luego pasó a ser arrendatario y fue vencido en el juicio respectivo, por ello rechazó de plano la oposición.

En este caso se configura el defecto sustantivo por insuficiente motivación en la decisión cuando la argumentación utilizada para rechazar de plano la oposición abordó la legitimidad de la accionante y los efectos de la sentencia en su contra, con fundamento en ser la compañera permanente del arrendatario, pero dejó de lado estudiar y pronunciarse sobre que esa llegada fue producto de la convivencia y de la familia que ese momento formaban; es más, cuando se vendió el apartamento y decidió arrendarlo todavía tenían su núcleo familiar intacto, pues tal como lo admite el señor JAD y lo reitera la promotora, su salida del inmueble se dio el 26 de diciembre de 2016, a escasos días de haberse producido la venta y el arrendamiento del inmueble que habitaba la familia.

---

9 Carpeta Expediente Origen 2018-00557-Cuaderno Principal- PDF 005. QUINTO CUADERNO PRINCIPAL- Folio digital 107-126.

10 Carpeta Expediente Origen 2018-00557-cuaderno Principal-Carpeta 006. 2018-00557 INCIDENTE OPOSICIÓN-2018-00557AUDIENCIA INCIDENTE-20230131_05.

Se omitió también evaluar si el hecho de continuar trabajando en el apartamento era indicio suficiente para estimar que se prolongaba como tenedor del mismo, máxime cuando en su declaración JAD aseguró que era él quien proveía los recursos para mantener el hogar, incluso refiere él que a raíz de unos problemas que tuvo con la actora, decidió dejar de pagar el canon de arrendamiento, lo que llevó a la restitución del inmueble; de tal modo que, de negarle el permiso que asegura la actora le daba, podría dar lugar a que no se cuente con el único ingreso para sostener a sus hijas, siendo necesario analizar si el permitir la entrada limitaba la posesión que manifiesta ejercer.

Ello conllevó que no se hiciera ninguna mención del valor probatorio de los medios de convicción aportados como sustento de los actos posesorios ejercidos por la opositora.

Del recuento señalado, se infiere la prosperidad de la salvaguarda ante la indebida motivación de la sentencia, en tanto ello implica el incumplimiento de los servidores judiciales del deber de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones, pues precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional[11].

Claramente en el caso estudiado por este Tribunal se avizora que la motivación de la providencia que resolvió la oposición es superficial pues valoró la prueba desde una perspectiva limitada, soslayando que el panorama planteado por la incidentalista se fundaba precisamente en que rotos los lazos familiares el demandado en restitución salió del inmueble objeto del proceso que había sido antes la vivienda propia familiar, pero poco antes y en simultánea realizó dos actos jurídicos: se lo vendió a su hermano y este el mismo día se lo arrendó al vendedor quien pocos días después salió de la vivienda común.

Inexplicablemente el proveído acusado no hizo ninguna consideración de las circunstancias en que se llevaron a cabo los negocios jurídicos simultáneos de venta y arrendamiento celebrados entre los hermanos, soslayando simplemente su análisis señalando que no se estaba ante un proceso de simulación, lo que impidió conocer el tratamiento dado a las razones que esgrimió la opositora para fundar la posesión del inmueble a partir del momento en que ingresó al mismo como compañera permanente del demandado en el año 2013, pues continúo residiendo en el inmueble con sus hijas, después de la separación.

Incluso obvió hacer un análisis de la procedencia de aplicar la perspectiva de género ante la existencia de una categoría sospechosa por la posibilidad de que el ahora excompañero permanente de la opositora pudiera haber utilizado sus derechos como propietario del inmueble, como una herramienta de violencia en contra de ella y de sus hijas comunes, quienes habitaban el inmueble objeto de restitución.

Sobre juzgar con perspectiva de género, la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil ha considerado que: "Juzgar con «perspectiva de género» es recibir la causa y analizar si en ella se vislumbran situaciones de discriminación entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla de forma diferente a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo

11 Corte Constitucional, Sentencia SU-635 de 2015.

a manejar las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niño, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que, ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual" (CSJ. STC2287-2018, reiterada, entre otras, en STC7683-2021).

De allí que ese análisis superficial de las pruebas supone la incursión de la funcionaria acusada en un defecto fáctico que amerita la intrusión excepcional del juez constitucional para dejar sin efectos el proveído atacado y ordenar la emisión de un nuevo pronunciamiento judicial en el que se aborden los tópicos enunciados y se resuelva nuevamente la oposición planteada.

En consecuencia, se dejará sin validez la decisión tomada y se ordenará a la señora Jueza encartada que emita un nuevo pronunciamiento, invitándola a que examine el asunto aplicando un enfoque de género, apreciando de manera panorámica la situación bajo su estudio, a fin de verificar si se puso a la peticionaria en una situación de vulnerabilidad y si corresponde adoptar alguna medida para evitarlas.

Por 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 Constitución,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de 19 de abril de 2023, dictada por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, dentro de la acción de tutela propuesta por Yaneth López Bárcenas frente al Juzgado Cuarto Civil Municipal de la misma localidad y, en su lugar, **TUTELAR** el derecho al debido proceso de la accionante.

SEGUNDO: DEJAR SIN EFECTOS la decisión tomada dentro del proceso 2018-00557, el 31 de enero de 2023 en el incidente de oposición presentado por la señora YLB, y **ORDENAR** a la señora Jueza Cuarta Civil Municipal de Pasto, que en término de cinco (5) días, emita un nuevo pronunciamiento, teniendo en cuenta las consideraciones de esta providencia.

TERCERO. - NOTIFÍQUESE oportunamente a las partes por el medio más eficaz y envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión (Artículo 31 del Decreto 2591 de 1991).

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – Elementos.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – Análisis con Perspectiva de Género.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – La víctima está legitimada para grabar su propia voz, cuando es afectada por una conducta ilícita y por ende vulneradora de sus derechos fundamentales.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – Exclusión Probatoria de grabación de conversaciones decretadas como prueba: No procede.

(…) ciertamente las grabaciones aportadas con el libelo genitor, se podrían calificar de ilícitas, al tocar con la intimidad del señor LAMR y no apreciarse que hubiere mediado una autorización de su parte al respecto. Empero, estando comprometida también la intimidad y la dignidad personal de MAEP, mujer que habría sido presuntamente víctima de acoso sexual y, contándose con su autorización como interviniente en la comunicación telefónica finalmente grabada, (…) se infiere que resultaba factible su aportación al proceso con fines probatorios. (…)

(…) Por ende, puede tenerse por demostrado que el demandado participó de la conversación telefónica contenida en las grabaciones aportadas por la actora. (…)

(…) en relación con este demandado, destacamos que se abstuvo de controvertir el acto que el extremo activo de la relación jurídico procesal le endilgó y que denominó acoso sexual, mismo que la primera instancia encontró demostrado con las grabaciones que acompañaron la demanda y con las manifestaciones expuestas por el mismo demandado en su intervención ante el Tribunal de Ética Médica, limitándose a censurar el valor probatorio otorgado a las grabaciones que acompañaron a la demanda, así como a alegar que el acoso se verifica por conductas reiteradas y, que en realidad no existía una relación de subordinación con su docente. (…)

(…) si bien la génesis del daño reclamado está determinada por un acto personal y privado del señor LAMR, quien fuera docente de la Facultad de Medicina de la Universidad … avizora la Sala que para eludir su responsabilidad, el centro de estudios argumentó que ante la queja presentada por la estudiante MAEP se tramitó el respectivo proceso disciplinario y se dispuso la desvinculación del docente. (…)

(…) analizada la aludida actuación disciplinaria, sin dificultad se avizora que el ente universitario estuvo lejos de adelantar una investigación seria y a profundidad, como lo ameritaba el caso (…)

(…) En cuanto a la separación del cargo del docente, tomando en consideración las características del vínculo que ataba al docente MR con la Universidad…, (…), se deduce que más allá de una desvinculación de cara a lo sucedido, lo que ocurrió fue nada más que la finalización del término del vínculo. (…)

PERJUICIOS MATERIALES – Tasación.

(…) aunque si podría considerarse una objeción la controversia acerca de la generación de los gastos de la estudiante en la ciudad de …, se sale al paso manifestando que los ítems relacionados, como son la manutención,

transporte, internet y demás servicios públicos, aún cuando obviamente se consumían también durante la estancia de la estudiante en su ciudad de origen, se justifican porque en su residencia eran absorbidos por los gastos generales del hogar, mientras que al estar en otro municipio adquieren carácter independiente y de igual forma deben cubrirse.

En este orden, se asoma factible el reconocimiento pleno de los perjuicios solicitados, como lo proponen los actores, habida consideración de que no se encuentra la razón para que la a-quo hubiere procedido a su disminución, más aún cuando por lo expuesto, la falta de prueba de los perjuicios no puede constituir una objeción propiamente dicha y, aparece coherente la generación de gastos adicionales debido al traslado y que antes permanecían al cobijo de los gastos hogareños, acotando que es un hecho notorio que el costo de vida en una ciudad como …, es superior al de la ciudad de Pasto. (…)

PERJUICIOS MORALES - Valoración según el arbitrio judicial, conforme las pruebas, naturaleza del derecho afectado y magnitud del daño.

(…) se avizora que los perjuicios morales reconocidos a los actores por cuenta del acoso del que fue víctima la hija de la familia, que implicó su traslado por espacio de 2 años a una ciudad lejana y hondas repercusiones en sus vidas, no resultan desproporcionados. (…)

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: Protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - La defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - Es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - Reparación simbólica: Procedencia al ser independiente de la reparación por daño moral, por lo cual no habría doble resarcimiento.

(…) En el caso presente, se tiene por establecida la responsabilidad civil referenciada en la demanda, encontrándose involucrada la dignidad humana de una mujer que fue víctima de una conducta de ribetes sexuales en su contra que en su momento llegó a trastocar su proyecto y condiciones de vida por espacio de dos años, afrenta cuyo resarcimiento se pretende también a través de esta acción.

Con esto en mente y aplicando la perspectiva de género, se juzga factible proceder con el resarcimiento integral de modo tal que abarque el generado por el desconocimiento de la aludida garantía *ius fundamental* y, por aludir a un daño ocasionado en su dignidad de mujer, escapa a la indemnización por daño moral reconocido a la víctima directa, con el cual coexiste. (…)

(…) la demandante suplica que este especial resarcimiento se verifique a través de un acto de perdón público en las instalaciones de la Universidad … siendo esta una reparación simbólica (…)

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

San Juan de Pasto, catorce (14) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 520013103002-2020-00091-02 (841-02)
Asunto : Apelación sentencia en proceso verbal de responsabilidad civil extracontractual
Procedencia : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto
Magistrada : Dra. PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO

Una vez agotado el trámite previsto en el art. 14 del Decreto Legislativo N° 806 de 2020, aplicable por lo reglado en el art. 40 de la Ley 153 de 1887 y finalmente convertido en legislación permanente por la Ley 2213 de 2022 y, de conformidad con lo ahí dispuesto, procede la Sala a dictar por escrito sentencia de segunda instancia dentro del presente asunto.

I. ANTECEDENTES

1. Demanda

El día 20 de agosto de 2020[1], con posterior corrección[2], la señora MAEP y sus padres los señores JGEZ y NMPO, presentaron demanda en contra del señor LAMR y la Universidad … a fin de que, previo el trámite del proceso verbal, se declare que los demandados son civil y solidariamente responsables de los daños a ellos ocasionados, por el acoso sexual que el señor MR, abusando de su poder como docente de la Facultad de Medicina de la institución educativa, ejerció en contra de la en ese entonces estudiante del mismo programa señora MAEP y, por ende, se condene a los demandados a pagar determinados montos por concepto de perjuicios materiales en modalidad de daño emergente y, extrapatrimoniales representados en perjuicios morales y así mismo, se los condene "a que, en acto público, que deberá surtirse en las instalaciones de la Universidad …, facultad de medicina, pida perdón público a la víctima del acoso sexual".

Los hechos en los que se fundamenta la acción, se redujeron a afirmar que: ***(i)*** el día 15 de mayo de 2012 el señor LAMR, médico y docente del Programa de Medicina de la Universidad … Campus Pasto, abordó a la estudiante de Medicina de dicha institución, MAEP y, le preguntó acerca de los resultados de un examen académico; ***(ii)*** más tarde en la misma fecha, el docente llamó a la estudiante a su teléfono celular y le comentó que hablaría con otro docente amigo suyo a fin de interceder para que ella obtenga una buena nota en la asignatura dictada por aquél profesor, reunión docente que se llevaría a cabo el 28 de mayo de 2012; ***(iii)*** como contraprestación, el señor MR le propuso que se encontrasen en un motel el día 23

1 PDF 01 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

2 PDF 06 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

de mayo de 2012, previa confirmación de la cita el día anterior; ***(iv)*** en esta última calenda, el docente llama nuevamente al abonado celular de la estudiante para preguntarle acerca de su decisión y se repite la llamada más tarde, citándola en el Motel El Bosque, ubicado en la vía que de Pasto conduce al Municipio de Nariño, advirtiéndole que la recogería en el Restaurante Tipicuy, manifestándole "si usted cumple yo le cumplo"; ***(v)*** la estudiante no tenía ningún interés en mantener relaciones personales ni íntimas con el demandado, quien bien podría ser su abuelo, por lo que puso en conocimiento de su padre la situación, decidiéndose grabar las llamadas; ***(vi)*** los hechos fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía General de la Nación, instancia en la que sorprendentemente se decidió no acusar al investigado, determinación que no resulta vinculante para la presente reclamación de perjuicios; ***(vii)*** el acoso recibido obligó a la estudiante a trasladarse a la ciudad de … para poder continuar sus estudios en la sede que la universidad tiene en dicha localidad, lo que generó una serie de sobrecostos para el grupo familiar; y ***(viii)*** de igual forma, el desagradable evento produjo severos perjuicios morales a la víctima directa y a sus padres.

2. Posición de la entidad demandada

2.1. El demandado LAMR se opuso a las pretensiones de la demanda y como excepciones de mérito, formuló las siguientes[3]: "DEMANDA TEMERARIA", fundamentada en que los demandantes conocían de la absolución del demandado en el proceso penal y en el proceso disciplinario aperturados en su contra; "PRESCRIPCIÓN", en tanto que la acción promovida nace de la supuesta comisión de un delito cuya investigación fue declarada prescrita; y "COSA JUZGADA", debido a que la justicia penal, al declarar la prescripción de la acción penal, dispuso que con la decisión cesaba toda persecución penal con efecto de cosa juzgada en favor del demandado.

2.2. Por su parte, la Universidad … se resistió igualmente a los pedimentos de los demandantes, ante los cuales formuló como excepciones de fondo las que denominó[4]: (i) "INEXISTENCIA DEL HECHO CAUSAL DE RESPONSABILIDAD", basada en que no existe una actuación de la universidad que pudiere ocasionar el daño que los demandantes reportan; (ii) "MALA FE DE LA PARTE DEMANDANTE", dado que los actores pretenden lucrarse a partir de un hecho inexistente cometido por parte de la institución, a la que no se le puede endilgar ninguna culpa; (iii) "BUENA FE DE LA DEMANDADA", la universidad actuó con apego absoluto al ordenamiento, garantizando a la estudiante su cupo para finalizar su plan de estudios en esta misma ciudad y facilitando el traslado que de manera voluntaria solicitó; (iv) "CASO FORTUITO ENTRE EL EX TRABAJADRO Y EGRESADA", puesto que lo acaecido entre la estudiante y el docente sucedió sin ningún tipo de conocimiento de la entidad educativa, no siéndole posible controlar el accionar del cuerpo docente y de los estudiantes más allá de sus obligaciones institucionales; e (v) "INEXISTENCIA DE CULPA O DOLO EN LAS ACTUACIONES DE LA UNIVERSIDAD", la cual se apoya en que la universidad expidió en su momento el Estatuto Profesoral en el que se proscriben actuaciones como la narrada en los hechos de la demanda, por lo que no tiene por qué responder en solidaridad con el ex trabajador por las actuaciones que él libre y voluntariamente desplegó.

---

3 PDF 18, pág. 3 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

4 PDF 22, pág. 10 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

De otro lado, la demandada manifestó objetar el juramento estimatorio contenido en la demanda y dirigido a acreditar los perjuicios materiales objeto de reclamo.

3. Sentencia de primera instancia

El día 7 de octubre de 2021 el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto dictó sentencia de primera instancia[5], en la cual adoptó las siguientes determinaciones: ***(i)*** declaró que el señor LAMR y la Universidad …, son civil y solidariamente responsables de los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por los demandantes con ocasión del acoso sexual que el señor MR, abusando de su poder como docente de la Facultad de Medicina de la institución educativa, ejerció en contra de la en ese entonces estudiante del mismo programa señora MAEP; ***(ii)*** condenó a los mencionados a pagar a los demandantes determinados montos por perjuicios materiales en modalidad de daño emergente, así como por perjuicios extrapatrimoniales representados en daño moral; ***(iii)*** negó las demás pretensiones de la demanda; ***(iv)*** declaró no probadas las excepciones de mérito propuestas por los demandados; ***(v)*** acogió parcialmente la objeción al juramento estimatorio, mas se abstuvo de imponer sanción a la parte actora en los términos del art. 206 del C. G. del P.; y ***(vi)*** condenó en costas a los demandados en favor de los demandantes.

Para llegar a tal determinación, la *a-quo* inicialmente advirtió que no se configuraron nulidades en el trámite, estimó cumplidos los presupuestos procesales y encontró que las partes contaban con legitimación en la causa.

De otro lado, afirmó encontrarse frente a una acción de responsabilidad civil extracontractual, cuyos elementos, esto es, el daño, la culpa y el respectivo nexo de causalidad, consideró debían analizarse *'a la luz del ordenamiento sustantivo civil, pero sobre todo debido al contexto en que se asevera ocurrieron los hechos, bajo la perspectiva de género, que según se explicó en la audiencia inicial se emplea como una metodología que permite visibilizar y superar las relaciones asimétricas de poder entre hombres y mujeres, leer e interpretar una norma tomando en cuenta los principios ideológicos que la sustentan y, al mismo tiempo, la forma en que éstos afectan de manera diferenciada a quienes acuden a demandar justicia ya que su metodología permite reconocer los símbolos y arquetipos que se encuentran en la trama del caso concreto, todo con el fin último de garantizar el acceso a la justicia de las mujeres."*

Luego de hacer algunas apreciaciones en torno al acoso sexual, encontró satisfechos los elementos de la acción interpuesta.

Los hechos que provocaron el daño cuya reparación se reclama, los halló representados en las grabaciones aportadas y en las aseveraciones que el demandado LAMR hizo ante el Tribunal de Ética Médica, que dan cuenta de las propuestas del docente a la estudiante de cuyo contenido no queda duda el interés sexual hacia aquella, a quien cita en un restaurante a las afueras de la ciudad para luego dirigirse a un motel con el supuesto fin de tratar temas de interés académico de la estudiante, entonces, no existe una propuesta concreta de sostener

5 PDF 61 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

relaciones sexuales pero por las circunstancias se infiere. Además, se acudió a la declaración de la demandante, coherente a la expuesta en los distintos escenarios que ha debido atravesar, como la entrevista rendida en su momento ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. Por último, la ocurrencia del hecho se apoyó también en la declaración de directivos de la universidad, como la del señor HEF, Jefe de Bienestar Universitario de la época, quien aludió a la ocurrencia de hechos similares que no fueron oficializados por las víctimas, a diferencia de la hoy demandante.

En cuanto a la Universidad, adujo que la interacción del docente con la estudiante inició en las instalaciones del claustro y que la relación de profesor – estudiante y la situación académica de ella fueron las que permitieron que él la abordara; que la institución no fue diligente ante la denuncia instaurada por acoso, ya que se limitó a disponer la no renovación del contrato del profesor e inició el respectivo proceso disciplinario; que la investigación concluyó con archivo porque el implicado ya no laboraba para la institución, sin procurar el esclarecimiento de los hechos y que no se procedió a terminar el contrato o al menos a suspender al docente, permitiendo que sigua en la universidad; que el centro de educación omitió su deber de protección y acompañamiento a la víctima de acoso sexual, de establecimiento de la verdad y de reparación e inaplicó los protocolos de casos de violencia de género y de acoso sexual; que optó por medidas que permitían acallar los hechos, como fue la facilitación del traslado de la estudiante a otra sede, traslado que se verificó a raíz del acoso y no por voluntad propia, no siendo el traslado una medida de acompañamiento; que su deber era prevenir el riesgo de la estudiante, máxime si se tenía conocimiento sobre presuntos hechos previos, siendo evidente el poder que tienen los docentes sobre sus estudiantes; y, que en la actuación disciplinaria no se tuvo en cuenta la relación asimétrica de poder y no invirtió la carga de la prueba.

El daño, en su faceta de sufrimientos de orden moral padecido por los actores, se fundamentó en las declaraciones por ellos rendidas, donde se evidencia que conforman un núcleo familiar que ha expuesto su situación durante varios años y se ha sometido a distintos trámites sin resignarse a los resultados, pues en la universidad no encontró reparación y la actuación en el Tribunal de Ética Médica culminó en preclusión, al igual que la acción penal. Mientras que frente a los perjuicios de orden material, traducidos en los gastos de sostenimiento en que incurrieron los señores EP debido al traslado de su hija a … para seguir sus estudios universitarios, se dijo que era un hecho indiscutible tal traslado fuera de su lugar de residencia, que lógicamente genera unos gastos adicionales por concepto de transporte aéreo, cánones de arrendamiento y trasteo.

Finalmente, encontró un nexo causal entre el acoso y la respuesta de la institución educativa y los daños reclamados. En cuanto a la universidad, puntualizó que el traslado se dio por un ambiente hostil e inseguro que generó la denuncia de acoso y, que no se tomaron medidas efectivas para constatar el acoso y prevenir los daños. Respecto al demandado MR, encontró que una conducta de acoso sexual, al ser desagradable y altamente ofensiva, obviamente genera un daño moral a la víctima y a sus familiares cercanos.

Al juzgar demostrados los elementos de la acción, despachó negativamente las excepciones de mérito lanzadas que apuntaban a que los mismos no se configuraban, argüidas por la universidad, y a que la acción era temeraria, conforme lo refirió el demandado. De igual forma, se descartó la excepción de prescripción alegada por éste, basada en que el origen de la responsabilidad era un delito y que por tanto, según el art. 2358 del Código Civil las acciones tendientes a la reparación del daño prescriben en los términos del Código Penal y que en este caso el juez penal declaró la prescripción de la acción penal, ello por cuanto para la responsabilidad, los demandantes invocaron la aquiliana prevista en el art. 2341 del C. C. acción cuya prescripción es la ordinaria de 10 años consagrada en el art. 2536 del C. C., término que no ha corrido, amén de que el demandado fue investigado por la Fiscalía General de la Nación, mas no fue condenado por juez penal competente. También descartó la excepción de cosa juzgada blandida por el demandado, que descansa en la decisión en su momento adoptada por el Juez Tercero Penal del Circuito de Pasto en la que declaró la preclusión de la acción penal por prescripción, dado que el proceso penal terminó de manera anticipada, es decir, no hubo sentencia que resolviera de fondo la cuestión, bien sea absolviendo o condenado al procesado, por lo que no puede invocarse la existencia de cosa juzgada, institución reservada para providencias que decidan de forma definitiva el conflicto respectivo.

Concluyendo con la tasación de los perjuicios, respecto de los materiales concretados en los gastos de traslado a la ciudad de …, destacó que se fijaron en la suma de $72’840.000 discriminados en arrendamiento, transporte aéreo y urbano, manutención, servicios públicos y trasteo; que la universidad reprochó que algunos de ellos también debían asumirse en el lugar de residencia, por lo que no cabía su reconocimiento; y, que dicha cuantificación se hizo en juramento estimatorio que al ser objetado, dentro de su traslado los demandantes aportaron soportes de consignaciones bancarias a la hija en los años 2014 y 2015, contratos de arrendamiento de inmuebles en la ciudad de … en los años 2012 y 2014 por un lapso de 6 meses cada uno y, un documento titulado cartera clientes proveniente de una agencia de viajes a nombre del demandante. Frente a lo acontecido, la juez consideró que los gastos se debían tasar por los periodos de permanencia en … que coinciden con la duración de los semestres académicos. Siendo así, los perjuicios materiales reconocidos se fijaron en $48’953.777, monto que si bien es diferente al incluido en el juramento estimatorio, no permite la imposición de la sanción prevista en el art. 206 del C. G. del P. Para la tasación de los perjuicios morales, si bien no se encontró un referente en la jurisprudencia civil de la Corte Suprema de Justicia, se tomaron como parámetro los montos establecidos para casos de pérdida de la vida, señalándolos en la suma de 40 S.M.L.M.V. para la víctima directa y 20 S.M.L.M.V. para sus padres.

Por último, en cuanto a la reparación simbólica estimó que se relacionaba con la defensa del principio de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio ocasionado a los bienes más preciados del individuo, lo que constituye una institución del derecho civil para cuya concesión, el juez debe verificar: ***(i)*** si el daño se configure por violación de ciertos derechos fundamentales comprometidos directamente con la dignidad, verbigracia la libertad, la intimidad personal y familia, la honra y el buen nombre; ***(ii)*** si el resarcimiento pretendido está comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como el perjuicio patrimonial, moral, a la salud o a la vida de relación, para evitar un doble resarcimiento o, si por el contrario su coe-

xistencia con ese tipo de daños es factible por distinguirse claramente de ellos o tener fuente en circunstancias fácticas diferenciables; y ***(iii)*** si la medida de satisfacción que se otorga es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien no estimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa a su dignidad. Teniendo esto en mente, la *a-quo* consideró que la reparación simbólica no tenía lugar porque la parte actora no fue concreta al determinar los requisitos de este tipo de responsabilidad. Además, acotó: *'el libelo genitor también persigue el reconocimiento del perjuicio moral padecido por la parte demandante, consistente en la zozobra, dolor, aflicción por la situación de acoso de la que fue víctima la señora MAE; planteamiento que evidencia una acumulación de prestaciones de carácter extrapatrimonial; en tanto, ambas pretensiones derivan del mismo daño imputado a la parte demandada, encontrándose vinculadas por una relación de causa a efecto, convergiendo la reparación moral reconocida en esta providencia, con la simbólica pretendida y sin estar en presencia de la reparación de un daño autónomo o haberse cimentado los fundamentos jurídicos de la demandada en el reconocimiento y reparación de dicho daño; motivo por el cual no se accederá a esta pretensión."*

4. Recurso de apelación

Actuando dentro de término, la parte actora y los demandados apelaron la sentencia[6], recurso que fue concedido en el efecto suspensivo por la a-quo[7] y, admitido por la presente instancia en igual efecto[8]. Los demandantes solicitaron que se acceda a la reparación simbólica pedida y, que se reconozca el monto total por concepto de perjuicios patrimoniales y no solo parcial. La universidad pidió que se nieguen las pretensiones de la demanda y, subsidiariamente, no se la declare responsable. Por último, el demandado suplica ser absuelto de los pedimentos de la demanda.

II. CONSIDERACIONES

1. Sanidad procesal

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

2. Presupuestos procesales

Concurren a plenitud en el presente caso, veamos: tenía la a-quo competencia para avocar conocimiento en primera instancia, en virtud de la naturaleza y cuantía del asunto (art. 20 num. 1° del C. G. del P.), así como por el domicilio de la persona natural demandada (art. 28 num. 1° ibídem), mientras que esta Corporación tiene competencia funcional para desatar el recurso de alzada interpuesto (art. 31 num. 1° del C. G. del P.).

---

6 PDF 62, 64, 65 y 68 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

7 PDF 69 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

8 PDF 10 - Carpeta Segunda Instancia - Expediente electrónico en One Drive

De otro lado, los demandantes MAEP, JGEZ y NMPO, así como el demandado LAMR, son personas naturales y mayores de edad, por lo que tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso, mientras que la Universidad … es una persona jurídica que acudió por intermedio de su representante legal, gozando de las mismas calidades.

Culminando 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, debidamente corregida, se allanó a cumplir con las mínimas exigencias que permiten decidir de fondo el asunto.

3. Legitimación en la causa

Los señores MAEP, JGEZ y NMPO, afirman haber sufrido perjuicios patrimoniales y extrapatrimoniales como consecuencia del acoso sexual que el señor LAMR, abusando de su poder como docente de la Facultad de Medicina de la Universidad … Sede Pasto, ejerció en contra de la en ese entonces estudiante del mismo programa señora EP, por lo que tienen 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 el señor MR y la institución educativa –legitimación en la causa por pasiva–, en principio encuentra sustento en que el primero es señalado como el perpetrador del acto de acoso, mientras que la segunda es la institución a la que pertenecían tanto docente como estudiante en la época de los hechos.

4. Caso concreto

4.1. Como cuestión preliminar y de cara a la solicitud de aplicación de las consecuencias previstas en el art. 121 del C. G. del P. que eleva la parte actora, es preciso advertir que no hay lugar a ello, toda vez que según lo ha definido la Corte Suprema de Justicia, el término para decidir consagrado en dicho canon, se computa a partir de la posesión en el cargo y, siendo así, el término aún no ha fenecido (STC12660-2019).

4.2. Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver el recurso de apelación propuesto. Para ello, nos ceñiremos a los reparos concretos formulados por los apelantes contra el fallo de primer grado[9], los cuales fueron debidamente sustentados ante el superior[10] y, delimitan la competencia de esta segunda instancia de acuerdo a los arts. 320 inc. 1° y 328 inc. 1° del C. G. del P., mismos que se compendiarán y serán analizados en la forma que a continuación se expone:

4.3. En primer lugar, están los reparos que hace el demandado LAMR.

4.3.1. Inicialmente, aduce que no se podían valorar las grabaciones aportadas y decretadas como prueba en el proceso, por constituir pruebas ilícitas al no mediar la autorización del de-

9 PDF 62, 64, 65 y 68 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

10 PDF 14 y 16, Carpeta Segunda Instancia - Expediente electrónico en One Drive

mandado para la recolección de su voz y por ende, desconocer su derecho a la intimidad y, porque no se tuvo en cuenta el informe rendido por el Gaula ante la Fiscalía General de la Nación, que conceptúa sobre la imposibilidad de determinar si la grabación era original o copia, si había sido editada, así como no se podía establecer la fecha de creación del documento e, identificar al interlocutor masculino de la conversación grabada.

Como se tuvo oportunidad de exponer en el auto que decidió la alzada formulada previamente en relación con esta materia, diremos que de tiempo atrás la Corte Suprema de Justicia se ha encargado de regular el tema de las pruebas ilícitas, la exclusión de las mismas y su excepcional admisibilidad. Así, en sentencia de casación de 29 de junio de 2007, radicación N° 05001-31-10-006-2000-00751-01, ratificada entre otras en sentencia SC3148 de 2021, que in extenso nos permitimos transcribir, expuso:

"Grosso modo, la prueba es "ilícita", en efecto, cuando pretermite o conculca especificas garantías o derechos de estirpe fundamental. Como lo pone de presente la doctrina especializada, la prueba ilícita, más específicamente, "...es aquella cuya fuente probatoria está contaminada por la vulneración de un derecho fundamental o aquella cuyo medio probatorio ha sido practicado con idéntica infracción de un derecho fundamental. En consecuencia,…el concepto de prueba ilícita se asocia a la violación de los citados derechos fundamentales"[11], hasta el punto que algunos prefieren denominar a esta prueba como inconstitucional (Vid: Corte Constitucional, sentencia SU-159-02).

La prueba es ilegal o irregular, por el contrario, cuando no pretermite un precepto constitucional fundamental sino uno de índole legal, en sentido amplio, de suerte que será la tipología normativa objeto de infracción, en esta tesitura, la llamada a determinar si se está ante una u otra clase de prueba, sobre todo a partir de la noción de derechos o garantías fundamentales. Si es la Carta Política la quebrantada, particularmente uno o varios derechos de la mencionada estirpe, la prueba se tildará de ilícita, mientras que si la vulnerada es una norma legal relativa a otra temática o contenido, se calificará de ilegal o irregular[12].

---

11 Joan Picó I Junoy. La prueba ilícita y su control judicial en el proceso civil. XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Universidad Libre, Bogotá, 2005, págs. 840 y 841. Por su parte, Ada Pellegrini Grinover, expresa que 'Por prueba ilícita, en sentido estricto, indicaremos por tanto la prueba recogida infringiendo normas o principios colocados por la Constitución y por las leyes, frecuentemente para la protección de las libertades públicas y de los derechos de la personalidad y de su manifestación como derecho a la intimidad… Constituyen, también, pruebas ilícitas las obtenidas con violación al domicilio (…), o de las comunicaciones (…); las conseguidas mediante tortura o malos tratos (…); las recogidas infringiendo la intimidad (…)". Pruebas Ilícitas, en Revista de la asociación de ciencias penales de Costa Rica, Año 7, No. 10, 1995, pág. 23. Criterio algo análogo expone el profesor de la Universidad de Pavía, Vittorio Denti, quien precisa que 'Las pruebas que se definen como ilícitas son …[las] obtenidas en violación de derechos protegidos por normas diversas y en primer lugar por normas constitucionales", lo que explica que lo indicado se traduzca en '…el punto de apoyo de una disciplina de la prueba que pone límites a los métodos de indagación judicial que pueden ser ofrecidos insidiosamente por el progreso técnico-científico". Estudios de derecho probatorio, E.J.E.A., Buenos Aires, 1974, págs. 270 y 271.

12 Según la Corte Constitucional, en reciente fallo, prueba ilegal es 'aquella que ha sido practicada, recaudada y valorada en contravía de las formas propias de cada juicio, concretamente, del régimen legal de la prueba", al paso que prueba inconstitucional es aquella que 'en agresión directa a los preceptos constitucionales, ha sido incluida en el proceso en desconocimiento y afrenta de derechos fundamentales" (T-233, 29 de marzo de 2007).

La diferencia reinante entre este tipo de probanzas, útil es relievarlo, no sólo es dogmática y referida a su fuente preceptiva y a su específico contenido, habida cuenta que tiene asignadas trascendentes y disímiles consecuencias en la órbita jurídico-probatoria, según autorizada opinión. Tanto que, ad exemplum, se señala que la prueba ilícita, en línea de principio, no es pasible de valoración judicial, como quiera que carece de eficacia demostrativa –desde luego, con algunas puntales excepciones a partir de la adopción del criterio o postulado de la proporcionalidad-,[13] al paso que la ilegal o irregular si lo será, aspecto éste, por lo demás, no pacífico en el derecho comparado.

4.4. La legislación colombiana, en los últimos lustros, no ha sido ajena a esta problemática, en términos generales, referida a la denominada 'exclusión de la prueba'. Por eso, no es fortuito que el artículo 29 de la Carta Magna categóricamente fulmine con la nulidad –de pleno derecho- a "la prueba obtenida con violación del debido proceso", mandato que, huelga destacarlo de antemano, tiene plena cabida en todos los procedimientos, valga precisar, en el civil, en el laboral, en el penal y en el administrativo, entre otros, así en el primero y específicamente en el tercero de los mencionados ámbitos haya tenido mayor expansión, aplicación y análisis. Es que a voces del mismo precepto, el debido proceso, en sí mismo, "se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales o administrativas".

Ahora bien, en cuanto concierne a la indicada nulidad, necesario es precisar, que a más de reflejar en la estructura constitucional del debido proceso ese carácter restringido -o si se prefiere sometido a puntuales límites- del derecho a la prueba, como se expresó en precedencia, corresponde a la citada regla de 'exclusión de las pruebas', cuya operancia tiene lugar cuando un medio demostrativo ha sido producido con violación de los derechos fundamentales y de los requisitos esenciales fijados en la ley, y que, por la forma en que está concebida, auscultadas las diversas tendencias que a nivel internacional existen en la materia, esto es, básicamente la anglosajona –Estados Unidos de América, Canadá, Australia y Gran Bretaña-, la germánica –Alemania y Suiza- y la romana –Francia e Italia-, se evidencia una mayor proximidad del sistema colombiano a la última de ellas, caracterizada por someter las pruebas indebidamente obtenidas a un régimen sancionatorio de nulidades, todo sin perjuicio de la incardinación específica de algunos postulados pertenecientes a la corriente germánica, enderezados a posibilitar, in casu y de modo excepcional, la ponderación judicial, como se reseñará más adelante.

---

13 En este sentido, partidario de una proscripción absoluta o general, a diferencia de otros autores que abogan por la admisibilidad y apreciabilidad de la prueba ilícita en determinadas circunstancias especiales, todo como corolario del referido criterio de la proporcionalidad, el doctrinante español Jacobo López Barja, expresa que en un sector de la doctrina 'no se prescinde ni va a considerarse irrelevante el modo en que la prueba llega al proceso…En el fondo late la inadmisibilidad e inapreciabilidad y, en definitiva, la prueba ilegalmente obtenida…Por ello se admite '…que junto al interés social de la averiguación de la verdad coexisten otros intereses que incluso en ocasiones son de superior valor y llevan necesariamente a impedir esa búsqueda absoluta de la verdad'…". Instituciones de derecho procesal penal, Ediciones Jurídicas Cuyo, Mendoza, 2001, págs. 278 y 279 (Vid: del mismo autor: Tratado de derecho procesal penal, Thomson, Aranzadi, Pamplona, 2004, pág. 956), tesis ésta que, conforme se anotó, ha sido objeto de concretas atenuaciones, pues sin desconocerse el carácter nugatorio o impeditivo de la prueba ilícita, a modo de regla generalísima, se permite su examen en forma excepcional, en guarda de privilegiar caros y axiales derechos fundamentales que, de otro modo, se verían eclipsados, amén que injustamente conculcados con el pretexto de aplicar rígida e implacablemente el principio de exclusión en referencia. Por ello es por lo que se alude a las denominadas 'válvulas de escape".

Al respecto, la Corte Constitucional, luego de analizar los antecedentes históricos de la citada norma de la Carta, apuntó que: "La consagración de un debido proceso constitucional impide al funcionario judicial darle efecto jurídico alguno a las pruebas que se hayan obtenido desconociendo las garantías básicas de toda persona dentro de un Estado Social de derecho, en especial aquellas declaraciones producto de torturas o tratos crueles, inhumanos o degradantes. Así entendida, la expresión debido proceso no comprende exclusivamente las garantías enunciadas en el artículo 29 de la Constitución sino todos los derechos constitucionales fundamentales …es claro que en el origen de la norma el constituyente buscó impedir que una prueba específica ('la prueba') resultado directo e inmediato ('obtenida') de un acto violatorio de los derechos básicos, fuera valorada en un proceso judicial" (Sentencia SU 159/02 de 6 de marzo de 2002).

4.5. Propio es entonces manifestar que cuando injustificadamente un medio demostrativo desconoce en forma abierta los derechos fundamentales consagrados en la Constitución Política o en las normas legales básicas de los distintos regímenes probatorios, en principio, califica como prueba ilícita –o si se prefiere como una concreta modalidad de las apellidadas 'prohibiciones probatorias'- y, por lo mismo, se hace acreedora de la sanción de nulidad de pleno derecho establecida en el inciso final del artículo 29 de la Constitución Política, entre otras tipologías. Y se dice en principio, porque incluso en los aludidos sistemas anglosajón y romano, que propugnan y se inclinan por la aplicación férrea de la referida regla de exclusión probatoria, destacados sectores de la doctrina y la jurisprudencia, influenciados por la enunciada directriz de origen germánico, han autorizado puntuales excepciones a la misma, apoyados en el criterio de la 'proporcionalidad', responsable de la floración de las tildadas 'válvulas de escape', ya mencionadas tangencialmente.

4.6. Elocuente ejemplo de lo anotado es precisamente el desarrollo experimentado por el tema en cuestión en el derecho colombiano, como quiera que la jurisprudencia emanada de la H. Sala de Casación Penal de esta Corporación, en ciertos y específicos casos, caracterizados por una evidente tensión reinante entre el derecho fundamental vulnerado con la obtención de la prueba (igualdad, dignidad, libre desarrollo de la personalidad, intimidad, etc.) y aquel o aquellos en que la apreciación del elemento de juicio permitiría salvaguardar (la vida, la integridad personal, la defensa, la moralidad y seguridad públicas, etc.), ha habilitado y, por ende, posibilitado la valoración de concretos medios probatorios que, por su etiología y ulterior materialización, algunos formalmente pudieren calificar de ilícitos. En otros términos, como lo pone de presente Luis Muñoz Sabaté, "En estos casos y en otros muchos, se presenta al juzgador un acuciante dilema al tener que decidir entre verdad y seguridad jurídica"[14], dificultad que se palpa, por vía de referencia, en punto tocante con las grabaciones telefónicas subrepticias o sin autorización –interceptación, audición, registro o aprehensión no tolerada de las comunicaciones-.

A título ilustrativo, bien vale la pena traer a colación, en lo pertinente, algunos de los pronunciamientos indicativos de la aplicación del mencionado criterio de proporcionalidad –también conocido como criterio de razonabilidad-, de suyo excepcional, ora en el derecho comparado, ora en el derecho patrio, en la medida en que, en general, sin que consecuentemente se torne absoluta, impera la regla de la inadmisibilidad de la prueba ilícita o, si se desea, de su nulidad de abolengo constitucional (art. 29 C.P.).

14 Luis Muñoz Sabaté. Técnica probatoria. Estudios sobre las dificultades de la prueba en el proceso, Temis, Bogotá, 1997, pág. 60.

(…)

Así las cosas, las excepciones planteadas en los aludidos pronunciamientos, obedecen a la aplicación moderada y cuidadosa del 'criterio de proporcionalidad', frente a las situaciones concretas de que ellos se ocuparon (prueba pro reo), conforme al cual corresponde al juez escrutar y sopesar los intereses en conflicto o tensión y, según la conclusión a que sobre el particular arribe, privilegiar unos u otros, con el propósito de optar por el desconocimiento de la prueba, que es la regla, o por su acogimiento, que es la salvedad que a ella se hace, también digna de ser tenida en cuenta, según el caso, en el entendido, que este criterio o principio no es exclusivo del derecho penal, como quiera que en otras esferas igualmente campea, v. gr: en el derecho privado, a su vez con sendas restricciones15, no tantas, empero, como para que se traduzca en un axioma pétreo, a la par que estéril.

(…)

4.9. En lo que atañe a la específica situación analizada, conveniente es advertir que en este proceso civil, en consideración a las especiales notas que rodearon la producción e incorporación de la prueba documental en comentario (casete), no resulta aplicable el criterio de admisibilidad probatoria que, en relación con algunas pruebas, la H. Sala de Casación Penal de la Corte, en asocio de docta y autorizada doctrina, ha prohijado en ciertos y específicos casos referidos con detalle anteriormente (prueba pro reo), puesto que, como se evidenció, esa línea de pensamiento excepcional está afincada en que las conversaciones provengan de la persona afectada con la conducta presuntamente ilícita y del sujeto agente de la misma, así como que el autor de la respectiva grabación haya sido uno de ellos y que haya procedido de tal manera, precisamente, con fines de preconstituir la prueba del punible o de establecer su inocencia, entre otras hipótesis, en tanto que, como anteriormente quedó precisado, la conversación grabada en el casete de que trata este litigio, ello es medular, se desarrolló entre personas diversas a las partes; fue aducida como elemento de juicio por uno de esos terceros; no fue consentida y autorizada por el otro, amén de que, considerada la diversa naturaleza de esos asuntos -penal y civil-, los derechos que en el presente asunto se debaten, in concreto, son de linaje eminentemente particular y de indiscutido contenido económico o patrimonial, por lo que no se torna forzoso que deba brindarse especial privilegio a los mismos por encima del derecho fundamental a la intimidad o privacidad que, con la grabación en referencia, otrora se conculcó a la otra interlocutora, quien no tuvo conocimiento del registro de la conversación y, por lo mismo, no la autorizó, como tampoco lo hizo respecto de la divulgación de la cinta, o de su utilización como

15 Renombrada doctrina, como ya se anticipó, no se muestra refractaria a la consagración de la supraindicada excepción, en particular en torno a la admisión del criterio de la proporcionalidad o de la racionalidad –de origen germánico-. Es así como se pone de presente que '…el principio de inadmisibilidad de la prueba ilícita contrasta, choca o pone en riesgo otros valores o intereses cuya garantía y aseguramiento en el marco de nuestro derecho también resultan relevantes. Es decir, se produce una antinomia –de las tantas que conoce el proceso- entre el derecho protegido mediante la aplicación de la regla de exclusión y aquél otro derecho que tal regla lesiona; la cual, consideramos, que debe ser resuelta mediante la aplicación de un criterio de proporción o razonabilidad, propio de un Estado de Derecho cuyos actos deben reconocer como fundamento el uso de la razón, admitiendo la prueba ilícita cuando ello sea el único instrumento para evitar daños de mayor gravedad en el caso concreto". Bernadette Minvielle, La prueba ilícita y el debido proceso, Ediciones Jurídicas Amalio M. Fernández, Montevideo, 1988, pág. 169, quien sigue muy de cerca a Barbosa Moreira y a M. Capelletti, entre varios.

prueba en un proceso que, sin duda, en nada está relacionado con sus particulares derechos civiles[16], tal y como expresamente lo reconoció en la diligencia respectiva su aportante, el señor Danilo Alessandro Caroli Gómez, tercero en la litis.

(…)

Si bien es diáfano que a la parte aquí demandante le asiste el derecho a probar el incumplimiento de los requisitos formales en el otorgamiento de la escritura pública objeto de la nulidad peticionada, tal potestad, como se expresó con amplitud precedentemente, no es ilimitada y, por consiguiente, está sujeta a las restricciones propias del derecho probatorio contemporáneo, en particular a las establecidas en la Constitución (art. 29), sin que, de otra parte, como ya se reseñó, la naturaleza y características propias de este asunto habiliten la aplicación de una excepción a esa regla general, por lo menos en este caso, se insiste, toda vez que otra, quizá, bien podría ser la respuesta frente a supuestos de hecho diversos, merced a la aplicación del citado criterio de proporcionalidad. Al fin y al cabo, en esta y en otras temáticas, no debe imperar el dogmatismo, el fanatismo o el radicalismo a ultranza[17].

No hay duda de que en el ámbito de los procesos civiles, lato sensu, habrá casos en que, por sus específicas particularidades y, sobre todo, por la naturaleza de los concretos derechos que allí se discutan, podrá concluirse la viabilidad de apreciar una prueba que, en principio o prima facie, luzca como ilícita, ponderación que, en cada asunto en particular, corresponderá realizar y justificar a los jueces, para lo cual, ex abundante cautela, habrán de examinar si en la específica controversia en que se aduzca el respectivo elemento demostrativo está seriamente comprometido el interés general, o el orden público, o el derecho de un menor, preferente por mandato del artículo 44 de la Carta Política, etc., al igual que la específica forma como se obtuvo el mismo, los derechos superiores conculcados, el titular de éstos, la existencia de otras pruebas que sirvan al propósito de comprobar similares hechos a cuya acreditación apunta el medio irregular, entre otras circunstancias. De allí que, en la hora de ahora, no se torne admisible y tampoco conveniente la rigidez pregonada por algunos, debido a que en esta materia no rige un principio inmutable y, por contera, absoluto. Muy por el contrario, reconociendo el carácter general de la proscripción en cita, se posibilita su excepción, conforme a las circunstancias, razón por la cual no es procedente un rechazo totalizador, a fuer que a priori, toda vez que habrán casos de casos, en los que pueda tornarse apropiada y procedente una respuesta disímil.

16 A esta misma conclusión, en el campo nacional, arriba el doctor Jairo Parra Quijano, luego de examinar la doctrina de la Sala de Casación Penal y de parangonarla con lo sucedido en otras disciplinas. Es así como puntualiza, a manera de colofón, que 'En caso de que una persona sea pasible de un delito, podría legítimamente de conformidad con lo dicho por la Corte Suprema de Justicia [Sala de Casación Penal], grabar la conversación, pero si se trata de otro tipo de conversación, si el otro interlocutor no la consiente, no se puede apreciar como prueba, porque se violaría el derecho a la intimidad". Manual de derecho probatorio, op. cit., pág. 60; se subraya.

17 El autor Osvaldo Alfredo Gozaín, una vez auscultados los alcances del mencionado criterio o juicio de proporcionalidad, manifiesta que, 'En conclusión: no siendo válido el argumento de los intereses generales para autorizar la invasión de la intimidad personal, ni fundada la recolección de pruebas ilegítimamente logradas, cabe concluir que las filmaciones no pueden proyectarse ni ser ingresadas al proceso como elementos de cargo, salvo que la autoridad jurisdiccional considere que la violación al debido proceso puede ser un derecho menor al que presumiblemente considera". El debido proceso, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2004, pág. 398, se subraya.

En este mismo sentido, bien tiene dicho la doctrina especializada que, "en aras de cumplir ese objetivo básico del proceso, el juez puede, al examinar el problema de la prueba ilícita, tomar en cuenta con propósitos de orientación, algunos de los siguientes elementos: "a) Qué tipo de prueba es la que se pretende hacer valer (documentos, grabaciones, películas, etc.). b) Cuál es la índole de los intereses en debate (por ejemplo, puede analizar si está o no comprometido el interés social, el orden público, la estabilidad familiar, la libertad, la seguridad y solidez del tráfico mercantil, etc.). [y] c) Dentro de qué marco circunstancial surgió a la vida la prueba (es decir, si la grabación, película, etc., nació con motivo de relaciones existentes entre las partes contendientes en el proceso y éstas están llamadas a favorecer o perjudicar, en principio, únicamente a ellas. Se excluyen obviamente aquellos terceros que no siendo afectos a esa relación, aspiran derivar provecho de esas pruebas)"

Con este precedente jurisprudencial, podemos colegir que ciertamente las grabaciones aportadas con el libelo genitor[18], se podrían calificar de ilícitas, al tocar con la intimidad del señor LAMR y no apreciarse que hubiere mediado una autorización de su parte al respecto. Empero, estando comprometida también la intimidad y la dignidad personal de MAEP, mujer que habría sido presuntamente víctima de acoso sexual y, contándose con su autorización como interviniente en la comunicación telefónica finalmente grabada, como adujo su padre el señor JGEZ en el interrogatorio de parte que absolvió (minuto 01:00:13 de la grabación)[19], se infiere que resultaba factible su aportación al proceso con fines probatorios.

En este punto, valga precisar que fue acertada la valoración que del caso hizo la primera instancia desde una perspectiva de género, dadas las condiciones que reviste el caso.

Sobre esta temática, la Corte Suprema de Justicia tiene establecido lo siguiente:

"**3.** Esta Sala ha precisado que «en aras de hacer realidad la igualdad, principio cardinal de la Constitución Política, corresponde a los jueces identificar si el proceso sometido a su conocimiento debe ser revisado con perspectiva de género» (CSJ STC15780-2021, 24 nov. 2021, rad. 2021-03360-00).

Tal revisión debe ocurrir en cuanto el funcionario judicial identifica que en el asunto tratado se evidencia (i) una situación de asimetrías de poder entre los roles de género identificables, (ii) patrones o actos de violencia, incluso sí solo ocurre una vez y (iii) que la causa jurídica que se discute tiene conexión causal con la violencia que sufre o padeció por razón de su género una de las partes.

Esto es así y debe ocurrir oficiosamente en una sociedad democrática que exige impartidores de justicia comprometidos con el derecho a la igualdad y, por tanto, demanda investigaciones, sanciones, defensas y sentencias apegadas no solo a la Constitución sino a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales aceptados por Colombia que los consagran"[20].

---

18 MP3 07 AUDIO 1, MP3 07 AUDIO 2, MP3 08 y MP3 09 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

19 MP4 38 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

20 CSJ STC, 21 feb. 2008, rad. 207-00544-01. Reiterada en fallos de 28 may. 2019, rad. 2019-00131-01; 22 jul. 2020, rad. 2020-00070-01; 11 nov. 2020, rad. 2020-02944-00; y 18 dic. 2020, rad. 2020-03320-00.

3.1. En específico, la convención Belém do Pará visibiliza tres ámbitos donde se manifiesta la violencia de género así: (I) en la vida privada, cuando la violencia se ejerce dentro de la familia, la unidad doméstica o en cualquier otra relación interpersonal, aun cuando el agresor ya no viva con la víctima; (II) en la vida pública, cuando la violencia es ejercida por cualquier persona, ya sea que esta se lleve a cabo en la comunidad, en el lugar de trabajo, en instituciones educativas, establecimientos de salud o cualquier otro lugar; y finalmente, (III) la violencia perpetrada o tolerada por el Estado o sus agentes, dondequiera que ocurra.

Tal instrumento, en su artículo 7°, inciso e, señala que los Estados están en el deber de (obligación de conformidad con la Convención de Viena sobre cumplimiento de los Tratados):

…tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer.

En este sentido, y bajo el criterio interpretativo de los artículos 1, 2, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, las medidas a las que se refieren los instrumentos, de carácter administrativo o legislativo, también incluyen las de tipo judicial, por lo que es permitido a los jueces adoptar cualquier medida que consideren necesaria y ajustada a derecho para garantizar la erradicación de la violencia contra la mujer, de cara a la necesidad de sancionar los actos de maltrato evidenciados.

3.2. Ciertamente, esta Corporación ha precisado que:

> *'En casos de violencia contra la mujer las obligaciones genéricas establecidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana se complementan y refuerzan, para aquellos Estados que son Parte, con las obligaciones derivadas del tratado interamericano específico, la Convención de Belém do Pará. En su artículo 7.b dicha Convención obliga de manera específica a los Estados Partes a utilizar la debida diligencia para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer. De tal modo, ante un acto de violencia contra una mujer, resulta particularmente importante que las autoridades a cargo de la investigación la lleven adelante con determinación y eficacia, teniendo en cuenta el deber de la sociedad de rechazar la violencia contra las mujeres y las obligaciones del Estado de erradicarla y de brindar confianza a las víctimas en las instituciones estatales para su protección."21*

También, el canon 42.6 de la Constitución Nacional, en concordancia con el precepto 7° literal g) de la Convención de Belém Do Pará, obliga a los Estados parte a diseñar, establecer, regular y aplicar mecanismos dúctiles, ágiles y expeditos, con el fin de asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a la reparación integral del daño, de manera justa y eficaz." Y ese enfoque de género, robustece aún más la posibilidad de brindar valor probatorio a las referidas grabaciones.

---

21 Corte IDH, Caso Rosendo Cantú y otra vs México, sentencia, párrafo 177. La decisión se encuentra disponible en la dirección electrónica http://www.ordenjuridico.gob.mx/JurInt/STCIDHM5.pd

Además, no puede pasar por alto la Sala que las grabaciones aportadas con la demanda[22], constituyendo una prueba documental en términos del art. 243 del Código General del Proceso, no fueron tachadas de falsas por el demandado en la contestación de la demanda[23], como lo autoriza el art. 269 de la misma obra y siendo así, se presumen auténticos por disposición del art. 244 num. 2°.

Por ende, puede tenerse por demostrado que el demandado participó de la conversación telefónica contenida en las grabaciones aportadas por la actora. A igual conclusión arribó la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares contornos al presente, en el que por demás, también se dio valor probatorio a la grabación de una conversación en la que no medió una autorización. En efecto, dijo la Corte:

"**7.**- De acuerdo con lo anterior, si la "grabación" que contiene las reseñadas conversaciones, es un documento, que fue aportado como prueba en la demanda de reconvención, lo mismo que su transcripción, afirmando que versa sobre la "operación forward" celebrada con la accionada, elemento de juicio que el a quo ordenó incorporar en la providencia que ingresó el proceso a la fase instructiva, sin que la convocada la hubiese tachado, como lo faculta el último precepto referido en la norma acabada de citar, entonces -se itera- su apreciación se torna admisible, generando certeza acerca de su contenido, y en este caso, con el silencio de Tractocarga Ltda., quedó por ella reconocido implícitamente, tal como lo prevé el último inciso del artículo 276 ibídem, que reza: "Existe también reconocimiento implícito en el caso contemplado en el numeral 3. del artículo 252". (Sentencia SC4756-2014)

De este modo, resulta del todo indiferente el informe rendido por el Gaula ante la Fiscalía General de la Nación[24], que según el demandado conceptúa sobre la imposibilidad de identificar al interlocutor masculino de la conversación grabada.

4.3.2. También como reparo a lo decidido en la primera instancia, el demandado MR ripostó que el acoso sexual se configura si es un acto reiterativo e insistente, que genere mortificación en la víctima.

Al respecto, podemos decir que el art. 210 A de Código Penal al definir el delito de acoso sexual, estipuló: "[E]l que en beneficio suyo o de un tercero y valiéndose de su superioridad manifiesta o relaciones de autoridad o de poder, edad, sexo, posición laboral, social, familiar o económica, acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente, con fines sexuales no consentidos, a otra persona, incurrirá en prisión de uno (1) a tres (3) años."

Y según lo ha definido la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Penal:

'(…) para la estructuración del tipo penal en cuestión se requiere de la habitualidad o permanencia de las conductas dirigidas a los fines sexuales no consentidos, lo que se desprende de

22 PDF 06, pág. 7 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

23 PDF 18, pág. 7 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

24 PDF 18, pág. 30 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

los verbos alternativos previstos para su realización: «acose, persiga, hostigue o asedie física o verbalmente».

De manera que su caracterización se encuentra definida por la presencia de unas situaciones típicas que, en modo alguno, pueden responder a una conducta aislada sino a una actividad persistente, incesante y continua, tendiente a doblegar la voluntad de la víctima, sin que en ese propósito, importa resaltarlo, sea relevante que se logre o no la finalidad perseguida, puesto que se trata de un delito de mera actividad que no requiere para su consumación del resultado en lo que al cometido sexual respecta." (Sentencia SP834-2019)

Sin embargo, no estamos trasegando un proceso penal en el que se estudie la consumación de un delito, sino un asunto civil en el que se analiza la responsabilidad que le compete al señor MR por una conducta de connotación sexual que a la postre ocasionó perjuicios de índole patrimonial y extrapatrimonial cuya indemnización se pretende, no olvidando que el mismo fallo de la Sala de Casación Penal precisa *'[D]esde 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."* (Subrayado y negrita fuera de texto)

Además, según el precedente líneas atrás expuesto, para identificar si el asunto se debe tratar desde una óptica de género, debe analizarse si en el asunto se evidencia: *' (i) una situación de asimetrías de poder entre los roles de género identificables, (ii) patrones o actos de violencia,* ***incluso sí solo ocurre una vez*** *y (iii) que la causa jurídica que se discute tiene conexión causal con la violencia que sufre o padeció por razón de su género una de las partes."* (Subrayado y negrita fuera de texto)

4.3.3. Fustiga igualmente el señor LAMR que no se hubiera advertido que en realidad no existía una relación se subordinación o poder, ya que el demandado no era profesor de la accionante al momento de los hechos, es más, por el trato que le prodigaba la estudiante al profesor y llamarlo "M", denota cercanía, lo que lleva a pensar que se trató de una relación consentida. La inexistencia de relación subordinante, también fue alegada por la Universidad … en sus reparos por los mismos argumentos.

No obstante, pese a las abstracciones que hicieron los demandados, las reglas de la experiencia indican que la relación entre un docente y un alumno siempre estará medida por una marcada subordinación, sin importar que el pedagogo sea directamente orientador del dicente como acontece en este caso, dado que el profesor representa a la institución y hace parte de un cuerpo docente al interior del cual, se asume, existe una relación constante y directa con el demás miembros, máxime si hacen parte de un mismo gremio, como es el de los galenos.

Además, otorgando respuesta a la manifestación del demandado MR en relación con el trato

que le hubiere otorgado la demandante MAEP, es lo cierto que más allá de la forma en que se hubiere dirigido a quien fuera su profesor, tal actitud no podía bajo ningún punto de vista entenderse como una invitación a recibir insinuaciones como las que hizo el señor LA.

Finalmente, en relación con este demandado, destacamos que se abstuvo de controvertir el acto que el extremo activo de la relación jurídico procesal le endilgó y que denominó acoso sexual, mismo que la primera instancia encontró demostrado con las grabaciones que acompañaron la demanda y con las manifestaciones expuestas por el mismo demandado en su intervención ante el Tribunal de Ética Médica, limitándose a censurar el valor probatorio otorgado a las grabaciones que acompañaron a la demanda, así como a alegar que el acoso se verifica por conductas reiteradas y, que en realidad no existía una relación de subordinación con su docente.

De este modo, al no ser objeto de reparo el acto realizado por el demandado MR y que constituye la conducta a él endilgada, el mismo se tiene por demostrado.

4.4. Luego aparecen los reparos lanzados por la Universidad…, cuales son:

4.4.1. Inexistencia de los presupuestos de la responsabilidad civil, el cual apunta a lo siguiente: (i) no se puede imputar el daño a la universidad, puesto que le presunto hecho no tuvo ocurrencia en el desarrollo de ninguna actividad académica o de prestación del servicio del docente, siendo un hecho absolutamente privado del profesor que no puede comprometer a la institución, tan es así que la llamada no se hizo desde una línea institucional, en horario de clase ni se tiene evidencia que se haya realizado desde la universidad; (ii) el centro contaba con instrumentos para exigir control y disciplina sobre los docentes, tan es así que conocida la queja se aperturó el proceso disciplinario y se dispuso la desvinculación del docente, la que finalmente llevó a que el proceso disciplinario concluyera, resaltando que el conocimiento de los hechos se tuvo el 28 de mayo de 2012 y el fin del periodo académico era el 16 de junio de 2012, lapso de 2 semanas en que se procedió a la desvinculación; (iii) también contaba con reglamento académico, promovía campañas y hacía evaluaciones docentes en los que nunca tuvo conocimiento de actos similares ni se recibieron quejas en igual sentido; (iv) desde la recepción de la queja se brindó acompañamiento a la estudiante y se gestionó posibilidad para que no exista ningún tipo de contacto entre las partes; (v) la estudiante decidió trasladarse de sede, luego de enterarse de la desvinculación del docente; y (vi) el traslado no obedeció al temor de la conducta del profesor, dado que ya no era un docente activo, en la fecha de los acontecimientos no era su profesor y, la estudiante regresó a la sede de Pasto a culminar su plan de estudios.

Analizando el plenario, diremos que si bien la génesis del daño reclamado está determinada por un acto personal y privado del señor LAMR, quien fuera docente de la Facultad de Medicina de la Universidad … – Sede Pasto, avizora la Sala que para eludir su responsabilidad, el centro de estudios argumentó que ante la queja presentada por la estudiante MAEP se tramitó el respectivo proceso disciplinario y se dispuso la desvinculación del docente.

Respecto a lo primero, tenemos que el día 25 de mayo de 2012[25], la señora MAEP elevó solicitud ante la Rectoría del claustro, solicitando que se investigue al docente MR por haber incurrido en acoso sexual en contra de ella. De cara al impedimento manifestado el día 28 de mayo del mismo año por parte del Decano del Programa de Medicina de la universidad[26], en la misma fecha el Rector designó para proceder con la investigación a la Decana de la Facultad de Derecho[27]. En el curso del trámite disciplinario se aprecian distintas actuaciones, como son: (i) auto proferido el 30 de mayo de 2012 en el que, de conformidad a lo decidido por el Consejo de Facultad, se da inicio a la actuación y se decretan algunas pruebas[28]; (ii) autos de 31 de mayo siguiente y de 5 de junio, en los que se cita a la estudiante a rendir declaración, al disciplinable para escucharlo en versión libre y se decretan otros medios de convicción[29]; (iii) declaración de la estudiante del 6 de junio de 2012[30]; (iv) versión libre del docente fechada el 6 de junio de 2012[31]; (v) pliego de cargos acordado en Consejo de Facultad y comunicado el 6 de julio de 2012[32]; (vi) auto declarando la nulidad del pliego de cargos que se comunica mediante oficio fechado el 10 de agosto y radicado el día 30 siguiente[33]; (vii) nuevo pliego de cargos comunicado el 1° de octubre de 2012[34]; (viii) auto de pruebas fechado el 27 de febrero de 2013[35]; y (ix) auto de archivo dictado el 23 de agosto de 2018[36], fundamentado en las consideraciones que, por su brevedad, se pasan a transcribir:

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el acuerdo N° 086 de 14 de diciembre del año 2011, que en su artículo 44, que señala que: "El régimen disciplinario se aplicara sin excepción a todos los profesores de la universidad cooperativa que incurran en faltas.", resulta oportuno aclarar que el señor ya no se encuentra laborando en esta institución, por tal motivo perdió su calidad de docente. En consecuencia, no se trata de un sujeto disciplinable.

Por otra parte, se debe tener en cuenta que el tiempo del proceso ya excedió el plazo máximo para su resolución, el cual lo establece el acuerdo 161 del 12 de noviembre del año 2013 en su artículo 89 que hace referencia al proceso disciplinario manifestando que "pasados seis (6) meses contados desde la apertura del proceso disciplinario, prescribirá la acción disciplinaria de no haber decisión motivada por el funcionario u órgano correspondiente".

Y analizada la aludida actuación disciplinaria, sin dificultad se avizora que el ente universitario estuvo lejos de adelantar una investigación seria y a profundidad, como lo ameritaba el caso, puesto que a pesar de haber llegado a la etapa de formulación de pliego de cargos finalizando el año 2012 y decretándose algunas pruebas a comienzos del año 2013, la investigación se paralizó de forma dramática, no vislumbrándose actuación alguna y permaneciendo inactiva en los anaqueles de la universidad hasta el día 23 de agosto de 2018, cuando el Decano del

25 Carpeta 45, PDF, pág. 25 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

26 Carpeta 45, PDF, pág. 28 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

27 Carpeta 45, PDF, pág. 27 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

28 Carpeta 45, PDF, págs. 30 y 38 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

29 Carpeta 45, PDF, págs. 36, 37, 41, 42, 44 y 57 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

30 Carpeta 45, PDF, pág. 46 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

31 Carpeta 45, PDF, pág. 58 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

32 Carpeta 45, PDF, pág. 67 y PDF 54, pág. 2 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

33 Carpeta 45, PDF, pág. 103 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

34 Carpeta 45, PDF, pág. 105 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

35 Carpeta 45, PDF, pág. 110 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

36 PDF 54, pág. 4 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

Programa de Medicina de la época, a quien en algún momento le fue devuelta la actuación, decidió archivar la causa con el peregrino argumento de que el investigado para esa data ya no laboraba en la institución y que el Estatuto Profesoral de la Universidad, expedido mediante Acuerdo N° 086 de 14 de diciembre de 2011[37], disponía en su art. 44 que el régimen disciplinario se aplicará a "todos los profesores" de la institución, concluyendo que al ya no tener dicha condición, no era factible proseguir con la investigación, mas dejó de lado los principios que informan el procedimiento disciplinario, que indican que la autoridad que ejerce la acción disciplinaria deriva su competencia de la calidad del sujeto disciplinable, calidad que tenía el demandado al momento de los hechos denunciados, cuando se presentó la queja y al momento de iniciar la investigación y, más importante aún, sin imprimir a aquel trámite la celeridad que requeria.

En cuanto a la separación del cargo del docente, tomando en consideración las características del vínculo que ataba al docente MR con la Universidad..., esto es un "CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO A TÉRMINO FIJO" con fecha de inicio de 12 de enero de 2012 y fecha de terminación de 16 de junio de 2012[38], se deduce que más allá de una desvinculación de cara a lo sucedido, lo que ocurrió fue nada más que la finalización del término del vínculo.

De otro lado, la afirmación de la Universidad en torno a que no se tuvo conocimiento de actos similares ni se recibieron quejas en igual sentido, es contradicha por la información obrante en el expediente disciplinario, donde se evidencia el escrito dirigido al Rector del Centro de Estudios por la señora PMV el 14 de junio de 2012[39] y que fue tratado por el Consejo de Facultad en reunión del 20 de junio de 2012[40], en donde se expuso:

Por medio de la presente me permito informar soy estudiante del Programa de Medicina, en el periodo académico 2011 -- I curse mi tercer semestre y una de las asignaturas fue Introducción a la Clínica por el Doctor. me molesto encontrar en él un trato diferente docente alumno y lo que mas me disgusto y me asusto mucho ya que se atrevió a llamarme a mi numero personal para decirme que una tarde saliera de la universidad con un buzo de diferente color, que fuera caminando mas allá de la Postobon que él me recogía en su carro.

De igual forma fue refutada por el señor Ludvyn Hernán Eraso Folleco, para la época de los acontecimientos Director de Bienestar Universitario, quien en la audiencia de instrucción y juzgamiento, preguntado si para esas calendas tuvo conocimiento de hechos similares a los aquí relatados, explicó que los estudiantes se le acercaban y le manifestaban que algunos docentes hacían ese tipo de insinuaciones, pero que nunca presentaban la respectiva queja (minuto 01:07:00 de la grabación)41. También refirió que a la estudiante se le facilitó el acompañamiento por psicología (minuto 01:05:00 de la grabación)42.

37 PDF 22, pág. 34 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

38 Carpeta 45, PDF, pág. 88 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

39 Carpeta 45, PDF, pág. 66 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

40 PDF 54, pág. 3 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

41 MP4 55 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

42 MP4 55 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

Finalmente, encontrándose acreditado la conducta fuente de la responsabilidad invocada, con facilidad se infiere que su traslado a la ciudad de … no obedeció a una mera liberalidad de la estudiante y de su familia, como lo indica la universidad, sino que estuvo marcado por la situación por ella vivida y las repercusiones que generó, pues mientras que el hecho generador del conflicto y la interposición de la queja se cumplieron en el mes de mayo de 2012[43], su traslado al campus … de la Universidad … de produjo justo para el segundo periodo académico 2012, conforme lo certifica la Jefe de Admisiones y Registro de la institución Campus Pasto[44]. Además, si la intención de la estudiante y de su familia fuera realización de sus estudios en la capital de …, se colige que la estudiante se habría matriculado desde un principio en aquella localidad o, no hubiere regresado a esta ciudad a culminar su preparación profesional, como en efecto ocurrió para el segundo periodo académico 2015, según la misma certificación.

4.4.2. Adujo también la entidad, la culpa concurrente de la demandante, concretada en que desoyendo los canales institucionales para interactuar con el cuerpo docente, como es el correo electrónico institucional, suministró o informó de manera libre su número de teléfono al demandado MR, situación que se sale del control de la universidad y que obliga a revisar el grado en que su conducta incidió en la producción del daño, a efectos de atenuar la indemnización o incluso, exonerar de responsabilidad.

No obstante, no aparece plenamente acreditado en el legajo la conducta que la universidad le achaca a la demandante, esto es, suministrar su número de contacto, es más, en la declaración que rindió ante el Consejo de Facultad dentro del proceso disciplinario aperturado contra el Médico MR, manifestó que nunca le brindó esa información al demandado[45].

4.4.3. Estimación de los perjuicios materiales, el cual apunta a que no existe prueba que evidencie los gastos de manutención en …, por lo que sólo se demostraron gastos equivalentes a $24’953.777, dándose los presupuestos para que opere la sanción consagrada en el art. 206 del C. G. del P. Sobre la misma materia, los demandantes adujeron que los perjuicios patrimoniales se deben reconocer en su totalidad y no parcialmente, dado que “independientemente de que se tratare de gastos ocasionados en la ciudad de Pasto o en …, todos ellos se generaron como consecuencia del actuar del demandado LM, el cual llevó a los demandantes a tomar medidas para garantizar la culminación de los estudios de la señorita MAE.”

Y bien, al amparo de lo reglado en el art. 206 del Estatuto Adjetivo, los actores procedieron a efectuar el juramento estimatorio que consagra la norma en orden a obtener el reconocimiento de una indemnización de perjuicios pecuniarios a título de daño emergente derivado de los gastos que la familia de la entonces estudiante MAEP debió solventar por causa de su intempestivo traslado a la ciudad de … para continuar sus estudios universitarios, incluyendo arrendamiento, transporte aéreo, manutención, transporte urbano, internet y demás servicios públicos y trasteo por los periodos junio-diciembre de 2013, enero-diciembre de 2014, enero-diciembre de 2015 y enero-junio de 2016, para un total de $72’840.000[46].

En la contestación de la demanda, la universidad dijo objetar dicha tasación porque en su sentir los demandantes “no arriman una sola prueba que respalde esos supuestos daños, no existen recibos (consignaciones realizadas al arrendatario) del pago de arriendos, ni tampoco las

43 Carpeta 45, PDF, pág. 25 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

44 PDF 22, pág. 29 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

45 Carpeta 45, PDF, pág. 53 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

46 PDF 06, pág. 6 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

coletillas de transporte aéreo que demuestren el valor de los tiquetes aéreos que supuestamente compraron, ni el de los fletes de las tractomulas de trasportes de trasteos. Ahora bien, en relación con los gastos de manutención, así como los de transporte, internet y servicios públicos, cabe preguntarse si la estudiante no consumía alimentos cuando vivía en Pasto, así mismo, si no consumía servicios públicos domiciliarios, ni internet en esa ciudad; en lo tocante con el trasporte, la pregunta sería, si en Pasto, la estudiante, tenía la capacidad de teletransportarse y cuando llegó a … la perdió y tuvo que empezar a pagar trasportes."[47]

Por su lado, la a-quo estimó que los gastos se debían tasar por los periodos de permanencia en … que coinciden con la duración de los semestres académicos, estableciendo los perjuicios materiales en $48'953.777.

Centrándonos en la censura de la institución educativa, se acota que contrario a lo pretendido por la entidad, luego de haber confeccionado el juramento estimatorio en los términos de la norma que lo consagra, no era deber de los accionantes aportar prueba de los gastos de manutención –únicos controvertidos–, dado que la estimación es justamente la prueba de tales erogaciones, a menos que se objetada en debida forma, cosa que en el asunto de marras no ocurrió en punto de extrañar la aportación de pruebas, lo que por lo visto, no consulta la naturaleza del juramento estimatorio. Al respecto, la doctrina nacional representada en esta ocasión por el Tratadista Hernán Fabio López Blanco[48], explica que:

> *'No es menester allegar o solicitar pruebas para fundamentar el juramento estimatorio porque la aseveración de su monto es la prueba, como tampoco lo es para efectos de la objeción al mismo. Recuérdese que de lo que se trata es de dejar sentado por este medio de prueba las cantidades por las que se puede concretar una condena, porque en principio el medio de prueba de esas sumas es precisamente el juramento y bien sabido es que la prueba no se prueba."*

Y aunque si podría considerarse una objeción la controversia acerca de la generación de los gastos de la estudiante en la ciudad de …, se sale al paso manifestando que los ítems relacionados, como son la manutención, transporte, internet y demás servicios públicos, aún cuando obviamente se consumían también durante la estancia de la estudiante en su ciudad de origen, se justifican porque en su residencia eran absorbidos por los gastos generales del hogar, mientras que al estar en otro municipio adquieren carácter independiente y de igual forma deben cubrirse.

En este orden, se asoma factible el reconocimiento pleno de los perjuicios solicitados, como lo proponen los actores, habida consideración de que no se encuentra la razón para que la a-quo hubiere procedido a su disminución, más aún cuando por lo expuesto, la falta de prueba de los perjuicios no puede constituir una objeción propiamente dicha y, aparece coherente la generación de gastos adicionales debido al traslado y que antes permanecían al cobijo de los gastos hogareños, acotando que es un hecho notorio que el costo de vida en una ciudad como …, es superior al de la ciudad de Pasto.

Pero la universidad demandada también denunció que la tasación de perjuicios morales no fue ponderada, dado que tomó como parámetro montos fijados por la jurisprudencia para casos de responsabilidad por pérdida de la vida.

---

47 PDF 22, págs. 9 y 10 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

48 Código General del Proceso, Parte General, Dupré Editores, Bogotá, 2016, pág. 511

Sobre los perjuicios morales, en sentencia SC4703 de 2021, dijo la Corte:

> "**13.1.** La valoración del daño moral subjetivo, por su carácter inmaterial o extrapatrimonial, se ha confiado al discreto arbitrio de los falladores judiciales. Esto, por sí, lejos de autorizar interpretaciones antojadizas, les impone el deber de actuar con prudencia, valiéndose de los elementos de convicción que obren en el plenario y atendiendo la naturaleza del derecho afectado y la magnitud del daño.
>
> *Esta clase de daño, se ha dicho, 'incide en la órbita de los afectos, en el mundo de los sentimientos más íntimos, pues consiste en el pesar, en la aflicción que padece la víctima por el comportamiento doloso o culposo de otro sujeto, por cuanto sus efectos solamente se producen en la entraña o en el alma de quien lo padece, al margen de los resultados que puedan generarse en su mundo exterior, pues en éstos consistirían los perjuicios morales objetivados"*[49].
>
> *13.2. El propósito de su reconocimiento en el juicio es, como ha señalado la jurisprudencia, reparar las aflicciones al alma. Claro está, siguiendo el ponderado arbitrio iudicis, «con sujeción a los elementos de convicción y las particularidades de la situación litigiosa, sin perjuicio de los criterios orientadores de la jurisprudencia, en procura de una verdadera, justa, recta y eficiente impartición de justicia, derrotero y compromiso ineludible de todo juzgador»*[50].
>
> *13.3. La reparación debe procurar una relativa satisfacción para no dejar incólume o impune la agresión; sin que represente una fuente de lucro injustificado que acabe desvirtuando la función asignada por la ley. Es posible establecer su quantum, sostuvo recientemente la Sala, «en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador»*[51].
>
> *Al juez, por tanto, le corresponde fijar el perjuicio extrapatrimonial, pero las bases de su razonamiento no deben ser arbitrarias. Se trata, sostuvo la Sala, «de una deducción cuya fuerza demostrativa entronca con clarísimas reglas o máximas de la experiencia de carácter antropológico y sociológico, reglas que permiten dar por sentado el afecto que los seres humanos, cualquiera sea su raza y condición social, experimentan por su padres, hijos, hermanos o cónyuge»*[52].
>
> *13.4. Si bien por las características propias, la fijación del quantum de la reparación no es cuestión fácil, ni puede sujetarse a estrictos criterios matemáticos, ello no es óbice para su tasación acudiendo a la prudencia racional del juez.*

---

49 CSJ Civil. S-454 de 6 de diciembre de 1989, exp. 0612.

50 CSJ SC de 9 julio de 2010, exp. 1999-02191-01.

51 CSJ SC de 18 de septiembre de 2009, exp. 2005-00406-01. Cfr. SC665 de 7 de marzo de 2019, exp. 2009-00005-01.

52 CSJ SC de 5 de mayo de 1999, exp. 4978.

La Corte de cuando en cuando ha establecido unos parámetros para fijar la cuantía del daño moral y señalado los topes máximos. Sirven de guía en la valuación acometida por los jueces de las instancias, dentro de las cuales es admisible que ejerzan su prudente arbitrio[53]."

Y volviendo al reparo de la apelantes, se avizora que los perjuicios morales reconocidos a los actores por cuenta del acoso del que fue víctima la hija de la familia, que implicó su traslado por espacio de 2 años a una ciudad lejana y hondas repercusiones en sus vidas, no resultan desproporcionados.

4.4.4. Por último, arguye la universidad que si bien es procedente abordar el caso bajo la perspectiva de género, no se podían desconocer los principios de la responsabilidad civil, misma que no se verifica respecto de la institución, dado que no hubo apoyo o tolerancia frente al supuesto hecho acaecido, destacando que se contaba con políticas de bienestar en las que se incluían acciones de prevención y tratamiento, el Reglamento Interno de Trabajo y el contrato de vinculación prohibían actuares semejantes, la universidad ofreció alternativas y acompañamiento y apoyo psicológico, terminó la vinculación del docente y, abrió el proceso disciplinario respectivo, el cual terminó porque el denunciado ya no era empleado de la universidad, esperándose hasta la decisión de la Fiscalía que precluyó la investigación.

Sin embargo, líneas arriba ya tuvimos la oportunidad de precisar cómo la responsabilidad de la universidad radica en la infructuosa investigación de los hechos que emprendió, cuya terminación anticipada no aparece justificable ante la Sala, amén de que según se evidenció en el proceso, la desvinculación del docente acusado del reprochable acto de acoso, se debió a la culminación del contrato de trabajo por término definido, no considerándose que ahora la institución se valga de tal circunstancia para afanosamente acreditar un accionar frente a lo sucedido.

4.5. Finalmente está el restante reproche que hacen los demandantes, concretado en que la negativa de acceder a la reparación simbólica carece de fundamento, dado que el mismo fallo tiene por demostrada la responsabilidad civil con base en la cual se pidió y, resulta independiente de la reparación por daño moral, por lo que no habría un doble resarcimiento.

Para emitir pronunciamiento acerca de la reparación simbólica pretendida, recordemos que el art. 16 de la Ley 446 de 1998, establece: "[D]entro de cualquier proceso que se surta ante la Administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas y a las cosas, atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales." (Subrayado y negrita fuera de texto)

Ahora bien, la aludida reparación se reclama deslindada del daño moral también solicitado y, no es factible encasillarla dentro del daño a la vida de relación, lo que nos lleva a ocuparnos de otra categoría de los daños extrapatrimoniales en donde si puede tener cabida, como son los daños por vulneración de derechos humanos fundamentales.

53 CSJ SC de 28 de febrero de 1990, G.J. No. 2439, p. 79; 20 de enero de 2009, exp. 993 00215 01; 13 de mayo de 2008, reiterada en pronunciamiento de 9 de diciembre de 2013, exp. 2002-00099; 17 de noviembre de 2011, exp. 1999-533; 9 de julio de 2012, exp. 2002-00101-01; SC13925-2016, exp.2005-00174-01; SC5686 de

En este punto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

> *'Los anteriores referentes jurisprudenciales permiten deducir que el daño a los bienes personalísimos de especial protección constitucional que constituyen derechos humanos fundamentales, no encaja dentro de las categorías tradicionales en que se subdivide el daño extrapatrimonial, por lo que no es admisible forzar esas clases de daño para incluir en ellas una especie autónoma cuya existencia y necesidad de reparación no se pone en duda.*
>
> *De ahí que el daño no patrimonial se puede presentar de varias maneras, a saber:* ***i)*** *mediante la lesión a un sentimiento interior y, por ende, subjetivo (daño moral);* ***ii)*** *como privación objetiva de la facultad de realizar actividades cotidianas tales como practicar deportes, escuchar música, asistir a espectáculos, viajar, leer, departir con los amigos o la familia, disfrutar el paisaje, tener relaciones íntimas, etc., (daño a la vida de relación); o,* ***iii)*** *como vulneración a los derechos humanos fundamentales como el buen nombre, la propia imagen, la libertad, la privacidad y la dignidad, que gozan de especial protección constitucional.*
>
> *Las dos primeras formas de perjuicio han sido amplia y suficientemente desarrolladas por esta Corte. El menoscabo a los bienes jurídicos personalísimos de relevancia constitucional, en cambio, aunque se ha enunciado tangencialmente por la jurisprudencia, no ha sido materia de profundización, dado que hasta ahora no se había planteado ese asunto en sede de casación.*
>
> *De suerte que es ésta la oportunidad propicia para retomar la línea trazada por la jurisprudencia de la Sala y, especialmente, por las sentencias de 13 de mayo de 2008 (Exp. 1997-09327-01) y de 18 de septiembre de 2009 (Exp. 2005-00406-01), con relación al tema del resarcimiento de las diversas subclases de perjuicios que constituyen el daño a la persona o extrapatrimonial; y, en concreto, respecto de la protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional. (…) Deviene, entonces, incuestionable que tanto la Carta Política como los instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad ordenan la protección de los derechos fundamentales de la persona humana, tales como la integridad psicofísica, la honra, el buen nombre, la intimidad, la libertad, que no son más que desarrollos del principio del respeto a la dignidad en el que se soporta nuestro Estado Social de Derecho. (…)*
>
> *Desde esta nueva óptica, ya no resulta posible concebir el derecho civil como un conjunto de normas con significado netamente patrimonial, porque la protección de los intereses superiores de los ciudadanos hace necesaria la intervención del derecho privado cuando aquéllos resultan vulnerados, pues de otro modo la tutela de los bienes jurídicos protegidos por la Constitución y por las disposiciones internacionales que declaran derechos humanos, no lograría hacerse del todo efectiva y quedaría relegada al ámbito de las buenas intenciones.*
>
> *De ahí que las normas constitucionales que consagran la inviolabilidad de los derechos fundamentales deben ser objeto de protección y exigibilidad en el campo del derecho civil, es decir que si esos derechos realmente son inalienables y constituyen intereses jurídicos tutelados por el ordenamiento positivo, entonces tienen que ser resarcibles en todos los casos en que resulten seriamente vulnerados.*

Sólo en este contexto cobra significado la figura que se viene analizando, y con base en esta nueva concepción – más normativa que filosófica– es posible definir el daño a los bienes esenciales de la personalidad, subjetivos o fundamentales, como el agravio o la lesión que se causa a un derecho inherente al ser humano, que el ordenamiento jurídico debe hacer respetar por constituir una manifestación de su dignidad y de su propia esfera individual.

***Con todo, la defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad**.*

De hecho, las profundas raíces iusprivatistas de esta figura se evidencian en su condición de derecho personalísimo, es decir que su reclamo solo puede ser ejercitado por su titular, y no puede transmitirse ni enajenarse a otras personas.
Otra característica propia del derecho privado es que la protección judicial se concreta en una indemnización pecuniaria, a diferencia del amparo constitucional cuya protección consiste en 'una orden para que aquel respecto de quien se solicita la tutela, actúe o se abstenga de hacerlo" (artículo 86 de la Constitución Política), a fin de 'garantizar al agraviado el pleno goce de su derecho, y volver al estado anterior a la violación, cuando fuere posible" (artículo 23 del Decreto 2591 de 1991).

Tal protección, sin embargo, para que sea eficaz, presupone que esta clase de daño guarde correspondencia con los valores del ordenamiento jurídico que le imprimen sentido y coherencia al sistema, lo que impone la necesidad de delimitar la extensión del resarcimiento; es decir que se debe discernir entre los padecimientos que son dignos de tutela civil y los que deben quedar al margen de ella, pues de lo contrario se corre el riesgo de incurrir en una peligrosa anarquía conceptual que banalice las conquistas de la responsabilidad civil y borre los límites entre lo que es jurídicamente relevante y lo que constituye simples bagatelas.

***7.** La atención debe centrarse, entonces, no en la posibilidad de admitir la indemnización del daño a los bienes personalísimos protegidos por la Constitución y por los tratados internacionales que reconocen derechos fundamentales, como categoría autónoma perteneciente al género de los perjuicios extrapatrimoniales –pues su existencia hoy en día no se pone en duda–; sino en precisar en qué casos resulta viable su concesión, con el fin de evitar un pago doble o exagerado de una misma consecuencia nociva que tiene su causa adecuada en un único evento. (…)*

La indemnización del daño patrimonial tiene como fin remediar el detrimento económico sufrido por la víctima, por lo que una condena excesiva puede ser fuente de riqueza o ganancia injustificada. La reparación del daño no patrimonial, por el contrario, no cumple una función resarcitoria en sentido estricto, pues ningún bien material es equiparable al valor absoluto de la dignidad humana, el cual es, por lo tanto, irremplazable.

De manera que, por regla general, el desagravio del perjuicio no patrimonial carece de la virtualidad de producir un enriquecimiento injusto, pues los bienes jurídicos inherentes a la persona humana no tienen equivalencia en dinero. Luego, si la medida de satisfacción que se reconoce no lleva implícito un provecho económico sino más

bien de simple consolación, satisfacción o compensación, entonces es desacertado afirmar que la misma puede dar lugar a cualquier tipo de lucro. (…)

La pauta de esta justa proporción la marca el criterio de razonabilidad del juez, pues es esa noción intelectiva la que le permitirá determinar en cada caso concreto si la medida de satisfacción que otorga en razón del daño a la persona es equitativa, suficiente, necesaria y adecuada para consolar a la víctima por la pérdida de un bien inestimable en dinero, para reivindicar su derecho fundamental y para reparar el agravio o la ofensa infligida a su dignidad.

El juzgador deberá considerar, en primer lugar, que no es el desconocimiento de cualquier interés personal el que justifica el resarcimiento integral en los términos del artículo 16 de la Ley 446 de 1998, porque el tipo de daño que se viene analizando solamente se configura cuando se violan ciertos derechos fundamentales que comprometen de modo directo la dignidad, tales como la libertad, la intimidad personal y familiar, la honra y el buen nombre*.*

Este daño, entonces, debe ser de grave entidad o trascendencia, lo que significa que no debe ser insustancial o fútil, pues no es una simple molestia la que constituye el objeto de la tutela civil*. Naturalmente que toda persona, en tanto pertenece a un conglomerado social y se desenvuelve en él, está llamada a soportar desagrados o perturbaciones secundarias ocasionadas por sus congéneres dentro de ciertos límites, no siendo esas incomodidades las que gozan de relevancia para el derecho; pues es claro que prácticamente cualquier contingencia contractual o extracontractual apareja algún tipo de inconvenientes.*

De igual manera el fallador habrá de examinar si el resarcimiento que se reclama por concepto de daño a un bien esencial de la personalidad, se halla comprendido en otro rubro susceptible de indemnización, como puede ser el perjuicio patrimonial, el moral, a la salud, o a la vida de relación; a fin de evitar en todo caso un doble resarcimiento de la misma obligación*. (…)*

No obstante, es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio*.*

Como también puede ser que el actor únicamente reclame la indemnización del daño a los bienes jurídicos esenciales al individuo porque su interés se centra en la reivindicación de su dignidad, más que en el resarcimiento de un padecimiento interior a su psiquis, de un eventual detrimento patrimonial, o de un menoscabo a su vida de relación.

En tales eventos, mal podría negarse la reparación civil de una garantía fundamental por el hecho de no haberse demostrado su repercusión en la lesión a un bien de inferior raigambre, pues de lo contrario la tutela efectiva civil no se predicaría del interés superior, sino de otros que podrían ser, incluso, incidentales al perjuicio que se causa a un derecho de carácter personalísimo.

Ello quiere decir que la vulneración a un interés jurídico constitucionalmente resguardado no deja de ser resarcible por el hecho de no tener consecuencias en la afectación de otros bienes como el patrimonio, la vida de relación, o la esfera psíquica o interior del sujeto; y, por el contrario, solo debe negarse su reparación cuando se subsume en otro tipo de perjuicio o se identifica con él, a fin de evitar un pago múltiple de la misma prestación.

Puede decirse, en síntesis, que existen ciertos parámetros que no constituyen una limitación al libre arbitrio del juzgador, pero que es aconsejable tener en cuenta a fin de evitar que se indemnicen situaciones que no lo merecen. Así, por ejemplo, ***hay que evaluar si el hecho lesivo vulnera o no un interés jurídico que goza de especial protección constitucional por estar referido al ámbito de los derechos personalísimos; si ese perjuicio confluye o converge en otro de dimensiones específicas como el daño patrimonial, el moral, a la salud o a la vida de relación, de tal suerte que se presenten como una misma entidad; o si, por el contrario, es posible su coexistencia con esos otros tipos de daños por distinguirse claramente de ellos o tener su fuente en circunstancias fácticas diferenciables; entre otras particularidades imposibles de prever de manera apriorística, dado que solo las peculiaridades de cada caso permiten arribar a la decisión más equitativa y ajustada a derecho.****"*

En el caso presente, se tiene por establecida la responsabilidad civil referenciada en la demanda, encontrándose involucrada la dignidad humana de una mujer que fue víctima de una conducta de ribetes sexuales en su contra que en su momento llegó a trastocar su proyecto y condiciones de vida por espacio de dos años, afrenta cuyo resarcimiento se pretende también a través de esta acción.

Con esto en mente y aplicando la perspectiva de género ya anunciada, se juzga factible proceder con el resarcimiento integral de modo tal que abarque el generado por el desconocimiento de la aludida garantía ius fundamental y, por aludir a un daño ocasionado en su dignidad de mujer, escapa a la indemnización por daño moral reconocido a la víctima directa, con el cual coexiste.

Ahora, la demandante suplica que este especial resarcimiento se verifique a través de un acto de perdón público en las instalaciones de la Universidad Cooperativa de Colombia Campus Pasto, siendo esta una reparación simbólica, sobre la cual, se ha dicho[54]:
"B.2. Formas "novedosas" de reparación.

4.4. Las diversas formas de reparación. muchas de las formas de reparación que son hoy en día novedosas gracias al discurso de los derechos humanos y aun de otras áreas del derecho, pueden ser consideradas como reparación in natura. Así se pudo mostrar en este escrito cuando se analizaron las contribuciones nacionales e internacionales a las diversas formas de reparación diferentes de las clásicas. sin embargo, frente a formas de reparar como la satisfacción o la rehabilitación, la discusión de si se trata de reparación in natura puede presentarse. en efecto, "la corte ha incluido progresivamente una variedad de medidas entre las que se confunden formas de garantizar los derechos vulnerados con medidas que son propiamente de reparación. Muchas de ellas tienen un alcance amplio y se traducen en la aprobación de leyes o la ejecución de políticas de aplicación general, que persiguen mejorar

54 J. C. HENAO, 'Las formas de reparación en la responsabilidad del esta-do: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el estado", Revista de Derecho Privado, universidad externado de Colombia, n.º 28, enero-junio de 2015, pp. 277-366. doi: 10.18601/01234366.n28.10

la protección de los derechos fundamentales no sólo de las víctimas, sino de otras personas en condiciones similares". Esto porque la novedad que han tenido diversas expresiones de la reparación genera la polémica de hasta dónde va dicho concepto. Es así como, para presentar este acápite del escrito, se estudiará en un primer momento las reparaciones "novedosas" más usuales (B.2.a), para luego entrar a considerar la figura de la reparación transformadora (B.2.b) B.2.a. Las reparaciones "novedosas" más usuales.

4.5. Las reparaciones simbólicas o de satisfacción. acorde con la definición de las distintas formas de reparación que en este texto se han estudiado, la reparación por satisfacción se encuadra dentro del marco de la reparación in natura del daño, en la cual puede adquirir múltiples expresiones. afirma la jurisprudencia:

> *... la satisfacción, [es] una noción difusa que abarca principalmente la reparación simbólica. este concepto está integrado por el reconocimiento a las víctimas, conmemoraciones y homenajes o las disculpas públicas entre otras medidas. La satisfacción no debe confundirse con la indemnización por daño moral o psicológico ni con las medidas de rehabilitación (incluyen los gastos derivados de la recuperación psicológica y física por las secuelas que indudablemente generan las violaciones de derechos humanos), aunque indiscutiblemente todas ellas aportan significativamente a la superación del daño. De forma más concreta, hace referencia a un número de medidas que buscan reintegrar la dignidad de la víctima cesando la violación y reconociendo el daño infligido a esta. La amplia gama de medidas que incluye la satisfacción puede ser resumida en tres dimensiones: la obligación de modificar la legislación o las prácticas que ofendan a las víctimas y en todo caso investigar los abusos cometidos en el pasado; la ejecución de medidas que busquen el reconocimiento o aceptación de responsabilidad; y por último, las medidas necesarias para llevar a cabo la reintegración de las víctimas en la sociedad restaurándoles su dignidad, su reputación y sus derechos."*

Y tomando en consideración el daño inferido en la órbita de la garantía fundamental a la dignidad humana, en particular la dignidad de mujer de la estudiante para la época de los hechos, MAEP, se considera que una medida de satisfacción adecuada consiste en ordenar a la Universidad ... Sede Pasto que en el marco de la conmemoración del Día Internacional de la Mujer que se llevará a cabo el día 8 de marzo de 2023, se organice una conferencia o conversatorio acerca de las conductas que atenten contra la dignidad e integridad de la mujer al interior de las instituciones educativas, incluyendo imprescindiblemente como temática qué hacer ante ello, entre los demás puntos que se deseen abarcar. Además, en dicho programa, se incluiría un acto especial en el que la Universidad ... exalte la valentía que tuvo la estudiante para presentar la queja.

4.6. De este modo, vemos que únicamente han prosperado los reparos enfilados por la parte actora en lo atinente a la tasación de los perjuicios materiales y el reconocimiento de la reparación simbólica buscada, por lo que se modificará y revocará el fallo impugnado en las temáticas precisadas y se confirmará en los demás aspectos apelados por los demandados, merced de lo cual, se condenará a éstos a pagar las costas de segunda instancia, conforme lo estipula el art. 365 num. 3° del C. G. del P. y, ciñéndonos al precepto contenido en el num. 2° 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 numeral 1. del art. 5° del Acuerdo N° PSAA16-10554 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.- MODIFICAR el numeral segundo de la parte resolutiva de la sentencia de primera instancia proferida el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, en el sentido de que el monto de los perjuicios materiales reconocidos será de $72'840.000.

Segundo.- REVOCAR el numeral tercero de la parte resolutiva del fallo apelado y en su lugar, se dispone lo siguiente:

"Tercero: Acceder a la reparación simbólica solicitada en la demanda y, en procura de ello, se ordena a la Universidad ... Sede Pasto que, en el marco de la conmemoración del Día Internacional de la Mujer que se llevará a cabo el día 8 de marzo de 2023, se organice una conferencia o conversatorio acerca de las conductas que atenten contra la dignidad e integridad de la mujer al interior de las instituciones educativas, incluyendo imprescindiblemente como temática qué hacer ante ello, entre los demás puntos que se deseen abarcar. Además, en dicho programa, se incluiría un acto especial en el que la Universidad exalte la valentía que tuvo la estudiante para presentar la queja."

Tercero.- REVOCAR el numeral quinto de la resolutiva de la sentencia de primer grado.

Cuarto.- CONFIRMAR en lo restante el fallo apelado, en aquellos aspectos que fueron objeto de impugnación.

Quinto.- CONDENAR a los demandados a pagar las costas procesales de segunda instancia en favor de los demandantes.

Al momento de elaborar la liquidación de las costas causadas, téngase como agencias en derecho la suma en pesos equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente (S.M.L.M.V.) al momento del pago efectivo.

Sexto.- ORDENAR, una vez culminada la actuación procesal, el envío del expediente al Juzgado de origen, dejando las anotaciones correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTIZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGÉNERO – Esta prerrogativa se encuentra relacionado con su identidad sexual y de género.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGÉNERO – El derecho a la identidad sexual es una parte esencial e indisoluble de la personalidad de una persona, lo cual constituye una fuente de materialización de su dignidad.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGÉNERO - Las barreras de acceso a la atención médica para las personas trans vulneran sus derechos a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico les son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo.

DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE REAFIRMACION SEXUAL – El sistema de salud debe brindar un servicio eficaz, oportuno e integral para hacer posible la reafirmación sexual, de conformidad con la valoración que realice el profesional de la salud.

ACCION DE TUTELA PARA SOLICITAR LA PROTECCION DEL DERECHO A LA SALUD DE PERSONAS TRANSGÉNERO EN PROCEDIMIENTO QUIRÚRGICO DE REAFIRMACION SEXUAL -Procedencia

(…) en el asunto de marras, no cabe duda de que la accionante tiene una condición médica que exige el suministro del tratamiento de reafirmación sexual pues, ha sido diagnosticada con "DISFORIA DE GENERO" y "TRASTORNO DE LA IDENTIDAD DE GENERO – NO ESPECIFICADO", cuando fue atendida por las especialidades de endocrinología, urología y psiquiatría (…)

(…) erró NUEVA E.P.S. al considerar que la orquiectomía y/o resección o ablación endoscópica de lesión o tejido uretral es un procedimiento cosmético o suntuario y al excusarse en que la vida o integridad física de la paciente no estaba en riesgo cuando, como sabemos, que "La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud" (…)

(…) Además, si bien la accionada arguyó que no existía un respaldo científico de la efectividad del procedimiento ordenado para mejorar las condiciones de la patología de la paciente, es lo cierto que la cirugía fue prescrita por el galeno tratante (…) y la E.P.S., no cumplió la carga de controvertir la prescripción, de forma científica y técnica. (…)

(…) el procedimiento, en la forma en que fue prescrito, está incluido en el Plan de Beneficios de Salud y, por ende, al no aparecer que está restringido para alguna enfermedad en especial, debe ser suministrado directamente por la E.P.S. (…)

TRATAMIENTO INTEGRAL – Requisitos: Se configuran.

(…) en este caso, resultó correcta la orden de brindar un tratamiento integral al cuadro de salud que presenta la accionante, puesto que, por una parte, resulta claro que NUEVA E.P.S. S.A. ha actuado con negligencia en la prestación de los servicios de salud requeridos por la joven (…) y, además, partiendo de un entendimiento limitado del significado de la salud de la usuaria, pues adujo que la cirugía no era necesaria porque la vida e integridad de la paciente no estaba en riesgo cuando, como hemos visto, apunta a una mejoría de su estado de salud. (…)

DERECHO A LA SALUD - CUBRIMIENTO DE GASTOS DE TRANSPORTE PARA PACIENTE POR LA EPS: Reglas jurisprudenciales.

(…) siguiendo los lineamientos trazados por la Corte, fácil resulta concluir que acompañó la razón al juez de primer grado al ordenarle a NUEVA E.P.S. S.A. que cubra el transporte que necesite la joven MVCM, a fin de recibir los servicios de salud que precise y que se presten en lugar distinto a aquél en el que tiene fijada su residencia, entendiéndose que tal prestación debe asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, bajo el entendido de que no se pueden imponer barreras que impidan el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante.

Igual acontece con los gastos que se generen por la alimentación y alojamiento de la accionante en los anotados eventos, merced de que se cumplen los presupuestos (…)

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

San Juan de Pasto, dos (02) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Radicación :528353103002-2021-00089-01 (960-01)
Asunto :Impugnación en acción de tutela
Procedencia :Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco
Magistrada : Dra. PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO

Procede la Sala a resolver el recurso de alzada propuesto por la entidad accionada, frente al fallo de tutela proferido el 28 de noviembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, al interior del presente asunto.

I. ANTECEDENTES

1. La solicitud de amparo

La joven MVCM formuló acción de tutela en contra de NUEVA E.P.S. S.A., para que se amparen sus derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la identidad sexual y, en consecuencia, se ordene a la entidad accionada que autorice en su favor el procedimiento denominado orquiectomía, que le brinde el tratamiento integral de reafirmación de sexo y, le suministre el transporte, alojamiento y alimentación que requiera cuando deba desplazarse fuera de su lugar de residencia para atender los servicios de salud que requiera[1].

Los hechos en que se sustenta la presente acción constitucional, se reducen a afirmar que la joven MVCM, de 19 años de edad al momento de interponer el amparo, domiciliada en el Municipio de Tumaco y afiliada al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de NUEVA E.P.S. S.A. en el régimen subsidiado, padece de "TRASTORNO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO – NO ESPECIFICADO", por lo que lleva más de tres (3) años en un proceso de reafirmación sexual, ante lo cual, el médico tratante dispuso la realización de la cirugía de orquiectomía y la valoración por parte de anestesiólogo. Sin embargo, actora la accionante que la E.P.S. no ha autorizado la prestación de tales servicios por considerar que se trata de un procedimiento cosmético o suntuario.

2. El trámite

Presentada la solicitud de amparo, correspondió por reparto su conocimiento al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco, dependencia que mediante auto de 12 de noviembre de 2021[2], admitió la acción, vinculó a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, solicitó la presentación de los informes de rigor, decretó las pruebas que estimó pertinentes y, dispuso la notificación de la decisión a las partes.

1 PDF 04 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

2 PDF 05 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

3. La sentencia impugnada

El juzgado de primer grado emitió sentencia el 28 de noviembre de 2021[3], en donde se prodigó el amparo invocado respecto del derecho a la salud y a la identidad de género y, se ordenó a NUEVA E.P.S. S.A. lo siguiente: (i) que autorice en favor de la accionante el procedimiento denominado "ORQUITECTOMIA" o "RESECCIÓN O ABLACIÓN ENDOSCOPICA DE LESIÓN O TEJIDO URETRAL" con la siguiente observación: "LA ELABORACIÓN DE TURNO PARA CIRUGIA REQUERIDA "ORQUIECTOMIA" NO ACEPTA EL PROCEDIMIENTO PARA EL PACIENTE TRANSGENERO POR ELLO SE CAMBIA EL CÓDIGO"; (ii) que suministre a la accionante el tratamiento integral que requiera en relación con el diagnóstico de "TRASTORNO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO – NO ESPECIFICADO", incluyendo todos los servicios de salud que ordene el médico tratante, se encuentren o no incluidos en el PBS; y (iii) que financie el transporte intermunicipal y los viáticos de alojamiento y alimentación que requiera la accionante cuando se autoricen servicios de salud en un lugar diferente al municipio de residencia y en relación con las enfermedades enlistadas.

En relación con la cirugía, adujo que tal procedimiento no tiene carácter cosmético o suntuario, como manifestó la E.P.S., quien por demás no brindó razones médicas o científicas para hacer tal aseveración y explicó que, por el contrario, la cirugía hacía parte de un proceso integral de reafirmación sexual. Además, encontró cumplidos los requisitos establecidos por la jurisprudencia constitucional, para ordenar por vía de tutela la prestación de un servicio no incluido en el PBS.

Por su lado, el tratamiento integral fue otorgado tras concluir que la paciente se encuentra en un tratamiento que requiere continuidad, es un sujeto de especial protección constitucional por pertenecer a población con identidad de género diversa, no cuenta con los recursos económicos suficientes para atender sus padecimientos y, ha debido afrontar barreras para el goce efectivo de su derecho a la salud.

Por último, la financiación de los gastos de transporte, alojamiento y alimentación del paciente se ordenó, al considerar que estaban satisfechos los presupuestos que la jurisprudencia constitucional ha trazado para librar tal mandato.

4. La impugnación

Dentro del término legalmente establecido, la entidad accionada impugnó la decisión de primera instancia[4], solicitando que la misma se revoque y en su lugar, se deniegue el amparo solicitado.

Para ello, argumentó que no existía un respaldo científico de la efectividad del procedimiento ordenado para mejorar las condiciones de la patología de la paciente y, que no se trata de una cirugía reparadora o funcional, es decir, que se requiera para el manejo de una patología que ponga en riesgo la vida o la integridad de la persona.

Además, manifestó que la orden de prodigar un tratamiento integral, equivalía a ordenar la cobertura de hechos futuros e inciertos y que tal decisión, descartaba la posibilidad de que la situación económica del accionante y su grupo cambiara, amén de que implica un desconocimiento al derecho al debido proceso de la E.P.S., quien ya no podría esgrimir nuevos argumentos.

3 PDF 18 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

4 PDF 21 y 22 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia para resolver la impugnación

Esta Corporación es competente para conocer de la impugnación de la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco en la acción de tutela de la referencia, de conformidad con lo previsto en el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991.

2. Naturaleza de la acción constitucional promovida.

La acción de tutela contemplada en el artículo 86 de la Carta Política, constituye un mecanismo procesal diseñado para que toda persona pueda solicitar ante la Jurisdicción, por sí o por quien actúe en su nombre, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, la protección de los derechos de rango fundamental, cuando resulten amenazados o vulnerados por la acción u omisión de cualquier autoridad o los particulares en los eventos señalados por el Legislador; siempre y cuando no se estructure causal de improcedencia.

3. Caso concreto

La joven MVCM, considera vulnerados sus derechos a la salud, a la vida en condiciones dignas y a la identidad sexual por parte de NUEVA E.P.S. S.A., debido a que esta entidad se ha negado a autorizar en su favor el procedimiento denominado orquiectomía, dispuesto por su médico tratante frente a su diagnóstico de *"TRASTORNO DE LA IDENTIDAD DE GÉNERO – NO ESPECIFICADO"*, por el que lleva más de tres (3) años en un proceso de reafirmación sexual. Además, estima que la empresa debe brindarle un tratamiento integral a su patología y suministrarle el transporte, alojamiento y alimentación que requiera, cuando deba desplazarse fuera de su lugar de residencia para recibir los servicios médicos que le prescriban, dado que carece de los recursos económicos necesarios para ello.

Por su parte, la E.P.S. no ha autorizado la prestación de tal servicio, por considerar que se trata de un procedimiento cosmético o suntuario.

Mientras que el fallo de primer grado, atendió el amparo y dispuso que la E.P.S. autorice la cirugía, suministre el tratamiento integral que requiere la patología de la paciente y asuma los gastos de transporte, etc.

Con este panorama en mente y ciñéndonos a los motivos de reparo esgrimidos por la entidad accionada, la labor de la Sala se limitará a valuar si había lugar a ordenar la práctica del procedimiento quirúrgico, a prodigar el tratamiento integral a la paciente y, a ordenar el suministro de los aludidos viáticos.

3.1. Para ello, sea lo primero referirnos a las características del derecho a la salud y la prestación de ese servicio público cuando el titular es una persona *trans*, como ocurre en este caso. Sobre el tema, la Corte Constitucional en sentencia T-263 de 20220 dijo:

> *"**4.5.5.** (…) Así pues, "persona transgénero" es aquella en la que no coincide su identidad de género con el sexo que registró al nacer[5]. Para lograr articular las características físicas sexuales y el género con el que el individuo se identifica, es necesario*

5 En el momento del nacimiento, e incluso, hoy por hoy desde antes, hay una inicial identificación de sexo y género que obe-

adelantar distintos procedimientos médicos, lo cual se conoce como un proceso de reafirmación sexual quirúrgico. Este proceso tiene un carácter médico, y puede incluir distintos "tipos de procedimientos quirúrgicos y hormonales, así como atención médica especializada, dependiendo de la prescripción médica en cada caso concreto"[6], en el que debe verificarse la existencia de una condición médica que haga necesario el tratamiento de readecuación –como lo es la disforia de género–.

4.5.6. *De manera general, la jurisprudencia constitucional se ha señalado a la protección de los derechos a la identidad de género y a la salud de las personas que se encuentran en ese tipo de transiciones[7], en el sentido que el sistema de salud debe brindar un servicio eficaz, oportuno e integral para hacer posible la reafirmación sexual, de conformidad con la valoración que realice el profesional de la salud en cada escenario particular de una condición médica como lo es la disforia de género. Es decir, que estos individuos tienen derecho a acceder a los servicios de salud en el marco de su proceso de reafirmación sexual que sean prescritos por el médico tratante."*

Y en el asunto de marras, no cabe duda de que la accionante tiene una condición médica que exige el suministro del tratamiento de reafirmación sexual pues, ha sido diagnosticada con "DISFORIA DE GENERO" y "TRASTORNO DE LA IDENTIDAD DE GENERO – NO ESPECIFICADO", cuando fue atendida por las especialidades de endocrinología, urología y psiquiatría, según los apartes de la historia clínica de la actora en la IPS Los Ángeles de esta ciudad[8], en el Hospital Universitario San José de Popayán E.S.E.[9] y en el Hospital San Rafael de Pasto[10]. Además, en esta última entidad de salud, se anotó que la paciente "refiere angustia, ansiedad, dismorfobia, insomnio de conciliación, hiporexia, sin conductas de cutting, con pensamientos "no quiero vivir más así quiero cambiarme por completo" en tratamiento con psicología, frecuencia mensual".

De otro lado, el proceso de reafirmación sexual en el que está inmersa la accionante, está representado inicialmente en un procedimiento hormonal, como deja ver la historia clínica de la IPS Los Ángeles, en la que se consignó que la paciente está "EN TRATAMIENTO DE REEMPLAZO HORMONAL PARA SEXO FEMENINO"[11]. Pero además, hace parte de ese tratamiento un procedimiento quirúrgico, como es la "RESECCIÓN O ABLACIÓN ENDOSCÓPICA DE LESIÓN O TEJIDO URETRAL", anotándose en las observaciones que "LA ELABORACION DE TURNO PARA CIRUGIA QUERIDA "ORQUIECTOMIA" NO ACEPTA EL PROCEDIMIENTO

---

dece a patrones puramente objetivos. Esto es, salvo casos excepcionales de ambigüedad genital, las personas, en función de unas connotaciones objetivas son hombres o mujeres. Tales connotaciones son tanto fisiológicas como genéticas. De esta manera no estamos ante un escenario de libre 'asignación" de sexo o género, sino de afirmación de una realidad objetiva. Al recién nacido que tenga las características propias del sexo masculino se le asigna el género masculino y al que las tenga del sexo femenino se le asigna el género femenino, sin que se trate de una opción intercambiable a voluntad.

6 Sentencia T-771 de 2013, M.P. María Victoria Calle Correa

7 El derecho a la identidad sexual es una parte esencial e indisoluble de la personalidad de una persona, lo cual constituye una fuente de materialización de su dignidad. Véanse las sentencias T-675 de 2017, M.P. Alejandro Linares Cantillo, y T-918 de 2012, M.P. María Victoria Calle Correa.

8 PDF 04, pág. 4 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

9 PDF 04, pág. 5 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

10 PDF 04, pág. 16 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

11 PDF 04, pág. 19 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

PARA EL PACIENTE TRANSGENERO POR ELLO SE CAMBIA EL CODIGO"[12]. Con todo, dicha cirugía que no fue autorizada por NUEVA E.P.S. alegando que es un procedimiento "que tiene como finalidad principal un propósito cosmético o suntuario no relacionado con la recuperación o mantenimiento de la capacidad funcional o vital de las personas"[13].

3.2. En cuanto al suministro de servicios médicos para el proceso de reafirmación sexual, como es la antedicha cirugía, pertinente es advertir que el Máximo Tribunal Constitucional ha concedido la protección rogada por personas trans, con base en los siguientes fundamentos[14]:

> *"(i) el derecho a la salud de todas las personas comporta un carácter integral que incluye todos aquellos aspectos que inciden en la configuración de la calidad de vida del ser humano, así como las dimensiones física, mental y social de su bienestar; (ii) la falta de correspondencia entre la identidad sexual o de género de una persona trans y su fisionomía puede llegar a vulnerar su dignidad en la medida en que esa circunstancia obstruya su proyecto de vida y su desarrollo vital; (iii)* ***las barreras de acceso a la atención médica apropiada para las personas trans vulneran sus derecho a gozar el nivel más alto de salud, al libre desarrollo de la personalidad y a la autodeterminación sexual cuando la autorización para procedimientos prescritos por su médico les son negados bajo el argumento de que su vida o integridad física no están en riesgo****; (iv) las entidades promotoras de salud, como consecuencia de lo anterior, tienen la obligación legal de brindar los procedimientos mencionados cuando hayan sido ordenados por el médico tratante a menos que controviertan el fundamento de la autorización "de forma científica y técnica"; (iv) la relación entre el derecho a la salud y la identidad sexual de las personas trans demanda la garantía de acceso a un servicio de salud apropiado con el fin de asegurar su derecho a reafirmar su identidad sexual o de género; y, por último, (v) la garantía de acceso a atención médica apropiada para las personas trans implica reconocer no solo las particularidades de los asuntos de salud relativos a las transiciones emocionales, mentales y físicas al momento de reafirmarse sino también la situación de marginación y discriminación que enfrentan, la cual constituye una barrera de acceso al Sistema de Seguridad Social."*

Por ende, erró NUEVA E.P.S. al considerar que la orquiectomía y/o resección o ablación endoscópica de lesión o tejido uretral es un procedimiento cosmético o suntuario y al excusarse en que la vida o integridad física de la paciente no estaba en riesgo cuando, como sabemos, que "La salud no equivale únicamente a un estado de bienestar físico o funcional. Incluye también el bienestar psíquico, emocional y social de las personas. Todos estos aspectos contribuyen a configurar una vida de calidad e inciden fuertemente en el desarrollo integral del ser humano. El derecho a la salud se verá vulnerado no sólo cuando se adopta una decisión que afecta el aspecto físico o funcional de una persona. Se desconocerá igualmente cuando la decisión adoptada se proyecta de manera negativa sobre los aspectos psíquicos, emocionales y sociales del derecho fundamental a la salud". (Sentencia T-771-13, subrayado y negrita fuera de texto)

Además, si bien la accionada arguyó que no existía un respaldo científico de la efectividad del procedimiento ordenado para mejorar las condiciones de la patología de la paciente, es lo cierto

12 PDF 04, págs. 8 y 9 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive
13 PDF 04, pág. 25 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

14 Sentencia T-771 de 2013

que la cirugía fue prescrita por el galeno tratante[15], Médico Especialista en Urología, y la E.P.S., no cumplió la carga de controvertir la prescripción, de forma científica y técnica.

Ahora bien, para el otorgamiento del procedimiento quirúrgico, el juez de primer grado consideró necesario valorar si se cumplían los requisitos contemplados por la Corte Constitucional, para ordenar el suministro de un tratamiento excluido del PBS, esto es:

> *"(…) (i) la falta del servicio médico vulnera o amenaza los derechos a la vida y a la integridad personal de quien lo requiere; (ii) el servicio no puede ser sustituido por otro que se encuentre incluido en el plan obligatorio; (iii) el interesado no puede directamente costearlo, ni las sumas que la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio se encuentra autorizada legalmente a cobrar, y no puede acceder al servicio por otro plan distinto que lo beneficie; y (iv) el servicio médico ha sido ordenado por un médico adscrito a la entidad encargada de garantizar la prestación del servicio a quien está solicitándolo." (Sentencia T-263-2020)*

Y al encontrarlos reunidos, otorgó el amparo. Sin embargo, en un asunto de similares contornos al presente[16], la Guardiana de la Carta precisó que *"los procedimientos de penectomía total y orquidectomía bilateral simple para realizar una vaginoplastia, ordenados por el médico tratante a la accionante en el proceso de tutela referido y relativos a la reasignación de sexo, están incluidos de manera explícita en el Acuerdo 029 de 2012,[17] mediante el cual se actualizó el Plan Obligatorio de Salud,* ***"sin que se restrinja su práctica al tratamiento de alguna enfermedad específica"***. (Subrayado y negrita fuera de texto)

Argumentos estos que resultan válidos para el caso que nos ocupa, si reparamos en que la Resolución N° 2292 de 2021 *"Por la cual se actualizan y establecen los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capitación (UPC)"*, vigente a partir del 01 de enero de 2022 según lo dispuesto en el art. 116, en el Anexo N° 002 atinente al *"Listado de procedimientos en salud financiados con recursos de la UPC"*, incluye la orquiectomía, más concretamente con el código N° 6230, así como también alberga la ablación endoscópica de lesión o tejido uretral con el código N° 5831. Procedimientos que también contempló la Resolución 2481 de 2020.

Siendo así, se colige que el procedimiento, en la forma en que fue prescrito, está incluido en el Plan de Beneficios de Salud y, por ende, al no aparecer que está restringido para alguna enfermedad en especial, debe ser suministrado directamente por la E.P.S.

De este modo, se confirmará la orden del juez de primera instancia en punto de autorizar la orquiectomía o la resección o ablación endoscópica de lesión o tejido uretral, por las razones aquí expuestas.

---

15 PDF 04, pág. 9 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

16 Sentencia T-918 de 2012, citada en sentencia T-771 de 2013

17 En efecto, el Acuerdo 029 de 2012, mediante el cual se actualizó el Plan Obligatorio de Salud, incluye de manera explícita los siguientes servicios, cuya práctica no está restringida al tratamiento de una enfermedad en particular: amputación total del pene o penectomía total sod (CUP 643200); orquiectomía (testículo) sod (CUP 623000); orquiectomía con epididimidectomía –radical- (CUP 623001); vaginoplastia, vía abdominal (CUP 706101);vaginoplastia, vía perineal (CUP 706102); vaginoplastia, vía abdominoperineal (CUP 706103).

3.3. Ocupándonos ahora del tratamiento integral concedido, diremos que la Corte Constitucional en sentencia T-394 de 2021, de manera por demás clara estableció que:

> *'Para ordenar el tratamiento integral, el juez de tutela debe verificar que: (i) la EPS fue negligente en el cumplimiento de sus deberes; (ii) existen prescripciones médicas que especifiquen tanto el diagnóstico del paciente, como los servicios o insumos que requiere; y, (iii) el demandante es sujeto de especial protección constitucional o está en condiciones extremadamente precarias de salud[18]. En estos casos, el tratamiento del paciente debe estar claro, en tanto que la autoridad judicial no puede pronunciarse respecto de asuntos futuros e inciertos ni presumir la mala fe de la EPS[19]."*

Y en este caso, resultó correcta la orden de brindar un tratamiento integral al cuadro de salud que presenta la accionante, puesto que, por una parte, resulta claro que NUEVA E.P.S. S.A. ha actuado con negligencia en la prestación de los servicios de salud requeridos por la joven CM, como lo evidencia el hecho de que la entidad se abstuvo de autorizar el procedimiento quirúrgico ordenado por el médico tratante, alegando que se trata de un tratamiento cosmético o suntuario sin haber controvertido la autorización de manera científica y técnica y, además, partiendo de un entendimiento limitado del significado de la salud de la usuaria, pues adujo que la cirugía no era necesaria porque la vida e integridad de la paciente no estaba en riesgo cuando, como hemos visto, apunta a una mejoría de su estado de salud.

De otro lado, como ya tuvimos oportunidad de explicitar, los diagnósticos efectuados a la paciente están determinados y aparecen soportados en el expediente. Vemos entonces cómo la patología sobre la que el juez de primer grado ordenó el tratamiento integral, aparece descrita en la historia clínica aportada, concretamente el diagnóstico de "DISFORIA DE GENERO" [20] y "TRASTORNO DE LA IDENTIDAD DE GENERO – NO ESPECIFICADO"[21].

Además, no cabe duda que la parte actora es un sujeto de especial protección constitucional. Así, vemos cómo la Corte Constitucional ha señalado que las personas transgénero deben ser protegidas de manera especial debido a que hacen parte de grupos minoritarios e históricamente discriminados, no solo a nivel nacional, sino internacional. Al respecto pueden consultarse las sentencias T-099 de 2015 (M.P. Gloria Stella Ortíz Delgado), T-675 de 2017 (M.P. Alejandro Linares Cantillo) y T-143 de 2018 (M.P. José Fernando Reyes Cuartas)[22].

3.4. Para finalizar, la orden de cubrir los gastos de transporte, alojamiento y alimentación que requiera el paciente para recibir los servicios de salud que le sean prescritos por el galeno tratante, a razón de la patología que padece y que se presten en lugar distinto al municipio en el que reside, observamos que es clara la posición que defiende la Corte Constitucional.
Sobre la materia, en sentencia T-101 de 2021 expuso:

---

18 Sentencias SU- 508 de 2020, MM.PP. José Fernando Reyes Cuartas y Alberto Rojas Ríos; T-513 de 2020 y T-275 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

19 Sentencia T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

20 PDF 04, pág. 4 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

21 PDF 04, págs. 5 y 16 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

22 Posición expuesta en sentencia T-263 de 2020

> *'**El servicio de transporte del afectado***
> *(…)*
> *'Esta Corporación[23] ha determinado que el transporte y los viáticos requeridos para asistir a los servicios de salud no constituyen servicios médicos[24]. No obstante, ha precisado que estos constituyen elementos de acceso efectivo en condiciones dignas.[25]*

En relación con el transporte intermunicipal, el Ministerio de Salud y Protección Social emitió la Resolución 2481 de 2020[26]. En el artículo 122 esta establece las circunstancias en las que se debe prestar el servicio de transporte de pacientes con cargo a la UPC.

Sobre este punto la jurisprudencia ha precisado que:

> *'se presume que los lugares donde no se cancele prima por dispersión geográfica tienen la disponibilidad de infraestructura y servicios necesarios para la atención en salud integral que requiera todo usuario."[27]*

Por lo tanto, la EPS debe contar con una red de prestación de servicios completa. De tal manera, si un paciente es remitido a una IPS ubicada en un municipio diferente a su domicilio, el transporte deberá asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, ya que el desplazamiento no se puede erigir como una barrera que impide el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante.

La alimentación y alojamiento del afectado
20. Esta Corporación ha señalado que estos dos elementos no constituyen servicios médicos[28]. Por lo tanto, cuando un usuario es remitido a un lugar distinto al de su residencia para recibir atención médica, por regla general, los gastos de estadía deben ser asumidos por él. Sin embargo, esta Corte ha determinado que no es posible imponer barreras insuperables para asistir a los servicios de salud, razón por la que de manera excepcional ha ordenado su financiamiento.[29] En consecuencia, se han establecido las siguientes subreglas para determinar la procedencia de estos servicios:

> *'i) se debe constatar que ni los pacientes ni su familia cercana cuentan con la capacidad económica suficiente para asumir los costos; ii) se tiene que evidenciar que negar la solicitud de financiamiento implica un peligro para la vida, la integridad física o el estado de salud del paciente; y, iii) puntualmente en las solicitudes de alojamiento, se debe comprobar que la atención médica en el lugar de remisión exige más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento."[30]*

23 Sentencia T-074 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio y T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruceria Mayolo (e).

24 Sentencia T-074 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio y T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruceria Mayolo (e).

25 Sentencia T-074 de 2017, M.P. Jorge Iván Palacio y T-405 de 2017, M.P. Iván Humberto Escruceria Mayolo (e).

26 'Por la cual se actualizan integralmente los servicios y tecnologías de salud financiados con recursos de la Unidad de Pago por Capilación (UPC)."

27 Sentencia SU 508 de 2020, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

28 Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

29 Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras..

30 Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y

En este orden de ideas, siguiendo los lineamientos trazados por la Corte, fácil resulta concluir que acompañó la razón al juez de primer grado al ordenarle a NUEVA E.P.S. S.A. que cubra el transporte que necesite la joven MVCM, a fin de recibir los servicios de salud que precise y que se presten en lugar distinto a aquél en el que tiene fijada su residencia, entendiéndose que tal prestación debe asumirse con cargo a la UPC general pagada a la entidad promotora de salud, bajo el entendido de que no se pueden imponer barreras que impidan el acceso a los servicios de salud prescritos por el médico tratante.

Igual acontece con los gastos que se generen por la alimentación y alojamiento de la accionante en los anotados eventos, merced de que se cumplen los presupuestos líneas atrás enlistados.

En primer lugar, ni la paciente ni su familia cercana tienen la capacidad económica para asumir los costos. Así se infiere de lo afirmado por la actora al responder el cuestionario que le efectuó el juzgado de primer grado, persona que a la fecha cuenta con 20 a**ños de edad,** cuando explicó que es una estudiante universitaria, que no trabaja, que junto a ella su núcleo familiar está conformado por sus padres y su hermano de 10 años y, que los ingresos familiares alcanzan el $1'000.000 mensual aproximadamente, con lo que deben cubrir la alimentación y demás gastos de los cuatro integrantes de la familia[31]. Es de anotar que estas aseveraciones de la accionante, merecen credibilidad al amparo de la presunción de buena fe que revisten las actuaciones de los particulares ante las autoridades públicas (art. 83 Constitución Nacional), amén de que no fueron controvertidas por la entidad accionada. Al respecto, memoremos que para la guardiana de la Carta, en estas circunstancias, *"cuando el paciente afirme la ausencia de recursos, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar lo dicho[32]. En caso de que guarde silencio con respecto a la afirmación del paciente se entenderá probada[33]".* (Sentencia T-101 de 2021)

En segundo término, es innegable que la denegación de la solicitud de financiamiento atentaría contra el estado de salud de la joven CM, habida cuenta de que la asunción de los rubros de alojamiento y alimentación, son indispensables para que la paciente efectivamente pueda acceder a los servicios de salud, de manera concreta, para recibir aquellos que el médico tratante recomiende dentro del proceso de reafirmación sexual que se adelanta y, que no se prestan en el lugar de residencia de la usuaria. De lo contrario, dada la falta de recursos económicos de la paciente y de su núcleo familiar para solventar tales gastos, ella no podría desplazarse y finalmente, no accedería a los servicios médicos que el galeno tratante ha considerado necesarios para culminar de manera satisfactoria dicho tratamiento.

Por último, conforme lo ordenado en el fallo de primera instancia, el financiamiento de los gastos de alojamiento se condicionó a que la atención médica en el lugar de remisión exija más de un día de duración, mientras que en lo atinente a los gastos de alimentación, se precisó que sólo se cubrirían los necesarios para la manutención el municipio de remisión y durante el

---

T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

31 Documento Word 09 - Carpeta Primera Instancia - Expediente electrónico en One Drive

32 Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

33 Sentencias T-259 de 2019, M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, T-081 de 2019, M.P. Luis Guillermo Guerrero Pérez y T-309 de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas, entre otras.

tiempo de estadía. De tal forma, se entiende satisfecho el tercer requisito, atañedero a que las solicitudes de alojamiento se pueden acoger, si la atención médica en el lugar de remisión requiere de más de un día de duración.

Corolario de estas breves consideraciones, tenemos que había lugar a ordenar que se autorice el procedimiento quirúrgico inicialmente negado, a prodigar el tratamiento integral a la paciente y, a ordenar el suministro de los aludidos viáticos en su favor, razón por la cual se confirmará el fallo de primer grado, más por las razones aquí planteadas en lo atinente a la cirugía ordenada.

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 mandato de la Constitución,

RESUELVE:

Primero.- CONFIRMAR el fallo de tutela de 28 de noviembre de 2021 proferido por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco al interior del presente asunto, más por las razones expuestas en esta providencia.

Segundo.- Lo decidido se **NOTIFICARÁ** a las partes y al Juzgado de origen por la vía más expedita posible.

Tercero.- Cumplido lo anterior, el expediente se **REMITIRÁ** a la Corte Constitucional para la eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Magistrada

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrada

PERTENENCIA - PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO: Requisitos.

PERTENENCIA - PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO - No requiere de título alguno.

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO – IDENTIDAD DEL BIEN: El inmueble debe estar determinado e identificado.

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO – IDENTIDAD DEL BIEN: El análisis de la prueba documental, no resulta suficiente para determinar la identificación del bien poseído por el demandante.

(…) desde la presentación de la demanda la parte actora cumplió con lo exigido por el artículo 83 del actual CG del P, pues en su orden señaló respecto del bien pretendido su ubicación, linderos actuales y nomenclaturas, no existiendo para dicha etapa procesal otras "circunstancias que lo identifiquen", puesto que éstas podrían establecerse por ejemplo a partir de un documento catastral, un certificado de libertad y tradición, o una escritura pública, mismas que para el caso no resultaban indispensables, en atención a que se trata del ejercicio de la acción de prescripción extraordinaria, es decir, de la que no requiere título alguno (…)

(…) la prescripción extraordinaria que se pretende en este asunto, no requiere de títulos, tal como lo establece el artículo 2531 del Código Civil, y si ello es así, la determinación del bien a prescribir no puede obtenerse exclusivamente a partir del estudio de documentos, como lo son las escrituras públicas, certificados o planos catastrales o folios de matrícula inmobiliaria, ya que la posesión y específicamente su ejercicio es un hecho, que puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba, contrario a lo que sucede con el dominio, que sí exige específicos medios de prueba documental que de no allegarse, impiden la prosperidad de acciones tendientes a protegerlo como es el caso de la acción reivindicatoria.(…)

(…) en los procesos en los que se ventila la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, documentos como los mencionados por el Juez, certificados catastrales, folios de matrícula inmobiliaria y escrituras públicas, tienen por finalidad principal, la identificación de quien debe comparecer al proceso en calidad de demandado, es decir, de los sujetos que ostentan derechos reales en relación con el bien poseído, y de contera, pretendido en usucapión, mas no la delimitación del área que total o parcialmente está siendo objeto de posesión, pues para ello, al interior del plenario existen otros medios de prueba conducentes y pertinentes.(…)

(…) el bien pretendido en usucapión, hace parte de otro de mayor extensión, el cual se ha identificado, y tan es así, que la parte demandada jamás ha manifestado lo contrario, es decir, nunca se indicó por LEASING BANCOLOMBIA S.A. que el inmueble de su propiedad es distinto del que se alega poseído en cierta parte (…)

(…) el fallador A quo manifiesta que conforme al material probatorio obrante en el plenario no se encontraba debidamente identificado y determinado el bien. Sin embargo, pese a la amplitud que parece haberse acaparado probatoriamente, lo cierto es que a dicha conclusión solamente arribó con base en los documentos que hicieron parte de la demanda, y el certificado catastral, folio de matrícula inmobiliaria y escritura pública aportado con posterioridad, olvidando por completo lo referido en la respectiva diligencia de inspección judicial (…)

(…) no podía el juez arribar a tan implacable conclusión respecto de la ausencia de identificación del bien inmueble, sin siquiera reparar o mencionar lo determinado por la prueba de inspección judicial, que precisamente versa sobre los hechos que constituyen la posesión, y ante la falta de títulos, sobre la identificación del bien donde se ejerce y la verificación de que se trata del mismo a usucapir. (…)

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO – El dominio de un bien privado, es susceptible de adquirirse por prescripción.

(…) para esta Sala no resulta jurídicamente aceptable que al predio del que habla la demanda, pueda aplicársele la presunción de que se trata de un bien de los que la ley considera baldíos, conforme a certificado expedido por el INCODER, pues a dicha conclusión podía arribarse, tal vez, cuando en la primera etapa del trámite no se contaba con antecedente registral, no obstante, luego de la diligencia de inspección judicial se pudo constatar que aquel de menor extensión, hace parte de otro de mayor extensión con folio de matrícula inmobiliaria que da cuenta plenamente que en su integridad, es predio total y absolutamente privado, y por ende, su dominio es susceptible de adquirirse por prescripción (…)

PRESCRIPCIÓN EXTRAORDINARIA ADQUISITIVA DE DOMINIO – DE UN PREDIO QUE HACE PARTE DE UNO DE MAYOR EXTENSIÓN: Procedencia.

(…) la prescripción de una parcialidad de un inmueble es completamente posible, siempre que desde las etapas iniciales del proceso tal situación sea advertida, como aquí ocurrió con posterioridad a la práctica de la diligencia de inspección judicial, cuando se avizoró que el reclamado hace parte de un predio de mayor extensión, haciendo el correspondiente llamado a quienes aparecían como propietarios. Ahora, la calidad de dueña que la demandante reclama y la segregación del inmueble menor del de mayores proporciones, ya son consecuencias del proceso de pertenencia ante la prosperidad de sus pedimentos, no son presupuestos axiológicos (…)

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

San Juan de Pasto, primero (1°) de junio de dos mil veintidós (2022)

Radicación : **2014 – 00165 – 01 (577-01)**
Asunto : **Apelación sentencia en proceso ordinario de pertenencia**
Procedencia: **Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto**
Magistrado: **Dr GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ**

Procede la Sala a emitir pronunciamiento respecto del recurso de apelación interpuesto por la apoderada judicial de la parte demandante en contra del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, al interior del asunto de la referencia, promovido por la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ en contra de personas indeterminadas, previos los siguientes:

I. ANTECEDENTES

1. La demanda, pretensiones y sustento.

Que la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ a la fecha de interposición de la demanda, ha ostentado por más de 14 años la posesión real y material de un bien inmueble consistente en un lote de terreno ubicado en el Barrio Palermo de la ciudad de Pasto, con los linderos especificados en el hecho primero de la demanda.

Que durante el tiempo que se ha descrito, la demandante ha realizado actos que sólo pueden predicarse de quien se considera dueño, como por ejemplo hacer mejoras en el inmueble, darlo en arrendamiento, pagar impuestos, servicios públicos, realizarle mantenimiento y pagando la celaduría.

Que la posición de la demandante ha sido pública, pacífica e ininterrumpida, y sin reconocer dominio ajeno sobre el inmueble desde el primero (1°) de febrero del año dos mil (2000), hasta la presente fecha.

Con fundamento en lo anterior, se pretende:

Que se declare que la demandante ha adquirido por prescripción adquisitiva de dominio un lote de terreno que corresponde al inmueble con nomenclatura Carrera 37 No. 18 – 06 del Barrio El Palermo de la ciudad de Pasto, comprendido dentro de los linderos que se describen en la demanda. Lote destinado a bodega y garaje, parte en ladrillo, semicubierta en Eternit y Zinc, con un lote interior o huerto, y medidores de agua y energía eléctrica.

En consecuencia, que se ordene inscribir la sentencia en el respectivo folio de matrícula inmobiliaria en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto y que se condene en costas a quien se oponga.

2. Trámite de Primera Instancia

Mediante interlocutorio de cinco (5) de diciembre de dos mil catorce (2014) el Juzgado A quo admitió la demanda y a su vez ordenó lo pertinente al emplazamiento de las personas indeterminadas que pudieran tener interés jurídico sobre el bien inmueble, materia del proceso. Por su parte, no decretó la inscripción de la demanda en atención a que el predio carecía de matrícula inmobiliaria, y reconoció personería adjetiva a la apoderada demandante.

Cumplidos los trámites previos de emplazamiento a las personas indeterminadas, el A quo procedió a la designación de curador Ad Litem, quien una vez posesionado y notificado[1], dentro del traslado respectivo manifestó que se atenía a lo que resultare probado dentro del proceso[2].

---

1 Página 119 – Archivo: 2014-00165-00 DECLARATIVO DE PERTENENCIA – C1.pdf.

2 Página 121 – Ibíd.

Luego, mediante auto del diecisiete (17) de julio de dos mil quince (2015), se decretó la práctica de pruebas al interior del proceso, teniendo por tales los documentos aportados en la demanda, ordenó la recepción de los testimonios de Andrés Efraín Benavides Ramos, Hector Alfonso García Rosero y Lucy Alcira Luna. Igualmente, fijó fecha para la diligencia de inspección judicial y de manera oficiosa, determinó la realización de un escrito dirigido al director del INCODER con el fin de que certifique si bien inmueble del que se habla en la demanda, es un bien baldío.

Con posterioridad, se realizó la diligencia de inspección judicial al predio objeto de la pretensión de pertenencia, dentro de la cual, la falladora de primera instancia ordenó a la apoderada de la parte actora que allegue unos precisos documentos, obligación que fue cumplida por la profesional del Derecho a través del oficio presentado el cinco (5) de septiembre de dos mil quince (2015), aportando el Certificado de Tradición del predio de mayor extensión del que hace parte el reclamado[3], y el Certificado del Plano Catastral correspondiente al mismo predio[4]. Igualmente, más adelante dentro del proceso, se aportó el certificado especial asociado al inmueble comprometido en el litigio[5], en donde aparece como titular del derecho real de dominio la SOCIEDAD LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, tal como aparecía en la anotación No. 7, del respectivo folio de matrícula inmobiliaria, razón por la cual mediante providencia del catorce (14) de septiembre de dos mil quince (2015), se vinculó al trámite a la mencionada persona jurídica[6].

Así, una vez notificada, a través de su apoderado judicial la mencionada sociedad dio contestación a la demanda, precisando que se oponía a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo excepciones y solicitando la suspensión del trámite por prejudicialidad, en atención a la existencia de otro proceso civil mediante el cual se estaba debatiendo la validez del contrato de enajenación a favor de dicha entidad, radicado con el No. 2013 – 00162 – 00 en el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto.

En consecuencia, mediante auto del dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016), el Juzgado de Primera instancia decretó nuevamente las pruebas que fueron solicitadas por la entidad vinculada al trámite, entre las cuales se encuentran la recepción de los testimonios de Heidy Ruiz y Érika Burbano, y el interrogatorio de parte de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ. Por lo demás, se determinó oficiar al director del Instituto Geográfico Agustín Codazzi con el fin de que de una explicación sobre por qué se expidió el certificado catastral a nombre de la demandante con el No. 03-00-00-0094-0004-0-00-00-0000, el cual coincide con el número catastral de un predio de propiedad de LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO.

Luego, agotado el debate probatorio, el Juzgado A quo a través de auto de treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017), fijó fecha para la realización de la audiencia de la que

3 Página 161 – Archivo 2014-00165-00 DECLARATIVO DE PERTENENCIA C-1.pdf.

4 Página 165 – Ibidem.

5 Página 179 – Ibid.

6 Página 189 - Ibid.

habla el artículo 373 del Código General del Proceso, para luego, mediante providencia de treinta y uno (31) de enero de dos mil dieciocho (2018), decretar la suspensión del proceso por prejudicialidad civil, reanudándolo por interlocutorio de cuatro (4) de marzo de dos mil veinte (2020).

3. La sentencia objeto de apelación

a) El Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto profirió sentencia en la que adoptó las siguientes determinaciones: **1)** Denegar las pretensiones del demandante. **2)** Condenó a la demandada en costas a favor de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL y **3)** el archivo del proceso. Lo anterior obedeció a las siguientes razones:

Luego de rememorar los postulados legales y jurisprudenciales que regulan la materia de la prescripción adquisitiva de dominio, tanto ordinaria como extraordinaria, señaló cuáles eran los requisitos axiológicos para la procedencia de las pretensiones, abordando el estudio del primero de ellos, relativo a la identificación del bien inmueble objeto de usucapión, el cual, para el fallador A quo no estaba debidamente acreditado con fundamento en la prueba documental allegada al plenario.

En adición, que tampoco se encontraría acreditado el segundo de los requisitos para la procedencia de las pretensiones, puesto que según certificado expedido por el INCODER, el predio en disputa, por no tener un antecedente inmobiliario, debía presumirse de que se trataba de un bien baldío no susceptible de ser adquirido por prescripción.

b) En consideración de lo anteriormente descrito, el Juez de primera instancia descartó las pretensiones de la demanda, motivo por el cual la parte actora presentó su recurso de alzada en la misma audiencia, exponiendo los reparos concretos.

4. Trámite de segunda instancia

a) Admitido el recurso de apelación y concedido el término para la sustentación del mismo, la apoderada de la parte demandante precisó:

- Que la sentencia de primera instancia tuvo como fundamento para negar las pretensiones dos argumentos, el primero, que el inmueble pretendido en usucapión no se encuentra debidamente delimitado e identificado, y el segundo, que existe duda en relación con que el bien pretendido sea imprescriptible por tratarse posiblemente de un bien de uso público.
Frente a lo anterior, la parte alzadista controvierte lo argumentado por el A quo, indicando que el bien se encuentra plenamente determinado por cuanto su identificación reposa en la prueba documental aportada, y además fue corroborada por el mismo despacho a través de diligencia de inspección judicial donde se determinó de forma clara las dimensiones y extensión del bien.

Sobre el tema, señaló que la parte demandante había satisfecho probatoriamente los requisitos necesarios para la prosperidad de las pretensiones, indicando frente a la identificación del inmueble que la judicatura le estaba imponiendo cargas a la parte actora que no está obligada a asumir, ya que mencionó sus linderos, ubicación, área y nomenclatura cumpliendo entonces con el requerimiento de determinación plena. En consecuencia, que lo exigido por el Juez desconoce la prueba existente en el plenario, tanto la prueba de inspección judicial, como el levantamiento topográfico y la declaración rendida por la demandante.

Para el caso, una vez detalladas las características del inmueble y demás aspectos que fueron corroborados por el A quo en la diligencia de inspección judicial, se dolía la alzadista que se haya pasado por alto el principio de inmediación de la prueba, pues la jueza Liliana Miranda fue clara y precisa, dejando la debida constancia, donde se establece la identificación plena del inmueble objeto de la demanda.

Señaló sobre este mismo tema que no podía exigirse a la parte demandante la delimitación del predio de mayor extensión, por cuanto no se trataba de desenglobar un predio, sino que se trata de un inmueble independiente a cualquier otro colindante.

Por lo demás, indicó que, si bien el predio a usucapir no tiene una matrícula inmobiliaria, lo cierto es que para este tipo de demandas ello no era un requisito, pues si no lo tenía, la orden será que se abra el respectivo folio como sería necesario en el presente caso, lo que pasa igualmente con lo relativo al número predial.

- Además, que no se trataba de un bien de uso público por cuanto, como lo manifestó el mismo juez A quo, el predio pretendido en usucapión hace parte de otro de mayor extensión que posee matrícula inmobiliaria, de ahí que incurriría el despacho en una contradicción pues a criterio de la alzadista, el tener una matrícula inmobiliaria significa que el inmueble ha salido del mundo de los bienes de uso público.

Al respecto, señaló que al interior del plenario obraba un oficio emitido por el INCODER en donde claramente se explicaba que al poseer matrícula inmobiliaria, se indicaba la tradición privada y que por lo mismo, el bien no podía ser baldío, entonces, si la entidad autorizada no podía clasificar el predio en tal categoría, mucho menos podía hacerlo el juez, de ahí que la decisión sea arbitraria, carente de prueba y de criterios de valoración probatoria.

c) Surtido como se avizora todo el trámite de segunda instancia, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Se impone precisar el problema jurídico señalando que el debate en la presente instancia gira en torno a dos cuestionamientos, el primero: ¿Conforme a los criterios jurisprudenciales aplicables a la materia, en el presente asunto se encuentra debidamente identificado y determinado el predio del que habla la pretensión de prescripción adquisitiva de dominio? Y sólo en

caso de encontrar una respuesta afirmativa al anterior interrogante, ¿Se encuentra plenamente acreditado por la parte actora que el bien inmueble objeto de usucapión, es de aquellos que por su naturaleza, pueden ser adquiridos por prescripción?

1. Así, para encontrar una respuesta a las dos cuestiones jurídicas planteadas, se hace preciso por parte de esta Sala rememorar los argumentos esbozados por el fallador A quo, mismos que a la postre sirvieron de sustento para la decisión negatoria de las pretensiones, con el fin de determinar su corrección jurídica y así, establecer si en efecto, el bien inmueble pretendido en usucapión se encontraba indebidamente identificado y además, si se trata de aquellos que por ley se consideran baldíos.

2. Al respecto, como brevemente se hizo un bosquejo en el acápite de antecedentes, el fallador A quo en la génesis de su desarrollo considerativo, hizo una breve referencia a las normas contenidas en el Código Civil relativas a la posesión, refiriendo su concepto, sus elementos, siendo estos el animus y el corpus, y también aludiendo a la regulación legal que el mismo cuerpo normativo contiene respecto de la prescripción adquisitiva de dominio, señalando que esta podía ser ordinaria o extraordinaria. Así lo indicó el juzgador:

> *'Ahora bien, la prescripción con la que se adquieren las cosas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 2527 del código civil puede ser ordinaria o extraordinaria,* ***diferenciándose ellas por el lapso durante el cual se ejerce la posesión sobre el bien y por supuesto, por la calidad de esta****. De manera que para la prescripción ordinaria sabemos, tratándose de bienes inmuebles se requiere de cinco años de posesión regular y para la extrordinaria de 10 años de simple posesión de conformidad con lo establecido en la modificación de la ley de 2002, siendo para este caso la segunda la que nos ocupa".*

Sobre el tema, se destaca que la principal diferencia que existe entre las dos formas de prescripción, es decir, la ordinaria y la extraordinaria, no solamente es el lapso de tiempo requerido para el ejercicio de la posesión, sino que es precisamente la calidad en que aquella se ejerce, es decir, si se trata de un posesión regular o irregular, tema que para el presente caso resulta de diametral importancia a efectos de encontrar la solución que amerita.

En ese orden de ideas, se encuentra que **la posesión regular**, que es requisito para la prosperidad de la acción de prescripción adquisitiva de dominio ordinaria, se define como "la que procede de justo título y ha sido adquirida de buena fe, aunque la buena fe no subsista después de adquirida la posesión" siendo este el tenor literal del artículo 764 del Código Civil. Así las cosas, según se expone, la posesión a la que se está haciendo referencia requiere entonces, **justo título y buena fe**.

Por otro lado, se tiene que la procedencia de la acción de prescripción adquisitiva de dominio está regulada por el artículo 2531 del Código Civil, según el cual: "El dominio de cosas comer-

ciables, que no ha sido adquirido por la prescripción ordinaria, puede serlo por la extraordinaria" bajo el cumplimiento de unas reglas enlistadas en la misma norma, siendo la primera de ellas: "***Para la prescripción extraordinaria no es necesario título alguno***".

Como puede verse, y a modo de parcial corolario, se encuentra que la diferencia entre el modo ordinario o extraordinario de adquirir el dominio por prescripción radica en que; para el primero, se requiere el ejercicio de una posesión regular, es decir, la que necesita de la existencia de un justo título y de buena fe; mientras que para el segundo, conforme a tenor normativo, no se requiere de título alguno.

3. Ahora, dentro de los argumentos expuestos por el juzgador de instancia, se encuentra que, según su criterio, la parte actora no identificó adecuadamente el bien desde la misma presentación de la demanda, señalando de forma literal, lo siguiente:

"De esta manera, a tenor del artículo entonces vigente, artículo 76 del C. de P. C., y actual artículo 83 del código general del proceso se tiene como requisito adicional para las demandas que sobre bienes inmuebles versan, la especificación de su ubicación, linderos, nomenclatura, las demás circunstancias que los identifiquen, sin embargo, del material probatorio obrante en el plenario se advierte en el presente caso que el inmueble en cuestión no se encuentra plenamente identificado (…)"

Respecto de la norma invocada en la sentencia objeto de alzada, se encuentra que es la que regula los requisitos adicionales de las demandas, en relación con aquellas que versen sobre bienes inmuebles, indicando que deberán especificarse por su ubicación, linderos actuales, nomenclaturas y demás circunstancias que los identifiquen, agregando que, cuando los linderos se encuentren contenidos en alguno de los documentos anexos a la demanda, no será necesaria su transcripción.

Para el caso, a la fecha de la presentación del libelo no existía título o documento alguno en donde consten los linderos del bien inmueble cuyo dominio se pretende en usucapión, razón por la cual se procedió a describirlos en la demanda en sus respectivas extensiones, además de mencionar que se trataba de un predio ubicado en el barrio Palermo de la ciudad de Pasto, específicamente en la Carrera 37 No. 18 – 06, delimitándolo así:

> *'**OCCIDENTE:** en 12.83 metros2 con la carrera 37. **SUR:** en 20.50 metros2 con la calle 18. **ORIENTE:** en 12.83 metros cuadrados con propiedad de DIANA MERA Y CAROLINA JACHO y **NORTE:** con propiedad de HEREDEROS DE PRIMITIVO URIEL BURBANO ORTIZ"*

Como puede verse, desde la presentación de la demanda la parte actora cumplió con lo exigido por el artículo 83 del actual Código General del Proceso, pues en su orden señaló respecto del bien pretendido su ubicación, linderos actuales y nomenclaturas, no existiendo para dicha etapa procesal otras "circunstancias que lo identifiquen", puesto que éstas podrían establecerse por ejemplo a partir de un documento catastral, un certificado de libertad y tradición, o

una escritura pública, mismas que para el caso no resultaban indispensables, en atención a que se trata del ejercicio de la acción de prescripción extraordinaria, es decir, de la que no requiere título alguno como se explicó párrafos atrás.

4. Ahora, pese a lo anterior, el fallador de instancia con fundamento en lo establecido por el artículo 83, que a juicio de esta Sala se considera satisfecho, y valorando una específica prueba documental, consideró lo que a continuación se transcribe:

> *'en principio el inmueble pretendido en usucapión posee nomenclatura, la misma que corresponde a la carrera 37 No. 18 – 06 de la ciudad de pasto, así también del legajo obrante a folio 10 del cuaderno No. 1 se evidencia que dicho inmueble se identifica con el No. predial 010300000094000400000000 y cuenta con un área de 263 metros cuadrados,* ***sin embargo****, en contraste con el plano predial catastral aportado por la demandante, que se verifica a folio 68 del cuaderno No. 1 en atención a lo dispuesto en la diligencia de inspección judicial que tuvo lugar el 31 de julio de 2015,* ***al mismo número predial le corresponde el folio de matrícula inmobiliaria 240 – 27541, coincidiendo en área y dirección con el certificado catastral aportado con la demanda, corolario de la revisión del citado folio de matrícula inmobiliaria 240 – 27541 que puede verificarse a folio 66 y 67 del cuaderno No. 1, se verifica que dicho inmueble coincide con el No. catastral, pero consigna una dirección distinta, esto es la carrera 37 No. 18 – 18****, a la vez que en cuanto a la descripción se trata de dos lotes, que forman un solo globo con un área de 420.23 metros cuadrados, con lo cual es natural colegir que el inmueble en cuestión hace parte de otro de mayor extensión, sin que sea posible una clara distinción de los dos, en cuanto a áreas, linderos* ***y títulos****.*
>
> *A lo anterior se suma que en su momento, el IGAC informó mediante oficio calendado a primero de diciembre de 2016 y que puede verificarse a folio 5 del cuaderno No. 4 que el certificado catastral referido en precedencia se expidió durante el periodo en el cual, la demandante solicita como propietaria del predio No. 01030094-0004-000 situación que fue modificada al carecer de fundamento jurídico como lo advierte en este caso el apoderado judicial de leasing BANCOLOMBIA y que luego fue rectificada mediante resolución No. 52001-6605-2014 en la cual se dispuso además* ***de inscribir como propietaria a la Sociedad Leasing BANCOLOMBIA S.A.*** *según la escritura pública No. 4104 de 2 de diciembre de 2008 de la Notaría Tercera del Círculo de Pasto, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541.*

Como puede observarse, el A quo devela la negación de las pretensiones esbozando la falta de determinación del bien inmueble pretendido en usucapión, arribando a tal conclusión a partir de lo establecido en documentos como los folios de matrícula inmobiliaria y certificados catastrales, los cuales indican la existencia de un predio identificado con el No. 240 – 27541, código predial 010300000094000400000000, nomenclatura carrera 37 # 18 – 18 (no # 18 – 06 que es el pretendido en la demanda), que según escritura de la Notaría Tercera del Círculo de Pasto No. 4104 del 2 de diciembre de 2018 es de propiedad de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A., lo cual también se inscribió en el respectivo certificado expedido por el IGAC.

Sin embargo, para esta Sala y contrario a lo expuesto por el Juez, dicha argumentación no es congruente con el análisis probatorio que resulta propio en los asuntos de prescripción **extraordinaria** adquisitiva de dominio, tal como pasará a explicarse:

En primer lugar, debe insistirse por parte de esta Colegiatura que la prescripción extraordinaria que se pretende en este asunto, **no requiere de títulos**, tal como lo establece el artículo 2531 del Código Civil, y si ello es así, la determinación del bien a prescribir no puede obtenerse exclusivamente a partir del estudio de documentos, como lo son las escrituras públicas, certificados o planos catastrales o folios de matrícula inmobiliaria, ya que la posesión y específicamente su ejercicio es un hecho, que puede acreditarse a través de cualquier medio de prueba, contrario a lo que sucede con el dominio, que sí exige específicos medios de prueba documental que de no allegarse, impiden la prosperidad de acciones tendientes a protegerlo como es el caso de la acción reivindicatoria.

Así por ejemplo, si se tratara de la acción reivindicatoria, la falta de identidad entre el predio pretendido por el demandante y el que se encuentra referido en los títulos que aduce, sí da lugar a la negación de sus pretensiones en atención a la indeterminación del inmueble, puesto que no sería lógico ni atiende al orden legal, pretender, debatir y a la postre conceder, algo distinto de lo que según la prueba documental atinente al título y modo, le corresponde al actor. Sin embargo, en los procesos en los que se ventila la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio, documentos como los mencionados por el Juez, certificados catastrales, folios de matrícula inmobiliaria y escrituras públicas, tienen por finalidad principal, la identificación de quien debe comparecer al proceso en calidad de demandado, es decir, de los sujetos que ostentan derechos reales en relación con el bien poseído, y de contera, pretendido en usucapión, **mas no la delimitación del área que total o parcialmente** está siendo objeto de posesión, pues para ello, al interior del plenario existen otros medios de prueba conducentes y pertinentes.

Bajo ese entendido, aparece evidente que el bien inmueble de 420.23 metros cuadrados, ubicado en el barrio Palermo de la ciudad de Pasto, con nomenclatura Carrera 37 No. 18 – 18, según escritura pública No. 4104 de 2 de diciembre de 2008 de la Notaría Tercera del Círculo de Pasto debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541 de la ORIP, es de propiedad de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A., **lo cual nadie discute**, y es dicha titularidad la que precisamente dio lugar a que fuera convocada al presente trámite en calidad de demandada, acreditando con ello su legitimidad en la causa por pasiva.

Y es que sobre el tema, se advierte que tal acreditación contrario a servir de base para la negación de las pretensiones, en realidad permite la subsunción del caso de marras a lo establecido en el artículo 2512 del Código Civil, pues la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es "un ***modo de adquirir las cosas ajenas*** o ***de extinguir*** las acciones o ***derechos ajenos*** por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos en un cierto lapso de tiempo", norma que de suyo implica que el bien inmueble objeto de prescripción, por regla general, debe ser de propiedad de un sujeto distinto a quien depreca la usucapión, como aquí sucede.

Ahora, **como ya se advirtió el análisis de la prueba documental en asuntos como nos ocupan, no resulta suficiente para determinar la identificación del bien poseído por la demandante**. Sin embargo, como lo consideró el Juez de primera instancia, sí permitió arribar a una conclusión que también aparece evidente en el plenario, y es que, el bien pretendido en usucapión, hace parte de otro de mayor extensión, el cual se ha identificado como aparece en anteriores párrafos, y que tan es así, que la parte demandada jamás ha manifestado lo contrario, es decir, nunca se indicó por LEASING BANCOLOMBIA S.A. que el inmueble de su propiedad es distinto del que se alega poseído en cierta parte, por la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ, por el contrario, incluso en los alegatos de conclusión se señala precisamente que está integrado en el mismo predio identificado con matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541, del cual versa el contrato de adquisición del bien.

Pese a lo anterior, concluyó el juez en el fallo objeto de alzada:

> *'Entonces, bastan las anteriores consideraciones para concluir que resulta evidente que el inmueble pretendido en usucapión se encuentra ligado al inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541, **sin que guarden identidad**, es decir, el bien objeto de la controversia carente de folio de matrícula inmobiliaria, hace parte del inmueble aledaño, **sin que sea posible deducir con certeza y claridad la plena identificación de ambos, a partir de la prueba que por supuesto obra en el expediente**"*

Como pudo verse en el extracto correspondiente al fallo de primera instancia acabado de citar, el fallador A quo manifiesta que conforme al material probatorio obrante en el plenario no se encontraba debidamente identificado y determinado el bien. Sin embargo, pese a la amplitud que parece haberse acaparado probatoriamente, lo cierto es que a dicha conclusión solamente arribó con base en los documentos que hicieron parte de la demanda, y el certificado catastral, folio de matrícula inmobiliaria y escritura pública aportado con posterioridad, olvidando por completo lo referido en la respectiva diligencia de inspección judicial llevada a cabo el treinta y uno (31) de julio de dos mil quince (2015).

Respecto de la importancia y trascendencia de la inspección judicial se ha señalado:

> *'**Con todo, advierte la Corte que la percepción que directamente la autoridad judicial puede hacer en el predio va orientada a reconocer su existencia y particularidades**, así como a 'verificar los hechos relacionados en la demanda y constitutivos de la posesión alegada por el demandante" (CPC, art. 407 num. 10). De forma directa y más en conjunto con otras probanzas, puede llegar a facilitarle la deducción acerca de la posesión alegada, no solo de los hechos positivos actuales sino de otros ejecutados en el pasado y que han dejado su huella en el predio inspeccionado. Pero, en líneas generales, más que actos posesorios idóneos ejecutados por el antecesor lo que puede patentizarse con ella son los que el demandante ha realizado y realiza. Allí percibirá directamente las mejoras y adecuaciones, podrá recoger testimonios de vecinos que den luz acerca de los hechos investigados —linderos, actos posesorios*

pasados, percepción de la comunidad acerca de la posesión aducida, etc—. No está de más recordar que la inspección judicial, como prueba obligatoria en procesos de pertenencia, vino a ser adoptada desde la Ley 15 de 1943, en la que se conminaba al juez a no fallar si no había practicado la inspección ocular, diligencia dentro de la cual eran citados los colindantes y en la que el juez recibía sus declaraciones así como la de las demás personas que estimare necesario, todo con la finalidad de buscar que quedasen acreditados la continuidad, efectividad, publicidad y tranquilidad de la posesión invocada por el demandante, así como la explotación económica del predio por parte del poseedor. Asuntos todos que aún hoy puede una inspección dilucidar"[7].

Al unísono, la doctrina especializada explica:

'Tiene por finalidad, como lo dice GARCÍA SARMIENTO, 'verificar o esclarecer hechos materia del proceso por el funcionario mismo que debe tomar la decisión, o por excepción por un comisionado". O como dicen LESSONA y BONNIER 'consiste en el examen que el juez, acompañado del secretario de su despacho o de uno ad hoc, ***hace directamente de los hechos que interesan al proceso, para verificar su existencia, sus características y demás circunstancias****, de tal modo que los percibe por sus propios sentidos, principalmente el de la vista, pero también en ocasiones con su oído, su tacto, su olfato y su gusto; es, pues* ***"la prueba directa primordial".*** *(...) Y como obligatoria dentro del proceso, la cual, si no se practica, no genera nulidad, sino una grave anomalía, que puede conducir a que la sentencia le sea desestimatoria al prescribiente, puesto que en el proceso de pertenencia se están debatiendo 'hechos", y la falta de su demostración, o sea, la realización por el prescribiente de actos materiales significativo de comportarse como dueño y señor, conducirían, como se dijo, al no reconocimiento que se alega"*[8].

Y más específicamente sobre sus finalidades:

'Al no ser viable la etapa conciliatoria ***se puede iniciar con la identificación del bien (hasta por economía procesal), y verificado que se trata del mismo a usucapir****, se procede al interrogatorio de las partes, que bien efectuado lleva a la verdad, evita fraudes y conduce a reducir la práctica de pruebas, para luego recepcionar los testimonios y dictar ahí mismo la sentencia, para lo cual se requiere una debida preparación, empeño y verdadera vocación de servicio, cualidades venidas a menos en estos días"*[9].

En ese orden de ideas, no podía el juez arribar a tan implacable conclusión respecto de la ausencia de identificación del bien inmueble, sin siquiera reparar o mencionar lo determinado

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC6652-2015 de 28 de mayo de 2015. M.P. Jesús Vall De Rutén Ruiz.

8 CANOSA TORRADO, Fernando. Teoría y Práctica del Proceso de Pertenencia. 7ª ed. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2017. p. 408.

9 JARAMILLO CASTAÑEDA, Armando. La Usucapión y su Práctica. Ediciones Doctrina y Ley. Bogotá, 2013. p. 525.

por la prueba de inspección judicial, que precisamente versa sobre los hechos que constituyen la posesión, y ante la falta de títulos, sobre la identificación del bien donde se ejerce y la verificación de que se trata del mismo a usucapir.

Para el caso, el primordial medio de convicción fue llevado a cabo el treinta y uno (31) de julio de dos mil quince (2015), y en el acta que se suscribió de la misma, que se reporta en la página 11 del archivo cuaderno 3 de pruebas de la parte demandante, puede leerse respecto de la identificación del bien inmueble objeto de la prueba:

> *'Ya allí, esto es en el inmueble ubicado en la **carrera 37 No. 18 – 06 Barrio Palermo de esta ciudad**, la demandante SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ autoriza el ingreso del Juzgado al inmueble.*
> *Hecho un recorrido por el mismo, se procede a identificarlos por sus linderos y características así:*

LINDEROS DEL INMUEBLE:

> ***OCCIDENTE O FRENTE: En 12,83 metros con la Carrera 37 de la ciudad; SUR O COSTADO DERECHO ENTRANDO: En 20,50 metros con la Calle 18; ORIENTE O RESPALDO: En 12,83 metros con propiedad de DIANA MERA y CAROLINA JACHO; y NORTE O COSTADO IZQUIERDO ENTRANDO: En 20,50 metros.** Se deja constancia de que, con relación a este lindero, el señor JHON JAIRO MONTENEGRO, identificado con C.C. No. 12.999.087 de Pasto (N.), quien se encontraba en el inmueble colindante, informó que cree que el propietario actual es el señor JAIRO CEBALLOS, quien según se dijo se encontraba adelantando un trámite para desenglobar el lote aquí pretendido de su inmueble. Según informó, el inmueble antes fue de propiedad de PRIMITIVO BURBANO"*[10].

Y más adelante, luego de describir específicamente el bien inmueble objeto de la inspección, se consignó lo siguiente en la respectiva acta:

> *'**CONSTANCIAS:***
> *Se deja constancia por el Juzgado que el inmueble inspeccionado, guarda identidad con el pretendido en la demanda y que el mismo se encuentra en posesión de la demandante".*

Igualmente, dentro de la respectiva diligencia de inspección judicial y ante las manifestaciones realizadas por el señor Jhon Jairo Montenegro, persona que se encontraba presente en "el inmueble colindante", la señora jueza que presidió el acto ordenó a la parte demandada que allegue al proceso el certificado de tradición del inmueble con nomenclatura Carrera 37 No. 18 – 18, ***"vecino del predio inspeccionado"***, para lo cual debía adelantar las diligencias necesarias[11], instrumentos que fueron aportados en su oportunidad.

10 Pág. 11 – Archivo cuaderno 3 pruebas de la parte demandante.

11 Pág. 15 – Ibidem.

Así, como aparece evidente en el medio de convicción bajo análisis, se encuentra que los linderos actuales del bien inmueble objeto de inspección judicial, coinciden exactamente con los descritos en el respectivo acápite del libelo, siendo estos:

"OCCIDENTE O FRENTE: En 12,83 metros con la Carrera 37 de la ciudad; SUR O COSTADO DERECHO ENTRANDO: En 20,50 metros con la Calle 18; ORIENTE O RESPALDO: En 12,83 metros con propiedad de DIANA MERA y CAROLINA JACHO; y NORTE O COSTADO IZQUIERDO ENTRANDO: En 12,83 metros", mismos que fueron verificados en la diligencia de inspección judicial y que la juez pudo constatar a través de sus sentidos.

Ahora, en cumplimiento de lo ordenado por parte del Juzgado en la mencionada diligencia, la apoderada de la parte actora aportó el certificado de libertad y tradición del bien inmueble con nomenclatura Carrera 37 No. 18 – 18, el cual corresponde al folio de matrícula inmobiliaria 240 – 27541 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, con Código Catastral 52001010300940004000, el cual se refiere a "dos lotes que forman un solo globo área 420.23 m2 frente con la calle 18 derecho entrando con la carrera 37", mismo que según la anotación No. 7 del mencionado documento, es de propiedad de LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, adquirido mediante escritura pública No. 4104 del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008) de la Notaría Tercera del Círculo Judicial de Pasto.

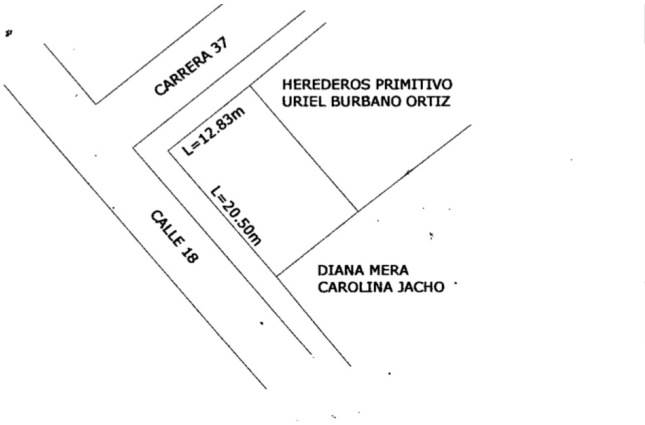
En ese orden de ideas, el juzgador A quo al momento de proferir el fallo de primera instancia, no tuvo en cuenta que, respecto de la identificación del bien inmueble objeto de las pretensiones de usucapión, al interior del trámite existieron dos momentos procesales bien delimitados; el primero de ellos enmarcado desde la presentación de la demanda hasta la diligencia de inspección judicial, y el segundo, desde dicho acto en adelante, hasta que se profirió la sentencia.

Así, en el primer momento de los mencionados en el anterior párrafo, únicamente se tenía dentro del plenario la ubicación, linderos actuales, área y nomenclatura del inmueble, correspondiendo esta última a la Carrera 37 # 18 – 06, sin contar con folio de matrícula inmobiliaria u otros datos relevantes. Sin embargo, en una segunda etapa, a partir de la realización de la diligencia de inspección judicial y en cumplimiento de lo ordenado por la Jueza que presidió el acto, se obtuvo, además, el folio de matrícula inmobiliaria, código catastral, determinando que el bien pretendido en usucapión hacía parte de uno de mayor extensión con nomenclatura Carrera 37 # 18 – 18 de esta ciudad.

En ese orden de ideas, al interior del plenario se encuentra plenamente demostrado que el bien cuyo dominio se pretende a través de la acción de prescripción adquisitiva extraordinaria, es el ubicado en el barrio Palermo de la ciudad de Pasto, cuyos linderos actualizados son, por el occidente o frente en 12,83 metros con la Carrera 37 de la ciudad, sur o costado derecho entrando en 20,50 metros con la Calle 18, oriente o respaldo en 12,83 metros con propiedad de Diana Mera y Carolina Jacho y norte o costado izquierdo entrando en 20,50 metros con herederos de Primitivo Uriel Burbano Ortiz, con un área de 263 metros cuadrados, y nomencla-

tura Carrera 37 # 18 – 06[12], mismo que hace parte de un predio de mayor extensión, de un área total de 420.23 metros cuadrados[13], con código catastral No. 52001010300940004000, cuyos linderos generales se encuentran detallados en la escritura pública No. 4104 del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008) de la Notaría Tercera del Círculo de Pasto[14], debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta misma ciudad, de propiedad de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL.

Para más detalles, y sólo con efectos ilustrativos, respecto de la identificación del bien inmueble, aparece en la página 53 del archivo correspondiente al cuaderno principal, el siguiente plano:



DEPARTAMENTO DE NARIÑO MUNICIPIO DE PASTO LEVANTAMIENTO DE PREDIO		
DIRECCIÓN: CARRERA 37- No.18-06 BARRIO PALERMO		
PROPIETARIO: SONIA BRAVO PAZ C.C. 59 '817.445 DE PASTO	LEVANTO: TOP:WILMER ARAUJO OJEDA LICENCIA No. 01-11841CNPT	
AREA: ÁREA: 263m2	CONTIENE: PLANIMETRIA	
FECHA: JULIO DE 2014	ESCALA: 1: 500	PLANO: 1 de 1

Así, en la imagen puede verse claramente el predio esquinero ubicado entre la calle 18 y la carrera 37, demarcado L=12.83m L=20.50m, que según lo advertido corresponde al inmueble pretendido en usucapión, aclarando que lo señalado como "HEREDEROS PRIMITIVO URIEL BURBANO ORTIZ", en realidad correspondería a la parte que, junto con la antes referenciada, sería de propiedad de LEASING BANCOLOMBIA S.A., con nomenclatura Carrera 37 # 18 – 18.

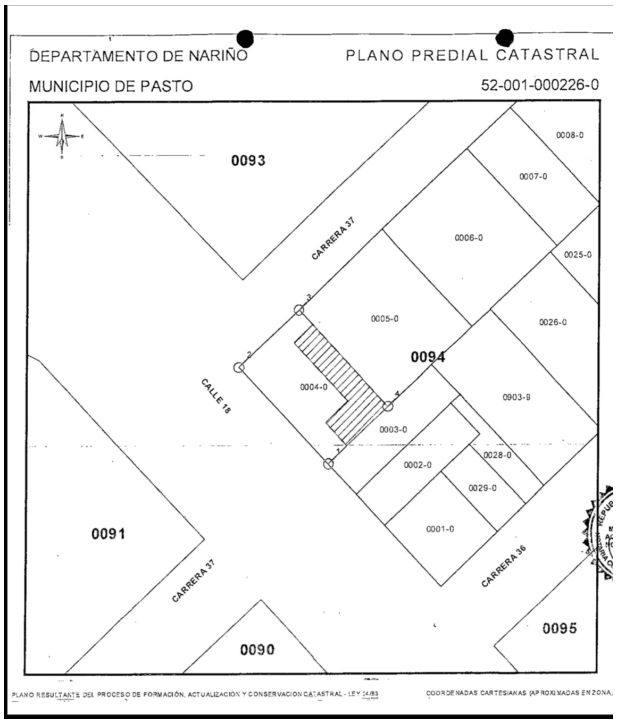
Igualmente, y con los mismos fines meramente ilustrativos, aparece en el plenario otro plano, que en términos generales refiere la misma información sobre el predio objeto de las pretensiones, pero aún más detallado, así:

---

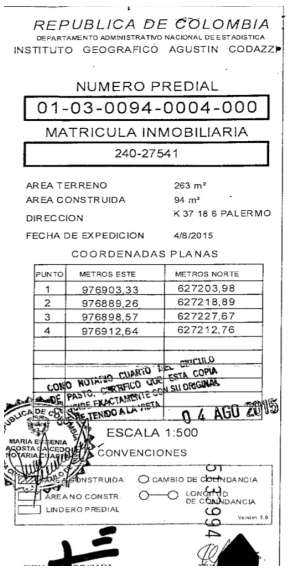
12 Pág. 13 – Archivo Cuaderno 3, Pruebas de la parte demandante. Acta de diligencia de inspección judicial.

13 Pág. 243 – Archivo Cuaderno Principal 1. Certificado de libertad y tradición No. 240 – 27541.

14 Pág. 251 - Archivo Cuaderno Principal 1. Escritura Pública No. 4104 del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008) de la Notaría Tercero del Círculo de Pasto.



De cuya imagen puede observarse nuevamente el predio ubicado entre la calle 18 con carrera 37, esquina, identificado con el No. 004, nomenclatura Carrera 37 # 18 – 06, con demás datos contenidos en la siguiente tabla visible en el mismo folio:



Ahora, en relación a las nomenclaturas **Carrera 37 # 18 – 06** que corresponde al predio pretendido en usucapión, y **Carrera 37 # 18 – 18**, cuya titularidad aparece a nombre de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA, se entiende que hacen parte integral del predio identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541, no sólo por lo consignado en dicho instrumento cuando señala en su descripción que son: "***Dos lotes*** que conforman un solo globo área 420.23m2", sino también por lo señalado en la escritura pública varias veces invocada en este fallo cuando indica que aquella versa sobre:

> *'Un lote de terreno y las construcciones en él existentes, ubicado en la ciudad de Pasto en la calle 18, barrio Pandiaco,* ***Carrera 37 No. 18 – 18 y Carrera 37 No. 18 – 06****, cuyos linderos son los siguientes: (...).* ***A dicho inmueble le corresponde el folio de matrícula No. 240 – 27541 de la*** **(sic)** ***OO DE RR de II de Pasto****".*

En este punto, conviene realizar una especial anotación referente a los documentos cuyas gráficas se han expuesto al interior del presente fallo, en el sentido que, aquí son tomados en su valor probatorio, en específica relación con la identificación y ubicación del bien inmueble objeto de las pretensiones de prescripción, no en lo relacionado a códigos catastrales, o en lo atinente a quién figura como propietario, puesto que tal calidad ya se ha precisado quien la ostenta conforme a título y modo, que no es otro que LEASING BANCOLOMBIA S.A.. No está por demás insistir, en que el juez de primera instancia negó las pretensiones de la demanda ante la indeterminación del predio objeto de usucapión, desdeñando en tal apreciación la prueba de inspección judicial que por sí sola resulta más que suficiente para dar cuenta de los límites territoriales de la posesión ejercida por la actora, de ahí que las gráficas antes invocadas, sirven como un elemento adicional, didáctico e ilustrativo, que obrantes en el plenario, dan mayores luces para dilucidar que el inmueble reclamado se ubica en la esquina que conforman la calle 18 con la carrera 37 de la ciudad de Pasto, delimitado en 20,50m por la calle y 12,83m por la carrera, conformando un polígono rectangular, que no admite confusiones con otras áreas del bien de mayores proporciones del cual hace parte, conforme a los documentos analizados y los que más adelante se analizarán.

Así, conforme al análisis integral que se ha hecho en los párrafos que anteceden respecto de la prueba documental y de inspección judicial obrantes en el plenario, para esta Sala y contrario a lo expuesto por el Juez de primera instancia en el fallo objeto de apelación, no resulta posible otra conclusión distinta a que el bien inmueble pretendido en usucapión **sí** está identificado y determinado, satisfaciéndose el primero de los requisitos para la procedencia de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio.

5. De igual modo y conforme a los documentos y demás pruebas que atrás se han señalado, para esta Sala no resulta jurídicamente aceptable que al predio del que habla la demanda, pueda aplicársele la presunción de que se trata de un bien de los que la ley considera baldíos, conforme a certificado expedido por el INCODER, pues a dicha conclusión podía arribarse, tal vez, cuando en la primera etapa del trámite no se contaba con antecedente registral, no obstante, luego de la diligencia de inspección judicial se pudo constatar que aquel de menor extensión, hace parte de otro de mayor extensión con folio de matrícula inmobiliaria que da cuenta plenamente que en su integridad, es predio total y absolutamente privado, y por ende, su dominio es susceptible de adquirirse por prescripción, satisfaciéndose así el segundo de los requisitos necesarios para la procedencia de la acción de pertenencia.

6. Ahora, la jurisprudencia emanada por la Corte Suprema de Justicia recuerda:

> *'A propósito de los señalados elementos, dijo esta Corte que '(...) para el éxito de la pretensión de pertenencia por prescripción extraordinaria, se deben comprobar cua-*

tro requisitos: 1) Posesión material en el usucapiente. 2) Que esa posesión haya durado el término previsto en la ley. 3) Que se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida. 4) Que la cosa o derecho sobre el que se ejerce la acción sea [identificable y] susceptible de ser adquirido por usucapión (...)"[15].

De los anteriores, se encuentra entonces acreditado el último de los requisitos señalado con el número 4, en la lista decantada por la H. Alta Corporación, razón por la cual corresponde asumir a la Sala el análisis de los restantes, en su respectivo orden como corresponde.

7. Frente a la posesión material del usucapiente, más allá de las cuestiones que al principio de este acápite argumentativo se hicieren sobre la temática, deberá decirse que la posesión como requisito axiológico de la prescripción se encuentra regulada por el artículo 762 del Código Civil, entendida como la tenencia de una cosa con ánimo de señor y dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él, cuyos elementos se han conocido como el corpus o elemento material y el animus o elemento subjetivo; la Corte Suprema de Justicia ha explicado respecto de la prueba de esta particular cuestión fáctica:

'Los medios probatorios aducidos en proceso para demostrar la posesión, deben venir, dentro de las circunstancias particulares de cada caso, revestidos de todo el vigor persuasivo, ***no propiamente en el sentido de conceptuar que alguien es poseedor de un bien determinado, pues esta es una apreciación que sólo al Juez le compete****, sino en el de llevarle a éste el convencimiento de que esa persona, en realidad,* ***ha ejecutado hechos que, conforme a la ley, son expresivos de la posesión, lo cual, por supuesto, ha debido prolongarse durante todo el tiempo señalado en la ley como indispensable para el surgimiento de la prescripción adquisitiva del dominio, sea esta ordinaria o extraordinaria****.*

*Con apoyo en estos hechos, al juez debe quedarle nítidamente trazada la línea divisoria entre la posesión y la mera tenencia puesto que, al fin y al cabo, y sin embargo de que externamente sea percibible cierto paralelismo, que no confluencia, entre las manifestaciones de una y otra****, de lo que se trata es de que aquel encuentre que en la primera, quien la hace valer, ha tenido con el bien objeto de la misma un contacto exclusivo, vale decir, no supeditado a la aquiescencia o beneplácito de otro, para que por tal vía pueda llegar a la conclusión que el suyo ha sido el comportamiento característico del propietario de la cosa****"*[16].

Para el caso, ya se dijo en páginas precedentes que una de las finalidades de la inspección judicial, además de permitir la identidad del bien descrito en la demanda objeto de las pretensiones, también lo es la de verificar los actos de posesión que ha ejercido quien promueve

15 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC16250-2017 de 09 de octubre de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

16 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia S-005 de 1999. Citada en: CANOSA TORRADO, Fernando. Teoría y práctica del proceso de pertenencia. 7ª Ed. EDICIONES DOCTRINA Y LEY. Bogotá, 2017. p. 176.

la respectiva acción de pertenencia. En ese orden de ideas, en el acta que dejó constancia del mencionado medio probatorio, fue la misma jueza que presidió el acto quien determinó que "el inmueble inspeccionado, guarda identidad con el pretendido en la demanda y que el mismo se encuentra en posesión de la demandante", conclusión a la que llegó con base en lo constatado en dicho acto, como, por ejemplo, que fue la demandante quien permitió el acceso del juzgado al predio, detallando:

"Hacia el costado izquierdo entrando se encuentra construido otro caedizo con igual estructura y cubierta, en el cual encontramos a la señora LUCY ALCIRA LUNA, ***quien manifiesta ser arrendataria de la demandante hace 5 años***, con una venta de frutas y verduras, las cuales se aprecia en el lugar y quien, además, en la parte trasera del inmueble tiene 11 gallinas según dice para la venta. De igual manera, en el inmueble se encuentran dos vehículos (...). Según constancia de la demandante, ***el primero de su propiedad que parquea en el inmueble***. Se encuentra presente el señor HENRY TORRES GUERRERO, identificado con cédula de ciudadanía 12.969.959, quien informa ser propietario del otro automotor ***y arrendatario de la demandante desde hace un año***. En la parte del frente del inmueble se encuentra ubicada una casa de celaduría, en la que se encuentra el señor MANUEL CORAL, identificado con la C.C. No. 12.979.520 quien informa que la demandante paga la vigilancia del inmueble inspeccionado. ***Dijo haberse desempeñado como vigilante hace 8 años y que la demandante ha sido la persona que siempre ha pagado dicha vigilancia.***

Ahora, si bien pagar el servicio de vigilancia inicialmente no es un acto de aquellos que sólo se reputan de quien se considera dueño, lo cierto es que sumado a otros, como por ejemplo arrendar el bien inmueble a terceros y recibir los respectivos cánones de arrendamiento, sí son prueba del ejercicio de una posesión que no reconoce dominio ajeno, y así quedó consignado en la respectiva acta, hechos que por lo menos se venían presentado desde hacía 8 años a la fecha de la realización de la diligencia, es decir, podían remontarse al 2007.

Sin embargo, además del medio de inspección ocular, también a la demanda se acompañaron una serie de documentos entre los que se encuentran: Recibo pagado correspondiente al Impuesto predial unificado del predio identificado con la nomenclatura Carrera 37 # 18 – 06 de la ciudad de Pasto, con código 01-030094-0004-000 a nombre de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ, quien es la demandante, cuya fecha de expedición fue el veintisiete (27) de agosto de dos mil catorce (2014), correspondiente a la vigencia del primero (1°) de enero al treinta y uno (31) de diciembre de dicho año, como puede leerse en la página 31 y treinta y tres (33) del archivo correspondiente al cuaderno principal escaneado.

Igualmente, aparecen las copias de los contratos de obra de fecha 25 de mayo de 2012 y 16 de octubre de 2009, suscritos entre la demandante SONIA DEL PILAR BRAVO y el señor Eduardo Rodríguez, con el fin de dar mantenimiento y reparación del techo, y levantar un muro de cerramiento y ladrillo en la propiedad objeto del litigio, documentos que no han sido tachados de falsos ni controvertidos o menospreciados en su valor probatorio y por ende, son prueba de lo que allí consta, demostrativos de los actos de reparación y adecuaciones del predio, hechos constitutivos de posesión.

Luego, a la demanda también se anexaron siete contratos de arrendamiento, suscritos, el más antiguo el catorce (14) de abril del año dos mil (2000), con el señor Hector Alfonso García Rosero, el cual tuvo una vigencia de casi cinco años, el siguiente con el señor Andrés Efraín Benavides Ramos del primero (1°) de abril de dos mil cinco (2005), celebrado nuevamente entre las mismas partes el mismo día y mes del año dos mil siete (2007) y finalmente, el contrato de arrendamiento suscrito con la señora LUCI ALCIRA LUNA, fechado del dos (2) de noviembre de dos mil nueve (2009), prorrogados el tres (3) de noviembre de dos mil diez (2010), cuatro (4) de noviembre de dos mil once (2011), cinco de noviembre de dos mil doce (2012) y finalmente el seis (6) de noviembre de dos mil trece (2013), destacándose obviamente que la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ obró en calidad de arrendadora.

Igualmente, en el plenario obran los testimonios de Andrés Efraín Benavides Ramos, Héctor Alfonso García Rosero, Lucy Alcira Luna, persona que también estuvo presente al momento de la realización de la diligencia de inspección judicial, quienes corroboraron en calidad de arrendatarios, lo estipulado en los antedichos contratos respecto del valor y pago de los cánones de arrendamiento a favor de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ, a quien reconocieron como la única propietaria del inmueble, quien pagaba por las adecuaciones del lugar, como por ejemplo la instalación de un portón metálico en la entrada al inmueble, el cual describieron en su interior, sin mencionar algún tipo de perturbación o actos que pudieran indicar a otra persona o personas como propietarias. Se destaca, por ejemplo, lo señalado por la señora Lucy Alcira Luna:

> *'Yo la conocí a la señora SONIA en el año 2009 para que me arrendara el lote, ese de la carrera 37 que usted me menciona, e**lla me arrendó el lote con lo que está hecho ahí**, está construido caedizos como decimos en el campo, ella ahí ha tenido lo de construcción, en ese lote está un carro que es de ella y desde que yo entré ahí habían unos materiales para la construcción **porque ella me dijo yo aquí le arriendo pero que tenía que mirar lo que ella tiene como techos y lo que ella había hecho ahí que son como partes de cemento y partes de tierra**. Como yo andaba vendiendo lo de verduras yo la conocí por medio del vigilante, en noviembre 12 o 22 yo le dije a doña Sonia que me lo arrendara, en esa época yo le pagaba $80.000 mensuales **y se los cancelaba siempre en dinero a la señora SONIA**, sólo a ella, hasta ahora lo arriendo y le pago $140.000"*

Igualmente, del testimonio de Andrés Efraín Benavides Ramos, puede destacarse:

> *'**Yo con uso de razón, la única dueña que he conocido ahí ha sido la doctora SONIA**, **lo puedo afirmar y lo confirmo, porque nadie nunca fue a molestar ni tuvimos inconveniente con otra persona, nadie nos fue a reclamar, ni nos puso problema al momento que estábamos arrendando, así como tampoco nadie más que ella nos reclamó el pago del arriendo**. En el transcurso de lo que mi socio y yo estuvimos en ese lote cualquier arreglo, la que era la hidráulica, la cuestión eléctrica, de todo se encargaba ella, en el tiempo que yo llegué (sic) arrendarlo si había servicios públicos, tenía sanitario, el pago de los servicios públicos pues los hacía uno como arrendatario,*

no sé quien pagaba o paga los impuestos de ese lote, pero siempre la que ha estado pendiente de ese lote ha sido la doctora SONIA*".*

Como puede verificarse de la prueba testimonial y documental allegada al plenario, además de lo advertido en la diligencia de inspección judicial, en el caso de marras se encuentra que la tenencia de la cosa que ejerció la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ, tanto directa, como a través de otras personas en calidad de sus arrendatarios, se acompañó del ánimo de señora y dueña del predio en disputa, ejerciendo actos que son demostrativos del comportamiento característico de quien se considera y exhibe como propietaria del inmueble, subsumiéndose lo dicho en lo consagrado en el artículo 762 del Código Civil[17].

8. Ahora, ya bastante se comentó al inicio de este acápite considerativo que la acción de **prescripción extraordinaria** adquisitiva de dominio no requería de título alguno, y que, desde ese punto de vista, la posesión podía ejercerse de manera regular o irregular, siendo propios de la primera un justo título y la buena fe, y respecto de la segunda, conviene traer los siguientes apartes explicativos provenientes de la doctrina:

> *'De conformidad con los artículos 764 y 770 de nuestra legislación civil, la posesión irregular es aquella que carece de uno o más de los requisitos señalados por el artículo 764, es decir, aquella posesión que carece de los requisitos indispensables para su regularidad.*
> *(...)*
> *Se concluye entonces que la posesión irregular puede ser posesión justa e injusta. Es justa aquella posesión que no alcanza a ser regular* ***por faltarle el requisito de la buena fe o el justo título o la tradición****, y posesión irregular injusta aquella que no tiene ninguno de los tres requisitos por haberse iniciado en forma violenta o clandetina, es decir, por haber sido viciosa"[18].*

Para el caso, se considera por parte de esta Sala que la posesión ejercida por la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ es irregular, por cuanto no cuenta con justo título que se exhiba al interior del plenario, sin embargo, se considera justa, según lo acreditó a través de los testimonios de las señoras HEIDI MARLENE RUIZ DE BURBANO y ERIKA LETICIA BURBANO RUIZ. Sobre las mencionadas testigos, de entrada, es pertinente aclarar que se trata de madre e hija, quienes según los antecedentes verificables en el certificado de libertad y tradición del inmueble identificado con el No. 240 – 27541 la primera ostentó la titularidad del inmueble, y la segunda fue locataria de este una vez se enajenó a favor de LEASING BANCOLOMBIA.

Así, de la lectura de la anotación No. 2 del referido certificado, puede verse que la señora Heidi Marlene Ruiz Muller, adquirió el inmueble (hijuela única) en virtud de la adjudicación en la sucesión de quien fuera su esposo Primitivo Uriel Burbano Ortiz, y a partir de ahí aparece

---

17 «La posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor o dueño, sea que el dueño o el que se da por tal, tenga la cosa por sí mismo, o por otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él".

18 PEÑA QUIÑONES, Ernesto y PEÑA RODRÍGUEZ, Gabriel Ernesto. El derecho de bienes. 2° Ed. LEGIS S.A. Bogotá, 2006. p. 424.

como la titular del derecho real de dominio hasta la anotación No. 7, del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008) en la que se registró la compraventa realizada a favor de SOCIEDAD LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL, actual titular del derecho de dominio según se avista en la anotación No. 11 del mismo documento.

Ahora, en la declaración rendida por Heidi Ruiz de Burbano[19], puede extraerse en primer lugar, que conoció a la ahora demandante SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ desde hacía aproximadamente 15 o 16 años, en atención unos nexos comerciales que su esposo Primitivo Burbano tuvo "con el papá de ella", el señor Vinicio Bravo, señalando sobre los detalles de un negocio entre los mencionados así:

> *'Ese lote que menciona (objeto de la usucapión), hubo una negociación de mi esposo, en el 99 con el señor HELECTO VINICIO BRAVO, que era amigo de mi esposo, mi esposo con don VINICIO hicieron un compromiso de compraventa por un dinero que mi esposo necesitó para invertirlo en una mina en el Putumayo, mi esposo se lo vendió a don VINICIO, se lo vendió por el valor de 45 millones de pesos, él le canceló a mi esposo en mi presencia la suma de 30 millones de pesos, quedándole a cancelar el saldo con transporte, trayéndole material, es que en ese tiempo a nosotros nos molestaba mucho la guerrilla y no podíamos mandar los vehículos a la mina sino que nos tocó contratar trabajadores externos a la empresa, entonces empezó a transportarnos don VINICIO el material, lamentablemente mi esposo murió el 23 de diciembre de 2000, no se terminaron de hacer esos pagos y no se pudo hacer la legalización de la venta, cuando yo hice las cuentas de lo que trajo, don VINICIO había alcanzado a pagar solamente 5 millones de pesos. Al enterarse mis hijos EZEQUIEL y WALTER BURBANO RUIZ, ellos no estaban de acuerdo con esa venta que hizo el papá porque ellos se enteraron fue a la muerte de él y como es quedó en sucesión, pero eso ya mi esposo tenía separado, tocaba respetarlo, había que hacerlo, fuimos a hablar con don VINICIO a ver si él nos aumentaba alguito y en ese momento él nos dijo que eso ya lo teníamos que hacer con la hija de don VINICIO, llamada SONIA BRAVO y ella sigue en posesión del lote (...)"*

Y más adelante, al explicarle el significado de lo que es la posesión, fue interrogada sobre a quien consideraba como poseedora del lote, señalando al respecto y sobre el destino de la deuda pendiente:

> *'Del lote a la señora SONIA BRAVO por voluntad de su papá, el señor VINICIO BRAVO, porque el papá le entregó ese lote a la hija SONIA BRAVO, lo sé porque cuando fui a buscar al señor VINICIO después de la muerte de mi esposo PRIMITIVO, el señor VINICIO nos dijo a mi y a mis hijos WALTER y EZEQUIEL que la que se hacía cargo de eso era la señora SONIA, la hija de don VINICIO, yo creo que él aún vive, no se que negocio haya hecho con su papá, pero ella terminó de pagar el saldo de diez millones de pesos que quedaban adeudando, me lo pagó a mí de cuotas de quinientos mil pesos y me lo terminó de pagar a principios del 2003, como que fue en enero, porque ella*

19 Página 23 - Archivo cuaderno de pruebas de la parte demandante.

siempre ha tenido arrendatarios allí, lo sé porque a veces la gente le llega a uno con cuentos 'mire, usted perdió ese lote, lo vendió muy barato" y me di cuenta también, en el año pasado se han hecho unas reformas, las que las hizo tiene que ser SONIA porque ella es la propietaria y poseedora".

Por lo demás, mencionó que la posesión de la que habla siempre había sido tranquila o pacífica, nunca supo de otras personas ajenas a la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ que ejercieran algún tipo de acto como propietarios de dicho bien, mucho menos LEASING BANCOLOMBIA S.A. Sobre el tema, reconoció que existió una negociación a favor de dicha sociedad, pero que, según su parecer, ella no había vendido el lote esquinero porque ya no le pertenecía, que si se hubiera dado cuenta no habría aceptado, manifestación que realizó una vez se le puso de presente la escritura pública 4104 del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008).

Luego, de la versión rendida por la hija de la anterior testigo, Erika Leticia Burbano Ruiz, puede extractarse que conoce a la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ desde "mas o menos unos 13 años por ahí porque ella era hija de un señor VINICIO BRAVO, que le compró a mi papá PRIMITIVO BURBANO y el señor pues era vecino".

Luego comentó:

'Yo con lo de LEASING compré fue una casa ubicada en la carrera 37 No. 18 – 18 y 18 – 26 que es la casa de habitación donde yo vivía, ***pero el lote que usted me menciona no tiene nada que ver con eso****, son dos temas totalmente diferentes, esa casa y el lote son contiguos, me imagino que SONIA esté tratando de hacer la escritura de ese predio porque nosotros mi mamá HEIDI RUIZ y yo no la hemos podido hacer (...)"*

Así, después de relatar hechos semejantes a los narrados por su madre, referentes a la negociación entre el ahora difunto padre de la testigo, con el padre de la demandante, describió que, si bien ella no estuvo de acuerdo con la negociación por un valor que consideraba tan bajo, "el hecho es que eso se fue de largo y se quedó ahí", agregando:

'igual SONIA estaba siempre usufructuando ese terreno, ella se encargaba de recibir los arriendos y de encargarse de arrendar porque a la hora del te era la dueña, de las reparaciones del lote, incluso ahora a lo último, SONIA hizo los cambios que están ahora que son las adecuaciones del local, lo sé porque muchas veces me pidió que le recibiera lo de los arrendatarios y se le pagaba de ahí al celador y lo de los arreglos. Muchas veces, yo les pedía a los arrendatarios que cuando SONIA llegara me llamaran para cuadrar con ella lo del valor del aumento del lote, pensamos en su buena voluntad, en los tiempos en que no lo tenía arrendado el lote, ella guardaba el carro de ella, todo un tiempote que lo tuvo varado ahí lo tuvo guardado, nos preguntaba si el celador daba las rondas"

Ahora, frente a la posesión de LEASING BANCOLOMBIA S.A. respecto del lote que según la testigo, la señora SONIA "a la hora del te era la dueña" insistió:

> *'En ningún momento, porque la propiedad que con ellos se negocia es solo la casa y la bahía de parqueo, incluso cuando se hizo entrega de la casa porque yo como compradora la perdí, se entregó al doctor aquí presente las llaves de las dos puertas que corresponden a la casa* ***y en ningún momento se afectó la posesión a SONIA porque no tenía razón de ser****, no recuerdo si la entrega de esa casa se hizo por ahí en el 2012".*

Adicionando más adelante sobre actos que hubieran perturbado la posesión ejercida por la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ:

> *'Que yo sepa no, porque de haberse presentado ella me hubiera dicho algo o me hubiera reclamado y uno mira que desde que se la entregó la propiedad que yo compré a LEASING BANCOLOMBIA, la señora SONIA ha seguido en ese terreno sin ninguna intervención de parte de BANCOLOMBIA, incluso hizo unas adecuaciones y nadie se opuso, de ser así hubieran impedido eso, como adecuaciones SONIA cambió el cerco, o sea el frente y se niveló el piso por parte de doña SONIA,* ***pues ella es la dueña****".*

Así, armonizando lo que se aprecia de la prueba testimonial referida, se encuentra que la posesión que se ejerce por parte de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ es de buena fe, bajo la convicción que reside en ella de haber adquirido el inmueble a través de una negociación previa entre su padre y quien era el real titular del inmueble antes de su fallecimiento, señor Primitivo Uriel Burbano Ortiz.

Ahora, resulta obvio que la negociación de la que se habla por parte de las testigos y en la cual se fundamenta el inicio de la posesión ejercida por la ahora demandante, no cumple con los requisitos necesarios para adquirir el derecho de dominio, es decir, no existe título y modo, pero la presente, no se trata de una acción reivindicatoria, cuyos presupuestos sí exigen la existencia de tales documentos, de lo que se trata es de un **prescripción extraordinaria** adquisitiva de dominio, cuya posesión como se dijo en páginas anteriores, **no requiere de título alguno**, y que si bien se trata de un posesión irregular, es una posesión justa en los términos doctrinales antes transcritos[20], en cuanto solamente adolece de justo título y tradición como lo prevé el artículo 770 del Código Civil.

Igualmente, lo analizado hasta aquí con fundamento en la prueba documental, de inspección judicial y testimonial, permite encontrar acreditados los dos requisitos faltantes para la procedencia de la pretensión de usucapión, relativos a que la posesión haya durado el término previsto en la ley y que se haya cumplido de manera pública e ininterrumpida.

Respecto del término de duración de la posesión, de entrada se ha alegado que tal derecho se ha ejercido desde la época en que el padre de la demandante, luego de realizar la negociación verbal con el verdadero propietario del predio, se lo entregó a la actora, lo cual tendría

20 Se remite a la respectiva cita con nota al pie No. 18 del presente fallo.

su génesis con posterioridad al veintitrés (23) de diciembre del año dos mil (2000), fecha en la cual se indica falleció quien para tal fecha aparece registrado como dueño del inmueble (Primitivo Burbano), no otra cosa puede entenderse cuando la testigo Heidi Ruiz de Burbano señaló: "Del lote a la señora SONIA BRAVO por voluntad de su papá, el señor VINICIO BRAVO, porque el papá le entregó ese lote a la hija SONIA BRAVO, lo sé porque cuando fui a buscar al señor VINICIO después de la muerte de mi esposo PRIMITIVO, el señor VINICIO nos dijo a mí y a mis hijos WALTER y EZEQUIEL que la que se hacía cargo de eso era la señora SONIA, la hija de don VINICIO", véase que desde aquel entonces los parientes del propietario fallecido, reconocían la posesión que ejercía la demandante como consecuencia de una entrega material del inmueble.

Ahora, en armonía con lo dicho anteriormente, conviene recordar que los primeros contratos en los que la demandante aparece en calidad de arrendadora del inmueble en cuestión, datan desde el catorce (14) de abril del año dos mil (2000) con el señor Héctor Alfonso García Rosero, el cual tuvo vigencia por casi cinco años, de lo cual, armonizando la prueba testimonial como la documental aludidas, se concluye válidamente que la posesión ejercida se ubica desde el mes de enero del año dos mil uno (2001), de ahí que hasta la interposición de la demanda transcurrieron catorce (14) años de posesión.

Por otra parte, como contraargumento podría exponerse a partir de los contratos de arrendamiento obrantes en el plenario y lo dicho por la testigo Heidi Marlene Ruiz, que los actos de señora y dueña ejercidos por la demandante tuvieron su génesis en el mes de enero de 2003, cuando según la deponente, SONIA DEL PILAR BRAVO le terminó de pagar en cuotas, el valor restante de la negociación que quedó pendiente con quien en vida, respondió al nombre de Primitivo Uriel Burbano Ortiz, último acto que podría entenderse como de reconocimiento de dominio ajeno. Sin embargo, lo anterior no resulta del todo cierto en la medida que el pago por instalamentos del precio de un bien, cuya entrega material se hace con anterioridad, **no es indicativo de reconocimiento de dominio ajeno**, y en todo caso, sólo en gracia de discusión, inclusive de iniciarse los actos posesorios desde el mes de enero de dos mil tres (2003), a la fecha de interposición de la demanda, tres (3) de diciembre de dos mil catorce (2014), habían transcurrido casi doce años de una posesión continua, y además pacífica, en tanto no existe en el plenario prueba de su perturbación, y ante todo pública, pues todos los testigos reportados al plenario, reconocieron a la señora demandante como la propietaria del inmueble del que se habla en la demanda, satisfaciéndose el requisito relativo a la posesión acompañada del ánimo de señora y dueña que se expresó y reconoció de manera pública.

9. En consecuencia, el análisis realizado hasta aquí permite indicar la prosperidad de las pretensiones invocadas por la demandante, razón por la cual procede en este momento, referirse a las excepciones que fueron propuestas por la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIMIENTO COMERCIAL, las cuales se encuentran en el respectivo escrito de contestación y se analizan en su orden así:

Ineptitud de la demanda por inexistencia de la posesión reclamada, fundamentada en la afirmación que la señora demandante nunca había ejercido actos de señorío y dueña sobre

el bien de propiedad de la demandada, pues aquellos habían sido desarrollados por el ente demandado, sin que se hubiese admitido segregación alguna.

Para el caso, como ya quedó demostrado y contrario a las afirmaciones realizadas por la sociedad de LEASING, la señora SONIA DEL PILAR BRAVO sí ejerció actos de señorío y dueña sobre el bien inmueble de menor extensión determinado al interior del plenario y que hace parte de otro de mayor extensión de propiedad de la sociedad demandada; por el contrario, la manifestación realizada por el ente societario según la cual ha ejercido dichos actos de posesión sobre la porción del bien inmueble del que trata el litigio, se encuentra totalmente huérfana probatoriamente hablando.

Véase al respecto, que dentro de los elementos de convicción aportados por la entidad demandada para demostrar actos de posesión, se encuentra el contrato de Leasing suscrito entre la respectiva sociedad y la señora Erika Leticia Burbano Ruiz, persona que compareció al plenario y manifestó que, en virtud de tal contrato, nunca se afectó la porción del terreno poseído por la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ, quien nunca fue perturbada en su ejercicio, ni antes de la celebración de dicho acuerdo de voluntades, ni durante y mucho menos después.

Lo anterior, analizándolo bajo la égida de lo establecido en el artículo 762, significa que la posesión puede ejercerse cuando **el dueño** (propietario y titular del derecho de dominio), o el que se da por tal (poseedor), tiene la cosa por sí mismo (posesión inmediata) u otra persona que la tenga en lugar y a nombre de él (posesión mediata). Así, la posesión alegada por la sociedad de LEASING sería la mediata, es decir, la que se ejerció a través de la tenencia que en lugar y a nombre de dicho ente, ejerció la señora Erika Leticia Burbano Ruiz, sin embargo, dicha persona siendo interrogada al interior del plenario, dijo que en su calidad de locataria jamás afectó el predio poseído por la señora SONIA DEL PILAR, el cual entendía no afectado por el acuerdo de voluntades, y que incluso, al terminarse el mismo, entregó las llaves del inmueble al abogado de la demandada presente en audiencia de recepción del testimonio, mismas que no correspondían a la porción del inmueble del que habla este trámite de pertenencia.

En este preciso punto, conviene poner de presente que, al interior de la contestación de la demanda, en el acápite denominado “Hechos, fundamentos y razones de la defensa”, si se admite un apretado resumen, LEASING BANCOLOMBIA S.A. expone su condición de propietario de la integridad del predio en atención a la escritura pública que así lo acredita, ello complementado por la celebración del contrato de leasing entre la mencionada sociedad y la señora Erika Leticia Burbano Ruiz (quien compareció como testigo en el plenario), agregando además que no pueden ser de recibo los reconocimientos que le hicieron a la demandante las autoridades públicas del orden municipal, que tal vez inducidos por ella, incurrieron en dicho error al fraccionar el inmueble y reconocerle el carácter de dueña.

Frente a lo anterior, una vez más debe insistirse en que, la calidad de propietario que ostenta la sociedad demandada sobre la integridad del bien inmueble del que hablan las escrituras públicas y el contrato de leasign habitacional aportados con la contestación al libelo, no está

en discusión, pues así es, y así lo demuestran los documentos allegados al plenario, de ahí la legitimación que ostenta en la causa por pasiva para comparecer en este asunto, por ello, la demandante alega posesión con el ánimo de convertirse en dueña, no propiedad o derecho de dominio, el que obviamente lo ostenta la sociedad de leasing, de donde resulta aplicable el artículo 2512 del Código Civil, cuando señala que la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio es un modo de adquirir **las cosas ajenas** o de extinguir las acciones o derechos ajenos por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido dichas acciones y derechos en un cierto lapso de tiempo.

Por ello, no es posible concluir con base en lo anterior que, por ser de propiedad de la sociedad demandada, dicho predio sea imprescriptible, como se afirma en la contestación al libelo:

> *'Es preciso aquí insistir en que no es posible adquirir por prescripción adquisitiva parcial un inmueble en cuanto los bienes no se poseen parcialmente sino totalmente y en este caso, el inmueble cuya prescripción adquisitiva se pretende no es uno individual o segregado o subdividido, sino que es parte integrante de un todo, mismo que como todo fue adquirido por mi mandante, tal como dan cuenta no sólo las escrituras de adquisición y anteriores, sino también el avalúo técnico efectuado por perito calificado y autorizado"*[21]

Afirmaciones que no tienen asidero jurídico alguno, puesto que la prescripción de una parcialidad de un inmueble es completamente posible, siempre que desde las etapas iniciales del proceso tal situación sea advertida, como aquí ocurrió con posterioridad a la práctica de la diligencia de inspección judicial, cuando se avizoró que el reclamado hace parte de un predio de mayor extensión, haciendo el correspondiente llamado a quienes aparecían como propietarios. Ahora, la calidad de dueña que la demandante reclama y la segregación del inmueble menor del de mayores proporciones, ya son consecuencias del proceso de pertenencia ante la prosperidad de sus pedimentos, no son presupuestos axiológicos, como parece entenderlo el demandado.

Ahora, según se afirmó por la testigo Erika Leticia Burbano Ruiz al interior de este proceso, puede decantarse la existencia de un proceso de restitución de tenencia del bien inmueble objeto material del contrato de leasing habitacional, cuando hizo una breve alusión a una diligencia de entrega de bien inmueble en la transcripción contenida en la página 30 de este fallo, que para mayor claridad se citará nuevamente a pie de página[22].

Sin embargo, de dicho proceso o específicamente de su diligencia de entrega no se tiene nada en el plenario por cuanto: no se hizo mención de ello por parte de LEASING BANCOLOMBIA S.A. en alguno de los acápites de la contestación de la demanda, no se aportó o se solicitó

21 Contestación de la demanda por parte de Leasing Bancolombia S.A. página 223 cuaderno principal escaneado.

22 'En ningún momento, porque la propiedad que con ellos se negocia es solo la casa y la bahía de parqueo, incluso cuando se hizo entrega de la casa porque yo como compradora la perdí, se entregó al doctor aquí presente las llaves de las dos puertas que corresponden a la casa y en ningún momento se afectó la posesión a SONIA porque no tenía razón de ser, no recuerdo si la entrega de esa casa se hizo por ahí en el 2012"

como prueba documental en dicha actuación[23], así como tampoco se decretó como prueba a solicitud de parte o de oficio, en el auto de dieciocho (18) de abril de dos mil dieciséis (2016), de ahí que, lo único con lo que se cuenta al respecto es con la manifestación de la testigo, quien afirmó entregar al apoderado de la sociedad las llaves de un predio que no correspondía al que se precisa poseído por la demandante, diligencia que por demás, se entiende no afectó la posesión ejercida por la señora SONIA DEL PILAR, puesto que de haberse llevado a cabo en el año 2012, para el momento de presentación de la demanda 2014, e incluso para el año en que se realizó la diligencia de inspección judicial 2015, ella continuaba en posesión pacífica del inmueble, lo que no sería posible si su porción de predio hubiese sido objeto de otras diligencias judiciales previas de entrega.

Por lo demás, lo que sí obra debidamente incorporado como prueba al plenario, es la reproducción escaneada del expediente No. 2013 – 00162 – 00 tramitado por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Pasto, correspondiente al proceso de nulidad de contrato promovido por el señor Walter Burbano Ruiz en contra de Heidi Marlene Ruiz de Burbano y Leasing Bancolombia, en el cual se pretendía desvirtuar la propiedad del inmueble adquirida por esta última sobre el inmueble integral materia de la presente litis, resultas que en cualquier caso, en nada afectan la posesión ejercida por la demandante sobre la porción de la que se habla en el libelo.

En segundo lugar, se propuso la excepción denominada **prejudicialidad civil**, la cual no es precisamente un medio de defensa que se dirija contra la pretensión, sino que exclusivamente implicó la suspensión del trámite, misma que fuera levantada en su oportunidad dando lugar a que se profiera la sentencia de primera instancia, cuya apelación se resuelve, no existiendo más que decir al respecto, salvo lo ya anotado en el párrafo inmediatamente anterior.

Finalmente, respecto de la denominada ***buena fe de LEASING BANCOLOMBIA S.A.***, se tiene que es una excepción fundamentada en el derecho de propiedad de dicha sociedad respecto de la integridad del inmueble identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541. Sin embargo, acreditar la titularidad del derecho de dominio sobre la totalidad del bien inmueble del cual, en cierta porción está siendo poseído por otra persona, no es un argumento que tenga la contundencia para desvirtuar las pretensiones de usucapión. Al respecto, se reitera una vez que la prescripción es un modo de adquirir el dominio de **las cosas ajenas**, y por medio del cual se extinguen las acciones o derechos ajenos, precisamente "por haberse poseído las cosas y no haberse ejercido las acciones y derechos durante cierto lapso de tiempo".

Para el caso, llama la atención de esta Colegiatura que existiendo un título de propiedad sobre la totalidad de un terreno, la sociedad titular del derecho de dominio haya permitido que otra persona haya ejercido actos de señora y dueña sobre una porción del predio, durante un término tan prolongado de tiempo, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por casi doce años, sin que hubiera defendido sus derechos, por ejemplo, a través del ejercicio oportuno de la acción reivindicatoria, y sin ejercer sobre el mismo inmueble ningún acto de posesión, permitiendo que en su lugar los hiciera otra, que para el caso es la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ, dando paso rampante a que se consolidaran los requisitos de la acción de pertenencia extraordinaria, cual es la más exigente en cuanto a interregno posesorio.

---

23 Páginas 229 a 231 del cuaderno principal escaneado.

Como consecuencia de todo lo considerado, se revocará en su integridad el fallo de primera instancia, y en su lugar, se concederán las pretensiones contenidas en la demanda presentada a favor de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ en contra de SOCIEDAD LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL y demás personas indeterminadas, razón por la cual se impartirán las demás órdenes consecuenciales y complementarias a dicha decisión.

Finalmente, en virtud de que el recurso de apelación ha prosperado y la sociedad demandada ha sido la parte vencida del juicio, se la condenará en costas de ambas instancias. Debiendo entonces fijarse lo correspondiente a las agencias en derecho, teniendo por tales para la primera instancia, el valor equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes y para la segunda el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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. REVOCAR en su integridad el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Pasto, al interior del presente asunto y en su lugar se dispone:

1.- DECLARAR imprósperas las excepciones expuestas por la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL al interior del presente asunto, conforme a lo considerado en este fallo.

2.- DECLARAR la prosperidad de la acción de prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio propuesta a favor de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ identificada con cédula de ciudadanía No. 59.817.445 de Pasto en contra de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL y demás personas indeterminadas.

3.- En consecuencia, **DECLARAR** que la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ ha adquirido por prescripción adquisitiva de dominio, el predio ubicado en el barrio Palermo de la ciudad de Pasto, cuyos linderos actualizados son, por el occidente o frente en 12,83 metros con la Carrera 37 de la ciudad, sur o costado derecho entrando en 20,50 metros con la Calle 18, oriente o respaldo en 12,83 metros con propiedad de Diana Mera y Carolina Jacho y norte o costado izquierdo entrando en 20,50 metros con el predio de propiedad de Leasing Bancolombia S.A. Compañía de Financiamiento Comercial, con un área de 263 metros cuadrados, y nomenclatura Carrera 37 # 18 – 06 , mismo que hace parte de un predio de mayor extensión, de un área total de 420.23 metros cuadrados , con código catastral No. 52001010300940004000, cuyos linderos generales se encuentran detallados en la escritura pública No. 4104 del dos (2) de diciembre de dos mil ocho (2008) de la Notaría Tercera del Círculo de Pasto, debidamente inscrita en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541 de la Oficina de Registro de Ins-

trumentos Públicos de esta misma ciudad, de propiedad de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL.

4.- ORDENAR en consecuencia, el desenglobe del predio de menor extensión conforme a la identificación y determinación establecida en este fallo, respecto del de mayor extensión identificado con el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto.

5.- LÍBRENSE los respectivos oficios con destino a la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, el Instituto Geográfico Agustín Codazzi, la Notaría Tercera del Círculo de Pasto, con el fin de garantizar el cumplimiento de este fallo, se hagan las anotaciones al margen de la escritura pública No. 4104 del 2 de diciembre de 2009 de la Notaría Tercera del Círculo de Pasto, se inscriba el presente fallo en el folio de matrícula inmobiliaria No. 240 – 27541 de la oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Pasto, y las demás que sean necesarias para garantizar el cumplimiento de este fallo.

6.- CONDENAR en costas de primera instancia a favor de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ identificada con cédula de ciudadanía No. 59.817.445 de Pasto en contra de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL. Al momento de tasarlas, tener por agencias en derecho la suma equivalente a cinco salarios mínimos legales mensuales vigentes.

SEGUNDO. CONDENAR en costas de segunda instancia a favor de la señora SONIA DEL PILAR BRAVO PAZ identificada con cédula de ciudadanía No. 59.817.445 de Pasto en contra de la sociedad LEASING BANCOLOMBIA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO COMERCIAL. Al momento de tasarlas, tener por agencias en derecho la suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrado

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

UNIÓN MARITAL DE HECHO Y SOCIEDAD PATRIMONIAL.

SOCIEDAD PATRIMONIAL: Requisitos: Se precisa la disolución, más no la liquidación de las sociedades conyugales que uno o los dos compañeros permanentes hayan constituido de manera previa.

(…) conforme a la actualidad legal y jurisprudencial que rige la materia, queda claro que, para que surja una sociedad patrimonial de la unión marital de hecho conformada entre dos personas, de las cuales al menos una tenga un impedimento legal para contraer matrimonio, se requiere que el vínculo haya durado por lo menos dos años, y además, que la o las sociedades conyugales previas, se hayan disuelto con anterioridad al inicio de la unión marital. (…)

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL – Causales: Aplicación de la separación de cuerpos de hecho como causal de disolución de la sociedad conyugal a la disolución de la sociedad patrimonial.

DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL – Los esposos que se encuentran separados de hecho, sin haber disuelto judicialmente la sociedad conyugal, no tienen derecho a los bienes que posteriormente adquiera alguno de ellos.

(…) además de las causales expresamente señaladas en el artículo 1820 para la disolución de la sociedad conyugal, existe otra, pues la separación de cuerpos de hecho superior a dos años, también disuelve de hecho la sociedad conyugal (…)

(…) el asunto (…) versa sobre unos fundamentos fácticos que permiten dar aplicación a dicho precedente en aplicación del derecho a la igualdad, respecto de quien reclama la existencia de una sociedad patrimonial derivada de una unión marital de hecho que se prolongó por más de treinta años, y en oposición se le enrostra una sociedad conyugal insoluta, producto de un matrimonio celebrado hace mucho más tiempo y que solo tuvo un periodo de convivencia de apenas dos años. (…)

(…) tal separación de cuerpos de hecho, evidentemente no configura ninguna de las causales de disolución de la sociedad conyugal de las que habla el artículo 1820 del Código Civil. Sin embargo, no puede desconocerse que después de transcurrido un periodo de tiempo tan prolongado de total distanciamiento, la existencia de una sociedad conyugal no disuelta judicialmente se constituye en apenas una formalidad, en otras palabras una ficción, sin que pueda ser de recibo atendiendo parámetros de justicia, que lo que es simplemente una virtualidad, tenga efectos jurídicos patrimoniales tan determinantes como por ejemplo, que uno de los consortes pretenda obtener unos gananciales respecto de los bienes obtenidos por el otro durante la vigencia de una sociedad conyugal formalmente insoluta, como el caso analizado en la sentencia SC – 4027 de 2021, o que imposibilite a quien conformó una unión marital de hecho por más de treinta y cinco años, derivar de ella una sociedad patrimonial. (…)

(…) la separación de cuerpos de hecho que se produjo (…) desde el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), también tuvo como consecuencia, la disolución de hecho de la sociedad conyugal surgida de ese matrimonio (…)

SOCIEDAD PATRIMONIAL – Requisitos: Se configuran.
(…) la realidad obrante conforme a las pruebas recaudadas en el plenario es que la sociedad conyugal alguna

vez vigente en virtud del matrimonio contraído entre el ahora demandante y la señora Luz Marina Chacua, se encuentra disuelta de hecho, como de hecho fue su separación definitiva e irrevocable desde hacía aproximadamente dos años antes del inicio de la unión marital que el señor LIBARDO LÓPEZ sostuvo con la señora MARÍA BERTILDE PINTA, y desde hacía más de treinta y siete años a la fecha de interposición de la demanda.

Por lo anterior, que no sea de recibo enrostrarse al señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ la existencia de una sociedad conyugal sin disolverse judicialmente, para que bajo dicha excusa, se niegue el surgimiento de una sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho que mantuvo con la señora MARÍA BERTILDE PINTA (...)

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

San Juan de Pasto, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 2020 - 00131 - 01 (846 - 01)
Asunto : Apelación sentencia en proceso declarativo de unión marital de hecho
Procedencia : Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco
Magistrado : Dr GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ

Procede la Sala a emitir pronunciamiento sobre el recurso de alzada interpuesto por el apoderado judicial de la parte demandada, frente a la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Quinto de Familia del Circuito de Pasto en el marco del proceso verbal de la referencia, conforme a los siguientes:

I. ANTECEDENTES

La demanda, pretensiones y sustento.

Según la parte actora, el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE, convivieron en unión marital de hecho desde el mes de diciembre de 1985 hasta el veintiséis (26) de julio de dos mil veinte (2020), es decir, durante más de treinta y cuatro años, como compañeros permanentes, con mutua ayuda económica y espiritual, compartiendo mesa, techo y lecho, de manera pública, continua, permanente y singular, y por ello se daban mutuamente trato de esposos, en sus relaciones familiares y sociales.

Que durante el tiempo de existencia de la unión marital de hecho el demandante trabajó como conductor de varios vehículos de servicio público, y la demandada como empleada del servicio doméstico en casas de familia.

Durante la vigencia de la mencionada sociedad de hecho, fue adquirido el inmueble ubicado en la Manzana R casa 1, de la urbanización Sol de Oriente, sector Aranda de la ciudad de Pasto, con una extensión superficiaria de 72 metros cuadrados, de un solo piso, con matrícula inmobiliaria No. 240-159045 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad, y demás características enlistadas en el libelo, bien cuyo titular del derecho de dominio es la señora demandada.

Se indicó que el mencionado inmueble había sido adquirido a través de una compraventa que se realizó al Instituto Municipal de la Reforma Urbana y Vivienda de Pasto INVIPASTO, por el sistema de autoconstrucción, realizando aportes en trabajo personal y en dinero durante varios años mediante el pago de cuotas mensuales a AV VILLAS.

Consecuencia de lo anterior, de la mencionada unión marital de hecho surgió una sociedad patrimonial, de la cual hace parte el bien descrito previamente, la cual debe ser disuelta para posteriormente proceder a su liquidación.

Aclaró que antes de iniciar la relación de unión marital de hecho, el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ estuvo casado con la señora LUZ MARINA CHACUA GAVIRIA, matrimonio contraído el dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta (1980) por el rito católico, con un periodo de convivencia de dos años, con separación de hecho ocurrida en el año 1982, sin disolver ni liquidar la sociedad conyugal. Que de la unión matrimonial surgieron dos hijos, quienes para la fecha de interposición de la demanda contaban con 37 y 40 años de edad.

Por los hechos descritos, el demandante pretende:

Que se declare que entre demandante y demandada existió una unión marital de hecho desde el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), hasta el veintiséis (26) de julio de dos mil veinte (2020).

En consecuencia, que además se conformó una sociedad patrimonial de hecho perteneciente a los anotados compañeros permanentes, en partes iguales, para su posterior liquidación.

2. Trámite de Primera Instancia

Luego del trámite de inadmisión, la mencionada demanda fue admitida mediante auto del pasado dieciocho (18) de septiembre de dos mil veinte (2020), y así, una vez notificada, la señora MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE, a través de apoderado judicial dio contestación a la demanda, manifestando que se oponía a la prosperidad de las pretensiones, proponiendo entonces la excepción que denominó: *"improcedencia de la declaratoria judicial de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, cuando la unión marital de hecho está conformada por personas con impedimento legal para contraer matrimonio y la sociedad conyugal anterior no ha sido disuelta y liquidada"*, fundada en la aplicación del artículo 25 de la Ley 1ª de 1976, modificatoria del artículo 1820 del Código Civil, y además, en lo señalado por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil en el fallo de 4 de septiembre de 2006, con radicación 1998 – 00696 – 01.

d) Luego, corrido el término para que el demandante se pronuncie sobre la excepción de mérito propuesta, se citó a la audiencia inicial que tuvo lugar el pasado nueve (9) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), dentro de la cual agotadas las etapas pertinentes se recibió la declaración de parte a demandante y demandada, y en lo que resulta relevante para el presente asunto, se fijó el litigio en los siguientes términos:

'Las partes acuerdan establecer la existencia de la unión marital de hecho entre los señores ARTURO LIBARDO LÓPEZ identificado con cédula de ciudadanía No. 12.959.336 y MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE identificada con cédula de ciudadanía No. 30.727.770 fijando como fecha de inicio de la misma el día 1º de enero del año 1985 y como fecha de finalización el día 26 de julio del año 2020".

Posteriormente se decretaron las pruebas legal y oportunamente aportadas y solicitadas por las partes.

A continuación, se llevó a cabo la audiencia de instrucción y juzgamiento de la que habla el artículo 373 del Código General del Proceso, dentro de la cual se practicaron las pruebas previamente decretadas, específicamente la recepción de testimonios y ampliación de los interrogatorios de parte, se dio lugar a las alegaciones de conclusión y finalmente se dictó el fallo de primera instancia favorable a la parte actora.

3. La sentencia objeto de apelación

Agotada la respectiva instrucción del proceso, el Juzgado Quinto de Familia del Circuito de Pasto profirió el fallo de primera instancia en el cual determinó, declarar la existencia de la unión marital de hecho en los términos en que las partes fijaron el litigio en su respectiva oportunidad, y así mismo, declaró la existencia de una sociedad patrimonial de hecho entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE. Por lo demás, declaró la no prosperidad de la excepción alegada por la parte demandada, ordenó la inscripción del fallo en los respectivos registros de nacimiento de los extremos en litigio y no se impuso condena en costas por cuanto la parte vencida se encontraba bajo el amparo de pobreza.

En consideración de lo anteriormente descrito, el apoderado judicial de la parte demandada presentó el recurso de alzada, proponiendo por escrito ante la primera instancia los reparos concretos en contra del fallo.

4. Trámite de segunda instancia

a) Admitido el recurso de apelación y concedido el respectivo traslado para sustentarlo, la parte actora procedió a ello argumentando lo que a continuación se resume:

Que la sentencia de primera instancia desconoció el artículo primero de la ley 979 de 2005, modificatoria del artículo 2° de la ley 54 de 1990, por cuanto la sociedad conyugal existente entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora Luz Marina Chacua Gaviria se encontraba sin disolver, pues las pruebas del plenario hablan del matrimonio celebrado el 2 de febrero de 1980 y registrado en la Notaría Segunda del Círculo de Pasto el 25 de agosto de 2020, por el ahora demandante. Por lo anterior y en aplicación de las normas vigentes, existe una imposibilidad legal de que nazca una nueva sociedad universal cuando exista, como producto de un matrimonio anterior, otra del mismo linaje, pues se impide la existencia de dos sociedades universales.

Además, expuso que la providencia de primera instancia desconocía el precedente constitucional y doctrina probable contenido en la sentencia C – 193 de 2016, y además, en el fallo de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil SC 003 del 18 de enero de 2020, dentro de la cual se ha reiterado que la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a que se refiere el artículo 20 de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la 'unión marital de hecho', corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su vigencia, siempre y cuando se cumplan los demás presupuestos que señala la norma, esto es, que el vínculo se haya extendido por más de dos años y, que de estar impedido legalmente uno o ambos compañeros permanentes para contraer matrimonio, hayan disuelto sus sociedades conyugales, así se encuentren ilíquidas.

Por lo anterior, y específicamente por desconocer que para el surgimiento de una sociedad patrimonial de hecho entre compañeros permanentes que están impedidos para contraer matrimonio, debe haberse disuelto la sociedad conyugal surgida del matrimonio previo, el apoderado de la parte demandada solicitó que la sentencia de primera instancia sea revocada en su integridad.

b) De los argumentos de reproche se corrió el respectivo traslado a la parte demandada, término dentro del cual emitió pronunciamiento solicitando la confirmación en su integridad del fallo.

c) Surtido como se avizora todo el trámite de segunda instancia, se procederá a resolver la apelación que nos ocupa con base en las siguientes:

II. CONSIDERACIONES

Procede entonces la Sala a decidir sobre la apelación interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandada, contra el fallo proferido en primera instancia por el Juzgado Quinto de Familia del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, debiéndose precisar el problema jurídico señalando que el debate en la presente instancia gira en torno a dos cuestionamientos: ¿conforme a pronunciamientos jurisprudenciales recientes, es posible determinar que jurídicamente la sociedad conyugal surgida entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora Luz Marina Chacua Gaviria se encuentra disuelta? Y de encontrar una respuesta afirmativa al anterior interrogante, ¿en el presente asunto se cumplen los presupuestos necesarios para declarar que de la unión marital de hecho existente entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE surgió una sociedad patrimonial?

Así, recapitulando los fundamentos normativos y jurisprudenciales aplicables a la materia en cuestión, se encuentra que en efecto, tal como lo sostuvo el juez de primera instancia y así mismo la parte apelante al momento de sustentar el recurso, el artículo 1° de la ley 54 de 1990 originalmente precisaba en su literal b) lo siguiente:

> *"Se presume sociedad patrimonial entre compañeros permanentes y hay lugar a declararla judicialmente en cualquiera de los siguientes casos:*
> *(...)*
> *b)* ***Cuando exista una unión marital de hecho por un lapso no inferior a dos años e impedimento legal para contraer matrimonio por parte de uno o de ambos compañeros permanentes****, siempre y cuando* ***la sociedad o sociedades conyugales anteriores hayan sido disueltas y liquidadas por lo menos un año antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho****".*

Ahora, dicha redacción que correspondía a la mencionada norma modificada por el artículo 1° de la ley 979 de 2005, fue objeto de revisión constitucional reflejada en el fallo C – 700 de 2013, y posteriormente en la sentencia C – 257 de 2015, destacándose que en la primera de las providencias aludidas, la máxima regente de la carta política declaró inexequible la expresión *"y liquidadas"* decantando entonces que cuando uno o ambos compañeros permanentes tuvieran algún impedimento legal para contraer matrimonio, podía surgir la sociedad patrimonial de hecho cuando la unión marital haya durado más de dos años, y un condicionante adicional, que la sociedad conyugal anterior haya sido disuelta, más no liquidada, por lo menos un año antes del inicio de la unión marital de hecho, interregno que posteriormente fue declarado inexequible como se verá más adelante.

El mencionado pronunciamiento, se apuntaló en las siguientes razones, resumidas así, por la misma Corte Constitucional:

> *'Las razones que sustentan esta conclusión son las siguientes: (i) la norma busca evitar la concurrencia de sociedades conyugales y patrimoniales de hecho (según la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia), con lo cual la consecuencia consistente en que no se puede reconocer la sociedad patrimonial, es desproporcionada porque so pretexto de evitar la coexistencia en mención se sacrifican los derechos de los compañeros a la protección de su patrimonio conjunto, y (ii) no existen razones constitucionales objetivas que justifiquen la consecuencia jurídica aludida según la cual no se reconoce la sociedad patrimonial, cuando al menos uno de los compañeros no haya liquidado su sociedad conyugal anterior, en atención a que el reconocimiento es presupuesto esencial de su protección como patrimonio conjunto de la familia originada en una unión de hecho".*

Ahora, la Corte Suprema de Justicia también ha emitido pronunciamientos según los cuales, se precisa la disolución, más no la liquidación de las sociedades conyugales que uno o los dos compañeros permanentes hayan constituido de manera previa:

> *"La sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, a que refiere el artículo 2° de la misma Ley 54 de 1990, si bien depende de que exista la "unión marital de hecho", corresponde a una figura con entidad propia que puede o no surgir como consecuencia de la anterior, desde su inicio o durante su vigencia, siempre y cuando se*

> *cumplan los demás presupuestos que señala la norma, esto es, que el vínculo se haya extendido por más de dos años y, que de estar impedido legalmente* ***uno o ambos compañeros permanentes para contraer matrimonio, hayan disuelto sus sociedades conyugales, así se encuentren ilíquidas****.*
> *[…] De tal manera que no puede predicarse la conformación de una sociedad patrimonial entre compañeros permanentes sin que se acredite la unión marital de hecho, pero establecida esta última, no quiere decir que se produzca espontáneamente aquella,* ***debiéndose demostrar los demás elementos que le dan origen****".*

Aparte jurisprudencial previamente transcrito que se extrae del fallo del 15 de noviembre de 2012, con ponencia del Magistrado Fernando Giraldo Gutierrez, expediente 7300131100022008-00322-01, el cual también puede encontrarse entre otros pronunciamientos, en la sentencia de 20 de septiembre de 2000, con expediente No. 6117, citada en el fallo 85001-3184-001-2002-00197-01 del once (11) de marzo de dos mil nueve (2009) con ponencia del Magistrado William Namén Vargas, e igualmente, en la sentencia del 22 de marzo de 2011 con radicación 2007-00091-01 citada en la sentencia SC 15029-2014 del veintinueve (29) de octubre de dos mil catorce (2014), cuya ponencia corresponde al Magistrado Álvaro Fernando García Restrepo, entre otros que fueron citados por la parte alzadista.

Por lo demás, el contenido del artículo 1° de la ley 54 de 1990 en la forma en la que hasta aquí se analizado, con su respectivo aparte declarado inexequible, como ya se dijo, fue objeto de un nuevo análisis constitucional a través del fallo C – 257 de 2015, mediante el cual se resolvió que el precepto se adecuaba a los mandatos superiores. No obstante, la Corte Constitucional en el 2016 se refirió nuevamente a la norma *sub examine* en los siguientes términos:

> *"Declarará exequible* ***la exigencia de la disolución de la sociedad o sociedades conyugales anteriores antes de la fecha en que se inició la unión marital de hecho****, contenida en el artículo 2° literal b) de la Ley 54 de 1990, modificado por el artículo 1° de la ley 979 de 2005, por encontrar que* ***no quebranta los derechos a la protección integral de la familia natural, a la igualdad de derechos y deberes entre la pareja, a la prevalencia del derecho sustancial sobre el procesal y al acceso a la administración de justicia****, por las estrictas razones que fueron analizadas en esta providencia con base en el cargo segundo propuesto por el actor. No obstante,* ***declarará inexequible la expresión "por lo menos un año" por encontrarla carente de finalidad y justificación,*** *al punto de generar un trato desigual entre los miembros de las parejas que conforman las familias naturales. Lo anterior por desconocer los artículos 5, 13 y 42 de la Constitución Política"*[1].

De lo anterior, conforme a la actualidad legal y jurisprudencial que rige la materia, queda claro que, **para que surja una sociedad patrimonial** de la unión marital de hecho conformada entre dos personas, de las cuales al menos una tenga un impedimento legal para contraer matrimonio, se requiere que el vínculo haya durado por lo menos dos años, y, además, que la o las sociedades conyugales previas, se hayan disuelto con anterioridad al inicio de la unión marital.

1 Corte Constitucional. Fallo C – 193 de 2016. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

La anterior, es una conclusión que no admite discusión alguna y resulta diáfano que los pronunciamientos proferidos tanto por la Corte Constitucional como los de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, confluyen en la necesidad de que el respectivo compañero permanente haya **disuelto** la sociedad conyugal previa, a efectos de que de su actual unión marital de hecho que haya durado más de dos años, pueda surgir una sociedad patrimonial.

En claro lo hasta aquí expuesto, que corresponde al pilar fundamental sobre el cual se construyó la argumentación del recurso de alzada, debe advertirse por esta Corporación que encontrar tal respuesta, o arribar a la conclusión planteada en el párrafo antecedente, no permite aún, tomar la decisión definitiva para ventilar la cuestión planteada, no es éste el final del *iter* considerativo, pues la revisión que se ha hecho en precedencia tan solo permite obtener corolarios parciales respecto del destino trasado al plantear el interrogante jurídico a despejar, o dicho en otras palabras, es apenas una etapa intermedia.

Lo anterior, por cuanto el real cuestionamiento que debe aquí dilucidarse no es determinar si la disolución de una sociedad conyugal previa, es uno de los requisitos para el surgimiento de la sociedad patrimonial derivada de una unión marital de hecho, tema que legal y jurisprudencialmente ya tiene una respuesta clara y unánime en el sentido afirmativo. La pregunta es, en qué momento o bajo qué circunstancias se entiende que aquella universalidad patrimonial, ha quedado disuelta, o concretando el tema en la forma planteada en el prólogo de este acápite: ¿es posible determinar que jurídicamente la sociedad conyugal surgida entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora Luz Marina Chacua Gaviria se encuentra disuelta?

En ese orden de ideas, el artículo 1820 del Código Civil señala que la sociedad conyugal se disuelve:

> 1. Por la disolución del matrimonio.
> 2. Por la separación judicial de cuerpos, salvo que fundándose en el mutuo consentimiento de los cónyuges y siendo temporal, ellos manifiesten su voluntad de mantenerla.
> 3. Por la sentencia de separación de bienes.
> 4. Por la declaración de nulidad del matrimonio, salvo en el caso de que la nulidad haya sido declarada con fundamento en lo dispuesto por el numeral 12 del artículo 140 de este Código. En este evento, no se forma sociedad conyugal, y
> 5. Por mutuo acuerdo de los cónyuges capaces, elevado a escritura pública, en cuyo cuerpo se incorporará el inventario de bienes y deudas sociales y su liquidación.

Sin embargo, en este momento aparece con relevancia para las resultas de este asunto, lo resuelto por la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, en la sentencia SC-4027 del 14 de septiembre de dos mil veintiuno (2021), con ponencia del Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona.

Respecto de dicho fallo, debe decirse en primer lugar que trata de un proceso declarativo dentro del cual se ejerció la acción contractual de simulación de un contrato de compraventa, de ahí que, en principio, tal pronunciamiento en nada se relacionaría con el que actualmente ocupa

a esta corporación. Sin embargo, dentro de su acápite considerativo, a partir del argumento 4.2.2. la Sala de Casación realiza un análisis de instituciones como la familia, la ley 54 de 1990 modificada por la ley 979 de 2005, la sociedad conyugal y el matrimonio, la sociedad patrimonial y la unión marital de hecho, y respecto de éstas últimas precisó:

> *'En suma, el entorno del ordenamiento jurídico, indistintamente, alude a la vigencia de la sociedad conyugal o patrimonial y enfatiza su existencia material en forma coetánea con el matrimonio o la unión marital de hecho, ciertamente, para evitar unas consecuencias jurídicas, nada de lo cual tendría resultados prácticos si se interpreta que nace y muere con el fenómeno de la disolución"*

Continuando más adelante:

> *"Precisando, entonces, el despunte temporal de la sociedad conyugal o patrimonial procede a elucidarse hasta cuando se extienden sus dominios, en concreto, tratándose de la comunidad de bienes derivada de un vínculo jurídico,* ***cuando los consortes abierta e irrevocablemente se han separado de hecho, en forma permanente, definitiva e indefinida****".*

Así, luego de aludir a los artículos 152, 1820 numeral 1° del Código Civil, relativos a los motivos de disolución del matrimonio, y que tal terminación de lugar a la disolución de la sociedad conyugal, además de la separación judicial de cuerpos, y el numeral 8° del artículo 6° de la ley 25 de 1992, que establece como causal de divorcio la separación de cuerpos judicial o de hecho que haya perdurado más de dos años, la Corte Suprema de Justicia llega a la siguiente conclusión:

> *"Lo anterior significa que la separación de "cuerpos" tanto "judicial" como de "hecho" de los consortes superior al lapso aludido,* ***disuelve también de hecho la sociedad conyugal****, independientemente de que posteriormente mediante providencia judicial, con fundamento en la separación de hecho, se declare el divorcio o la cesación de los efectos civiles de los matrimonios religiosos. Si así ocurre, en el campo económico, la decisión respectiva es de naturaleza declarativa, con los efectos que le son propios"*

Agregando con posterioridad de forma contundente:

> *'Es incuestionable, el rompimiento de la vida matrimonial en forma duradera, incluyendo la marital, implica material e indiscutiblemente la cesación del trabajo, la ayuda y el socorro mutuos, necesario para facilitar no solo la armonía entre los cónyuges o los compañeros permanentes, sino también para aliviar las cargas que esas convivencias conllevan en lo personal y social.*
> *(...)*
> *No son infrecuentes los casos en que, existiendo la separación material de hecho de los casados por muchos años, luego de producida la disolución del matrimonio por causas legales, uno de los consortes se presenta a la justicia a reclamar gananciales arguyendo que en el interregno la comunidad de bienes estuvo vigente".*

En ese orden de ideas, lo indicado por la Corte Suprema de Justicia en el fallo que anteriormente se ha citado, implica que además de las causales expresamente señaladas en el artículo 1820 para la disolución de la sociedad conyugal, existe otra, pues la separación de cuerpos de hecho superior a dos años también **disuelve de hecho** la sociedad conyugal, tal como lo señaló la Alta Corporación en los apartes transcritos.

Ahora, como salta a la vista, el asunto que en este momento ocupa la atención de esta Sala, no es aquel en el que uno de los consortes luego de una muy prolongada separación de hecho, pretende reclamar ante la justicia unos gananciales obtenidos por el otro, respecto de los bienes que haya adquirido durante el transcurso en que permaneció la sociedad conyugal sin disolverse, no se trata de eso, es obvio; pero sí versa sobre unos fundamentos fácticos que permiten dar aplicación a dicho precedente en aplicación del derecho a la igualdad, respecto de quien reclama la existencia de una sociedad patrimonial derivada de una unión marital de hecho que se prolongó por más de treinta años, y en oposición se le enrostra una sociedad conyugal insoluta, producto de un matrimonio celebrado hace mucho más tiempo y que solo tuvo un periodo de convivencia de apenas dos años.

Veamos, conforme obra en la foliatura, el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ contrajo matrimonio con la señora Luz Marina Chacua Gaviria el pasado dos (2) de febrero de mil novecientos ochenta (1980) y así obra en la respectiva partida civil de matrimonio con indicativo serial No. 07337720 ante la Notaría Primera del Círculo de Pasto.

Luego, al interior del plenario también se recogió la versión rendida por la señora Luz Marina Chacua quien compareció a este proceso en calidad de testigo, mencionando que, en efecto, de dicho matrimonio del que da cuenta el registro civil, surgieron dos hijos cuyo padre es el ahora demandante. No obstante, aclaró que el periodo de convivencia fue muy corto, aproximadamente de apenas dos años, pues la navidad del año mil novecientos ochenta y dos (1982) ya no la pasaron en familia, sino de manera separada.

Explicó que el rompimiento de la vida marital se produjo por cuestiones personales, por cuanto el señor LIBARDO LÓPEZ se la pasaba viajando por motivos de trabajo, y tales ausencias desembocaron al poco tiempo en el distanciamiento definitivo, pues la testigo no volvió a tener ningún tipo de contacto con el padre de sus hijos, y que cualquier conversación o vínculo de carácter familiar o de amistad, se hacía con la mamá de ARTURO LIBARDO LÓPEZ, o con su hermana, a través de quienes el ahora demandante hacía llegar ropa o alimentos para sus hijos, exclusivamente para ellos, pues ningún aporte hizo para el sostenimiento de ella o de lo que pudiera considerarse un hogar.

La mencionada testigo fue cuestionada sobre los motivos por los cuales no se separó formalmente de quien aún aparece como su esposo, respondiendo que no lo hizo porque no lo consideró necesario, especialmente porque no estaba entre sus planes volver a contraer otras nupcias, insistiendo en que no lo consideró necesario, refiriendo que cinco años después de dicha separación ella había iniciado una vida amorosa con otra persona quien actualmente es su pareja, agregando también que aproximadamente dos años después de la separación de

hecho respecto del señor LIBARDO LÓPEZ, se enteró que él ya tenía a otra persona en su vida, a quien conoció personalmente en la casa de la hermana del ahora demandante, que correspondía a la señora MARÍA BERTILDE, quien junto al señor LIBARDO LÓPEZ siempre los había observado compartiendo momentos de la vida en público.

Finalmente agregó que no entendía por qué la señora MARÍA BERTILDE al interior de este proceso realizada manifestaciones desobligantes en contra del señor LIBARDO LÓPEZ, puesto que, si éste último fuera como lo dice la ahora demandada, no podría haber durado más de treinta años su convivencia, tiempo que ella calcula en atención a que, cuando conoció a la mencionada señora, su hija era muy pequeña de muy pocos años de edad, mientras que ahora ya cumplió 41 años.

Para corroborar tal versión también compareció el señor Maximino Chacua Cuaran, padre de la señora Luz Marina Chacua, y por consiguiente abuelo materno de los dos hijos de la pareja matrimonial conformada por la últimamente nombrada con el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ. De la declaración del testigo se resalta que la mayor parte de su relato estuvo destinado a indicar que tanto el declarante, como su esposa y su hija habían dedicado su vida *"a levantar"* a sus nietos, es decir, darles vivienda, alimentación y estudio, bajo difíciles circunstancias, destacando que el ahora demandante ARTURO LIBARDO LÓPEZ jamás había colaborado o ayudado con su manutención, pues en sus palabras, dejó *"tirados a sus hijitos"* muy poco tiempo después de celebrarse el matrimonio, razón por la cual no le guardaba precisamente sentimientos de afecto.

Así, de la prueba testimonial recaudada resulta claro que el matrimonio contraído por la señora Luz Marina Chacua Gaviria con el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ, apenas tuvo una vida que pudiera considerarse nupcial, de muy corto tiempo, de una duración aproximada de casi dos años, es decir, devino en un rompimiento definitivo y pérdida de contacto desde el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), lo que significa que a la fecha de interposición de la demanda, veintiocho (28) de agosto de dos mil veinte (2020), se había producido una separación de cuerpos de hecho de más de treinta y siete años.

Bajo esa perspectiva, tal separación de cuerpos de hecho evidentemente no configura ninguna de las causales de disolución de la sociedad conyugal de las que habla el artículo 1820 del Código Civil. Sin embargo, no puede desconocerse que después de transcurrido un periodo de tiempo tan prolongado de total distanciamiento, la existencia de una sociedad conyugal no disuelta judicialmente se constituye en apenas una formalidad, en otras palabras una ficción, sin que pueda ser de recibo atendiendo parámetros de justicia, que lo que es simplemente una virtualidad, tenga efectos jurídicos patrimoniales tan determinantes como por ejemplo, que uno de los consortes pretenda obtener unos gananciales respecto de los bienes obtenidos por el otro durante la vigencia de una sociedad conyugal formalmente insoluta, como el caso analizado en la sentencia SC – 4027 de 2021, o que imposibilite a quien conformó una unión marital de hecho por más de treinta y cinco años, derivar de ella una sociedad patrimonial.

Se recuerda que, al interior de la audiencia inicial, precisamente en la etapa de fijación del litigio, las partes convinieron en que la unión marital de hecho existente entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE se había prolongado desde el primero (1°) de enero de mil novecientos ochenta y cinco (1985) hasta el veintiséis (26) de julio de dos mil veinte (2020).

Por lo anterior, considera esta Sala que resultan plenamente aplicables los postulados que respecto de la disolución de la sociedad conyugal se hicieron en la parte considerativa del fallo SC – 4027 de 2021 proferido por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, y de ahí que la separación de cuerpos de hecho que se produjo entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora Luz Marina Chacua Gaviria, desde el mes de diciembre de mil novecientos ochenta y dos (1982), también tuvo como consecuencia, la disolución de hecho de la sociedad conyugal surgida de ese matrimonio, conclusión a la que es posible arribar no sin antes transcribir los siguientes fundamentos:

> *"Esta situación de hecho, consistente en la ruptura definitiva e irrevocable, se torna problemática e inquietante y de vital importancia para la determinación de los límites al patrimonio social, especialmente para quienes estando casados formalmente han dejado en forma palmaria e irreversible de (...) vivir juntos (...) y de auxiliarse mutuamente (art. 113 del Código Civil), desistiendo y declinando por la fuerza de los hechos de satisfacer la naturaleza auténtica del matrimonio como contrato, institución o estado.* ***La respuesta no puede ofrecerse desde preconceptos, prejuicios o visiones idealistas. No puede estar en el marco de la injusticia o desde soluciones ajenas a la realidad, y ante todo de ningún modo debe ser contraria a la verdad o a sucesos reales****. Se impone, en estas situaciones confusas, ambiguas o indecisas en la mente del juez, la búsqueda de la verdad real para encontrar razones de justicia,* ***ante la subsistencia formal o de la prolongación nominal de la convención o del contrato matrimonial sin disolución jurídica, pero que en la práctica es una apariencia o fachada de vida conyugal, porque sólo aparece en documento...****"*

Bajo ese entendido, la realidad obrante conforme a las pruebas recaudadas en el plenario es que la sociedad conyugal alguna vez vigente en virtud del matrimonio contraído entre el ahora demandante y la señora Luz Marina Chacua, se encuentra disuelta de hecho, como de hecho fue su separación definitiva e irrevocable desde hacía aproximadamente dos años antes del inicio de la unión marital que el señor LIBARDO LÓPEZ sostuvo con la señora MARÍA BERTILDE PINTA, y desde hacía más de treinta y siete años a la fecha de interposición de la demanda.

Por lo anterior, que no sea de recibo enrostrarse al señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ la existencia de una sociedad conyugal sin disolverse judicialmente, para que, bajo dicha excusa, se niegue el surgimiento de una sociedad patrimonial derivada de la unión marital de hecho que mantuvo con la señora MARÍA BERTILDE PINTA, respondiendo así los dos problemas jurídicos planteados en los albores de este acápite considerativo:

Conforme a pronunciamientos jurisprudenciales recientes y citados en este fallo, SÍ es posible determinar que jurídicamente la sociedad conyugal surgida entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora Luz Marina Chacua Gaviria se encuentra disuelta.

En consecuencia, en el presente asunto se cumplen los presupuestos necesarios para declarar que, de la unión marital de hecho existente entre el señor ARTURO LIBARDO LÓPEZ y la señora MARÍA BERTILDE PINTA CALVACHE SÍ surgió una sociedad patrimonial.

Así, las anteriores y breves consideraciones resultan suficientes para determinar la confirmación en su integridad del fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Quinto de Familia del Circuito de Pasto, y, en consecuencia, se haría necesario condenar en costas a la parte vencida del juicio. Sin embargo, no habrá lugar a ello en la medida que la señora MARÍA BERTILDE PINTA se encuentra bajo el amparo de pobreza.

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. CONFIRMAR en su integridad el fallo de primera instancia proferido al interior del presente asunto.

SEGUNDO. SIN LUGAR a condenar en costas de segunda instancia a la parte demandada, por las razones expuestas en la parte motiva de este fallo.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

GABRIEL GUILLERMO ORTÍZ NARVÁEZ
Magistrado

AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
Magistrado

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

SOCIEDAD PATRIMONIAL – Prescripción: Opera por ministerio de la ley.

DECLARACIÓN DE EXISTENCIA DE SOCIEDAD PATRIMONIAL – Prescripción: la acción prescribe en el término de un (1) año a partir de la separación física y definitiva de los compañeros.

SOCIEDAD PATRIMONIAL – Prescripción y caducidad: Suspensión de los términos por causa de la pandemia generada con la propagación del virus Covid 19.

SOCIEDAD PATRIMONIAL – Prescripción: Se configura.

(…) se tiene que existe norma expresa que indica que el término para ejercer las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año (…)

(…) se estima zanjado el término de duración de la unión marital de hecho entre los señores AMC y JOGS, como quiera que el A quo lo estableció entre el 10 de agosto de 2007 y el 20 de febrero de 2020 (…) Por tanto, ha de tenerse como fecha de separación física y definitiva de los compañeros, esta última calenda. (…)

(…) la actora contaba hasta el día 20 de febrero de 2021 para instaurar la presente acción, habiéndose radicado la demanda el 16 de julio de 2021; significando ello, como lo coligió el Juez de primera instancia, que la prescripción alegada por el demandado, se habría configurado. No obstante, no puede desconocerse que existió una interrupción de términos de caducidad y prescripción declarada mediante Decreto 564 de 2020, en atención a las medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la propagación del virus Covid 19 (…)

(…) se tiene que durante el 16 de marzo de 2020 y el 1° de julio de esa misma anualidad, los términos de prescripción y caducidad estuvieron suspendidos, (…) esto debió tenerse en cuenta por parte del Juzgado de primera instancia para el cómputo de la prescripción, (…) cuestión que no se hizo y, por tanto, procede este Ad quem de conformidad. (…)

(…) lo que significa que la demandante contaba hasta el día 04 de junio de 2021 para proponer la demanda correspondiente; sin embargo, la misma se interpuso el 16 de julio de 2021, presentándose, por ende, por fuera del término sustancial establecido para perseguir los fines económicos pretendidos, es decir que la prescripción se consumó (…)

UNIÓN MARITAL DE HECHO - INCIDENTE DE REPARACIÓN ANTE ACTOS DE MALTRATO INTRAFAMILIAR Y DE VIOLENCIA DE GÉNERO: Procedencia.

(…) No obstante, sin perjuicio de todo lo anotado en relación con la prescripción configurada al interior del presente asunto para reclamar los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho (…) el Tribunal no pasa por alto los diferentes hechos de violencia de género que se aducen en el líbelo como en la sustentación de la apelación (…)
(…) existe la necesidad de que se reparen esos presuntos actos de maltrato que sufrió la demandante y que pasan a revisarse; ello en aras de que se supere ese déficit de protección y ausencia de mecanismos de reparación eficaces al cual se ve enfrentada la promotora de la litis (…)

(…) con el propósito de ofrecerle a la aquí demandante una solución procesal tendiente a reparar esos daños que afirma haber sufrido y de los cuales en efecto da cuenta el expediente (…) tiene la posibilidad de formular una solicitud incidental dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo (…)

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

San Juan de Pasto, veinticinco (25) de noviembre de dos mil veintidós (2022).

Radicación :2021-00170 (455-22)
Asunto :Apelación de sentencia en proceso verbal de declaración de UMH
Procedencia :Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto
Magistrada :Dra AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA

Una vez agotado el trámite previsto en el art. 14 del Decreto Legislativo N° 806 de 2020- vigente para la época en que se formuló el recurso de alzada- y, de conformidad con lo ahí dispuesto, procede la Sala a dictar por escrito sentencia de segunda instancia dentro del presente asunto.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.- La demandante AMC, a través de apoderada judicial, presentó demanda de declaración de Unión Marital de Hecho, disolución y liquidación de sociedad patrimonial, en contra del señor JOGS, con el fin de que, previo el trámite del proceso verbal, se declare que entre las partes existió una unión marital de hecho que perduró desde el 10 de agosto de 2007 hasta el 20 de febrero de 2020 y que, como consecuencia de lo anterior, se declare que existió una sociedad patrimonial de hecho entre los ex compañeros.

Los hechos en los que se fundamenta la acción se redujeron a afirmar:

Que AMC y JOGS constituyeron unión marital de hecho a partir del día 10 de agosto de 2007, la cual subsistió en forma continua e ininterrumpida, en comunidad de vida, singularidad y permanencia, por un periodo aproximado de 12 años, es decir, hasta el 20 de febrero de 2020, fruto de la cual nació la menor AJGC.

Que la unión de los compañeros siempre tuvo como fin conformar una familia, coincidiendo en metas presentes y futuras, brindándose respeto, socorro y ayuda mutua, compartiendo techo, lecho y mesa.

Que, en el desarrollo de la relación, los compañeros decidieron que la señora ELSG, madre del demandado, por motivos de salud y condiciones económicas residiera en su casa de habitación, al igual que un hijo del demandado, JDG, quien se hospedó transitoriamente por dificultades laborales.

Que, a raíz de lo anterior, el tema de la convivencia familiar se tornó complejo, especialmente con el señor JDG, ya que aquel no aportaba para los gastos del hogar y, en adición, tenía comportamientos agresivos frente a la demandante, faltándole al respeto verbalmente; situación que conllevó al deterioro de la relación con el compañero permanente.

Que el 20 de septiembre de 2019, los compañeros en vigencia de su unión marital adquirieron un inmueble mediante contrato de compraventa, identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 240-261549, ubicado en la Urbanización Gualcaloma II Etapa de la ciudad de Pasto, donde se mudaron en compañía de su núcleo familiar integrado por su hija menor de edad y la mamá e hijo del demandado.

Que encontrándose en su nueva residencia los problemas de convivencia continuaron de manera notable y ostensible, conllevando a que el señor JOGS amenazara a la señora AMC con expulsarla de la vivienda, generándole episodios de violencia intrafamiliar, zozobra e incertidumbre; hechos que fueron puestos en conocimiento de la Fiscalía Cuarta Local de Pasto el 02 de diciembre de 2019.

Que, con ocasión de las dificultades en el hogar, el señor JOGS vendió, en presunta simulación, el bien inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 240-261549 a su madre, la señora ELSG, quien también residía en la vivienda; hecho que causo gran consternación en la demandante, por haberse efectuado a sus espaldas y sin su autorización.

Que el 5 de febrero de 2020, la señora ELSG, transfirió el inmueble mediante compraventa a la señora Paola Andrea Checa Lozano; siendo esta situación conocida por la demandante apenas el 20 de febrero de 2020 cuando decidió separarse de manera definitiva de su compañero e interponer el 27 de ese mismo mes y año demanda de declaración de existencia de unión marital de hecho, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Tercero de Familia de Pasto, radicada bajo el No. 2020-00044; demanda que previa inadmisión fue rechazada el 05 de agosto de 2020.

Que igualmente, ante la consideración de simulación del contrato celebrado entre el demando y su madre, la actora decidió interponer demanda de simulación por tratar de defraudar a la sociedad patrimonial de los compañeros al enajenar el único bien inmueble que hacía parte de ella, correspondiéndole el trámite al Juzgado Primero Civil Municipal de Pasto.

DE LO ACTUADO EN PRIMERA INSTANCIA. – Habiéndose presentado la demanda inicial, el líbelo fue reformado y previa subsanación del mismo, el Juzgado de primera instancia dispuso su admisión en contra JOGS.

Una vez surtida la notificación respectiva, el demandado a través de apoderado judicial procedió a contestar la demanda indicando que si bien es cierto se constituyó una unión marital de hecho con la señora AMC, esta terminó el 1° de diciembre de 2019, cuando hubo separación de cuerpos.

Afirmó que es cierto que la señora ELSG por cuestiones de salud decidió vivir con los compañeros, pero no así el señor JDG, quien nunca residió en la vivienda y menos tuvo conflictos con la demandante, ya que no se generaron vínculos de amistad o confianza entre ellos. Que así entonces, no es cierto que haya amenazado a la señora AMC para que se fuera de la casa, siendo ella quien tomó la decisión de irse.

Expresó que el número de matrícula inmobiliaria del bien referenciado en la demanda no es correcto ya que no corresponde al de la escritura pública de adquisición, aclarando que el demandado se dedica a la intermediación de venta y compra de inmuebles y que dicho bien jamás se afectó a vivienda familiar. Sobre ese tópico mencionó que la compraventa celebrada con su madre no obedeció a una simulación y que, por tanto, no existen bienes en la actualidad que hagan parte de la sociedad patrimonial.

Con fundamento en lo anterior formuló la excepción de *prescripción de la acción de declaración, disolución y liquidación de sociedad patrimonial* y la *Innominada.*

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. – El Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto dictó sentencia de primera instancia, en la cual resolvió: **(i)** Declarar la existencia de la unión marital de hecho entre la señora AMC y el demandado, señor JOGS, durante el período comprendido entre el día 10 de agosto de 2007, inclusive, hasta el día 20 de febrero de 2020, inclusive. **(ii)** Declarar probada la excepción de mérito denominada como "*PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE DECLARACIÓN, DISOLUCIÓN Y LIQUIDACIÓN DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL*", propuesta por la parte demandada, respecto de las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; **(iii)** Denegar, en consecuencia, la pretensión de declaración de existencia de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; **(iv)** Sin lugar a decretar, la disolución de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes; y **(v)** no imponer condena en costas por el éxito parcial de la demanda.

El Juez *A quo* sustentó su decisión argumentando que no hubo mayor discusión en el plenario sobre la acreditación de los presupuestos para configurar la unión marital de hecho entre los compañeros durante el interregno atrás indicado, no obstante, aseveró que la misma no tiene efectos patrimoniales, por cuanto el el artículo 8° de la Ley 54 de 1990 es claro en determinar que la acción para reclamarlos prescribe en el término de un (1) año a partir de separación física y definitiva de los compañeros, la cual ocurrió el 20 de febrero de 2020, empezando a contabilizarse el término en mención a partir del día siguiente, hasta el 20 de febrero de 2021.

Aclaró que si bien es cierto inicialmente la demandante instauró una acción similar a la presente, de manera oportuna, está claro que la misma fue rechazada en agosto de 2020 y por tanto, no produjo ningún efecto legal de interrupción de la prescripción. Luego, sostuvo que la segunda demanda se radicó el 10 de septiembre de 2021, es decir casi seis meses después de haber prescrito la acción, dando lugar a la prosperidad de la excepción planteada al interior del trámite, en tanto no existe justificación para no haber instaurado oportunamente la demanda o conducta dilatoria del demandado que hubiere impedido proceder de conformidad.

EL RECURSO DE APELACIÓN. - Actuando dentro de término, la apoderada judicial de la parte demandante apeló la sentencia de primer grado; recurso que fue concedido en el efecto suspensivo y, admitido por la presente instancia.

Sostuvo la profesional del derecho que el Juzgado de primera instancia no tuvo en cuenta el término de suspensión de términos que se generó con ocasión de la pandemia generada por el virus Covid 19, misma que tuvo lugar desde el 16 de marzo de 2020, hasta el 30 de junio de esa misma anualidad; desconociendo también que la señora AMC instauró otra demanda de declaración, disolución y liquidación de unión marital de hecho el 27 de febrero de 2020, misma que fue inadmitida el 10 de marzo siguiente y rechazada el 05 de agosto de esa misma anualidad, por situaciones ajenas a la demandante; término que estima no debe ser desconocido ya que, de analizarse en conjunto con los demás sucesos, inclusive la interposición del proceso de simulación en el mes de septiembre de 2020, es posible justificar la demora en presentar esta demanda, la cual afirma es de 37 días y no de seis meses.

Expone que durante el desarrollo de la unión marital de hecho de generaron actuaciones de violencia intrafamiliar como de violencia de género sobre la demandante, tal y como consta en la denuncia presentada en el mes de diciembre de 2019 ante la Fiscalía General de la Nación; produciéndose tales hechos en gran medida porque era el demandando quien contaba con recursos económicos y trabajo para sufragar los gastos del hogar, utilizando tal circunstancia en contra de AMC; aunado a que el señor JOGS desplegó actos adicionales con el fin de afectar económicamente a la demandante, al transferir a su madre, mediante compraventa, el inmueble que ocupaba con su núcleo familiar; hechos que conllevaron a que se terminara la relación sentimental de manera definitiva.

Por otra parte, sostuvo que no puede existir sociedad patrimonial de hecho sin unión marital, de conformidad con lo expuesto por la Corte Constitucional en sentencia C-131 de 2018; razón por la cual no puede contabilizarse el término de prescripción antes de que se haya declarado la existencia de la unión marital.

Seguidamente expresó que, considerar que la demandante no tiene derecho a reclamar la existencia de sociedad patrimonial es un hecho de revictimización, dejándola sin opción económica respecto de los bienes adquiridos dentro de dicha sociedad; situación frente a la cual la justicia no se puede mostrar impávida.

Finalmente sostuvo que si bien en los reparos concretos no esgrimió nada respecto de la aplicación del precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5039 de 10 de diciembre de 2021, ello no es óbice para que se aplique el mismo, en garantía de protección de una mujer víctima de violencia de género, de acuerdo con las pruebas que ya existen en el expediente, especialmente la denuncia ante el ente Fiscal, el interrogatorio de parte de la demandante , el testimonio de la señora Yoli Meri Timarán y el expediente administrativo del proceso de restablecimiento de derechos de la hija de los compañeros permanentes, que dan cuenta de la posición dominante del demandado, quien *sacó* de la casa a la demandante, dejándole la ropa *en medio de barro*, mientras adelantaba una supuesta venta de su casa de habitación.

En consideración de lo anterior solicitó, de manera principal, que se aplique enfoque de género en relación con el estudio de la excepción de prescripción, se decreten pruebas de oficio en virtud de la facultad extra y ultra petita de los Jueces de Familia, se declare la existencia de la sociedad patrimonial entre los compañeros y, en consecuencia, se declare la misma en estado de liquidación. De manera subsidiaria solicitó que el año del que habla el artículo 8° de la Ley 54 de 1990, sea contabilizado únicamente a partir de la declaración de la existencia de unión marital de hecho.

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

II. CONSIDERACIONES

LA SANIDAD PROCESAL. - No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable 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. 20 num. 1° del C. G. del P.), así como por el domicilio de la parte demandada. 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 parte demandante es una persona natural, mayor de edad y la parte demandada igualmente está conformada por una persona natural, mayores de edad; siendo posible concluir que todos tienen capacidad para ser parte e integrar el litigio.

Continuando con el análisis de los presupuestos procesales se encuentra 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. - La parte demandante pretende que se declare la existencia de sociedad patrimonial de hecho como consecuencia de la declaratoria de unión marital de hecho con el demandado, de donde deviene su legitimación en la causa por activa.
De otro lado, la personería sustantiva en relación con el demandado deviene en ser quien ostentan la calidad de compañero permanente de la demandante.

DEL CASO CONCRETO. - Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver el recurso de apelación propuesto. Para ello, la Sala se ceñirá a los reparos concretos formulados por la parte demandada en contra de la sentencia de primer grado.

Considera la recurrente que el desacierto del Juez de primera instancia se fundó en no declarar la existencia de sociedad patrimonial de hecho entre los compañeros permanentes,

al aducir que la demanda se presentó por fuera del interregno establecido en el artículo 8° de la Ley 54 de 1990; desconociendo con su decisión la interrupción de términos que operó por causa de la pandemia generada con la propagación del virus Covid 19, así como las particularidades del caso, atinentes a la interposición previa de una demanda de declaración de existencia de unión marital de hecho que fue rechazada, así como una acción de simulación formulada por presunta defraudación a la sociedad patrimonial y, finalmente, el desconocimiento de episodios relacionados con violencia intrafamiliar padecidos por la demandante.

Bajo ese panorama es menester indicar, en primer lugar, que la oportunidad para obtener la declaración de existencia de sociedad patrimonial, se encuentra regulada en el art. 8° de la Ley 54 de 1990, donde el legislador estableció que las acciones para adelantar este tipo de acción "*prescriben en un año, a partir de la separación física y definitiva de los compañeros, del matrimonio con terceros o de la muerte de uno o ambos compañeros"*, disponiéndose en el parágrafo de la misma norma que este término se interrumpirá con la presentación de la demanda.

Valga aclarar que la simple presentación del líbelo no es la única condición determinante para la interrupción de la prescripción procesal o para la inoperancia de la caducidad ya que, se requiere además, cumplir con lo dispuesto en el artículo 94 del Código General del Proceso, esto es, la notificación del auto admisorio de la demanda al demandado, dentro del año siguiente de la notificación de la providencia al demandante toda vez que, de no cumplirse con la carga de orden procesal dentro del término señalado, existe una consecuencia adversa a los intereses del actor, con incidencia directa en la relación jurídica sustancial.

Es importante precisar que el fundamento del instituto de la prescripción radica, en palabras de la H. Corte Suprema de Justicia, en *el mantenimiento del orden público y la paz social; propende por otorgar certeza y seguridad a los derechos subjetivos mediante la consolidación de las situaciones jurídicas prolongadas y la supresión de la incertidumbre que pudiera ser generada por la ausencia del ejercicio de las potestades, por eso la Corte ha dicho que la institución da estabilidad a los derechos, consolida las situaciones jurídicas y confiere a las relaciones de ese género la seguridad necesaria para la garantía y preservación del orden social, ya que, la seguridad social exige que las relaciones jurídicas no permanezcan eternamente inciertas y que las situaciones de hecho prolongadas se consoliden…"*[1].

En esa línea, la Alta Corporación ha sostenido que, si al sujeto que le asiste la necesidad de realizar una prestación de dar, hacer o no hacer algo, deja de exigirla por largo tiempo, es de presumir que el servicio que se le debe no le interesa y, entonces, su derecho pierde la razón de ser; indicando entonces que, *para que se configure la prescripción se requiere, amén de la prescriptibilidad del derecho que subyace a la acción judicial, la inacción del titular de ese derecho –y correlativo titular del derecho de acción– por el período que establecen las leyes sustanciales*[2].

---

1 Corte suprema de Justicia, Sentencia SC712-2022.

2 Ibídem.

De lo anterior se puede colegir que la figura de la prescripción opera por ministerio de la ley y su aplicación no puede ser interpretada por el fallador de acuerdo con las circunstancias de cada caso particular que impidieron ejercer la acción en los términos dispuestos en la norma sustancial, pues de ser así se generaría, sin lugar a dudas, una distorsión del orden público; sin embargo, lo que sí es factible para el operador judicial es examinar las variables expresamente consagradas en la ley para que el plazo que transcurre a partir de la exigibilidad de la prestación, pueda detenerse transitoriamente o, incluso, reiniciar su cómputo por completo.

En el asunto bajo examen, como ya se indicó, se tiene que existe norma expresa que indica que el término para ejercer las acciones para obtener la disolución y liquidación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes prescriben en un año; por tanto, corresponde a la judicatura analizar desde cuándo se contabiliza dicho término al interior de este trámite y si el mismo sufrió algún tipo interrupción o suspensión.

Revisado el expediente, se estima zanjado el término de duración de la unión marital de hecho entre los señores AMC y JOGS, como quiera que el *A quo* lo estableció entre el 10 de agosto de 2007 y el 20 de febrero de 2020, sin que dicha decisión hubiese sido objeto de apelación. Por tanto, ha de tenerse como fecha de separación física y definitiva de los compañeros, esta última calenda.

Lo anterior implica que, en términos de la ley sustancial, la actora contaba hasta el día 20 de febrero de 2021 para instaurar la presente acción, habiéndose radicado la demanda el 16 de julio de 2021; significando ello, como lo coligió el Juez de primera instancia, que la prescripción alegada por el demandado se habría configurado. No obstante, no puede desconocerse que existió una interrupción de términos de caducidad y prescripción declarada mediante Decreto 564 de 2020, en atención a las medidas para la garantía de los derechos de los usuarios del sistema de justicia en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica por causa de la propagación del virus Covid 19, donde se dispuso:

"ARTÍCULO 1. Suspensión de términos de prescripción y caducidad. Los términos de prescripción y de caducidad previstos en cualquier norma sustancial o procesal para ejercer derechos, acciones, medios de control o presentar demandas ante la Rama Judicial o ante los tribunales arbitrales, sean de días, meses o años, se encuentran suspendidos desde el 16 de marzo de 2020 hasta el día que el Consejo Superior de la Judicatura disponga la reanudación de los términos judiciales. El conteo de los términos de prescripción y caducidad se reanudará a partir del día hábil siguiente a la fecha en que cese la suspensión de términos judiciales ordenada por el Consejo Superior de la Judicatura. No obstante, cuando al decretarse la suspensión de términos por dicha Corporación, el plazo que restaba para interrumpir la prescripción o hacer inoperante la caducidad era inferior a treinta (30) días, el interesado tendrá un mes contado a partir del día siguiente al levantamiento de la suspensión, para realizar oportunamente la actuación correspondiente".

Luego, el Consejo Superior de la Judicatura, mediante Acuerdo PCSJA20-11567 determinó:
"Artículo 1. Levantamiento de la suspensión de términos judiciales*. La suspensión de tér-*

minos judiciales y administrativos en todo el país se levantará a partir del 1 de julio de 2020 de conformidad con las reglas establecidas en el presente Acuerdo".

Por consiguiente, se tiente que durante el 16 de marzo de 2020 y el 1° de julio de esa misma anualidad, los términos de prescripción y caducidad estuvieron suspendidos, es decir, durante el interregno de tres (3) meses y quince (15) días, el cual debió tenerse en cuenta por parte del Juzgado de primera instancia para el cómputo de la prescripción acogida ante la excepción propuesta; cuestión que, como lo denuncia la recurrente, no se hizo y, por tanto, procede este *Ad quem* de conformidad.

Así entonces, en aplicación de lo dispuesto en el Decreto Legislativo 564 de 2020 y los Acuerdos PCSJA20-11518 y PCSJA20-11567 del Consejo Superior de la Judicatura, el término de prescripción se interrumpió, por el periodo ya indicado, lo que significa que la demandante contaba hasta el día 04 de junio de 2021 para proponer la demanda correspondiente; sin embargo, se itera, la misma se interpuso el 16 de julio de 2021, presentándose, por ende, por fuera del término sustancial establecido para perseguir los fines económicos pretendidos, es decir que la prescripción se consumó, con independencia de cualquier otra consideración adicional.

De hecho, el precedente de la Corte Constitucional citado por la recurrente (Sentencia C-131 de 2018) en momento alguno determina que el término prescriptivo debe contarse a partir únicamente de la declaración de la unión marital de hecho, pues el estudio de constitucionalidad que realiza la Corte es sobre la presunción de tener por padres a los cónyuges o compañeros permanentes, cuando el nacimiento de los hijos se produce después de 180 días siguientes al matrimonio o a la declaración de la unión marital de hecho; aclarando que la contabilización de dicho término en casos de UMH, empezará a contar desde cuando se acredite el inicio de la convivencia entre los padres. De manera que, el estudio que se hace sobre la figura de sociedad patrimonial en esa providencia solo apunta a indicar que esta únicamente nace a la luz del derecho, ante la existencia de una unión marital que haya perdurado dos años; sin que se haya advertido algo sobre el término de prescripción para incoar su reconocimiento, pues está ya se encuentra definida en la Ley 54 de 1990.

De otro lado, es pertinente acotar que si bien la apoderada judicial de la parte demandante esgrime que para efectos de computar el término del fenómeno prescriptivo debe tenerse en cuenta, además de la suspensión de términos judiciales, algunos aspectos adicionales que impidieron a la actora interponer con mayor antelación la presente demanda, ello bajo la aplicación de una perspectiva de género; lo cierto es que esas medidas afirmativas que han cobrado mayor auge en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en asuntos de unión marital de hecho y declaración de existencia de sociedad patrimonial, solo guardan relación con la aplicación de perspectiva de género, pero en la labor de subsunción de los hechos probados en el proceso y la valoración de los medios de prueba; de ahí que, no existe pronunciamiento jurisprudencial hasta este momento que guie u obligue al operador judicial para hacer una reinterpretación sobre la forma de contabilizar o flexibilizar el término prescriptivo en este tipo de acción, sino que, por el contrario, las providencias recientes se ciñen a las normas sustanciales y procesales que gobiernan la materia.

Por tanto, el hecho que la promotora de la litis iniciara en febrero de 2020 una demanda con similares pretensiones a las formuladas en este trámite y que la misma haya sido rechazada, no constituye una justificación legalmente válida para aducir interrupción del fenómeno prescriptivo determinado en la Ley 54 de 1990, máxime cuando se conoce que el rechazo de la acción primigenia se produjo en agosto de 2020 y solo hasta julio de 2021, es decir, casi un año después, la actora decidió interponer una nueva demanda. Igual consideración merece la interposición de la acción de simulación radicada en septiembre de 2020, habida cuenta que la misma comporta una pretensión completamente distinta, que si bien guarda relación con los supuestos fácticos aquí expuestos, no puede ser usada como apología para no haber incoado, dentro de término, la demanda para perseguir los fines económicos de la declaración de existencia de unión marital; como tampoco los hechos de violencia intrafamiliar aducidos pueden incidir en el término prescriptivo, comoquiera que no se vislumbra que por causa de ellos no se haya acudido oportunamente a la jurisdicción.

No obstante, sin perjuicio de todo lo anotado en relación con la prescripción configurada al interior del presente asunto para reclamar los efectos patrimoniales de la unión marital de hecho conformada entre los señores AMC y JOGS, el Tribunal no pasa por alto los diferentes hechos de violencia de género que se aducen en el líbelo como en la sustentación de la apelación y es por eso que, frente a tal circunstancia, resulta apropiado retomar algunas consideraciones que en la materia ha dejado sentadas la Corte Suprema de Justicia, entre otras, de manera reciente en sentencia SC963 de 1° de julio de 2022, donde señala:

> *'A pesar de los esfuerzos institucionales orientados a reformular dichos roles e implantar un modelo de igualdad y corresponsabilidad, esos estereotipos de género aun subsisten, con variadas repercusiones en la realidad de la familia, entre ellas las que se derivan del enaltecimiento de los aportes en dinero para la manutención del hogar –labor que, desde una perspectiva estereotipada, es asignada al hombre–, y el consecuente demérito de las contribuciones de la pareja, en el errado entendido de que estas carecen de significación, o tienen menor relevancia económica.*
>
> *Esa visión sesgada puede llevar a pensar, también equivocadamente, que el referido proveedor económico es merecedor de privilegios con relación al patrimonio familiar, tales como administrarlo con amplias libertades y sin consideración de la opinión o las necesidades ajenas, u obtener, incluso a través de actos mendaces o torticeros, una porción superior a la que le correspondería como gananciales al momento de disolver y liquidar su sociedad conyugal o patrimonial entre compañeros permanentes.*
>
> *Por esa vía, la Sala advierte que en los conflictos que gravitan alrededor de los efectos económicos del matrimonio o de la unión marital de hecho –como los casos de simulación de actos de disposición de activos sociales–, pueden subyacer estereotipos de género encaminados a frustrar el reparto equitativo de bienes y deudas que establecen las leyes sustanciales, prolongando así un inicuo y antijurídico desprecio por la participación de uno de los miembros de la pareja en la construcción del acervo común".*

Así entonces, se estima que al interior del presente asunto existe la necesidad de que se reparen esos presuntos actos de maltrato que sufrió la demandante y que pasan a revisarse; *ello en aras de que se supere ese déficit de protección y ausencia de mecanismos de reparación eficaces* al cual se ve enfrentada la promotora de la litis, más aún cuando ciertamente operó la prescripción para reclamar los efectos patrimoniales de su unión marital de hecho que se extendió por espacio de más de 12 años.

Revisado el expediente se encuentra que con la demanda se aportó copia de la denuncia penal presentada ante la Fiscalía General de la Nación, radicada bajo el No. 520016099032201910279, el 03 de diciembre de 2019, por parte de la señora AMC en contra de JOGS, por el delito de violencia intrafamiliar, en cuyos hechos se realizó la siguiente narración:

> *"El indiciado es mi compañero permanente con quien convivo hace 9 años, de esta relación tenemos una niña llamada JGC de 9 años, hace dos semanas veníamos discutiendo con el indiciado, él me estaba agrediendo verbalmente porque él me decía: 'no tienes derecho a maltratar a la niña, esta arrecha loca demente, no tienes derecho a nada, eres una recogida, tu familia es loca". Él me amenaza con pegarme. Desde el día 17 de noviembre de 2019 el indiciado es el que se encarga de bañar a nuestra hija, él la alista, la peina, se la lleva a dormir con él,* ***aleja a mi hija de mí, le habla mal de mí, le dice "tu mamá es una loca****". El indiciado prefiere dejar a nuestra hija con la mamá de él que se llama ES, quien tiene 89 años. El día de los hechos quedamos con el sindicado que iría a almorzar con la niña a un restaurante y me la entregaría a tipo 14:30 horas porque yo la llevaría a una fiesta familiar; esperamos al indiciado hasta las 13:30 horas pero él no llegó a recoger a nuestra hija, por lo cual yo me la llevé a almorzar a la casa de mi madre MM y a las 14:30 horas llegó el indiciado a la casa de mi madre para llevarse a nuestra hija a almorzar,* ***yo me escondí*** *con mi hija en la habitación de mi hermana JT, el indiciado abrió la puerta, cargó a nuestra hija y se la quería llevar a la fuerza pero como yo me opuse, el* ***indiciado me comenzó a agredirme verbamente y físicamente; mi hermana se metió a defenderme y el indiciado la insultó*** *diciéndole "gorda fea no se meta, usted no tiene derecho sobre mi hija", por lo cual yo llamé a la Policía, discutimos en la calle, mi hija gritaba "yo no me quiero ir, quiero a mi mamá" mientras el indiciado la jalonaba para llevársela con él. En ese momento llegó la Policía habló conmigo y con el indiciado, los policías le dijeron que mi hija se quede conmigo y él se fue. Yo llevé a mi hija a la fiesta familiar, cuando la fiesta terminó me fui con mi hija a la casa, el indicado estaba en la casa y no dijo nada, todo estaba tranquilo hasta el día lunes dos de diciembre de 2019 a las 14:30 horas que teníamos una cita en el Bienestar Familiar, porque el indiciado me denunció por maltratar a nuestra hija,* ***cuando estábamos en Bienestar el indiciado empezó a agredir psicológicamente y verbalmente delante de la psicóloga y la trabajadora social diciéndome "recogida, maltratas a la niña, no cumples con los quehaceres de la casa, ya no nos entendemos, yo tengo derecho a la casa, tú no tienes derecho, la plata es mía, tienes que irte de la casa y la niña se queda conmigo****"". (Negrita fuera de texto)*

Estos actos de violencia y discriminación frente a la demandante fueron expuestos también por ella en su interrogatorio de parte, al afirmar que su compañero permanente en ocasiones le recriminaba el hecho se ser adoptada y no tener las mismas condiciones económicas, explicando que, generalmente sus discusiones surgían por las diferencias de pautas de crianza frente a su hija común, pues mientras ella se mostraba bastante exigente, él se tornaba demasiado permisivo, llegando a un punto de diferencia tal que Bienestar Familiar tuvo que intervenir en beneficio de los derechos de la menor de edad.

Y es que ciertamente, obra en el expediente un informe rendido por la Comisaria Tercera de Familia de Pasto al interior de un proceso de restablecimiento de derechos en favor de AJGC, el cual fue remitido a la Fiscalía General de la Nación, a petición del señor JOG, en representación de su hija, por el presunto delito de violencia intrafamiliar, en contra de AMC, radicado bajo el CUI 520016099032202152993, donde se transcribe entre otras cosas, lo siguiente:

> *"2. La niña informa en su relato que si quiere continuar con las visitas de su padre pero que cumpla con los compromisos de su hora de llegada a la casa de su madre y que se le permita tener un celular para lograr comunicarse con su madre, porque todo esto al parecer le ocasiona irritabilidad,* ***porque se siente incómoda cuando al padre no cumple los horarios y le prohíbe el uso de celular al parecer con el objeto de impedir la comunicación con su madre[3].***
> *(...)*
> *En fecha 17 de febrero de 2021 medicina legal allega a la Comisaría Tercera de Familia informe pericial, del que en líneas anteriores se ha transcrito la interpretación del resultado, pero que ahora es necesario enunciar la conclusión: Los hallazgos de la entrevista psicológica forense practicadas al grupo familiar compuesto por la señora AM, JO y la menor AJGC, muestran que* ***se vislumbra un padre que ostenta tendencia a asumir el rol dominante en la interacción de pareja, marcado por ideas de grandiosidad y se vislumbra clínicamente en él rasgos de personalidad obsesiva[4]"***
> *(Negrita fuera de texto)*
>
> *Finalmente, se encuentra la declaración de la testigo ÁMS, quien informó que los compañeros permanentes luego de varios años de relación, en diciembre de 2019, presentaron algunos inconvenientes que los distanciaron y que, aproximadamente en el mes de febrero de 2020, se percató que el señor JOG puso en venta la casa de habitación que habitaba con la señora AMC, quien no tenía conocimiento de dicha situación; estos aspectos fueron confirmados por la testigo YMTM, quien en adición refirió que la demandante en el mismo año 2019, un día se fue de su casa, llegando a la residencia de su progenitora únicamente con las prendas de vestir que llevaba puestas y que el demandado, días después, dejó sus pertenencias en el antejardín que se encontraba lleno de lodo. Esta misma deponente narró que pese a que AM no se encontraba residiendo en el inmueble adquirido con su compañero permanente, se veía con él de manera constante y que, pese a ello, aquel decidió en el mes de*

3 Fl. 15, PDF 008 Sustentación de apelación.

4 Fl. 16, PDF 008 Sustentación de apelación.

febrero de 2020, poner en venta el inmueble sin consultarle a su pareja sentimental, pues aquella solo se enteró después de que una amiga vecina del sector le comentara; siendo este hecho la causa para que se produjera la separación definitiva de cuerpos.

En ese contexto, ha de indicarse que en este asunto es procedente aplicar la subregla jurisprudencial establecida por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SC5039 de 2021, que establece:

> *'Siempre que se acredite la ocurrencia de actos constitutivos de violencia intrafamiliar o de género durante el proceso de existencia de unión marital de hecho, deberá permitírsele a la víctima iniciar un trámite incidental de reparación –en los términos explicados en la sentencia SU-080 de 2020–, con el propósito de que el juez de familia determine, en el mismo escenario procesal, los alcances de los daños padecidos por la persona maltratada, asignando una compensación justa, de acuerdo con las reglas y principios generales en materia de reparación integral. Este incidente ha de entenderse como una vía procesal adicional al proceso ordinario de responsabilidad civil extracontractual o al incidente de reparación integral en el marco del proceso penal. Es decir, no se trata de crear un nuevo rubro indemnizatorio, sino de ofrecer una senda suplementaria para que se ejerza la misma acción de responsabilidad aquiliana, pero esta vez ante los jueces de familia, y en el marco del proceso declarativo de existencia de unión marital de hecho. Lo anterior con miras a maximizar los escenarios donde las víctimas puedan acceder a la reparación integral a la que tienen derecho, y a reducir correlativamente las posibilidades de que el agente dañador eluda la carga de indemnizar a su expareja por los menoscabos físicos o psicológicos que puedan atribuirse fáctica y jurídicamente a su conducta".*

Lo anterior con el propósito de ofrecerle a la aquí demandante una solución procesal tendiente a reparar esos daños que afirma haber sufrido y de los cuales en efecto da cuenta el expediente. Valga aclarar que, como lo estableció el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria, la actora tiene la posibilidad de formular una solicitud incidental dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria del fallo, donde se precisen las pretensiones de reparación, los alcances de los actos de maltrato o de las secuelas dañosas padecidas, así como la solicitud de pruebas que pretendan hacerse valer, acopiándose las evidencias que se practicaron durante el proceso de existencia de unión marital de hecho y las adicionales que se estimen necesarias; petición de la cual se correrá traslado a la parte demandante. Vencido el término respectivo, se decretarán pruebas y se practicarán en audiencia prevista en el artículo 373 procesal, donde se proferirá sentencia susceptible de recursos.

Precisa la Sala en el evento de que la demandante no proceda de conformidad con lo atrás indicado y que su intención de reclamar perjuicios persista, deberá acudir a las demás vías que el ordenamiento jurídico ofrece para tal fin.

Así las cosas, de conformidad con todo lo atrás anotado, estima el Tribunal que la sentencia de primera instancia habrá de ser confirmada en lo que fue objeto de apelación, es decir, en punto de la declaración de prescripción de la reclamación de existencia de sociedad patrimonial; no obstante, se adicionará el fallo en el sentido de ordenar que se habilite una vía incidental especial de reparación ante la evidencia de actos de maltrato intrafamiliar y de violencia de género, en aplicación del precedente jurisprudencial ya referido.

Finalmente, se impondrá condena en costas a la parte apelante, de conformidad con lo dispuesto en la regla contenida en el numeral 1° del artículo 365 del C. G. del P.

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, proferida por el Juzgado Tercero de Familia del Circuito de Pasto al interior del presente asunto, en lo que fue objeto de apelación.

SEGUNDO. - **ADICIONAR** el fallo de primera instancia, en el sentido:

"Dada la evidencia de actos de maltrato intrafamiliar y de violencia de género en contra de la demandante, se DISPONE, habilitar una vía incidental especial de reparación al interior del presente asunto, con el fin de que se determinen y tasen los perjuicios sufridos por la señora AMC, teniendo en cuenta las directrices expuestas por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC5039 de 2021".

TERCERO. - CONDENAR en costas de segunda instancia a la parte apelante. Téngase como agencias en derecho la suma equivalente a 1 SMLMV.

CUARTO. - **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
Magistrado

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Magistrada

PROCESO REIVINDICATORIO – REQUISITOS: Los presupuestos de la acción de dominio deben reunirse en su totalidad para que lo incoado pueda prosperar, pues la ausencia de cualquiera de ellos conduce inexorablemente al fracaso de las pretensiones.

PROCESO REIVINDICATORIO – Al no ser la propiedad un derecho absoluto, este puede ser controvertido por un particular o, inclusive, por el Estado en defensa de su territorio.

PROCESO REIVINDICATORIO – NATURALEZA JURÍDICA DEL BIEN PERSEGUIDO: Al ventilarse un litigio donde se discute un eventual derecho de propiedad privada de un particular versus la titularidad estatal sobre un bien fiscal, se deben decretar pruebas, incluso de oficio, en procura de esclarecer la naturaleza jurídica del bien perseguido en reivindicación.

BIENES DE USO PÚBLICO – CARACTERÍSTICAS: Son inalienables, imprescriptibles e inembargables.

BIENES DE USO PÚBLICO – Las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas son bienes de uso público, por ende, intransferibles a cualquier título a los particulares.

PROCESO REIVINDICATORIO – REQUISITOS: No se configuran.

Del análisis conjunto del material probatorio obrante en el proceso, se determina que no hay lugar a la prosperidad de las pretensiones, siendo que no se logró acreditar que el bien pretendido en reivindicación es de propiedad del demandante; estableciéndose por el contrario que gran parte del bien es de uso público, y no obstante, (…) se acreditó que el folio de matrícula inmobiliaria se abrió con fundamento en una resolución de adjudicación de dominio emitida por un ente gubernamental, empero ese acto jurídico ha de reputarse absolutamente ineficaz, por cuanto, tratándose de un bien de uso público de carácter natural, al ser terreno costero, ninguna persona pudo haber adquirido el dominio del mismo; de hecho, se itera, obra suficiente material en el plenario para colegir que ese acto administrativo fue declarado nulo por una autoridad judicial. (…)

(…) la irregular situación del lote de terreno reclamado en reivindicación debe ser enmendada por las vías legales pertinentes, sin que pueda la judicatura en esta oportunidad legitimar el derecho del señor RICARDO REINEL SANTACRUZ, toda vez que, por el solo hecho de haberse inscrito en el Registro de Instrumentos Públicos una escritura pública de compraventa en tradición posterior a una resolución de adjudicación, no lo convierte per se en propietario de un inmueble, más aún cuando el acto originario del folio de matrícula inmobiliaria fue declarado nulo por tratarse, al parecer y con alto grado de probabilidad, de un bien de uso público.(…)

TRIBUNAL SUPERIOR DE PASTO
SALA DE DECISIÓN CIVIL FAMILIA

San Juan de Pasto, veintidós (22) de febrero de dos mil veintidós (2022).

Radicación :2016-00072-01 (163-01)
Asunto :Apelación de sentencia en proceso reivindicatorio
Procedencia :Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco
Magistrada :Dra 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.

I. ANTECEDENTES

LA DEMANDA.- El señor RICARDO REINEL SANTACRUZ presentó demanda reivindicatoria en contra de los señores FELIPE PINZÓN ORTIZ, GINA PAOLA FORERO VALENCIA, FERNANDO WALTER PINZÓN PÉREZ, ERNESTO PINZÓN ORTIZ y PERSONAS INDETERMINADAS, con el fin de que, previo el trámite del proceso verbal, se declare que le pertenece el dominio pleno y absoluto de un bien inmueble ubicado en el barrio 20 de julio, sector El Morro del municipio de Tumaco (N), cuya es extensión es de 1.374 metros cuadrados, ubicado dentro de un predio de mayor extensión cuya área superficiaria es de 20 Hectáreas más 8750 metros cuadrados. Como consecuencia de lo anterior solicitó que se condene a los demandados a la restitución de dicho inmueble, así como el pago de los frutos civiles correspondientes, por tratarse de poseedores de mala fe.

Los hechos en los que se fundamenta la acción, se redujeron a afirmar:

Que el señor RICARDO REINEL SANTACRUZ adquirió el inmueble de mayor extensión denominado "Cecilia", ubicado en el municipio de Tumaco, sector El Morro, mediante Escritura Pública No. 809 de 29 de noviembre de 1995 de la Notaría Única del Círculo de Tumaco, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 e identificado con código catastral No. 52-83-501-02-000-38-000-16-000.

Que la tradición del bien inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 inició y se consolidó con la adjudicación efectuada por la Gobernación de Nariño al señor ALFONSO CORTES CAJIAO en el año 1962; adjudicación que se protocolizó mediante Escritura Pública No. 6 de 3 de enero de 1963 y, luego, el señor CORTES CAJIAO, mediante escritura pública No, 380 de 1976 enajenó el bien al señor NECTARIO LÓPEZ BURBANO, quien, a su vez, en el año 1995 vendió el predio al hoy demandante.

Que desde el año 2014 los señores FELIPE PINZÓN ORTIZ, GINA PAOLA FORERO VALENCIA, FERNANDO WALTER PINZÓN PÉREZ y ERNESTO PINZÓN ORTIZ empezaron a poseer de forma irregular, arbitraria y violenta una parte del terreno de mayor extensión, concretamente un área de 1.374 metros cuadrados; procediendo, sin autorización del propietario y de la alcaldía municipal, a construir en dicho terreno una casa de dos plantas en ferro concreto, con un área aproximada de 194 metros cuadrados.

Que, a raíz de lo narrado en el hecho anterior, el demandante se encuentra privado de la posesión material del bien objeto de reivindicación, situación que lo conllevó a adelantar acciones policivas ante la Inspección de Policía de Tumaco y judiciales ante Fiscalía General de la Nación, con el fin de recuperar la posesión de su inmueble; sin embargo, los demandados han omitido el cumplimiento de las medidas ordenadas al interior de dichos trámites.

Resulta importante señalar que, de oficio, se dispuso la vinculación al trámite de la FUNDACIÓN CANAL TELEFARO DE TUMACO, así como de la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA

JURÍDICA DEL ESTADO y el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL – DIRECCIÓN GENERAL MARÍTIMA – CAPITANÍA DE PUERTO DE TUMACO. De otro lado, la parte demandante decidió desistir de las pretensiones de la demanda encausadas en contra de GINA PAOLA FORERO VALENCIA, FERNANDO WALTER PINZÓN PÉREZ, ERNESTO PINZÓN ORTIZ y PERSONAS INDETERMINADAS.

POSICIÓN DE LOS DEMANDADOS. – El señor FELIPE PINZÓN ORTIZ manifestó no constarle la mayoría de los hechos descritos en la demanda, sin embargo, se opuso a las pretensiones propuestas tras señalar que no es posible inferir con grado de certeza que el bien descrito en las escrituras públicas aportadas por el actor corresponda al inmueble perseguido en reivindicación, toda vez que este último pertenece a los bienes denominados de uso público, los cuales ostentan las características de inajenables e imprescriptibles, perteneciéndole concretamente su dominio a la Nación, bajo la jurisdicción de la Dirección Marítima de Tumaco.

Los señores GINA PAOLA FORERO VALENCIA, FERNANDO WALTER PINZÓN PÉREZ y ERNESTO PINZÓN ORTIZ pese a haber sido desvinculados del trámite en razón del desistimiento de las pretensiones encausadas en su contra, expresaron que la Escritura Pública No. 809 de 29 de noviembre de 1995 no es válida toda vez que los derechos allí contenidos encuentran su origen en una resolución de adjudicación de un bien baldío, la cual fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante proveído de 23 de julio de 1968, registrado en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tumaco el 17 de septiembre de esa misma anualidad. Refirieron también los entonces demandados que el bien inmueble que se reclama es un bien baldío, de uso público, por lo que el mismo no puede ser objeto de posesión o apropiación privada y que la ocupación del inmueble se encuentra en cabeza de la Fundación Canal Telefaro de Tumaco, quien ha adelantado algunos trámites ante la Dirección Marítima de Tumaco – DIMAR – para su concesión, en atención a que el bien se encuentra bajo su jurisdicción.

La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado adujo que su participación ha sido prevista por el legislador de forma facultativa en aquellos procesos donde una entidad pública de orden nacional sea parte, cumpliendo con algunos criterios de intervención con el propósito de contribuir en la defensa de los intereses patrimoniales del Estado y que, en este caso, no realizaría ninguna intervención ni se pronunciaría sobre la actuación, solicitando así su desvinculación.

Finalmente, la Fundación Canal Telefaro de Tumaco, encontrándose debidamente notificada no contestó la demanda, al igual que el MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL – ARMADA NACIONAL –;no obstante, esta última entidad de manera extemporánea allegó una documentación tendiente a demostrar que el predio en litigio pertenece a la Nación, de conformidad con los dispuesto en el Decreto 2164 de 10 de septiembre de 1952, protocolizado mediante escritura pública No. 06 de 6 de febrero de 1953 de la Notaría Única de Tumaco, registrada en el Folio de Matrícula Inmobiliaria No. 252-0018009; documentos que fueron incorporados de oficio al expediente por parte del Juez de primera instancia.

Finalmente, el señor ALFONSO CORTEZ CAJIAO a través de apoderado judicial solicitó su reconocimiento como tercero interviniente en el presente asunto, aduciendo que existe una organización criminal conocida como “Los Pastores Reinel”, quienes mediante engaños y so-

bornos a funcionarios públicos y con el uso de documentos públicos falsos registrados en el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-000991 de la ORIP de Tumaco, pretenden legitimar sus delitos para apropiarse y despojarle de su propiedad sobre el predio denominado "Cecilia", ubicado en el barrio 20 de julio, en la Isla del Morro del municipio de Tumaco, matriculado bajo folio No. 252-0023117; predio que aseguró jamás haber enajenado luego de haber sido adjudicado por la Gobernación de Nariño.

LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.- El Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco dictó sentencia de primera instancia en la cual resolvió negar las pretensiones de la demanda de reivindicación por no haberse demostrado los presupuestos faticos de la acción reivindicatoria; condenó al demandante a pagar las costas del proceso a favor de la parte demandada y compulsó copias del expediente a la Procuraduría General de la Nación para que investigue posibles faltas disciplinarias en la protección de intereses públicos que debe asumir la Dirección General Marítima y el Ministerio de Defensa Nacional.

El A quo sustentó su decisión argumentando, en primer lugar, que de acuerdo con los elementos de prueba allegados al proceso no es factible concluir que el demandante es el propietario del bien reclamado en reivindicación, pues a pesar de que allegó copia de la Escritura Pública por medio de la cual presuntamente adquirió el derecho de dominio, registrada en el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091, lo cierto es que dicho folio se originó con la inscripción de la resolución de adjudicación No. 357 del 17 de octubre de 1962, misma que fue declarada nula por el Tribunal Administrativo de Nariño mediante sentencia proferida en el año 1968 y registrada en el libro correspondiente, en la partida 324, según la documentación obrante en el expediente. Señaló que, pese a que no se contó con documentos originales o copias auténticas de estos últimos, existe suficiente evidencia para concluir que el fallo de nulidad sí existió y que la matrícula en cuestión se canceló por parte del Registrador de turno.

Refirió que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tumaco falló en su labor de dar fe pública de la integridad de los registros y los actos registrados en tanto evidentemente existió un cercenamiento de los actos registrales sobre el predio en cuestión, en particular de la partida 324, sin que ello generara consecuencia alguna. Así concluyó que, al no existir certeza de que el registro fue llevado de manera adecuada, imposible es colegir que la adquisición originaria del bien inmueble es válida y, en consecuencia, las tradiciones derivadas de ella.

En segundo lugar, sobre la identidad del bien poseído por los demandados y el pretendido por el demandante, aseveró que no pudo ser identificado de forma inequívoca, ya que, si bien existe una ubicación aproximada del inmueble de mayor extensión, no es posible determinar que el predio de menos extensión reclamado sea parte o no del mismo; esto en razón a que no se logró ubicar el inmueble conforme lo establecido en el acto de adjudicación de 1967 y las escrituras públicas, si no tan solo partiendo de la ubicación in situ del mismo; de ahí que no sea posible determinar que el bien visitado, sea el mismo que se adjudicó en 1967 y presuntamente adquirió el señor Ricardo Reynel en 1995. Así como tampoco se logró determinar de manera inequívoca si este pertenece a la jurisdicción de la DIMAR representada por el Ministerio de Defensa Nacional.

EL RECURSO DE APELACIÓN. - Actuando dentro de término, la parte demandante apeló la sentencia; recurso que fue concedido en el efecto suspensivo por el a quo y, admitido por la presente instancia.

La apodera judicial del señor RICARDO REINEL SANTACRUZ indicó que el Juez de primera instancia restó valor probatorio a las pruebas documentales aportadas, en particular a la Escritura Pública No. 809 de 29 de noviembre de 1995 de la Notaria Única de Tumaco y el Certificado de Tradición con matrícula inmobiliaria No. 252-00091, para en su lugar afirmar que la tradición del inmueble desde un inicio no es válida dado que no hay certeza sobre el derecho de dominio en tanto la partida 324 del libro de registro se encuentra cercenada; dejando a un lado la presunción de legalidad que reviste a los documentos públicos registrados ante la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos.

Afirmó que la Resolución No. 357 de 17 de diciembre de 1962 expedida por la Gobernación de Nariño tiene completa validez, por cuanto ningún sujeto procesal demostró que esta haya perdido vigencia y que, por el contrario, el Secretario General de la Agencia Nacional de Tierras expidió con destino a este proceso copias autenticadas de dicho acto, demostrando con ello que la decisión se encuentra vigente.

Refirió que el Juzgado de primera instancia basó su decisión en copias simples, borrosas e ilegibles aportadas por la Dirección Marítima, aduciendo que existió una sentencia de nulidad proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño por medio de la cual se dejó sin efectos la mentada Resolución No. 357; cuando dichos documentos no debieron ser valorados, por estar completamente deteriorados. Con ello concluyó que no hay ningún elemento de convicción que respalde la existencia de la supuesta sentencia de nulidad.

Por otra parte afirmó que el A Quo erró al atribuir valor probatorio al informe pericial presentado por el señor Jairo Peter Cabezas, por cuanto su concepto adolece de defectos de fondo y forma; así como falta de experiencia, preparación y conocimiento requerido para llevar a cabo la labor encomendada. Seguidamente manifestó que el fallador debió tener en cuenta los conceptos periciales presentados por Cristina Revelo, José Luis Montenegro y Hernando Wiest López, mediante los cuales se logró identificar plenamente el bien inmueble y el área que se pretende reivindicar, determinando que este hace parte del predio denominado "Cecilia", adquirido por el señor Ricardo Reynel mediante Escritura Pública No. 809 de 1995
.
Adicionalmente expuso que los testigos BONNY PATRICIA REYNEL, BALVINO GUTIÉRREZ y RAMÓN REYNEL no son técnicos, ni expertos, pero que debió tenerse en cuenta su declaración a efectos de determinar la identificación del predio, ya que aquellos manifestaron conocer su ubicación según lo establecido en la referida Escritura Pública 809.

Por último, sostuvo que se encuentran acreditados todos los elementos de la acción propuesta, solicitando la revocatoria del fallo de primera instancia, para que en su lugar se accedan a las pretensiones de la demanda.

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

II. CONSIDERACIONES

LA SANIDAD PROCESAL. - No se advierte que en la tramitación del proceso se haya incurrido en una causal de nulidad insanable 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. 20 num. 1° del C. G. del P.), así como por el domicilio de la parte demandada (art. 28 num. 1°ibídem) y el lugar de ubicación del inmueble; 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, las partes son personas naturales mayores de edad, y, la persona jurídica que fue vinculada al trámite compareció a través de su representante legal, por lo que tienen capacidad para ser parte y comparecer al proceso.

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.- El señor RICARDO REINEL SANTACRUZ solicitó la reivindicación de un lote de terreno afirmando que este hace parte de un predio de mayor extensión el cual aduce es de su propiedad tras haberlo adquirido mediante escritura pública de compraventa debidamente registrada en la oficina de instrumentos públicos, por lo que tiene, en principio, pleno interés jurídico para promover la acción invocada en procura de recuperar dicho inmueble –legitimación en la causa por activa-. Por otra parte, la personería sustantiva en relación con el demandado FELIPE PINZÓN ORTIZ y la FUNDACIÓN CANAL TELEFARO DE TUMACO –legitimación en la causa por pasiva–, encuentra sustento en ser quienes se reputan poseedores del bien reclamado en reivindicación.

DEL CASO CONCRETO. - Reseñados los aspectos relevantes de la litis, se procede a resolver el recurso de apelación propuesto.

Para ello, la Sala se ceñirá a los reparos concretos formulados por la parte apelante contra la sentencia de primer grado, los cuales delimitan la competencia de esta segunda instancia de acuerdo a los arts. 320 inc. 1° y 328 inc. 1° del C. G. del P.

Así entonces, el problema jurídico gravita inicialmente en determinar si el bien pretendido en reivindicación es de propiedad del señor RICARDO REINEL SANTACRUZ y, solamente si

la respuesta a dicho planteamiento es afirmativa, habrá lugar a estudiar si dicho inmueble se encuentra debidamente singularizado y determinado. Lo anterior, porque de antaño la Corte Suprema de Justicia ha forjado una línea jurisprudencial construyendo una doctrina probable en punto de los elementos o presupuestos de la acción de dominio para su prosperidad, a saber: (i) el derecho de dominio en el demandante, (ii) la posesión actual del demandado, (iii) la existencia de una cosa singular o cuota determinada proindiviso reivindicable, y (iv) la identidad entre el bien perseguido por el reivindicante y el poseído por el convocado; advirtiendo que tales requisitos deben reunirse en su totalidad para que lo incoado pueda prosperar, pues la ausencia de cualquiera de ellos conduce inexorablemente al fracaso de las pretensiones.

Bien, decantado lo anterior se pasa a señalar que el artículo 58 de la Constitución Política de Colombia dispone:

> *'Se garantizan la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultaren en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social".*

El Código Civil, por su parte, define el concepto de dominio en su artículo 669, así:

> *'El dominio que se llama también propiedad es el derecho real en una cosa corporal, para gozar y disponer de ella, no siendo contra ley o contra derecho ajeno"; y, la forma de adquirir los derechos reales en Colombia, entre ellos el derecho de dominio, según lo dispuesto en el artículo 673 ibídem, son: la ocupación, la accesión, la tradición, la sucesión por causa de muerte y la prescripción.*
>
> *Tratándose de tradición, conforme al artículo 745 de la citada codificación civil, ésta requiere una doble formalidad: el título y el modo. El título, es un acto de voluntad generador de obligaciones, o, puede suceder que la sola ley sea la que faculte para adquirir el derecho real de manera directa; verbigracia: una sentencia judicial o una resolución de adjudicación. Y, el modo, es la denominada tradición que, en caso de bienes inmuebles se perfecciona con la entrega del bien y la respectiva inscripción en la Oficina de Registro de Instrumento Públicos.*
>
> *Ahora, debe tenerse en cuenta que la Ley 160 de 1994 en su artículo 48 establece las formas de acreditar la propiedad privada, así:'A partir de la vigencia de la presente Ley, para acreditar propiedad privada sobre la respectiva extensión territorial, se requiere como prueba el título originario expedido por el Estado que no haya perdido su eficacia legal, o los títulos debidamente inscritos otorgados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, en que consten tradiciones de dominio por un lapso no menor del término que señalan las leyes para la prescripción extraordinaria."*

En el caso bajo estudio se tiene que el inmueble solicitado en reivindicación presuntamente hace parte de un lote de mayor extensión cuya dimensión es de 20 Hectáreas 8750 metros cuadrados, ubicado en el barrio 20 de julio, sector El Morro del municipio de Tumaco, inscrito en el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091, el cual, según se afirma en la demanda, fue adquirido por el señor RICARDO REINEL SANTACRUZ, mediante contrato de compraventa.

Para acreditar su derecho de dominio, el actor aportó con su escrito demandatorio copia de la Escritura Pública de Compraventa No. 809 de 29 de noviembre de 1995 de la Notaría Única del Círculo de Tumaco, suscrita con el señor NECTARIO LÓPEZ BURBANO, así como el certificado de tradición del bien identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 donde se evidencia, en la anotación No. 04, el registro del mentado título.

Adicionalmente, en la anotación 01 folio de matrícula inmobiliaria registra la Resolución No. 357 de 17 de diciembre de 1962, mediante la cual la Gobernación de Nariño adjudicó el bien allí descrito al señor ALFONSO CORTES CAJIAO. En ese sentido, el primer antecedente registral del bien de mayor extensión que, a su vez presuntamente comprende el perseguido en reivindicación, corresponde a un título otorgado por el Estado; situación que, en principio, como lo coligió el Juez de primera instancia, permitiría concluir que se trata de un bien de propiedad privada, según la premisa incorporada en el artículo 48 de la citada Ley 160 de 1994.

No obstante, al no ser la propiedad un derecho absoluto, este puede ser controvertido por un particular o, inclusive, por el Estado en defensa de su territorio.

Encuentra el Tribunal que en este asunto la parte convocada a juicio anunció que el bien perseguido por el demandante no era de su propiedad, sino que se trataba de un bien de uso público cuya jurisdicción es ejercida por la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR); ello tras aseverar que la resolución de adjudicación que dio origen al folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 fue declarada nula mediante sentencia emitida por el Tribunal de Nariño el 23 de julio de 1968; lo que a la postre generó su cancelación.

Para soportar lo dicho, los demandados aportaron entre otros documentos: **(i)** el CONCEPTO TÉCNICO DE JURISDICCIÓN de fecha 20 de febrero de 2016[1], donde le indican a la Representante Legal de la Fundación Canal Telefaro, que de acuerdo con el estudio de las coordenadas aportadas respecto del terreno ubicado en el barrio 20 de julio, con un polígono de 1.423,25 metros cuadrados, este se encuentra localizado totalmente en terrenos con características técnicas de zona de aguas marítimas, playas y/o baja mar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 167 del Decreto 2324 de 1984; siendo por tanto un bien de uso público intransferible a un particular a cualquier título; haciendo la salvedad que los permisos o licencias no confieren título sobre el suelo o el subsuelo. **(ii)** Certificado de uso de suelos expedido el 4 de febrero de 2015 por la Alcaldía Municipal de Tumaco[2] sobre un lote de terreno de 1428 m2 donde se ubica la construcción de la Fundación Canal Telefaro, advirtiendo que se trata de un bien con distinción de uso público, cuyo suelo corresponde a la zonificación de protección de

1 Cuaderno 1 – PDF 03 'Contestaciones" Fl. 111.

2 Cuaderno 1 – PDF 03 'Contestaciones" Fl. 117.

acuerdo al Plan de Ordenamiento Territorial vigente para esa época. Y (iii) copia de la partida No. 324 del libro donde se registró la resolución de adjudicación No. 357 de 17 de diciembre de 1962 en favor el señor ALFONSO CORTES CAJIAO, donde se observa una nota en el costado izquierdo, suscrita a mano y firmada por el Registrador de Instrumentos Públicos el 17 de septiembre de 1968 que reza: "cancelado según fallo del Tribunal Administrativo de Nariño de 23 de julio de 1968 (…)".

Esta circunstancia conllevó a que se informara de la situación a la DIMAR y se vinculara formalmente al trámite reivindicatorio al Ministerio de Defensa Nacional; entidades que, en conjunto, sostuvieron formalmente que el predio objeto de reivindicación era un bien de uso público. La Dirección Marítima puntualizó[3] que en anteriores oportunidades ya había emitido conceptos técnicos indicándole inclusive al mismo señor REINEL SANTACRUZ la naturaleza pública del predio "La Cecilia", en tanto 17.740,125 metros cuadrados de dicho terreno tienen características técnicas de zona de baja mar y playa marina. Por su parte, El Ministerio de Defensa – Armada Nacional[4] aportó copia del Decreto No. 2164 de 10 de septiembre de 1952 por medio del cual se realizó la destinación de un bien nacional, de la reserva territorial del Estado al Ministerio de Guerra- Armada Nacional, así como de la Escritura Pública No. 6 del 6 de febrero de 1953 otorgada en la Notaría Única de Tumaco, mediante la cual se protocolizó el citado Decreto 2164 y el registro de la misma en la matrícula inmobiliaria No. 252-0018009.

En este punto válido es mencionar que acertó el Juez de primera instancia al disponer de manera oficiosa la vinculación al trámite de estas entidades, así como el abundante decreto de pruebas en procura de esclarecer la naturaleza jurídica del bien perseguido en reivindicación, pues la misma jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el fallador ostenta el deber de efectuar un análisis conjunto del material probatorio respecto de tal aspecto e, incluso, de ser oportuno, decretar de oficio la práctica de las pruebas que se muestren necesarias para adoptar una decisión de fondo afincada en el principio de seguridad jurídica; máxime cuando el inmueble que el demandante aduce es de propiedad privada abarca una extensión cuantiosa de terreno ajustada a la realidad de la zona costera donde se ubica[5]. Esta posición entonces no se estima antojadiza ni arbitraria, sino que se acompasa con las reglas definidas por el máximo órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria para este tipo de pleitos de especial trascendencia constitucional, donde se encuentra en litigio un eventual derecho de propiedad privada de un particular versus la titularidad estatal sobre un bien fiscal, como se analizó en sentencia SC001-2021.

De ahí que, contrario a lo pretendido por la parte recurrente, no podía el A quo remitirse únicamente a la escritura pública de compraventa No. 809 de 1995 y al certificado de tradición del folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 para colegir, sin más, que el señor RICARDO REINEL SANTACRUZ ostentaba la propiedad del lote de terreno objeto de litigio, pues la controversia subyacente abarcaba claramente una problemática sustancial sobre la naturaleza del bien, misma que se originó a partir de una serie de irregularidades que a continuación pasan a estudiarse:

3 Cuaderno 1.2 – PDF 01 'Documentos DIMAR y audiencia inical" Fl. 5

4 Cuaderno 2 – PDF 07 'Contestación apoderada Mindefensa"

5 Corte Suprema de Justicia, Sentencia STC5005 de 2020. Mp. Dr. AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO.

El artículo 63 constitucional establece que los bienes de uso público y los demás que determine la ley son inalienables, imprescriptibles e inembargables. En punto de la inalienabilidad es importante destacar que, por estar por fuera del comercio, por regla general, tales bienes no han de hallarse inscritos en el Registro de Instrumentos Públicos.

Ahora, de conformidad con el artículo 166 del Decreto Ley 2324 de 1984 -por medio del cual se organiza la Dirección General Marítima y Portuaria (DIMAR), las playas, los terrenos de bajamar y las aguas marítimas son bienes de uso público, por ende, intransferibles a cualquier título a los particulares, quienes sólo podrán obtener concesiones, permisos o licencias para su uso y goce, de acuerdo con la ley y a las disposiciones de dicho decreto. De hecho, el Consejo de Estado[6], en su jurisprudencia ha establecido que "no existe fundamento jurídico alguno que pudiera permitirle a una persona o grupo de personas adquirir o haber adquirido el derecho de dominio sobre una playa o un terreno de bajamar, o sobre una parte de este, por muy antiguos que fuesen los títulos de tradición con los que pretendiera justificar ese derecho".

Muy seguramente, por la razón antes expuesta el Fiscal Primero del Tribunal Administrativo de Nariño, Juan Francisco Albán, demandó la nulidad de la Resolución de adjudicación No. 357 de 17 de diciembre de 1962, expedida por la Gobernación de Nariño en favor del señor ALFONSO CORTES CAJIAO respecto del predio denominado "Cecilia" ubicado en la Isla del Morro del Municipio de Tumaco, con una extensión de 20 Hectáreas 8750 metros cuadrados; obteniendo resultados favorables a sus pretensiones. Esto hecho, aunque la parte apelante afirma no se encuentra demostrado al no existir en el expediente copia legible del fallo que así lo declaró, lo cierto es que en la diligencia de inspección judicial que realizó el Juzgado de primera instancia al expediente del folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tumaco, encontró una copia simple del fallo donde se alcanza a apreciar el encabezado con los datos antes reseñados[7]; así que, al menos en lo que a la existencia de la providencia respecta, los reparos enfilados no son de recibo. Inclusive, llama la atención de la Sala que la parte demandante desconozca la existencia del cuestionado fallo, cuando obra en el expediente copia del oficio de fecha 20 de enero de 2017[8], donde la DIMAR en respuesta a una petición elevada por el señor RICARDO REINEL SANTACRUZ le suministró copia de la documentación relacionada con el predio "Cecilia", incluida la sentencia de nulidad proferida por el Tribunal Administrativo de Nariño en 1968.

De manera que, restarles valor probatorio a los documentos en cuestión contravendría lo dispuesto en el artículo 246 del C. G. del P, según el cual "las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, salvo cuando por disposición legal sea necesaria la presentación del original o de una determinada copia. Sin perjuicio de la presunción de autenticidad, la parte contra quien se aduzca copia de un documento podrá solicitar su cotejo con el original, o a falta de este con una copia expedida con anterioridad a aquella. El cotejo se efectuará mediante exhibición dentro de la audiencia correspondiente".

---

6 Sala de Consulta y Servicio Civil, 29 abr. 2014, rad. 2010-00071-00.

7 Cuaderno 2 – PDF 02 'Documentos Inspección ORIP" Fl. 97.

8 Cuaderno 2 – PDF 02 'Documentos Inspección ORIP" Fl. 111.

En el asunto bajo examen la parte demandante no solicitó el cotejo del fallo que obra en copia simple con el original teniendo la posibilidad de hacerlo; sin embargo, debe desatacarse que el Juzgado de primera instancia ofició al Tribunal Administrativo de Nariño, quien a su vez solicitó a la oficina de archivo central copia auténtica de la sentencia o constancia de su ejecutoria; siendo imposible su consecución, al no haberse hallado en dichas dependencias. Sin perjuicio de ello, no puede desconocer el Tribunal que en múltiples folios obra también copia de la partida 324 del libro registral donde se advierte con claridad que dicha matrícula se canceló en 1968 en atención a la sentencia proferida por el órgano colegiado en comento; pese a que sospechosamente la anotación efectuada a un costado de la hoja respectiva fue extraída del libro original, conforme se evidenció en la diligencia de inspección ya indicada.

En este punto es relevante indicar que la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Tumaco no ha desplegado acciones óptimas y efectivas para esclarecer las irregularidades presentadas en el libro de registro que involucra el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091, pues si bien la funcionaria encargada aseveró que cursó una investigación disciplinaria por tal aspecto, esta fue archivada sin haberse ocupado en delante de esta anomalía. Aunado a lo anterior, debe tenerse en cuenta que quedó establecido en la diligencia judicial que existe una duplicidad del folio antes citado, con el radicado bajo el No. 252-2317, donde consta como primera anotación la misma Resolución de Adjudicación No. 357 de 17 de diciembre de 1962, expedida por la Gobernación de Nariño en favor del señor ALFONSO CORTES CAJIAO.

El prenombrado señor CORTES CAJIAO compareció al presente trámite[9] aseverando que el predio "Cecilia" le fue adjudicado y que no ha celebrado ningún negocio jurídico para desprenderse de su derecho de dominio, sosteniendo que el folio de matrícula inmobiliaria No. 252-00091 contiene actos que adolecen de falsedad; razón por la cual interpuso una denuncia ante la Fiscalía General de la Nación.

Entonces, son varios los elementos de prueba que apuntan a desvirtuar el derecho de propiedad del señor RICARDO REINEL SANTACRUZ sobre el predio que aduce adquirió mediante compraventa efectuada en 1995; máxime cuando en vilo se encuentra la naturaleza privada del lote de terreno y, por el contrario, los documentos obrantes en el expediente allegados por el Ministerio de Defensa y la Dimar apuntan a que gran parte de los bienes de uso público.

Desde luego que en la actuación se acreditó que el folio de matrícula inmobiliaria se abrió con fundamento en una resolución de adjudicación de dominio emitida por un ente gubernamental, empero ese acto jurídico ha de reputarse absolutamente ineficaz, por cuanto, tratándose de un bien de uso público de carácter natural, al ser terreno costero, ninguna persona pudo haber adquirido el dominio del mismo; de hecho, se itera, obra suficiente material en el plenario para colegir que ese acto administrativo fue declarado nulo por una autoridad judicial, sin que tal apreciación haya sido desvirtuado por la Agencia Nacional de Tierras, pues esta entidad se limitó a remitir copia autentica de la resolución de adjudicación, pero en momento alguno especificó algo sobre la vigencia de dicho título, como pretende hacerlo ver la parte demandante en su intervención.

9 Cuaderno 2 – PDF 07 'Contestaciones varias entidades y dictamen pericial"Fl. 79.

Ahora, cuestión distinta es que la inscripción en el registro de instrumentos públicos de la sentencia de nulidad de la Resolución No. 357 de 17 de diciembre de 1962 se constituya en una grave irregularidad que, en todo caso, deberá ser saneada por las vías legales pertinentes y no a través la senda de este proceso reivindicatorio.

Aquí destaca la Sala que si la DIMAR tienen certeza de que la fracción de terreno actualmente ocupada por el señor Felipe Pinzón Ortiz, donde se ubica una construcción en ferro concreto iniciada aproximadamente en 2014, hace parte del territorio que es de su jurisdicción, imperativo le resulta ejercer su función de control y vigilancia marítima en razón de la protección de la soberanía nacional. En razón de ello comparte el Tribunal la decisión de compulsa de copias ante la Procuraduría General de la Nación para que investigue esta omisiva conducta, habida cuenta que consta en el expediente que ninguna solicitud formal de concesión o permiso de uso de suelos se ha tramitado ante la Dirección Marítima[10] para usufructuar el terreno en la forma que de años atrás se ha venido efectuando por parte del precitado demandado y la Fundación Canal del Faro como empresa familiar que, en últimas, ha destinado el bien para vivienda familiar, según quedó acreditado en la diligencia de inspección judicial del inmueble.

De suerte que, ante todo lo expuesto, es dable concluir que la irregular situación del lote de terreno reclamado en reivindicación debe ser enmendada por las vías legales pertinentes, sin que pueda la judicatura en esta oportunidad legitimar el derecho del señor RICARDO REINEL SANTACRUZ, toda vez que, por el solo hecho de haberse inscrito en el Registro de Instrumentos Públicos una escritura pública de compraventa en tradición posterior a una resolución de adjudicación, no lo convierte per se en propietario de un inmueble, más aún cuando el acto originario del folio de matrícula inmobiliaria fue declarado nulo por tratarse, al parecer y con alto grado de probabilidad, de un bien de uso público.

Así entonces, resuelto desfavorablemente el primer problema jurídico planteado por esta Corporación, se itera como se anunció al inicio de esta providencia que, por sustracción de materia y en virtud del principio de economía procesal no hay lugar a resolver el segundo planteamiento en torno a la individualización del bien; pues ante el incumplimiento de uno de los requisitos de la acción reivindicatoria, las pretensiones inexorablemente están llamadas al fracaso.

Por consiguiente, de conformidad con lo atrás anotado, se dispondrá la confirmación del fallo de primera instancia y se impondrá condena en costas a la parte apelante, en virtud de lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 365 del C.G. del P.

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,

---

10 Cuaderno 1.2 – PDF 09 'Aplazamiento Inspección – Respuesta DIMAR" Fl. 22

RESUELVE:

PRIMERO. - **CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Tumaco al interior del presente asunto.

SEGUNDO. - **CONDENAR** en costas de segunda instancia a la parte apelante. Téngase como agencias en derecho la suma equivalente a 1SMLMV.

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
Magistrado

MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
Magistrada

PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
Magistrada



JULIANA MAYA **RIVERA**

Coordinadora Socioambiental de la Corporación Flor de Quinde
Ingeniera Ambiental - Pasto, Nariño

Juliana, curiosa por naturaleza, es una promotora de la vida. Su profesión es también su vocación y su empeño cotidiano. Como defensora de la conservación reconoce que su labor permite detonar acciones en cadena donde todo se entrelaza y relaciona.

Juliana, como mujer, procura el bienestar de otras mujeres. Su misión se ha enfocado en implementar proyectos y procesos de mediano y largo aliento que les permita, ante todo a las mujeres rurales y campesinas, contar con mejores condiciones para optimizar su calidad de vida.

El liderazgo de Juliana Maya ha logrado incidir en la vida de cientos de mujeres rurales que han encontrado en la autonomía económica, en la reivindicación de sus derechos, en la activación de su productividad, en la defensa del entorno ambiental, en la protección de la vida o en la conservación de la naturaleza, formas prácticas, reales y palpables donde su voz, su palabra y su accionar adquiere un nuevo sentido.

Juliana sabe que desde el cuidado del entorno ambiental, desde la conservación, desde el cuidado del agua, desde la siembra de la vida hecha árbol, flor o planta, también es posible gestionar procesos de prevención de las violencias basadas en género, de eliminar brechas y de activar caminos para que la igualdad entre hombres y mujeres cada vez esté más cerca.

Narrada por la protagonista.



FLOR MARÍA **BARREIRO PÉREZ**

Defensora de Derechos Humanos - Conciliadora de Equidad
Tumaco, Nariño

Desde la creación del mundo mismo la mujer se constituyó en la figura principal de la existencia, dice Flor María. Ella, ama de casa, proveedora de los recursos para su hogar, trabajadora del día a día, sabe que a las mujeres de su territorio tumaqueño se les debe brindar las mejores garantías, todas las condiciones de protección y amparo, pero sabe también, que la justicia no alcanza a solventar todas las demandas que llevan las mujeres entre el cuerpo y el alma.

Flor María, voz pausada, mirada serena, convicción a flor de piel, lleva años dedicada a la defensa de los derechos de las mujeres. Conoce que todos los días se cometen atropellos contra las mujeres que no logran ser atendidos con la prontitud, con la celeridad y el enfoque específico que demanda la comprensión de las denominadas Violencias Basadas en Género (VBG), entonces ahí está ella, ella y otras mujeres más, dispuestas a brindar el amparo necesario para respaldar a quienes no logran la escucha, la atención y el respaldo requerido.

Si el mundo no cuida a sus mujeres, deja de cuidar la vida, deja de cuidar la constitución de la sociedad misma, afirma Flor María. Ella sabe de esas violencias porque también las sufrió en su propia carne. Cuando ella no pudo defenderse, supo que así podrían sufrir otras mujeres como Flor. Entonces decidió empoderarse para ser cuidadora y amparo de quienes en el día a día cargan el peso de las violencias.

En la calle, en su propia casa, en el día a día, Flor recibe el cariño, la gratitud y el reconocimiento de cientos de mujeres que han logrado superar los daños de las violencias que sufrieron. Flor promueve la autonomía, la libertad, el amor propio, el autocuidado, la vida misma hecha mujer.

Narrada por la protagonista.

JURISPRUDENCIA SALA LABORAL



MAGISTRADOS:

Dr. Juan Carlos Muñoz
Dra. Clara Inés López Dávila
Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro

ACCIDENTE DE TRABAJO – ELEMENTOS: No es suficiente demostrar el daño a la integridad o a la salud del trabajador, con ocasión o como consecuencia del trabajo, más la negligencia o culpa del empleador, sino la relación de causa-efecto entre uno y otro elemento.

ACCIDENTE DE TRABAJO - CARGA DE LA PRUEBA: Le corresponde al trabajador demostrar la culpa del empleador en el accidente laboral.

ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS: Se encuentra ligada a la responsabilidad subjetiva del empleador, suficientemente comprobada.

ACCIDENTE DE TRABAJO - INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS: No procede.
(...) el órgano de cierre jurisdiccional, sobre la noción de culpa patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo consideró que la responsabilidad que conlleva la indemnización ordinaria y total de perjuicios tiene una naturaleza subjetiva, que amerita además de la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de protección y seguridad que de modo general le corresponden (...)

(...) los contornos del nefasto acontecimiento apuntan que el mismo se gestó en el comportamiento que asumió el señor Segundo Eliceo Pantoja España, de modo que de aceptar sin beneficio de inventario que la parte demandada fue negligente al divorciarse del alistamiento del vehículo, el acervo probatorio examinado en su conjunto ilustra claramente que ese descuido del empleador para nada edificó la causa eficiente en el despliegue del accidente de trabajo, descartándose de contera la concurrencia de culpas.

El interrogatorio absuelto por el señor Pantoja España sepulta cualquier dubitación, en el sentido que el accidente se pudo evitar transbordando el viaje al arribar al Municipio de Pitalito (Huila), sin embargo, no lo hizo a pesar que era consciente del daño que había detectado en el sistema de frenos del rodante en cuanto dejó sentado en su versión que se había reventado el freno de seguridad. Es más, sin ambages indicó que sabía que podía causarse el accidente y lo que es peor, confiesa que la suspensión del freno la hizo él, sin estar autorizado y tampoco se lo hizo saber a la empresa, matizando que esta última estaba en incapacidad de tomar correctivos precisamente porque desconocía la contingencia. Y el pretexto que entrega el señor Pantoja para soslayar, comunicar a la empleadora el percance, esto es, poner en duda que la empresa lo auxiliaría, no es de recibo para el Tribunal, por el contrario, esa conducta impropia quebranta frontalmente la obligación especial del trabajador contemplada en el numeral 5º del artículo 58 del CST, al puntualizar "*Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios". (...)*

(...) no existen motivos atendibles para irrogar condena al amparo del artículo 216 del CST, a la parte demandada, en la medida que no se estructura en cabeza del empleador el elemento subjetivo exigido en este dispositivo (...)

TRIBUNAL SUPERIRO DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, diez (10) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación: **520013105003-2020-00262-01 (451)**
Asunto: **Apelación sentencia**
Procedencia: **JuzgadoTercero Laboral del Circuito de Pasto**
Magistrado: **Dr. LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**

I. ASUNTO

En obediencia al artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la Sala profiere sentencia escrita que resuelve los recursos de apelación interpuestos por el apoderado judicial de la parte demandante, y por las apoderadas de los demandados Cootransmayo Ltda., y María Irma Arboleda Rodríguez contra la sentencia dictada el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto.

II. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Los demandantes llamaron a juicio a la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE PUTUMAYO LIMITADA – COOTRANSMAYO LTDA y la señora MARIA IRMA ARBOLEDA RODRIGUEZ., para que se declare i) la existencia del contrato de trabajo entre el señor Segundo Eliceo España y la Cooperativa de Transportadores de Putumayo Limitada "Cootransmayo", entre el 11 de octubre y el 2015 hasta el 26 de octubre del 2017; ii) que la empresa demandada es responsable por culpa patronal en el accidente de trabajo que sufrió el señor Segundo Eliceo Pantoja España, el día 26 de octubre de 2017.

Como consecuencia de lo anterior, procuran que se condene a la mencionada convocada y solidariamente a MARIA IRMA ARBOLEDA RODRIGUEZ, al pago indexado de perjuicios materiales (daño emergente y lucro cesante consolidado y futuro), morales objetivados y subjetivados, además fisiológicos o de vida en relación, conforme lo establecido en el artículo 216 del CST y las costas procesales.

2. Hechos.

Los hechos con relevancia jurídica en los que el extremo activo apoya las anteriores pretensiones se contraen a los siguientes:

Que el 11 de octubre del 2015 el señor Segundo Eliceo Pantoja España fue vinculado como trabajador de la empresa Cootransmayo para desempeñar el cargo de conductor, devengando el SMLMV; que el 25 de octubre del 2017 se le ordenó el despacho del vehículo tipo bus de placa TFO-998 en la ruta Puerto Asís – Cali, y fue asignado como conductor junto con Luis Hernando Escobar; que a la altura del kilómetro 34 + 250 metros en la vía San José de Isnos, Vereda Galaguala, sufrieron un accidente en el que resultaron cuatro personas fallecidas y varias lesionadas, entre ellas Segundo Eliceo Pantoja España, quien fue trasladado de urgencia a la Clínica Santa Gracia de Popayán. Indica que a causa del accidente resultó con politraumatismo severo con varias contusiones pulmonares, hematomas, fractura de pelvis, fractura de fémur, fractura vertebral, fragmento ocio en el canal medular y fracturas costales múltiples, entre otras, siendo intervenido quirúrgicamente para la recuperación de su salud.

Se afirma que el 24 de septiembre del 2020, la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá emitió dictamen de calificación de Segundo Eliceo Pantoja, con un porcentaje del 62.26% de PCL generada por accidente laboral. Que de acuerdo con el informe policial y el análisis técnico efectuado por el Profesional de automotores, vinculado con la Policía Nacional se evidenció en el sistema de frenos un uso excesivo y la fuerza no estaba siendo distribuida de manera uniforme entre las cámaras de freno, debido a que una de las campanas presentaban grietas, generando que el frenado no fuese óptimo, constituyendo falta de pericia y prudencia en la conducción del vehículo por parte del señor Luis Hernando Escobar Melo .

Se expone que el 8 de mayo del 2019 la Fiscalía Segunda Sección de Popayán presentó escrito de acusación contra de Luis Fernando Escobar Melo por el posible delito de homicidio culposo, como consecuencia del accidente de tránsito. Que debido al accidente de tránsito y las consecuentes lesiones padecidas, se vieron muy afectadas sus actividades laborales y disminuidas las ayudas que le proporcionaba a su familia, generando pérdida del sustento diario, sufrimiento, dolor y congoja a todo el núcleo familiar.

3. Contestación de la demanda.

De COOTRANSMAYO.

Se opone parcialmente a las pretensiones. Acepta lo atinente a la existencia del contrato de trabajo con el señor Pantoja España. Sostiene que el accidente de tránsito obedeció a un caso fortuito (emite su apreciación al respecto) y por ello no admite la pretendida culpa patronal, ni los perjuicios alegados por la contraparte. Alega en su defensa que la empresa ha cumplido con todos los requisitos de ley para la actividad de la conducción de vehículos de servicio público de pasajeros y que el accidente de tránsito no le fue imputado a la empresa, ni al propietario del vehículo, que en el mismo operó culpa exclusiva de la víctima, en este caso de Segundo Eliceo Pantoja España porque manipuló el sistema de frenos del vehículo, ocasionando dicho accidente. Indica que el grupo familiar del demandante no reside con él en Puerto Asís, que parte de la familia vive en el municipio de Colón. Propuso las excepciones de: Cobro de lo no debido por carencia de nexo causal – ausencia de responsabilidad patronal- ausencia de culpa suficiente comprobada del empleador, existencia de una causal eximente de responsabilidad-fuerza mayor, inexistencia de prueba que conlleve la acreditación de la culpa suficiente comprobada como presupuesto para endilgar responsabilidad, principio de buena fe.

De MARÍA IRMA ARBOLEDA RODRÍGUEZ.

Se opone a las pretensiones de la demanda; en cuanto a los hechos aceptó unos e indicó que no le constan. Reconoció lo concerniente a la vinculación laboral de Segundo Eliceo Pantoja, el cargo desempeñado y funciones desempeñadas por este, también ser la propietaria del vehículo, la existencia del accidente de trabajo de origen laboral, y los hechos que generaron este accidente; empero, niega tener responsabilidad en el mismo, arguyendo que fue un caso fortuito imposible de evitar por el empleador y atribuye la culpa al trabajador por la manipulación indebida del sistema de frenos del vehículo. Formuló excepciones de: Falta de legitimación en la causa por pasiva, excepción al principio in vigilando o in iligendo, inexistencia de nexo causal entre la actuación u omisión del empleador y el daño ocasionado a los demandantes, inexistencia de culpa suficiente comprobada en cabeza del empleador.

4. Decisión de primera instancia.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto - Nariño, mediante fallo del 7 de octubre del 2021, declaró: i) La existencia del contrato de trabajo entre el señor Segundo Eliceo Pantoja España y Cootransmayo LTDA., con extremos entre octubre 11 de 2015 y octubre 25 de 2017; ii) Que esta empresa, es responsable por culpa patronal por el accidente de trabajo sufrido por el trabajador; iii) No probadas las excepciones de fondo propuestas por la parte demandada.

En consecuencia, condenó a Cootransmayo LTDA., y solidariamente a la demandada María Irma Pantoja España a pagar: A favor de Segundo Eliceo Pantoja España, por lucro cesante futuro la suma de $52.755.408,oo, por lucro cesante consolidado $15.515.551, por perjuicios morales $25.820.095,oo y por daño de vida en relación, $25.820.095,oo; y a favor de Lidia Eugenia Botina Díaz la suma de $25.820.095,oo, por concepto de perjuicios morales. Además, a pagar las costas del proceso. Absolvió a la pasiva de las pretensiones indemnizatorias solicitadas por María Rosa Alejandrina Botina Díaz, Carmen Omaira y Álvaro Juvencio Pantoja España.

Como fundamento de esta decisión, previno estar por fuera del debate probatorio la conformación del núcleo familiar de Segundo Eliceo Pantoja España, la existencia del contrato de trabajo desde el 11 de octubre del 2015 hasta el 25 de octubre de 2017 fecha del accidente, el salario, la ocurrencia del accidente de trabajo el 25 de octubre del 2017 en el vehículo de placas TFO-998 en la ruta Puerto Asís – Cali, conducido al momento del accidente por Luis Hernando Escobar Melo. Confirió valor probatorio al croquis del accidente y al dictamen pericial emitido por la Policía Nacional, por no haber sido tachado y aceptados por la pasiva.

Igualmente, destacó que no fue materia de controversia las afectaciones en la salud como consecuencias del accidente sufridas por el señor Pantoja España, tampoco el dictamen de la Junta de Calificación de Invalidez de la Regional Bogotá, que estableció una PCL del 62.26% de origen laboral.

Precisado lo anterior, al abordar el estudio de la culpa imputable al empleador Cootransmayo Ltda., previa disertación sobre la normatividad que regula la materia, definiciones del accidentes laborales y la responsabilidad plena y la reparación de perjuicios concluyó que, el vehículo presentó daño en el sistema de frenos, que no se demostró que la empresa haya sido diligente en el momento de la revisión técnica antes de iniciar el viaje, por tanto, no cumplió estrictamente con la protección y prevención frente a la parte técnica del rodante; por lo que da por demostrada la negligencia de la empresa por omisión en los procedimientos y en la logística alusiva a la revisión técnica del vehículo antes del despacho del viaje en el cual ocurrió el accidente, además, que no existía para entonces en el año 2017 persona vinculada directamente con la empresa para que hiciera esa revisión posterior a la intervención correctiva que ocurrió en el vehículo, por ello, al tratarse de una actividad peligrosa las medidas que debe tomar el empleador han de ser máximas para evitar la ocurrencia de accidentes.

No obstante, precisa que, en este evento, también hubo un actuar negligente del trabajador, dado que debió avisar a la empresa a efectos que decidiera lo que debían hacerse frente al vehículo que tenía la falla en sus frenos, lo cual omitió, interviniendo el vehículo, siendo probable que esto haya sido una causa del accidente, pero no es contundente, puesto que no existe prueba técnica indicativa que efectivamente el siniestro se derivara de tal intervención en los frenos. En consecuencia, señaló que las condenas contra la empresa y la propietaria del vehículo, las tasaba únicamente en el 50% frente a la liquidación realizada por el juzgado.

Estimó que la situación de salud del señor Segundo Eliceo Pantoja, afecta a su compañera permanente, que es la persona que está viviendo con él, la que debe cuidarlo y atenderlo. No encontró probado perjuicio directo respecto de los hermanos y la madre de demandante.

5. La apelación.

Contra la anterior decisión se revelaron las partes, exponiendo como fundamento de inconformidad lo siguiente:

La parte demandante.

Discrepa de la tasación de perjuicios y la exclusión de María Rosa Alejandrina España, Carmen Omayra Pantoja España y Álvaro Juvencio Pantoja España.

Frente al primer punto, aduce que está en desacuerdo con la reducción de los perjuicios por concurrencia de culpas, porque se logró establecer la responsabilidad plena del daño respecto las omisiones en que incurrió la empresa, que corresponden a la indebida verificación del parque automotor respecto a los mantenimientos y a las reparaciones mecánicas que se debía hacer previo al despacho del personal que estaba transportando. Que quedó en claro que al momento del accidente iba conduciendo Luis Hernando, actuando en nombre del empleador. Igualmente, quedó establecido un nexo causal entre el uso excesivo del sistema de freno y el accidente, así mismo que son dos sistemas diferentes y el que intervino Segundo Eliceo corresponde al freno de parqueo, operable exclusivamente cuando el vehículo este estacionado, para generar estabilidad y no se mueva, lo que no afecta absolutamente en nada el funcionamiento del sistema de frenado de pedal porque no tienen ninguna relación directa.

Sostiene que, no existe relación entre la suspensión de la manguera amarrada con un lazo y el sistema de freno de pedal, por tanto, la omisión del cumplimiento de las tareas obedece a una falla en el sistema de frenos, que corresponde a una responsabilidad plena por quien en ese momento estaba efectuando la conducción y de la empresa transportadora, quién era la guardiana del vehículo como tal por lo que, a ésta le asiste responsabilidad plena de perjuicios y que no debe ser reducida.

En cuanto a lo no inclusión de María Rosa, Carmen Omayra y Álvaro Juvencio. Madre y hermanos del lesionado, afirma que existe prueba del parentesco; que hay una prueba testimonial que habló de la cercanía, el dolor y sufrimiento que se causó, así sea de manera somera o

esporádica, que, si bien no es contundente, si es un indicio de afectación, además que el principio de la presunción del daño moral, reconocido por la jurisprudencia no fue desvirtuado. Por lo anterior, pide incluir en la condena a estas personas.

La parte demandada Cootransmayo.

Depreca absolución de todas las condenas, con tal propósito arguye que no acepta que se dé por acreditada la culpa del empleador, que contrario a lo expuesto por la A quo, la empresa ha dado cabal cumplimiento a la resolución 315 del 6 de febrero de 2013; que quedó probado en el proceso que cumple con la revisión técnico mecánica y la revisión del mantenimiento de los vehículos que pueden ser contratadas por el propietario. Que en este caso, el vehículo fue llevado por su propietaria, a un taller para las intervenciones correctivas, que las validaciones de las reparaciones realizadas corresponden a la empresa; Esgrime que el juzgado echa de menos que la empresa contaba con centros autorizados para hacer la validación de las reparaciones, enfatizando que documentalmente se encuentra acreditado que la empresa tenía y tiene contratos con talleres autorizados, que el rodante de placas TFO – 998 fue llevado al Servicio Autorizado el taller FULLCAR donde el jefe de taller Juan Carlos Gálvez y el ingeniero mecánico Charles Darwin Lozada, hicieron la respectiva revisión, y al inspeccionarlo determinaron que no tenía ninguna regularidad ni falla para el funcionamiento. Agrega que con la prueba testimonial del jefe de rodamientos, quedó probado que la empresa hacía el alistamiento diario de cada vehículo dentro del periodo comprendido entre el último despacho del día y el primero del día siguiente; además, cumplió con todos los protocoles establecidos en la resolución 315, advirtiendo que en ninguna parte dice que la persona que realiza el protocolo de alistamiento tenga que ser un ingeniero, lo que dice es debe hacerlo personal diferente de sus conductores. Destaca la importancia de tener en cuenta la actitud imprudente y negligente del demandante, porque con la vasta experiencia que tiene, sabiendo que cuando se presenta una falla debe parar el vehículo informar y transbordar a los pasajeros, no lo hizo; que el señor Farid testigo directo, como pasajero dio cuenta que entre la vía entre Bruselas y Pitalito se presentó falla, aquel descendió del vehículo, incluso él le alumbró con su celular y que así prosiguió el viaje, asumiendo una actitud irresponsable y negligente, pues teniendo presente que estaba a 20 minutos de la taquilla de Pitalito debió llegar a ese lugar trasbordar el vehículo e informar a la empresa, pero no fue así, decidió dejar a la suerte su vida y a de los pasajeros incluso la del otro conductor y proseguir con el viaje, por lo que es clara su responsabilidad en la ocurrencia de estos hechos.

Con respecto a la exclusión de la condena de otros demandantes, considera que efectivamente brillo por su ausencia en este debate probatorio prueba de perjuicios que se hayan causado a la madre y a los hermanos del demandante.

María Irma Arboleda Rodríguez:

Cuestiona la valoración probatoria de las pruebas testimoniales de las que claramente se puede inferir la negligencia del actor y la imposibilidad de los demandados de prever que el conductor actuaría de forma errada en la manipulación no autorizada de los frenos; además, que

no se tuvo en cuenta la confesión realizada por Segundo Eliceo, quien dijo que personalmente manipuló los frenos sin autorización y sin siquiera dar aviso al empleador, por tanto, llama la atención que la A quo diga que no está probada tal manipulación de los frenos.

Sostiene que es improcedente atribuir la responsabilidad a la empresa y a la propietaria del vehículo cuando no contaban con información que el vehículo tenía problemas mecánicos, lo que hace imposible exigirles un comportamiento determinado. Precisa que el vehículo cumplió con la carga legal impuesta por el Ministerio de Transporte, como es la revisión bimestral, la que en este caso, se realizó en los primeros días del mes de octubre y que el rodante contaba con las condiciones acordes para su circulación; por lo que ante el daño presentado después de la revisión, era deber del conductor informar a la empresa o la propietaria del vehículo para que se tomen los correctivos necesarios. Alega que no se puede exonerar de resp0nsabilidad al demandante, en cuanto tuvo un comportamiento negligente al manipular los frenos y omitir reportar el inconveniente a la empresa, respecto de la cual, la A quo sostuvo que el actor no probó cual fue su actuar negligente o el incumplimiento en la labor de seguridad, que por el contrario claramente indicó que ninguno de los demandados tuvo injerencia en el fatal suceso, pero dio por probado que aquel intervino a nombre propio en el sistema de freno, por lo que es directamente el responsable del siniestro y su actuar negligente no puede obligar al empleador a responder por las consecuencias del mismo. Con fundamento en lo anterior y apoyo en el artículo 216 del CST afirma que claramente se establece la inexistencia de una culpa suficientemente comprobada.

6. Trámite de segunda instancia

De conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la parte demandante, los demandados y el Ministerio Público, hicieron uso de este derecho.

La parte demandante, sostiene que, el accidente de trabajo que sufrió Segundo Eliceo Pantoja España, el cual le generó graves lesiones que afectan su salud física y mental se debe a la culpa de los demandados, porque contribuyeron de manera directa en la generación daño; que, del material probatorio que reposa en el expediente, se extracta que dicho accidente obedeció a la negligencia y omisión en la adopción de medidas que garantizarán un ambiente laboral seguro. Más adelante dice que, pese a presentarse una concurrencia de culpas entre empleador y trabajador, ello no exonera al primero del pago de la indemnización plena de perjuicios, de conformidad a lo establecido en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo. Insiste en que la condena cobije a todos los demandantes, bajo el argumento que ha padecido afectación moral y sicológica, que han sufrido en gran manera por la afectación psicofísica de su ser querido, dado los estrechos vínculos existentes de unión, afecto y cariño, por lo cual solicita que la sentencia de primera instancia sea modificada indemnizándolos a todos.

Las llamadas a juicio se ratificaron en los argumentos de defensa y del recurso interpuesto, insistiendo de manera homogénea con extensos fundamentos facticos y probatorios, que cumplieron con todas las previsiones necesarias y reguladas en la ley respecto de la revisión y el mantenimiento del vehículo accidentado y que debe endilgarse total responsabilidad al actor por haber incurrido en conducta negligente e imprudente en la manipulación de los frenos y la omisión de comunicar a la empresa el problema que tenía el rodante.

El Ministerio Público, previo análisis del caso concreto, sostiene que la valoración probatoria realizada en primera instancia es acertada, porque las pruebas recaudadas efectivamente dan cuenta fallo en los procedimientos y controles exigidos en la norma para la operación de este tipo de actividades, lo que conllevó a que se asumiera un riesgo en la ocurrencia del accidente con las consecuencias conocidas. Sin embargo, subraya que el proceder imprudente del trabajador constituye culpa, y aflora negligencia de su parte al omitir informar a la empresa de la situación o novedad presentada según el protocolo, omitiendo detener el recorrido del vehículo, además que, no reportó para la correspondiente validación, el mantenimiento correctivo realizado entre el 23 y 24 de octubre de 2017, razón por la cual concluye que existe concurrencia de culpas, lo cual, permite la reducción de la condena en su contra.

Respecto de los perjuicios que reclama la parte activa para los demás demandantes, señala que el parentesco de las personas reclamantes está acreditado con los registros civiles de nacimiento, sin embargo, la incidencia del suceso en la esfera de los sentimientos íntimos de aquellos se quedó huérfana de prueba, sin que el mismo sea presumible como lo pretende la parte apelante, razón por la cual la decisión absolutoria es acertada.

III. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

Con arreglo al artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la decisión que resuelva la apelación de sentencia deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso. En consecuencia, nos plegaremos a la materia controvertida en el disenso.

2. Problemas jurídicos

Teniendo en cuenta los argumentos expuestos por los recurrentes, el problema jurídico se circunscribe en determinar:

¿Existen elementos de juicios para establecer la existencia de culpa suficientemente comprobada del empleador, o si hubo de culpa concurrente entre éste y el trabajador accidentado?

¿Debió la A quo extender la condena por indemnización plena de perjuicios a favor de la madre y hermanos del demandante?

3. Repuesta a estos planteamientos.

Es de precisar, que por no ser objeto de controversia queda por fuera de cualquier discusión en esta instancia, la existencia de la relación laboral que unió a la empresa Cootransmayo Ltda. y del accidente de trabajo.

Precisado lo anterior, previo a dar respuesta al primer problema jurídico, importa memorar que la indemnización plena de perjuicios, estatuida en el artículo 216 del CST, pretende el resarcimiento del daño que se origina por razón o con ocasión del trabajo, ya sea por un accidente o enfermedad laboral, pero cuya ocurrencia se encuentra ligada a la responsabilidad subjetiva del empleador, suficientemente comprobada.

La Ley 1562 de 2012 (Sistema General de Riesgos Laborales) en su artículo 3º nos define accidente de trabajo como todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo, y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional o psiquiátrica, una invalidez o la muerte.

La jurisprudencia especializada ha decantado que: "…no es suficiente demostrar el daño a la integridad o a la salud del trabajador, con ocasión o como consecuencia del trabajo, más la negligencia o culpa del empleador, sino la relación de causa-efecto entre uno y otro elemento, toda vez que «nadie está obligado a resarcir un daño sino cuando ha dado causa o contribuido a él" [1]

Y reiteradamente ha dicho sobre la culpa suficientemente comprobada del empleador, "…la misma corresponde acreditarla a la víctima o quien la alega, por lo menos, en grado leve y de cara a los deberes de protección y seguridad que le asisten al empleador respecto de sus trabajadores; no obstante, si la culpa deviene de un actuar omisivo, basta con especificar dicha desidia para que la carga de la prueba se traslade al empleador a fin de que sea este quien acredite su obrar diligente"[2]

Ahora, con la finalidad de determinar el nexo causal entre el accidente de trabajo y la culpa atribuible al empleador, debe tenerse en cuenta que el artículo 56 del C. S. del T. prevé que: "De modo general, incumben al empleador obligaciones de protección y seguridad para con los trabajadores…".

De vieja data ha dicho la Corte[3] que "…, la prueba del mero incumplimiento en la 'diligencia o cuidado ordinario o mediano' que debe desplegar el empleador en la administración de sus negocios, para estos casos, en la observancia de los deberes de protección y seguridad que debe a sus trabajadores, es prueba suficiente de su culpa en el infortunio laboral y, por ende, de la responsabilidad de que aquí se habla, en consecuencia, de la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador"

En este pronunciamiento el órgano de cierre jurisdiccional, sobre la noción de culpa patronal en la ocurrencia de un accidente de trabajo consideró que la responsabilidad que conlleva la indemnización ordinaria y total de perjuicios tiene una naturaleza subjetiva, que amerita además de la demostración del daño a la integridad o a la salud del trabajador con ocasión o como consecuencia del trabajo, la prueba del incumplimiento del empleador a los deberes de

1 CSJ SL 14420-2014

2 Ver sentencias CSJ SL 1871-2021 y CSJ SL 2594-2021

3 CSJ Sala Laboral sentencia del 3 de mayo de 2006, Radicación 26.126,

protección y seguridad que de modo general le corresponden, pero advierte que el empleador frente a su trabajador tiene unos deberes de protección y seguridad, los que a su vez le demandan tomar las medidas adecuadas, atendiendo las condiciones generales y especiales del trabajo, tendientes a evitar que aquél sufra menoscabo de su salud o integridad a causa de los riesgos del trabajo. Cuando ello no ocurre así, esto es, cuando se incumplen culposamente estos deberes que surgen del contrato de trabajo, emerge la responsabilidad del empleador de indemnizar ordinaria y totalmente al trabajador frente a los daños causados.

Cabe anotar, que la carga de demostrar la culpa del empleador en el accidente laboral, le corresponde al trabajador; es decir, "probar el supuesto de hecho de la culpa", causa de la responsabilidad ordinaria y plena de perjuicios laboral, la cual, por ser de naturaleza contractual conmutativa es llamada por la ley 'culpa leve' que se predica de quien, como buen padre de familia, debe emplear diligencia o cuidado ordinario o mediano en la administración de sus negocios; la sola abstención en el cumplimiento de la 'diligencia y cuidado' debidos en la administración de los negocios propios, en este caso, las relaciones subordinadas de trabajo, constituye la conducta culposa que exige el artículo 216 del C.S.T. para infligir al empleador responsable la indemnización ordinaria y total de perjuicios.

Sobre el particular, recientemente, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 546 del 17 de febrero de 2021, siguiendo esta línea jurisprudencial, señaló:"….*el referente con el que se mide el grado de diligencia exigido al empleador en perspectiva del artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, no es otro que el clasificado en el artículo 63 del Código Civil como culpa leve; es decir, el que se predica de quien,* ***como buen padre de familia****, debe emplear «diligencia o cuidado ordinario o mediano» en la administración de sus negocios*".

A partir de estas pautas legales y jurisprudenciales se advierte que son unívocas en comprometer al empleador a cuidar y procurar por la seguridad y salud de los trabajadores, y adoptar las medidas a su alcance en orden a prevenir los accidentes y enfermedades profesionales.

CASO CONCRETO

Descendiendo al asunto que concita la atención de la Sala donde no se discute la ocurrencia del accidente de trabajo, para determinar si en el infortunio existieron factores determinantes para establecer la culpa suficientemente comprobada del empleador frente a las secuelas sufridas por demandante Segundo Eliceo Pantoja, tras confrontar el haz probatorio, en lo que interesa al asunto se encuentra lo siguiente:

> *- Informe policial del accidente, ilustrando que el accidente de tránsito ocurrió el 26 de octubre de 2017 en el kilómetro 34+250 San José de Hisnas-Via a Popayán, por choque; que era conducido por Luis Hernando Escobar. Hipótesis del accidente 'posibles fallas mecánicas por determinar" (fl. 122 Cd. digital unido).*
>
> -Escrito de acusación emitido por la Fiscalía General de la Nación en contra de Luis Hernando Escobar, conductor del rodante al momento del accidente, en el que se se-

ñala que: *"Los hechos tuvieron ocurrencia el día 26 de octubre de 2017, siendo aproximadamente las 4.30 AM de la mañana, en la vereda Calaguanca Corregimiento de Coconuco Municipio de Puracé, vía Popayán, la Portada Pitalito Huila Kilómetro 34+250 ramo 2.002".* Se indica que el accidente ocurrió producto de la infracción del deber objetivo de cuidado al poner en funcionamiento y con pasajeros un vehículo que no cumpl*ía las condiciones de seguridad, por lo que su conducta fue culposa.*

En el archivo 07 individual, contentivo de las pruebas de la contestación de la demandada Cootransmayo, se verifican las probanzas que se detallan a continuación:

-Inspección mensual vehicular –formato 1595 con logo de COOTRANSMAYO- realizada el 2 de octubre de 2017, al vehículo tipo buseta, marca Chevrolet, placa TFO-998, modelo 2014, del que se extracta que se le realiz*ó la inspección.* (Fl.25).

-Certificación fechada el 31 de octubre de 2017, expedida por el taller FULL CAR, suscrita por Juan Carlos Gálvez – Jefe de Taller y Charles Darwin Losada Villada, Ingeniero Mecánico, indicativa que el vehículo en dicha revisión, no presentó ninguna irregularidad o falla evidente para su funcionamiento (Fl. 26).

-Contrato de prestación de servicios, suscrito en Puerto Asís (Putumayo), el **2 de febrero de 2017 por un periodo de 12 meses,** entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y FULL CAR Servicio Automotriz, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda., certificado de Cámara de Comercio de ese establecimiento de comercio, que identifica como actividad comercial "MANTENIMIENTO Y REPARACIÓN DE VEHICULOS AUTOMOTORES" y carta de presentación de portafolio de servicios (Fls. 54 y ss., 57 y 59)

-Contrato de prestación de servicios, suscrito en Puerto Asís (Putumayo), el **6 de febrero de 2017 por un periodo de 12 meses,** entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y Wilfredo Marín Perafán, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda.; y, carta de presentación de servicios extendida por este contratista, en la que, entre otras cosas, ofrece la asistencia de un ingeniero mecánico y personal altamente calificado (Fls. 40 y ss., y 44)

-Contrato de prestación de servicios, suscrito en Pasto, el **24 de marzo de 2017 por un periodo de 12 meses**, entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y Juan Manuel Duarte Santacruz, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda. (Fls. 37 y ss.)

--Contrato de prestación de servicios, suscrito en Puerto Asís (Putumayo), el **1º de julio de 2017 por un periodo de 12 meses,** entre la Cooperativa Cootransmayo Ltda., y INGEMARK, cuyo objeto es la revisión, inspección y mantenimiento preventivo y correctivo del parque automotor de Cootransmayo Ltda. (Fls. 83 y ss.).

-Plan estratégico de seguridad vial de Cootransmayo (Fls. 205 y ss.). En los ítems 8.3.1. y 8.32. Respectivamente, se establece:

> ***"Inspecciones pre-operacionales.*** *Al iniciar el mes calendario a cada conductor se le hará entrega de un formato de inspección pre-operacional, para que él haga el debido registro de las condiciones del vehículo, además de algunos elementos que deben estar en el vehículo para la movilización. Estas están enfocadas en tener un control diario por el operario que es el único autorizado para movilizar el vehículo, teniendo conocimiento de primera fuente cualquier* anomalía *que este haya sufrido en el momento de operación"*
>
> *'Se realizarán inspecciones de mantenimiento, funcionamiento, botiquín, kit de carreteras, documental, además de verificar el estado físico dejando registro en un formato de inspección mensual, el cual debe ser verificado en el momento de que el vehículo entre en operación."*

-Programa de mantenimiento de vehículos (Fls. 265 a 286)

Además de estas pruebas documentales, cuenta el proceso con los testimonios de LUIS EDUARDO CERQUERA JURADO, CHARLES DARWIN LOSADA VILLADA, ANGELA JOHANA CASTRO, LUIS HERNANDO ESCOBAR MELO, RICHARD FARIT MORIANO PERES y las declaraciones del demandante y el Representante Legal de la empresa demandada VICTOR MONTEALEGRE MERA.

OSCAR EDUARDO CERQUERA conductor de Cootransmayo, conoce al demandante desde hace más de 15 años por relación de trabajo, manifiesta que le contaron que el accidente probablemente se debió a problema de frenos. (Testigo de oídas)

CHARLES DARWIN LOZADA. Trabaja como Ingeniero mecánico- Coordinador mantenimiento vehicular en Cootransmayo, compañero de trabajo del demandante. Afirma que para la fecha del accidente laboral no trabajaba en esta empresa y que al respecto sabe lo que le comentaron en cuanto se trató de un problema de frenos. Sostiene que la ley solo exige revisión preventiva con vigencia de dos meses y que al momento del despacho lo se hace inspección visual a los sistemas externos .Asegura que en la revisión preventiva del 2 de octubre de 2017, no se encontró ninguna anomalía por lo que era apto para rodar por dos meses y que si el mantenimiento se realizó en la ciudad de Pasto y de esta ciudad hizo el recorrido hasta Puerto Asís y de aquí, cuando iba por Paletará, le ocurrió este problema, es poco probable que el mantenimiento haya quedado con alguna falla, es posible que por ser la carretera de trocha haya generado que la manguera rose y suceda el daño de frenos; y, en lo atinentes a las campanas, indica que probablemente el uso excesivo del sistema de frenado provocó sobrecalentamiento, que pudo generar agrietamiento de las mismas. Informa que cuando ocurrió el accidente trabajaba en el taller FULLCAR como ingeniero mecánico residente y que la revisión del vehículo accidentado, la hizo el 2 de octubre el ingeniero Juan Carlos Gálvez jefe de taller, encontrando el vehículo en perfectas condiciones, que la hizo el formato 1595 y se le inspeccionó

todos los sistemas críticos como frenos, dirección, motor, carrocería y salió sin novedades en ese momento. Señala que en Cootransmayo hay afiliados aproximadamente 340 vehículos, que, en atención de la falla percibida, el conductor pudo hacer el transbordo en Pitalito ciudad donde hay agencia de la empresa demandada, haciendo cambio de vehículo.

ANGELA JOHANA CASTRO. Secretaria gerencia de Cootransmayo, compañera de trabajo del demandante desde el 2015. Narra que fue quien adelantó todo el trámite del accidente de trabajo ante la ARL y participó en la investigación evidenciando con el Comité que el accidente ocurrió por una falla mecánica de frenos. Sostiene que la empresa tiene un programa de mantenimiento preventivo y correctivo desde el 2012 y un coordinador de mantenimiento quien controla el vencimiento de los documentos del papeles de vehículos y conductores; que la revisión preventiva se hace bimensual con los talleres autorizados con los que la empresa tiene convenios y que la parte correctiva la tiene a cargo el propietario del vehículo y está facultado para hacerla en su taller de confianza donde se hacen las reparaciones, pero que esta reparaciones son supervisadas por el coordinador de mantenimiento que tiene la empresa, que valida el mantenimiento que se le reporta con los documentos que debe entregarle el propietario. Enfatiza que la revisión preventiva del vehículo accidentado fue realizada el 2 de octubre de 2017, que el ingeniero no reportó ninguna anomalía por lo que quedó habilitado para operar los dos 2 meses siguientes.

LUIS HERNANDO ESCOBAR. Conductor Cootransmayo transporte público desde 2013. Atestigua que era quien conducía el vehículo al momento del accidente, que iba bien y que al recibirlo después de 15 o 20 minutos, presentó falla de frenos, que estos se quedaron sin aire, que iba por el carril correspondiente pero que al dar una curva el carro le ganó y se fue al abismo. Asegura que su compañero Segundo Eliceo manipuló los frenos, mientras él estaba durmiendo; comenta que una recamara del sistema de frenos estaba amarrada con una manila y que aquel le dijo que se rompió una manguera del freno de pedal, que tenía fuga y que él se bajó y le hizo un arreglo, y suspendió un freno, para lo cual no están autorizados, que tampoco llamó a la dueña ni se reportó a la empresa, ni a él le pregunto nada. Aduce que, al detectar la falla de frenos, lo lógico era trasbordar el viaje, pero no lo hizo porque intentó arreglarlo suspendiendo un freno del lado trasero, o sea que dejó el carro frenando en 3 ruedas. Precisa que está prohibido por la empresa manipular los vehículos cuando presentan fallas, mucho menos el sistema de frenado que es más delicado, salvo pinchadas. Reconoce que también fue falla de su parte de no informar para hacer el transbordo, el cual no hicieron porque ya estaban cerca de Popayán. Da fe que el estado de las campanas del sistema de frenos estaban en buen estado, que se les hizo revisión técnico mecánica justa al inicio de mes como exige el Ministerio de Transporte y asegura que el vehículo estaba en óptimas condiciones al iniciar el viaje, pero que así se revise antes de ser despachado las campanas se pueden agrietar en el viaje.

RICHARD FARIT MORIANO PEREZ. Pasajero del vehículo accidentado, cuenta que salieron a las 12.30 pm de Puerto Asís; que él iba adelante con el conductor que era Eliceo, quien al sentir falla en el freno, se bajó y que él también se bajó y le alumbró con el celular para que amarrara una manguera que estaba rosando con el cardan, que eran las 8 o 9 de la noche, que eso fue llegando a Brucelas más o menos, que ya estaban cerca a Pitalito a unos 20 kilómetros; que

cuando llegaron a este sitio, ya se sabía del daño, sin embargo, recogió unos 5 o 10 pasajeros, luego marcharon y en Paletará tomaron agua de panela, y siguieron pero ya cogió el carro el conductor Luis Hernando, que él iba adelante cuando este mandó el pie al freno pero no le sirvió y ya la curva estaba muy cerca y muy cerrada; que de ahí, solo recuerda que despertó en un potrero.

Interrogatorio de parte de **SEGUNDO ELICEO PANTOJA.** En su exposición manifiesta que salier0n de Puerto Asís, llegando a Brucelas se le reventó el freno de parqueo que le llaman de seguridad, que este freno de seguridad se dispara cuando se revienta la manguera y que él lo suspendió para continuar el viaje, que Farit le colaboró alumbrándole con el celular y lo demás lo hizo él, que cuando entregó el carro al otro conductor le dijo que vaya suave porque el freno iba mal y le contó que había suspendido una manguera. Acepta que sabía que podía causarse el accidente. Confiesa que la suspensión del freno la hizo él y no pidió permiso para manipular los frenos ni le informó a la empresa y sostiene que la empresa no podía hacer nada respecto al daño porque no se le comunicó nada, que no estaban en posibilidad de evitar que él manipule los frenos. Sostiene que el accidente se pudo evitar transbordando el viaje, pero él no lo solicitó, por tanto, no sabe si la empresa se negaría a ayudarlo. Dice que llevaba tres años y medio manejando el mismo carro, que estaba bien, nunca había tenido daños, que el 2 de octubre de 2017 llevaron el carro a mantenimiento. Que el día del viaje ellos revisaron el carro, más no la empresa, porque lo hacen cada mes y a la hora de salida no hubo nada de revisión. Que en Pasto se le había hecho revisar frenos por unos mecánicos que ellos lo llevan porque la empresa no tiene mecánicos que revisan los carros, que ahorita si tienen pero que los revisan cada mes, que no hay quien revise carros a diario. Que la revisión mensual, puede salir bien, pero en cualquier momento se puede dañar. Enfatiza que a la hora de salida el carro estaba bien de todo, campanas y mangueras. Seguidamente afirma que el accidente no es culpa de la dueña, ni de la empresa del accidente, porque a la hora de salida el carro estaba funcionando bien y además no tuvieron información del daño, que los demanda porque por ahora no puede trabajar y eso *(sic)* le servirá de sustento. Luego afirma que sus ingresos no se vieron afectados porque la empresa le siguió pagando hasta que se pensionó. Finalmente expresa que dos días antes del viaje el carro se revisó en Pasto se bajaron las llantas y se le hizo mantenimiento de frenos en el taller CASTILLO, que dependiendo en la ciudad donde estén, llevan el carro donde el maestro que lo quieran llevar porque la revisión está a cargo de los choferes, y señala que para la fecha del accidente no había ingeniero para revisar la salida que había ingeniero, pero es el que revisa cada mes.

Interrogatorio de Parte. **VICTOR ALFONSO MONTEALEGRE** Gerente Cootransmayo Ltda., escuchó que el accidente se generó porque se le fueron los frenos al carro, que el conductor Eliceo los manipuló. Narra que para la fecha del accidente la empresa no contaba con un taller específico para efectos de verificar las condiciones óptimas de automotores, de modo que cada propietario llevaba su carro a mantenimiento, que ahora es diferente ya que la empresa cuenta con talleres e ingenieros mecánicos. Sostiene que en el taller FULLCAR, que tiene contratado la empresa, le hace la revisión tecnomecánica a todos los vehículos bimensualmente como lo exige el Ministerio de Transporte, que la hacía el ingeniero Charles Lozada y que en este caso al vehículo accidentado se le hizo el 2 de octubre de 2017 y que la revisión diaria la puede hacer el dueño del carro en cualquier taller.

Demandada MARIA IRMA ARBOLEDA propietaria vehículo, sostiene que el mantenimiento correctivo siempre los hace en el Taller Castillo que es de su confianza, que todos los asociados de la empresa llevan sus carros ahí, incluso, los de otras empresas como Transipiales. Que pocos días antes del accidente le hizo mantenimiento; además que donde los despachan revisan que estén en buenas condiciones, que, si no es así, está segura que no lo despachan. Sostiene que siendo obligación del conductor avisar a la agencia más cercana para que los transborden no lo hizo, supo que manipuló los frenos llegando a Brucelas a 15 o 20 minutos de Pitalito - Huila y allí hay agencia de Cootransmayo, donde pudo hacer transbordo y evitar toda la tragedia, pero siguió con el recorrido con el carro averiado.

Analizado en conjunto y de manera crítica los anteriores medios de prueba, para esta Colegiatura, los planteamientos y conclusiones a las que arribó el juzgado de conocimiento resultan desatinados, ello implica la revocatoria de las condenas impartidas para en su lugar absolver a la convocada, integrada pluralmente, de todos los cargos. Las razones que impelen al Colegiado a asumir tal determinación se consignan enseguida.

No desconoce la Sala las obligaciones contempladas en la Resolución 315 de 2013 del Ministerio de Transporte, en tanto en sus artículos 1º y 2º establece que de la revisión técnico mecánica y el mantenimiento preventivo de los vehículos son responsables directamente las empresas de transporte a través del Centro de Diagnóstico Automotor Autorizado que seleccione para el efecto, con cargo al propietario; y que, las intervenciones correctivas que sea necesario realizar al vehículo podrán ser contratadas por el propietario, pero el vehículo no podrá ser despachado sin la validación satisfactoria por parte de la empresa de las reparaciones realizadas, tampoco que en el artículo 3º modificado por el artículo 1º de la Resolución 378 de 2013, se precisa que *"El mantenimiento preventivo constituye la serie de intervenciones y reparaciones realizadas al vehículo con la finalidad de anticipar fallas o desperfectos; no podrá entenderse por mantenimiento preventivo las actividades de revisión o inspección. El mantenimiento correctivo es aquel que se ejecuta en cualquier momento al vehículo y ante la evidencia de una falla en cualquiera de sus componentes.";* Y que este mantenimiento deberá garantizarse por la empresa como mínimo cada dos (2) meses; y en el numeral 4º, regula el protocolo de alistamientos, así:

"Sin perjuicio del mantenimiento preventivo y correctivo realizado al vehículo, todas las empresas de transporte terrestre de pasajeros, las empresas de transporte de carga y las empresas de transporte mixto, realizarán el alistamiento diario de cada vehículo, dentro del período comprendido entre el último despacho del día y el primero del día siguiente, donde se verificarán como mínimo los siguientes aspectos:

– Fugas del motor, tensión correas, tapas, niveles de aceite de motor, transmisión, dirección, frenos, nivel agua limpiabrisas, aditivos de radiador, filtros húmedos y secos.
– Baterías: niveles de electrólito, ajustes de bordes y sulfatación.
– Llantas: desgaste, presión de aire.
– Equipo de carretera.
– Botiquín.

PARÁGRAFO. El alistamiento lo realizará la empresa con personal diferente de sus conductores, pero con la participación del conductor del vehículo a ser despachado. Del proceso de alistamiento y de las personas que participaron en el mismo, así como de su relación con la empresa, se dejará constancia en la planilla de viaje ocasional, planilla de despacho o extracto de contrato, según el caso.

En igual sentido el Tribunal, al escudriñar la jurisprudencia reciente emanada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, especialmente las sentencias SL-1565-2020, SL 4956-2021 y SL 456-2022, extracta que la línea jurisprudencia allí inmersa propugna que ante la contingencia de conducta imprudente del trabajador la misma no neutraliza la falta de diligencia del empleador para eximirse de la indemnización plena de perjuicios. En efecto, la alta Corporación al interior del último pronunciamiento reseñado, indicó: "…cualquier comportamiento descuidado o imprudente del trabajador no anula la falta de diligencia de aquél, pues a lo sumo, de haber acaecido aquellas, podría desatar una concurrencia de culpas que, en todo caso, no lo exonera del pago de la indemnización plena de perjuicios, toda vez que al tenor de concurrencia la normativa y de la jurisprudencia del trabajo, no se admite su compensación".

Aquí y ahora, resulta trascendental recabar en los tópicos que rodearon el accidente de trabajo, que a la sazón se subsume en un accidente de tránsito, como quiera que el trabajador fungía como conductor de un bus de servicio intermunicipal afiliado a la empresa Cootransmayo, cuya propietaria era la señora María Irma Arboleda, en la medida que los contornos del nefasto acontecimiento apuntan que el mismo se gestó en el comportamiento que asumió el señor Segundo Eliceo Pantoja España, de modo que de aceptar sin beneficio de inventario que la parte demandada fue negligente al divorciarse del alistamiento del vehículo, el acervo probatorio examinado en su conjunto ilustra claramente que ese descuido del empleador para nada edificó la causa eficiente en el despliegue del accidente de trabajo, descartándose de contera la concurrencia de culpas.

El interrogatorio absuelto por el señor Pantoja España sepulta cualquier dubitación, en el sentido que el accidente se pudo evitar transbordando el viaje al arribar al Municipio de Pitalito (Huila), sin embargo, no lo hizo a pesar que era consciente del daño que había detectado en el sistema de frenos del rodante en cuanto dejó sentado en su versión que se había reventado el freno de seguridad. Es más, sin ambages indicó que sabía que podía causarse el accidente y lo que es peor, confiesa que la suspensión del freno la hizo él, sin estar autorizado y tampoco se lo hizo saber a la empresa, matizando que esta última estaba en incapacidad de tomar correctivos precisamente porque desconocía la contingencia. Y el pretexto que entrega el señor Pantoja para soslayar, comunicar a la empleadora el percance, esto es, poner en duda que la empresa lo auxiliaría, no es de recibo para el Tribunal, por el contrario, esa conducta impropia quebranta frontalmente la obligación especial del trabajador contemplada en el numeral 5º del artículo 58 del CST, al puntualizar "Comunicar oportunamente al empleador las observaciones que estime conducentes a evitarle daños y perjuicios".

De otra arista, la declaración del actor, guarda correspondencia con lo expuesto por el conductor acompañante Luis Hernando Escobar, quien además de coincidir en lo ya resaltado por

la Sala con el cuestionario absuelto por el convocante, también confluye con él, en que obviaron el trasbordo en el municipio de Pitalito, destacando que el bus se encontraba en perfecto estado de funcionamiento al momento de ser despachado, que está prohibido por la empresa manipular los vehículos cuando presentan fallas, menos en tratándose de los frenos por ser más delicado.

En lo que concierne al testimonio de Richard Farid Moriano Pérez, de gran importancia por estar en contacto directo con los hechos, dada su condición de pasajero del vehículo de transporte intermunicipal y con absoluta independencia frente a los contendientes, ilustró que el bus partió a las 12:30 del día de Puerto Asís – Putumayo, y estando en la parte delantera con el conductor Segundo Eliceo, después de un largo recorrido, cuando oscilaban las 9:00 de la noche percibieron falla en el freno, motivo por el cual bajó con el chofer auxiliándolo con la luz de su celular. Destaca el testigo que el accionante amarró una manguera que estaba rosando, relievando que para ese entonces, estaban cerca al municipio de Pitalito. Que, al llegar ahí, se conocía perfectamente el daño, no obstante, enfatiza el deponente que el señor Segundo Eliceo, lo que decidió al arribar a esa población fue recoger aproximadamente a 10 pasajeros y se marcharon hasta un paraje denominado Paletará, donde ingirieron agua de panela y entonces asumió la conducción del carro el señor Luis Hernando Escobar. El examen de este testimonio, pone sobre la palestra el desdén que el señor Pantoja España le confirió a la anómala situación del vehículo, en un elemento tan sensible, cual es, el sistema de frenos, tanto que antes de ponerse en contacto con los funcionarios de la empresa para dar cuenta del daño que sabía tenían los frenos y solicitar al paso transbordo de los pasajeros en otro vehículo, optó por aglutinar más personal al interior del automotor, denotando ello un desprecio por sus obligaciones laborales en los términos ya explicados, colocando en riesgo de contera más vidas humanas.

Por lo demás de la declaración del promotor del proceso, en unión con las declaraciones de Charles Darwin Lozada y Ángela Johana Castro, se deslinda que el automotor subsumido en el siniestro era sometido de manera periódica a revisiones correctivas y preventivas. Los declarantes señalan que para el 2 de octubre de 2017 había sido sometido a revisión, y además previa autorización de la empresa podía acudir a auxilio mecánico especializado para la rehabilitación de rodante si fuese menester. El señor Pantoja, además, ilustra que dos días antes del accidente, en la ciudad de Pasto el carro había sido sometido a mantenimiento y revisión de frenos. Mientras que la prueba documental que cursa en el plenario, esto es, el formato 1595, coadyuva la revisión en aquella data[4], vale decir, que habiendo ocurrido el accidente el 25 de ese mes y año, no habían trascurrido los dos meses que exige la normatividad que regula esta actividad.

En suma, no existen motivos atendibles para irrogar condena al amparo del artículo 216 del CST, a la parte demandada, en la medida que no se estructura en cabeza del empleador el elemento subjetivo exigido en este dispositivo, en consecuencia, como delanteramente se avisó, deviene la revocatoria de las condenas impuestas en la sentencia apelada, consignadas en el ordinal tercero de la misma.

4 Archivo 7 anexo pruebas de la contestación empresa demandada

Consecuencialmente, se abre paso la prosperidad de las excepciones de cobro de lo no debido por carencia de nexo causal – ausencia de responsabilidad patronal- ausencia de culpa suficiente comprobada del empleador, existencia de una causal eximente de responsabilidad, inexistencia de prueba que conlleve la acreditación de la culpa suficiente comprobada como presupuesto para endilgar responsabilidad, propuestas por la parte demandada Cootransmayo y la de inexistencia de nexo causal entre la actuación u omisión del empleador y el daño ocasionado a los demandantes, inexistencia de culpa suficiente comprobada en cabeza del empleador, propuesta por la demandada María Irma Arboleda Rodríguez. Luego entonces, se derruye el ordinal cuarto de la sentencia impugnada.

4. Costas

Dada la prosperidad de la alzada de la pasiva, no se generan costas a su cargo en esta instancia. En la medida que la apelación de la parte demandante no encontró éxito en esta instancia, deviene condena en costa a su cargo, con arreglo a lo señalado en los artículos 365 y 366 del CGP. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

IV. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR los ordinales segundo, tercero y cuarto de la parte resolutiva de la sentencia dictada el 7 de octubre de 2021 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, para en su lugar absolver a la parte demandada Cootransmayo Ltda. y María Irma Arboleda Rodríguez, de las condenas pecuniarias impuestas en primera instancia, declarando probadas las excepciones discriminadas al final de la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia a cargo de la parte demandada; mientras que las mismas se irrogan al extremo activo de la litis. Se fijan las agencias en derecho en suma equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

TERCERO: NOTIFICAR esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS. Devolver el proceso al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

ACCIDENTE DE TRABAJO POR CULPA SUFICIENTEMENTE COMPROBADA DEL EMPLEADOR - Monto de la indemnización por perjuicios morales.

(…) potestad del juez para que, confiando en su arbitrio, y determinando en cada caso las condiciones personales de la víctima, apreciadas en razón a los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio entre otras situaciones, agote la liquidación del monto destinado al resarcimiento del perjuicio. (…)

ACCIDENTE DE TRABAJO POR CULPA SUFICIENTEMENTE COMPROBADA DEL EMPLEADOR - Monto de la indemnización por daño de la vida en relación.

ACCIDENTE DE TRABAJO POR CULPA SUFICIENTEMENTE COMPROBADA DEL EMPLEADOR - Monto de la indemnización de perjuicios por lucro cesante consolidado y futuro: Deber de acreditación de los perjuicios.

(…) en cuanto al lucro cesante consolidado, no es posible su tasación, como quiera que para ello, es menester identificar el momento en el cual finaliza el vínculo laboral del actor, mismo que se desconoce, (…) se extracta que con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, continuó vinculado bajo contrato de trabajo con Recuperar S.A.S., recibiendo el rubro de la incapacidad cubierta por la ARL SURA a la cual se encontraba afiliado; y, aunque se tiene conocimiento que hubo reconocimiento de la pensión de invalidez y que fue la razón por la cual se terminó el contrato de trabajo, sin señalar calenda alguna, fuerza concluir que, no existe prueba contundente que lleve a la firme convicción de la fecha final de la relación laboral, y como es entre ésta y la data del fallo que se debe liquidar el lucro cesante consolidado, ante el desconocimiento del extremo inicial en mención, no es posible su tasación.
(…)
Ahora, en lo que concierne al lucro cesante futuro, (…) se vislumbra absoluto divorcio del promotor de la acción frente a la carga probatoria reseñada, en la medida que brilla por su ausencia, acreditación de los perjuicios examinados. Y es que al tenor de la línea jurisprudencia traída a colación, la imposición de condena por lucro cesante futuro no opera de manera automática e inexorable, y lo cierto es que el interesado se limitó a requerirlos sin hacer agotar ningún esfuerzo probatorio (…)

INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS - Solidaridad Laboral: Requisitos.

INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS - Solidaridad Laboral entre el beneficiario o dueño de la obra y el contratista independiente: Al no ser la empresa demandada beneficiaria del servicio, ni su labor hace parte de las actividades normales no hay solidaridad.

(…) en este caso se demandó a quien no se debía, puesto que habiéndose enderezado la demanda contra GRUPO NUTRESA S.A., para que responda solidariamente por las eventuales condenas que se impongan a la empleadora convocada RECUPERAR S.A.S., contrasta la orfandad probatoria frente a vínculo contractual directo que pudiera existir entre la primera con el actor y la referida empleadora, a contrario sen su, los medios de prueba apuntan unívocamente a desligarla del compromiso que le atribuyó la A quo y a demostrar la existencia de otra empresa que fue la que realmente se benefició del servicio prestado por el trabajador de la citada S.A.S., en desarrollo del contrato civil suscrito entre estas; y, nos referimos a la empresa COMERCIAL NUTRESA (…)

CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL - Cómputo del término de prescripción: Corre a partir de la reclamación judicial o extrajudicial que la víctima del siniestro eleve contra el causante del daño, quien a la par ha sido el tomador del seguro o asegurado.

(…) la normatividad atinente a la prescripción extintiva para ejecutar la acción que se deriva del contrato de se-

guros, prevé de forma general, que los términos para ejercerla pueden ser en dos momentos diferentes; dependiendo si es ordinaria, cuyo término es de 2 años; o extraordinaria, la cual será de 5 años. Respecto del primer término, se contará a partir del momento en que el titular del derecho tiene conocimiento real o presunto del hecho que genera la acción a reclamar, dependiendo por lo tanto de un elemento subjetivo; paralelamente el término de prescripción extraordinaria, se contará desde el momento en que ocurre el hecho generador de la acción, que es el elemento objetivo que lo determina. (…)

(…) obra el contrato de seguro, suscrito entre Recuperar S.A.S. como asegurado, y Equidad Seguros como aseguradora, del que claramente se deduce que es un contrato de seguro de responsabilidad civil, razón por la cual su régimen de prescripción es el señalado del artículo 1081 complementado con el artículo 1131 del Código de Comercio. (…)

(…) la sociedad asegurada Recuperar S.A.S., sólo pudo estar legitimada para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro cuando fue convocada como parte pasiva al proceso, puesto que solo en ese momento y en el eventual caso de ser condenada, le asistía la obligación indemnizatoria en favor del demandante, razón por la cual, el cómputo de la prescripción de la acción que Recuperar S.A.S. puede ejercer en contra de la Equidad Seguros como garante, sólo inicia desde la reclamación judicial que a través del presente proceso se elevó en su contra, que en este caso ocurrió con la notificación de la demanda practicada el 13 de septiembre de 2019, y como quiera que el llamamiento en garantía realizado al contestar la demanda, fue recibido en el juzgado cognoscente, el 26 de septiembre siguiente y la notificación personal a la citada entidad aseguradora se surtió el 22 de noviembre de 2019, al romper se advierte que la acción para reclamar el derecho asegurado se salvó de prescribir. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, Septiembre siete (7) de dos mil veintidós (2022)

Radicación	**: 520013105001-2019-00327-01 (025)**
Asunto	**: Apelación sentencia**
Procedencia	**: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto**
Magistrado	**: Dr. LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO**

De conformidad con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, resuelve la Sala los recursos de apelación formulados por el apoderado judicial de la parte demandante JHON CARLOS MONCAYO LÓPEZ, la demandada GRUPO NUTRESA S.A. y la llamada en garantía EQUIDAD SEGUROS, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto el 28 de octubre de 2021.

I. ANTECEDENTES

1. Pretensiones de la demanda

Jhon Carlos Moncayo López, demandó a las sociedades Recuperar S.A.S. y Grupo Nutresa S.A., para que se declare: i) la existencia de un contrato de trabajo desde el 29 de marzo de 2016 hasta la actualidad; ii) que el accidente que padeció el 2 de septiembre de 2016 fue por culpa suficientemente comprobada de sus empleadores; iii) que las sociedades demandadas son responsables por perjuicios materiales e inmateriales sufridos con ocasión de la pérdida de capacidad laboral derivada del accidente laboral ocurrido.

En consecuencia, procura que se condene a las accionadas al pago de la indemnización plena de perjuicios, materiales (lucro cesante consolidado y futuro), morales y el daño en la vida en relación y daño fisiológico; v) que se mantenga vigente el contrato laboral del accionante con las sociedades demandadas en razón a la condición de debilidad manifiesta, en aplicación del principio de estabilidad laboral reforzada.

Subsidiariamente, el actor solicita que se declare: i) que entre él y Recuperar S.A., existe una relación laboral desde el 29 de marzo de 2016 hasta la actualidad; ii) que el Grupo Nutresa S.A. es solidariamente responsable por las prestaciones sociales, sanciones e indemnizaciones que le correspondan en virtud de la relación laboral existente con Recuperar S.A.S conforme a lo señalado en el artículo 34 del CST; iii) que hubo culpa comprobada y suficiente de Recuperar S.A.S en calidad de empleadora y en solidaridad del Grupo Nutresa S.A. en el accidente laboral sufrido por el demandante el 2 de septiembre de 2016; iv) la responsabilidad de Recuperar S.A.S. como empleadora y de forma solidaria al Grupo Nutresa S.A. por perjuicios materiales e inmateriales sufridos con ocasión de la pérdida de capacidad laboral derivada del accidente laboral; v) pide condena a cargo de Recuperar S.A.S. en calidad de empleadora y de forma solidaria Grupo Nutresa S.A.

2. Hechos

Como sustento factico de los anteriores pedimentos, manifiesta que inició a trabajar para Recuperar S.A.S. el 29 de marzo de 2016 mediante contrato de trabajo a término fijo por un periodo de 3 meses, renovado automáticamente la actualidad (fecha de presentación de la demanda), prestando sus servicios de manera personal, continua e ininterrumpida, en el cargo de auxiliar de cargue y descargue, cumpliendo las funciones en las instalaciones de la bodega de NUTRESA, con horario de lunes a viernes de 7:00 am a 12:00 pm y de 1:00 am 5:00 pm y los sábados de 7:00 am a 1:00 pm, que como contraprestación percibía el salario mínimo legal mensual vigente. Precisa que recibía órdenes de RECUPERAR SAS y GRUPO NUTRESA SA, por lo que fue subordinado de estas demandadas.

Narra que el 2 de septiembre de 2016, sufrió un accidente mientras se encontraba enderezando un arrume de galletas que estaba en la parte superior de una estantería de más de 3 metros de altura, al perder el equilibrio cuando la escalera sobre la cual se encontraba se des-

estabilizó cuando ejerció fuerza sobre el arrume, cayendo desde una altura de más de 2.10 metros (Expone en detalle todos los traumas sufridos por el accidente).

Informa que el empleador reportó el accidente a SURA ARL y presentó el informe de investigación a dicha ARL en el cual señaló las causas del accidente y las observaciones del caso.

Indica que el 21 de junio de 2018 la ARL SURA PROFIRIÓ dictamen de calificación de invalidez, determinando como diagnóstico CAUSALGIA derivada del accidente de trabajo, asignando 23.5% de pérdida de capacidad laboral con fecha de estructuración el 21 de junio de 2018, que ante la inconformidad presentada frente a este porcentaje, la Junta Regional de Calificación de Invalidez, al resolver, lo modificó asignándole una PCL del 48%; que contra esa tabulación formuló recurso de apelación, siendo desatado por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, entidad que en dictamen del 25 de abril de 2019 estableció una pérdida de capacidad laboral de 35,1% del demandante y ratificó como fecha de estructuración 21 de junio de 2018.

Refiere que durante la vigencia de la relación laboral no recibió por parte de sus empleadores, los elementos de protección y seguridad personal adecuados para desarrollar sus labores en trabajo en alturas, de tal manera que lo expusieron negligentemente a factores de riesgo derivados del trabajo en alturas, en el entendido que se le ordenó subir a una escalera inestable, a una altura superior a 1.50 metros sin los elementos de protección necesarios.

Asegura que nunca lo capacitaron en trabajo seguro con escaleras, prevención de riesgos y accidentes en trabajo de alturas, tampoco divulgaron la matriz de identificación de riesgos dentro del puesto de trabajo y sobre Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo.

En consecuencia, refiere que las sociedades accionadas son responsables por los perjuicios por culpa patronal, siendo Recuperar S.A.S empleadora directa del actor y Nutresa la que, a través de actos de tercerización laboral resultó como beneficiaria directa de los servicios prestados, por tanto, que es solidariamente responsable de las obligaciones laborales causadas y no pagadas al trabajador.

3. Contestación de la demanda

-DE RECUPERAR S.A.S.

Al contestar el escrito introductor, frente a los hechos, aceptó unos y negó otros. Se opuso a las pretensiones y dentro del discurso de defensa, afirma ser la directa empleadora del demandante, que la participación de la sociedad Grupo Nutresa S.A. en esta relación es nula, ya que esta entidad solo es beneficiaria del servicio de la S.A.S., que desconocía las actividades que realizaba el actor al momento del accidente, para las cuales no fue contratado y las hacía a escondidas del Supervisor, siendo por esto el responsable de la ocurrencia del accidente. Formuló excepciones de fondo denominadas: EXIMENTE DE RESPONSABILIDAD. CULPA EXCLUSIVA DE LA VÍCTIMA, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, FALTA DEL INTERÉS JURÍDICO, PAGO, PRESCRIPCIÓN, COMPENSACIÓN, BUENA FE DEL DEMANDADO.

De manera concomitante con la respuesta al escrito inaugural, este extremo de la Litis llamó en garantía a la ASEGURADORA EQUIDAD SEGUROS, con miras a que responda por el pago de la indemnización deprecada por el actor en razón al contrato de seguro de responsabilidad que suscribieron.

Por encontrarlo procedente el juzgado cognoscente aceptó el llamamiento en garantía, corrió traslado a la Aseguradora, por diez (10) días, término dentro del cual contestó la demanda y el llamamiento, aduciendo frente a los hechos que no le constan unos y que se atiene a lo que resulte legalmente probado respecto de otros; en relación con los supuestos fácticos del llamamiento los acogió positivamente; y, se opuso a las pretensiones de la demanda. Formuló como excepciones la de PRESCRIPCIÓN, FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA, IMPROCEDENCIA DE LAS PRETENSIONES, AUSENCIA DE NEXO DE CAUSALIDAD ENTRE LA ACTIVIDAD PARA LA QUE FUE CONTRATADO EL DEMANDANTE Y EL DAÑO ALEGADO.

DE GRUPO NUTRESA S.A.

Al contestar el escrito introductor, frente a los hechos dijo no constarle unos y negó otros. Se opuso a la prosperidad de las pretensiones, argumentando que entre el señor John Carlos Moncayo López y la Sociedad Grupo Nutresa S.A., jamás ha existido un vínculo laboral o de otra naturaleza; además, que con Recuperar S.A.S., no ha tenido ninguna relación comercial, por lo que no existe legitimación en la causa por pasiva, ni causa legal para proferir condena en su contra. Enfatiza que en este evento no se reúnen los supuestos establecidos en el artículo 216 del CST para efectos indemnizatorios. Formuló excepciones de fondo denominadas: INEXISTENCIA DE RELACIÓN CONTRACTUAL E INEXISTENCIA DE RESPONSABILIDAD SOLIDARIA CON LA SOCIEDAD RECUPERAR S.A.S., INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES SOLIDARIAS RECLAMADAS, COBRO DE LO NO DEBIDO, FALTA DE TÍTULO Y CAUSA DEL DEMANDANTE, ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA, COMPENSACIÓN Y PAGO, BUENA FE, PRESCRIPCIÓN y GENÉRICA.

4. Decisión de primera instancia

El Juzgado de primer grado, mediante decisión de fondo adoptada el 28 de octubre de 2021, declaró: i) la existencia de un contrato de trabajo entre el señor John Carlos Moncayo y la sociedad Recuperar S.A.S., con vigencia entre el 29 de marzo de 2016, hasta la fecha de la sentencia; ii) que el 02 de septiembre de 2016, el actor fue víctima de un accidente de trabajo que le ocasionó pérdida de capacidad laboral del 35.10%; iii) que la sociedad empleadora Recuperar S.A.S., es responsable por culpa patronal en la ocurrencia del accidente de trabajo del demandante.

En consecuencia, condenó a Recuperar S.A.S., y solidariamente a la demandada Nutresa S.A.S. (sic) a pagar a favor del accionante, por concepto de indemnización por perjuicios morales la suma de $36.341.040; por perjuicios fisiológicos por daño a la vida de relación la suma de $9.085.260. Asimismo, irrogó condena a cargo de la Equidad Seguros consistente en reembolsar el monto que corresponda por valor de la indemnización que deba cancelar Recuperar

S.A.S. (sic) al demandante en función de la póliza AA02777 por concepto de indemnización plena de perjuicios, aplicando los deducibles que se pactaron en el negocio asegurador. Condenó en costas a las demandadas y a la llamada en garantía y absolvió a la parte demandada de las demás pretensiones de la demanda.

Dentro de las razones vertidas para arribar a esta decisión, dio por probada relación laboral entre el actor y Recuperar S.A.S, teniendo en cuenta la aceptación expresa de la misma y la prueba del contrato de trabajo suscrito por aquellos. Estableció los extremos temporales desde el 29 de marzo de 2016, con vigencia incluso hasta la fecha de presentación de la demanda.

Para decidir sobre la solidaridad, respecto de Nutresa S.A., entidad a la que erráticamente la menciona como "Nutresa S.A.S.", dejó en claro la improcedencia de declararla empleadora, asegurando que los medios de prueba documentales, testimoniales y las investigaciones en el accidente laboral, permiten arribar a la conclusión que la única empleadora fue Recuperar S.A.S. No obstante, aduce que aquella, se benefició de los servicios prestados por el actor[1] a través de la citada empleadora, fundada en que conforme a la prueba testimonial, la mercancía descargada por los trabajadores de la S.A.S. era de propiedad de Nutresa S.A.S. (sic), quien se encargaba de distribuirla, por lo cual, el demandante se encontraba coadyuvando logísticamente al objeto social de la entidad y que por esa razón es procedente declarar la deprecada solidaridad, en los términos del artículo 34 del CST, dado que se constituye como tercero beneficiario de las labores que los trabajadores de Recuperar S.A.S. realizan para cumplir su objeto social.

Para definir la culpa de la empleadora Recuperar S.A.S. en el accidente laboral, con apoyo en las pruebas arrimadas al plenario, estableció que esta incumplió con sus obligaciones de protección y seguridad para con el trabajador dependiente, porque si bien, brindó inducción al actor respecto de las labores que debía desempeñar como auxiliar de cargue y descargue de mercancía, del contrato laboral que suscribió en 2016 se desprende que con la demandada Recuperar S.A.S., debía además situar la mercancía en la estantería, alistarla en la bodega y ubicarla según las fechas o códigos de rotación.

Refiere que los testimonios practicados en la etapa probatoria, permitieron inferir que la función de arrume o apilamiento de la mercancía, era competencia de quién la descargaba, de tal manera que en muchas ocasiones el arrume se ubicaba a más de 1.5 metros de altura, razón por la cual el empleador omitió tener en cuenta el reglamento para los trabajadores que realicen trabajo en alturas, dispuesto en la Resolución 1409 de 2012 y siendo de obligatorio cumplimiento en todo trabajo en el que exista el riesgo de caer a 1.50 metros sobre un nivel inferior, por ello, el empleador debió tomar las precauciones necesarias, como capacitaciones y curso de trabajo en alturas, lo que no logró acreditar la pasiva. Así, descarta considerar culpa del trabajador como causa del accidente.

---

1 Se refiere a él como terceros vinculados

Con base en lo anterior, condenó a las indemnizaciones por perjuicios morales, daño a la vida en relación y fisiológicos; negó el pedimento relacionado con el lucro cesante consolidado y futuro, bajo la egida que no existe en el plenario prueba determinante para establecer el monto. Y resalta que en el demandante en el libelo inaugural manifestó que el vínculo laboral estaba vigente.

De otro lado, no encontró con vocación de prosperidad la excepción de prescripción formulada por la llamada en garantía, fundada en que, según criterio de la Corte Suprema de Justicia, el término se cuenta desde la notificación de la reclamación judicial o extrajudicial que le hacen a la aseguradora y que en este caso la reclamación se hizo en término.

5. La apelación.

DEMANDANTE

Contra la anterior decisión se reveló el apoderado de la parte demandante, discrepando de la tasación de los perjuicios morales y por daño de la vida en relación, aduciendo que, si bien dependen de la discrecionalidad del juez, los mismos se agravan cuando la pérdida de la capacidad laboral es mayor y que en este caso para ese efecto, no se tuvo en cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral del 50.5%

De otro lado se duele de la decisión de la A quo de negar el reconocimiento de lucro cesante, arguyendo que desconoció la regla que determina que dependiendo del porcentaje de la pérdida de capacidad laboral la persona pierde su capacidad de trabajo y la posibilidad de generar ingresos a futuro, por ello considera que debió proceder la condena al pago por concepto de lucro cesante consolidado y futuro. Trae a colación jurisprudencia vertida por la Corte Suprema de Justicia (sentencia SL 3901 con radicación 73366), que señala lo atinente al reconocimiento simultáneo de pensión de invalidez y la indemnización plena por perjuicios por culpa patronal. Señala que la jurisprudencia de la Corte ha sido pacífica en sostener que las prestaciones económicas otorgadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral son compatibles con la indemnización plena y ordinaria de perjuicios establecidos en el artículo 216 del CST, en el entendido que cubren obligaciones distintas dado que en el primer caso busca la protección objetiva del afiliado o sus causahabientes, en el segundo se propende por una reparación subjetiva surgida del accidente laboral ocasionado por culpa del empleador.

Manifiesta que en el Sub Judice, está comprobado que el actor devengaba un salario mínimo, por lo cual, la merma de la capacidad laboral debería tener como resultado el reconocimiento del lucro cesante basado en el mismo. Puntualiza que el fallo atacado pasó pretermitió el dictamen de 50.5% emitido por la ARL SURA, por lo cual exhorta al colegiado para que lo valore a efectos de liquidar el lucro cesante consolidado y futuro, y un mayor valor en los perjuicios morales y daño de la vida en relación.

GRUPO NUTRESA S.A.

Con el propósito que se revoque la sentencia y se absuelva de todas las pretensiones de la demanda, inicia aclarando que actúa en representación de GRUPO NUTRESA S.A., que no es NUTRESA S.A.S., como la mencionó el despacho en el discurrir del proceso, indicando que esto, implica una confusión al momento de señalar la entidad que conforma la parte pasiva del proceso.

Precisa en la fijación del litigio el debate se centró en establecer la existencia del contrato de trabajo entre el demandante y las sociedades Recuperar S.A.S. y Grupo Nutresa S.A.S. (sic), concluyendo que la relación laboral existió solo entre el actor y Recuperar S.A.S., por lo que la declaración de culpa patronal del empleador por el accidente laboral sufrido por el demandante, exonera a Grupo Nutresa S.A., dado que esta, nunca tuvo relación laboral con el demandante, tal como se acreditó con la documental que reposa en el expediente, también con los testigos y la confesión del propio actor.

Alega que se vulneró el debido proceso, por cuanto Grupo Nutresa S.A. es un tercero totalmente autónomo e independiente; que no es permisible que por un error de la parte actora al momento de formular las pretensiones de la demanda resulte violentada dicha garantía. Advierte que su objeto social es distinto (no precisa respecto de qué empresa) y el hecho que haya un control económico o accionario por parte de una persona jurídica no configura la responsabilidad solidaria en los términos del artículo 34 del CST, pues esta norma exige como requisito la existencia de una relación contractual entre contratista y beneficiario de la obra, presupuesto que en este caso, no existe no hay un contrato, tampoco una obra, por lo tanto Grupo Nutresa S.A. no es beneficiaria de las actividades desarrolladas por el demandante, además que no es posible colegir que esas actividades hacen parte del giro ordinario de los negocios de la entidad, porque no tiene relación alguna con actividades de almacenamiento, de distribución, ni relación con productos alimentarios.

Señala que, de acuerdo con los testigos del demandante, incluso él mismo, aseguraron que la actividad desempeñada, no tiene relación con Grupo Nutresa S.A., y que la A quo, no prestó la atención suficiente para dilucidar qué Nutresa S.A. es una entidad diferente e independiente de la empresa con la que eventualmente pudo haberse presentado una relación laboral con el señor John Carlos Moncayo, por lo cual, concluye que el Grupo Nutresa S.A., no intervino y no es parte del proceso, de suerte, que existe un yerro en asumir la calidad de contratante y contratista de la entidad Grupo Nutresa S.A. con Recuperar .S.A.S.

Por último, respecto del recurso presentado por el apoderado de la parte actora, frente al lucro cesante, señala que debe tenerse en cuenta que el actor manifestó en su interrogatorio de parte que se encuentra pensionado, lo que implica que su ingreso no se ha menoscabado, más aún cuando percibe una pensión equivalente al salario mínimo siendo el mismo valor que devengaba previamente.

ASEGURADORA EQUIDAD SEGUROS

Inconforme con la condena que le incumbe, sostiene que la falladora de primera instancia no tuvo en cuenta lo relacionado a la prescripción, y, por otra parte, que, de llegarse a confirmar el fallo, habrá de tenerse en cuenta los topes máximos de responsabilidad de su asegurada respecto del valor a indemnizar.

6. Trámite de segunda instancia

Ejecutoriado el auto que admitió el recurso de apelación, se dispuso a correr traslado a las partes para alegar de conformidad con las previsiones del numeral primero del artículo 15 del derogado Decreto 806 de 2020, término dentro del cual hicieron uso de este derecho la parte demandante, la sociedad demandada Grupo Nutresa S.A., y la llamada en garantía Equidad Seguros, exponiendo lo siguiente:

La parte demandante.

En términos generales, reprodujo los argumentos expuestos en la demanda y la sustentación de alzada, discurre en sus alegaciones las razones por las cuales debe modificarse de forma parcial el fallo de primera instancia, para finalizar solicitando que se acceda a todas y cada una de las pretensiones incoadas en el libelo introductor.

La parte demandada Grupo Nutresa S.A.S.

En procura que se revoque la sentencia recurrida y en su lugar sea absuelta de las pretensiones, en sus alegaciones de forma amplia diserta sobre las razones por las que considera que debe revocarse la sentencia, pero en últimas, sustancialmente, reproduce los mismos reparos sobre los cuales sustentó la alzada.

La llamada en garantía Equidad Seguros.

Censura las consideraciones realizadas por el A Quo, reiterando que ha operado el fenómeno de la prescripción, trae a colación jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia respecto del término de la prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguros.

Refiere al artículo 1081 del Código del Comercio, señala desde cuando debe empezar a contabilizarse el término extintivo, precisando que el conteo de la prescripción ordinaria inicia desde que el interesado en demandar tuvo conocimiento real o presunto de la ocurrencia del siniestro, el cual se entiende como el momento en que se realizó el riesgo asegurado.

Tilda de errónea la fijación del término de prescripción por parte de la A quo, argumentando que el mismo debía establecerse no desde el momento en que se notificó a la Compañía Aseguradora del llamamiento en garantía dentro del proceso judicial, sino desde el momento en el que el asegurado tuvo conocimiento real o presunto de la ocurrencia del siniestro, siendo para el censor el 2 de septiembre de 2016, día en el que el demandante sufrió el accidente de trabajo.

Sostiene que entre la fecha anotada y la fecha en la que el asegurado propuso el llamamiento en garantía en contra de la aseguradora, transcurrieron más de dos años, reiterando que en ningún momento la Equidad Seguros tuvo conocimiento de la ocurrencia del siniestro, por lo cual asegura que se cumple el factor objetivo tendiente a la ocurrencia del término prescriptivo por el transcurso del tiempo sin que el asegurado haya ejercido acción alguna pretendiendo interrumpir el fenómeno prescriptivo, razón por la cual considera que se extinguió el derecho que Recuperar S.A.S. ostentaba respecto de que sea la aseguradora quien responda por el pago de los perjuicios ocasionados al demandante por la condena indemnizatoria que se impuso en su contra.

Finalmente solicita que en el eventual caso que se ratifique la condena en contra de la aseguradora, que el pago de los perjuicios que debe asumir como llamada en garantía por Recuperar S.A.S. se ajusten a los valores asegurados consignados en la Póliza de Seguro de Responsabilidad Civil No. AA024777.

II. CONSIDERACIONES

1. Consonancia

Con arreglo al artículo 35 de la Ley 712 de 2001, la decisión que resuelva la apelación de sentencia deberá sujetarse a los puntos objeto del recurso. En consecuencia, nos plegaremos a la materia controvertida en el disenso.

2. Problemas jurídicos

En virtud de los argumentos expuestos por los recurrentes para derruir la decisión de primer grado, el análisis de la Sala se circunscribe en determinar:

> *¿Erró la A quo al establecer el monto de la indemnización por perjuicios morales y daño de la vida en relación causados al convocante?*
> *¿Existen elementos de juicios para establecer a favor del actor indemnización de perjuicios por lucro cesante consolidado y futuro?*
> *¿Fue acertado a declarar al GRUPO NUTRESA S.A. como deudor solidario de la indemnización plena de perjuicios?*
> *¿Se estructuró prescripción de la acción que se deriva del contrato de seguro entre Recuperar S.A.S. y la llamada en garantía la Equidad Seguros?*

3. Respuesta a los problemas jurídicos planteados.

Previo a abordar el estudio de los anteriores planteamientos, conviene destacar que no es objeto de discusión ante esta instancia aspectos relativos a la existencia de la relación laboral entre el demandante y la demandada Recuperar S.A.S; tampoco lo atinente a la culpa patronal que encontró probada la juzgadora de primera instancia, en consecuencia, siendo fieles al mentado principio de consonancia, se prescindirá de pronunciamiento sobre estos puntos.

Definición del primer problema jurídico.

Atañe al monto de la indemnización por perjuicios morales y daño de la vida en relación del que discrepa el demandante, en procura que sea incrementado bajo la egida que la A quo, para ese efecto, destendió el dictamen que estableció una pérdida de capacidad laboral del 50.5%.[2]

Al respecto, confrontadas las consideraciones de la sentencia objetada, se evidencia que, ciertamente el juzgado de conocimiento al establecer los referidos perjuicios, guardó silencio frente a dicho porcentaje de PCL; sin embargo, no pasa por alto la Sala que en tratándose de la tasación del monto de indemnización por concepto de perjuicio moral, adquiere total preponderancia el arbitrio iuris del servidor judicial, el cual se encuentra sustentado en el caudal probatorio arrimado al proceso judicial.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 10 de marzo de 2020[3], reiteró la potestad del juez para que, confiando en su arbitrio, y determinando en cada caso las condiciones personales de la víctima, apreciadas en razón a los usos sociales, la intensidad de la lesión, la duración del perjuicio entre otras situaciones, agote la liquidación del monto destinado al resarcimiento del perjuicio.

En el sub judice, se avizora que para la tasación de los perjuicios morales, la A quo, tuvo en cuenta probanzas tales: la historia clínica, destacando la patología que aqueja al actor, sus consecuentes dolores, tratamientos médicos quirúrgicos invasivos, y padecimientos morales resultantes de la pérdida de la funcionalidad de su mano dominante, estimando conforme a la sana crítica que se registró perjuicio psíquico-moral, producto del accidente de trabajo, y a su juicio estimó su resarcimiento en monto equivalente a 40 salarios mínimos mensuales legales vigentes, sin que encuentre esta Sala, mejores razonamientos para incrementar esta tasación, con base en el puntual sustento de este pedimento, como es que la pérdida de capacidad laboral del 50.5%, porcentaje que abrió paso a la pensión por invalidez, pues de acuerdo con la exposición que hace en su declaración de parte, referente a síndrome complejo de dolor fuerte e hinchazón en el brazo derecho, se estima que esta secuela se acompasa con dicho porcentaje; y, en sano raciocinio, sin demeritar las molestias que cualquier dolor causa, la Sala no estima motivo suficiente para el incremento en la tasación del perjuicio establecido por la A quo; de ahí que, frente a este aspecto la alzada no encuentra eco.

Lo propio acontece con el monto tasado en primera instancia por el daño a la vida en relación, puesto que, para el Colegiado, el equivalente a 10 salarios mínimos, luce concordante con el análisis efectuado por la cognoscente, en cuanto a las deficiencias en la manipulación del brazo afectado por dolor, dado que, inventarió la perturbación en la interacción en su entorno, el sometimiento a terapia ocupacional para el cambio de dominancia y que esto altera su inte-

2 Según consta en auto del 16 de septiembre de 2021 (Fls. 188 y ss), esta prueba se decretó de oficio, luego de haber sido allegada inoportunamente por la parte actora. Esta decisión cobro legal ejecutoria ante su no objeción de las partes.

3 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del diez (10) de marzo de dos mil veinte (2020), SC780-2020, Magistrado Ponente Ariel Salazar Ramírez, Radicación: 19001-31-001-2010-00053-01

racción con el mundo que le rodea. En tal sentido, fundamentó el reconocimiento de esta tipología de perjuicios extrapatrimoniales, frente a lo cual no se hará ningún reparo y se secunda el monto que por el citado concepto fijó la primera instancia, en virtud que la discrecionalidad que sobre el particular proyectó el fallo atacado, no es irracional o desproporcionado, por el contrario, este forjado en sosegado análisis, tal cual, se resaltó.

Al segundo.

Dentro de los reparos traídos a instancia del extremo activo, está la falta de condena por indemnización de perjuicios por **lucro cesante consolidado y futuro.**

Para dar solución a este aspecto, se memora que la negativa de esta pretensión se fincó en el déficit probatorio para determinar el monto, acompañado del hecho de la vigencia del vínculo laboral del actor, y que, en consecuencia, sigue percibiendo salario.

Contrasta la tesis enarbolada por el sentenciador de primer grado para negar tal requerimiento del precursor de la acción judicial, habida cuenta, que la prueba recaudada en el proceso, efectivamente, permite desestimar la vigencia del vínculo laboral, dado que revela el estatus de pensionado por invalidez del mismo, situación corroborada por el testimonio del señor **Danny Andrés Castañeda Mesa**, a la sazón, Jefe de Seguridad y Salud en el Trabajo de la empleadora Recuperar S.A.S., quien al ser interrogado respecto a la terminación del contrato de trabajo del demandante, de manera categórica respondió: ***"si, el contrato de trabajo termino debido a que la ARL le dio su pensión de invalidez"*** dicho que respalda la afirmación que en igual sentido hizo el propio actor en su declaración de parte, en la que aseguró que actualmente se encuentra pensionado.

Bajo este escenario, en lo atinente a la procedencia de los perjuicios que ahora se examinan, encuentra la Sala, que no le asiste razón al reclamo que sobre el particular postula el extremo activo del proceso. Veamos porque:

Jurisprudencialmente se ha puntualizado que la tipología de daño patrimonial, se entiende como aquel que el demandante deja de percibir como consecuencia del daño ocasionado con el accidente, impidiendo o disminuyendo la expectativa de lograr ingresos para la atención de sus necesidades propias y de los suyos; que a su vez, se divide en dos: por un lado, el lucro cesante pasado o consolidado, como aquel que se causa a partir de la terminación del vínculo laboral del trabajador hasta la fecha del fallo; por otra parte, el lucro cesante futuro, el cual se genera a partir de la fecha de la providencia, hasta el cumplimiento de la expectativa probable de vida del ex trabajador. [4]

Fijadas las anteriores coordenadas, es preciso traer a colación el criterio jurisprudencial vigente en materia de indemnización plena de perjuicios, en asuntos en los cuales se ha declarado la culpa suficientemente comprobada del empleador por el menoscabo sufrido por

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del cuatro (4) de Julio de dos mil seis (2006) Magistrado Ponente Luis Javier Osorio López. Radicación No° 27501.

el trabajador con ocasión de accidente de trabajo, cuando paralelamente la ARL le concede pensión de invalidez en razón a la calificación de la pérdida de capacidad laboral. En ese orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 27 de abril de 2021[5], sostuvo:

> *'se debe decir que la jurisprudencia de esta Sala ha sido pacífica en sostener que las prestaciones económicas otorgadas por el Sistema General de Seguridad Social Integral son compatibles con la indemnización plena y ordinaria de perjuicios consagrada en el artículo 216 del CST, toda vez que cubren obligaciones distintas, pues mientras en el primer caso se busca proteger de manera objetiva al afiliado o sus causahabientes; en el segundo se propende por una reparación subjetiva que surge de un accidente laboral ocasionado por la culpa del empleador; razón por la cual se ha determinado la imposibilidad de compensar las sumas que el empleador debe a título de lucro cesante, daño emergente y/o perjuicios morales, conforme al precepto legal aludido, con los valores recibidos, en este caso, por la pensión de sobrevivientes a cargo de la ARL"*

En igual sentido la alta Corporación de manera uniforme y reiterada ha señalado, refiriéndose al lucro cesante consolidado futuro, que para su fijación deben estar acreditados los perjuicios. En efecto, sobre esta materia en sentencia dictada el 4 de noviembre de 2020 (Rad. SL 61563), en la que trajo a colación su propio precedente, tales como la SL 6 de marzo de 2012, radicación 31948 y SL 15 de octubre de 2008 radicado 29970, asentó:

"2.1. De la acreditación de los perjuicios materiales y morales

Lucro cesante-consolidado y futuro. En lo que estrictamente concierne al lucro cesante es importante recordar que la Corte ha adoctrinado que quien reclame perjuicios en la modalidad de lucro cesante debe probar."

Conviene aclarar que lo señalado por el artículo 216 del CST, respecto de que del monto de la indemnización ordinaria por perjuicios debe "descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo", según mandato jurisprudencial imperante, su interpretación es en el sentido que la compensación referida no alude a las sumas reconocidas por el sistema general de seguridad social, sino a los valores que el empleador ha pagado con anterioridad al trabajador o sus causahabientes, con ocasión del accidente sufrido, razón por la cual, no es posible compensar las cifras que a título de lucro cesante resulta deber del empleador con las recibidas por el trabajador por concepto de pensión de invalidez de origen profesional.[6]

---

5 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia SL 1566 del veintisiete (27) de abril de dos mil veintiuno (2021).

6 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del 22 octubre de 2014 SL16367 Magistrado Ponente Dr. Luis Gabriel Miranda Buelvas.

En esa circunstancia, el ordenamiento jurídico interno prevé que, respecto del derecho a una reparación como consecuencia de un accidente de trabajo, existen dos modalidades, que se identifican jurídicamente de la siguiente manera: la que se denomina reparación tarifada de riesgos, que se refiere al reconocimiento de las prestaciones económicas previstos por la Ley 100 de 1993, Ley 776 de 2002, y demás normas reglamentarias, hoy en día a cargo de las ARL. En otro orden, nos referimos a lo dispuesto en el artículo 216 del CST relativo a la indemnización plena de perjuicios por culpa suficientemente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente laboral. [7]

Bajo estas pautas jurisprudenciales, al descender al asunto que concita la atención de la Sala, **en cuanto al lucro cesante consolidado**, no es posible su tasación, como quiera que para ello, es menester identificar el momento en el cual finaliza el vínculo laboral del actor, mismo que se desconoce, pues del examen de los medios de pruebas documentales y testimoniales practicadas en el proceso, se extracta que con posterioridad a la ocurrencia del siniestro, continuó vinculado bajo contrato de trabajo con Recuperar S.A.S., recibiendo el rubro de la incapacidad cubierta por la ARL SURA a la cual se encontraba afiliado; y, aunque se tiene conocimiento que hubo reconocimiento de la pensión de invalidez y que fue la razón por la cual, según lo afirmó el testigo **Danny Andrés Castañeda Mesa** se terminó el contrato de trabajo, sin señalar calenda alguna, fuerza concluir que, no existe prueba contundente que lleve a la firme convicción de la fecha final de la relación laboral, y como es entre ésta y la data del fallo que se debe liquidar el lucro cesante consolidado, ante el desconocimiento del extremo inicial en mención, como se dijo delanteramente, no es posible su tasación, por tanto se impone la confirmación de la decisión de primer grado, en cuanto negó este concepto indemnizatorio.

Ahora, en lo que concierne al **lucro cesante futuro**, acogiendo los precedentes jurisprudenciales reseñados en precedencia, al examinar el expediente, se vislumbra absoluto divorcio del promotor de la acción frente a la carga probatoria reseñada, en la medida que brilla por su ausencia, acreditación de los perjuicios examinados. Y es que al tenor de la línea jurisprudencia traída a colación, la imposición de condena por lucro cesante futuro no opera de manera automática e inexorable, y lo cierto es que el interesado se limitó a requerirlos sin hacer agotar ningún esfuerzo probatorio de modo que esa conducta procesal se rearguye en contra de sus intereses.

Luego entonces, deviene improcedente reconocer el derecho al pago de dicho perjuicio, tal cual lo concluyó el sentenciador de primer grado.

Solución al tercer problema jurídico.

Surge de la alzada de la demandada GRUPO NUTRESA S.A., entidad que desde la contestación de la demanda fue contundente en desconocer los hechos y pretensiones del escrito inaugural, esencialmente, bajo la premisa que nunca se registró nexo laboral contractual con el actor y tampoco contrato de ninguna naturaleza con la empresa RECUPERAR S.A.S., pre-

7 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia del tres (3) de junio de dos mil nueve (2009). Radicación N° 35121

misas en las que soportó la excepción de inexistencia de relación contractual e inexistencia de responsabilidad solidaria con la sociedad Recuperar S.A.S.; y, ante la condena emitida en primera instancia, como consecuencia de haberla declarado solidariamente responsable de las indemnizaciones reconocidas a cargo de la empleadora, insiste ante esta instancia en la inexistencia de contrato de ninguna naturaleza con el demandante, ni su empleadora y mucho menos que haya sido beneficiaria de alguna forma del servicio prestado por aquél; además, que la A quo no escudriñó qué Nutresa S.A., es una entidad diferente, con objeto social distinto e independiente de la empresa que eventualmente fungió como empleadora del demandante.

Bajo este contexto, para la Sala, luce palmar que en últimas pretende persuadir de que no fue la persona jurídica que se debió demandar, que carece de legitimidad en la causa por pasiva, por lo que, para establecer si le asiste razón o no, es imperioso establecer con los diferentes medios de pruebas, si jurídicamente es la llamada a responder solidariamente, o no, por la indemnización del artículo 216 del CST que prosperó en primera instancia.

Cumple recordar que el demandante debe tener legitimación en causa por activa, y quien es demandado la debe tener por pasiva, puesto que su existencia es un presupuesto para dictar la sentencia "La jurisprudencia constitucional se ha referido a la legitimación en la causa, como la "calidad subjetiva reconocida a las partes en relación con el interés sustancial que se discute en el proceso" [8], de forma tal que cuando una de las partes carece de dicha calidad o condición, no puede el juez adoptar una decisión favorable a las pretensiones demandadas", pues quien formula una pretensión debe tener posibilidad sustancial debe tener las condiciones legales para reclamar un derecho o una obligación, y quien es demandado, debe tener las condiciones para que le sea exigido, "*entendido así el concepto de legitimación en la causa, es evidente que cuando ella falte, bien en el demandante o bien en el demandado, la sentencia no puede ser inhibitoria sino desestimatoria de las pretensiones aducidas, pues querrá decir que quien las adujo o la persona contra las que se adujeron no eran las titulares del derecho o de la obligación correlativa alegada*"[9].

Entrando en materia, del examen crítico del material probatoria acopiado oportunamente, es indubitable que en este caso se demandó a quien no se debía, puesto que habiéndose enderezado la demanda contra GRUPO NUTRESA S.A., para que responda solidariamente por las eventuales condenas que se impongan a la empleadora convocada RECUPERAR S.A.S., contrasta la orfandad probatoria frente a vínculo contractual directo que pudiera existir entre la primera con el actor y la referida empleadora, a contrario sen su, los medios de prueba apuntan unívocamente a desligarla del compromiso que le atribuyó la A quo y a demostrar la existencia de otra empresa que fue la que realmente se benefició del servicio prestado por el trabajador de la citada S.A.S., en desarrollo del contrato civil suscrito entre estas; y, nos referimos a la empresa **COMERCIAL NUTRESA**, veamos porque.

---

8 Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Radicado No. 73001 23 31 000 2006 01328 01(36565). Consejero Ponente: JAIME ORLANDO SANTOFIMIO GAMBOA

9 libidem

LAURA JARAMILLO, representante legal de Grupo Nutresa S.A., además de negar cualquier tipo de relación civil o comercial con RECUPERAR S.A.S., enfatiza que el objeto social de GRUPO NUTRESA S.A. está encaminado a la inversión de recursos en otras compañías de Colombia y en el exterior, que no se dedica a la comercialización de productos. Esta afirmación encuentra respaldo con el certificado de existencia y representación legal del que claramente se extracta que, dicha empresa con número de matrícula mercantil 21-002664-04, (Fl.337) en efecto, tiene ese objeto social.

BEATRIZ AGUDELO, con larga trayectoria como empleada de RECUPERAR S.A.S., como testigo directo de los hechos que narra, fue enfática al afirmar que, la empresa con la cual se suscribió un contrato de prestación de servicios fue con **COMERCIAL NUTRESA**, que, en ejecución del mismo, el demandante debía desarrollar sus labores en la bodega donde esta empresa almacenaba su mercancía y donde en últimas acaeció el accidente laboral. Durante todo su relato, hace referencia únicamente al contrato de prestación de servicios con esta última sociedad, exponiendo con claridad que era a la que le prestaban el servicio.

ÁLVARO FERNANDO KREISBERGER, quien laboró en la bodega en la que tuvo lugar el accidente; manifestó que conoció al señor John Carlos Moncayo cuando trabajó en Nutresa, indicando que, respecto de su empleador, se refería específicamente a **COMERCIAL NUTRESA.**

Por su parte el demandante al rendir su declaración de parte, dijo desconocer la existencia de algún contrato entre RECUPERAR S.A. y GRUPO NUTRESA S.A., que su trabajo no estaba orientado a beneficiar a esta última, que su sitio de trabajo era en una bodega de la empresa **COMERCIAL NUTRESA** y sostiene que no sabe exactamente la diferencia entre esta con el **GRUPO NUTRESA S.A**., pero creía que eran lo mismo; sin embargo, distanció a esta con negativas concluyentes frente a cualquier relación que los hubiera unido, de las que se destaca la respuesta alusiva a que el servicio por él prestado no era en beneficio del citado grupo empresarial, finalmente, afirma estar confundido entre lo que es **GRUPO NUTRESA S.A. y COMERCIAL NUTRESA**.

Dada este panorama, en aras de tener mejores elementos de juicio para definir la controversia, mediante prueba oficiosa practicada en esta instancia, se obtuvo el certificado de existencia y representación legal de COMERCIAL NUTRESA S.A.S., de cuyo estudio se logró constatar que su objeto social difiere del de GRUPO NUTRESA, pues, mientras este tiene como tal "inversión o aplicación de recursos (...) en empresas organizadas bajo cualquiera de las formas autorizadas por la ley"; Comercial Nutresa S.A. tiene como tal, la "realización de cualquier actividad lícita, y podrá llevar a cabo todas las operaciones de cualquier naturaleza relacionadas con el objeto mencionado (...)".

No obstante, lo anterior, al auscultar el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GRUPO NUTRESA S.A. (Fls. 366 y ss), en su interior página 13, se constata que COMERCIAL NUTRESA S.A.S. es una de sus filiales que tiene un capital del 50%, y, por lo tanto, es dable aceptar la existencia de un control económico ejercido por GRUPO NUTRESA S.A. como matriz.

A propósito de este control, conviene acotar que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 61 de la Ley 1116 de 2006[10] la responsabilidad subsidiaria de la matriz, respecto de las obligaciones de sus vinculadas, se perfila sólo en aquellos casos en que la insolvencia o liquidación judicial de las subordinadas, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones realizadas por la sociedad controlante, lo cual no ocurre en el sub-lite.

Con base en todo lo expuesto, resulta claro el desatino en el que incurrió el demandante al determinar la empresa que debía ser convocada al proceso, resultando del análisis de las pruebas incorporadas al mismo, que la empresa que debió ser llamada a juicio era COMERCIAL NUTRESA S.A.S., situación que aflora como hecho sobreviniente pero, en todo caso acreditado, conforme las probanzas antes enlistadas, por lo que al tenor de lo dispuesto en el artículo 281 del CGP se tendrá en cuenta como quiera que es modificatorio del derecho sobre el cual versa este litigio.

Y es que es tal el desacierto frente a la persona que debió ser vinculada, que es oportuno llamar la atención, que en la audiencia del artículo 77 del CPTSS, la parte demandante, pretendió que se integrara la litis con otra empresa diferente a las ya mencionadas, esto es, NUTRESA SERVICIOS S.A.S., que es otra de las empresas que conforman el Grupo Empresarial Nutresa, cuya matriz o controlante es Grupo Nutresa S.A., e igualmente con identidad diferente a Comercial Nutresa S.A.S., refulgiendo palmar la incertidumbre del propio actor respecto de la sociedad de quien pretende responsabilidad solidaria. De contera, ello magnifica la conclusión del Colegiado.

Con fundamento en lo expuesto, esta Colegiatura encuentra mérito para absolver al GRUPO NUTRESA S.A., de lo pretendido en su contra, de forma, que se refrendará la excepción denominada excepción de inexistencia de relación contractual e inexistencia de responsabilidad solidaria con la sociedad Recuperar S.A.S. formulada al replicar el libelo inaugural, para en consecuencia, **revocar el ordinal séptimo de la sentencia;** deviene inexorable revocar el ordinal relativo a la condena en costas.

Solución al cuarto y último problema jurídico.

Afloró de la apelación de la llamada en garantía, al oponerse a la condena impuesta, de su discurso argumentativo, se extrae, que está dirigido a señalar que la acción derivada del contrato de seguro suscrito con Recuperar S.A.S. se encuentra prescrito.

Al respecto, se memora que la normatividad atinente a la prescripción extintiva para ejecutar la acción que se deriva del contrato de seguros prevé de forma general, que los términos para ejercerla pueden ser en dos momentos diferentes; dependiendo si es ordinaria, cuyo término es de 2 años; o extraordinaria, la cual será de 5 años. Respecto del primer término, se contará a partir del momento en que el titular del derecho tiene conocimiento real o presunto del hecho que genera la acción a reclamar, dependiendo por lo tanto de un elemento subjetivo; paralelamente el término de prescripción extraordinaria se contará desde el momento en que ocurre el hecho generador de la acción, que es el elemento objetivo que lo determina. [11]

---

10 Ley 1116 del 27 de diciembre de 2006. Por la cual se establece el Régimen de Insolvencia Empresarial.

11 Artículo 1081 Código de Comercio

Por otra parte, es preciso tener en cuenta que, con relación al cómputo del término de prescripción extintiva de la acción, específicamente en el contrato de seguro de responsabilidad civil, la legislación ha previsto una regla especial, dispuesta en el artículo 1131 del Código de Comercio, que literalmente reza:

> *"Artículo 1131 - Ocurrencia del siniestro - 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 formule la petición judicial o extrajudicial****"* (Subrayado fuera de texto)

De acuerdo con este precepto, convergen dos prescripciones distintas; la primera afecta a quien ostenta la calidad de víctima quien es beneficiario de la póliza; la segunda atañe al asegurado, como causante del daño y por lo tanto generador de la obligación a indemnizar, quien, a su vez, ampara su patrimonio con la efectividad de la póliza de seguro que para tal efecto ha contratado.

La jurisprudencia imperante en la materia ha sido pacífica en determinar que el cómputo del término de prescripción en los seguros de responsabilidad civil, conforme al citado dispositivo, solo correrá a partir de la reclamación judicial o extrajudicial que la víctima del siniestro eleve contra el causante del daño acaecido, quien a la par ha sido el tomador del seguro o asegurado.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de octubre de 2019[12], expresó:

> *"Para reforzar lo dicho, es preciso señalar que* ***en el ramo de los seguros de responsabilidad civil, la ley no exige que el productor del menoscabo primero sea declarado responsable para que pueda repetir contra el asegurador, pues basta con que al menos se le haya formulado una reclamación (judicial o extrajudicial), ya que a partir de ese hito podrá dirigirse contra la aseguradora en virtud del contrato de seguro; luego, siendo ello así, como en efecto lo es, mal se haría al computarle la prescripción de las acciones que pueda promover contra su garante desde época anterior al instante en que el perjudicado le reclama a él como presunto infractor.***
>
> *Con otras palabras, sin mediar reclamación de la víctima el asegurado no puede exhortar al asegurador a que le responda con ocasión del seguro de responsabilidad civil contratado, pues a él nadie le ha pedido nada aún; luego, si lo hace el asegurado podrá entonces aducir, con total acierto, que no le es exigible la satisfacción de la obligación indemnizatoria derivada del seguro, puesto que ministerio legis, tal exigibilidad pende inexorablemente no sólo de la realización del hecho externo imputable al asegurado (el riesgo), cual se materializa*

12 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 13948-2019 del once (11) de octubre de dos mil diecinueve (2019), Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro Duque, radicado: 11001-02-03-000-2019-02764-00

con el siniestro, que es el detonante de la responsabilidad civil, sino que requerirá además la condición adicional de que esta se haga valer por vía judicial o extrajudicial contra el agente dañino, es decir frente al asegurado." (se destaca a propósito).

En el caso de autos, obra a folios 44 y 45 el contrato de seguro - póliza AA024777-, suscrito entre Recuperar S.A.S. como asegurado, y Equidad Seguros como aseguradora, del que claramente se deduce que es un contrato de seguro de responsabilidad civil, razón por la cual su régimen de prescripción es el señalado del artículo 1081 complementado con el artículo 1131 del Código de Comercio.

Precisado lo anterior, de acuerdo con las pautas legales y jurisprudencial reseñadas anteriormente, para la Sala, la sociedad asegurada Recuperar S.A.S., sólo pudo estar legitimada para reclamar el cumplimiento del contrato de seguro cuando fue convocada como parte pasiva al proceso, puesto que solo en ese momento y en el eventual caso de ser condenada, le asistía la obligación indemnizatoria en favor del demandante, razón por la cual, el cómputo de la prescripción de la acción que Recuperar S.A.S. puede ejercer en contra de la Equidad Seguros como garante, sólo inicia desde la reclamación judicial que a través del presente proceso se elevó en su contra, que en este caso ocurrió con la notificación de la demanda practicada el **13 de septiembre de 2019**, visible a folio 365 del expediente digital; y, como quiera que el llamamiento en garantía realizado al contestar la demanda, fue recibido en el juzgado cognoscente, el 26 de septiembre siguiente (Fl. 42 y ss exp. Digital) y la notificación personal a la citada entidad aseguradora se surtió el 22 de noviembre de 2019 (Fl. 148 Exp. Pte 2), al romper se advierte que la acción para reclamar el derecho asegurado se salvó de prescribir.

Finalmente, en lo que atañe a su observación referente a que, de llegarse a confirmar el fallo, se tenga en cuenta los topes máximos de responsabilidad de su asegurada respecto del valor a indemnizar, la Sala destaca, que ello es consecuente con la autonomía de la voluntad circunscrita en la póliza de seguros y, por tanto, se refrenda la exhortación que en tal sentido eleva la Aseguradora.

Sean las anteriores razones suficientes para secundar la decisión de la A quo, en cuanto no encontró con vocación de éxito la excepción de prescripción formulada por la aseguradora llamada en garantía.

4. Costas

De conformidad con lo dispuesto en los numerales 1° y 3° del artículo 365 del CGP, dadas las resultas de los recursos de apelación, que resultaron fallidos para la parte demandante y la llamada en garantía Seguros Equidad, se impone condena en costas a cargo de ellas. Las que corren a cargo del promotor del proceso cursan a favor de NUTRESA S.A.; y, las de la llamada en garantía Seguros Equidad, a favor del promotor del proceso. Se fijan como agencias en derecho a cargo de cada uno de aquellas, en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la **Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO. - REVOCAR los ordinales séptimo y décimo primero de la sentencia proferida el 28 de octubre de 2021 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, dentro del proceso instaurado por John Carlos Moncayo López contra Grupo Nutresa S.A., Recuperar S.A.S. y Seguros Equidad (llamada en garantía) apelada, para en su lugar, **ABSOLVER** a la demandada **GRUPO NUTRESA S.A.** de las pretensiones deprecadas en su contra y de las costas procesales.

SEGUNDO. - CONFIRMAR la sentencia apelada en lo demás.

CUARTO. - CONDENAR en **COSTAS** a la llamada en garantía SEGUROS EQUIDAD, en favor de la parte demandante. Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

QUINTO. - CONDENAR en **COSTAS** al demandante, en favor de la demandada Nutresa S.A. Se fijan como agencias en derecho a su cargo el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente.

SEXTO. - NOTIFÍQUESE esta decisión por estados electrónicos, conforme a lo señalado en la Ley 2213 de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del CPT y SS.

En firme esta decisión devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES > NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES DE LAS NOTARÍAS - Los empleados de las notarías siempre se han considerado trabajadores particulares contratados directamente por el notario, al que le corresponde el reconocimiento y pago de las obligaciones laborales con los recursos que percibe de los usuarios por concepto de derechos notariales -servicio prestado por particulares bajo la figura de la descentralización por colaboración-, excepto en el lapso comprendido entre el 9 de noviembre de 1970 y el 28 de diciembre de 1973 en el que estuvo vigente el Decreto 2163 de 1970

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES > CONTRATO DE TRABAJO, CONTRATO REALIDAD > PRESUNCIÓN - Acreditada la prestación personal del servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES > CONTRATO DE TRABAJO, CONTRATO REALIDAD > ELEMENTOS ESENCIALES > SUBORDINACIÓN - La subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador es el elemento que sirve para diferenciar entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios

LABORAL INDIVIDUAL DE TRABAJADORES PARTICULARES > CONTRATO DE TRABAJO, CONTRATO REALIDAD > ELEMENTOS ESENCIALES > SUBORDINACIÓN > ANÁLISIS DE PRUEBAS - Error de hecho del ad quem al considerar que el elemento esencial de subordinación fue desvirtuado por el demandado, pues contrario a ello, se concluyó que la labor realizada por el demandante -declaraciones extrajuicio- no pueden considerarse como independiente como si se tratara de una actividad diferente al giro ordinario de la notaría, además porque independientemente del horario que cumpliera el demandante, las declaraciones por él recepcionadas solo se podían adelantar con validez cuando el notario se encontraba en el despacho notarial y plasmaba su firma, por lo que existía un marco temporal de la gestión y por último, las declaraciones recaudadas dieron cuenta que la labor desempeñada por el actor, también la cumplían otros empleados a cargo del notario, incluídos en nómina, con la diferencia de que aquellos sí se les reconocía un vínculo de orden contractual y al demandante uno de naturaleza civil, conclusiones suficientes para determinar que el vínculo que unió a las partes fue un contrato laboral a partir del 31 de diciembre de 2001 al 31 de diciembre de 2019, en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas

---

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, veinte (20) de mayo de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 520013105003-2020-00218-01 (337)
Asunto : Apelación sentencia
Procedencia : JuzgadoTercero Laboral del Circuito de Pasto
Magistrada : Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas del Decreto No. 806 de junio 4 de 2020 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **GEOVANNI LAUREANO BETANCOURT CHICAIZA** en contra de la **NOTARÍA CUARTA DEL CÍRCULO DE PASTO,** acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

I. ANTECEDENTES

Pretende el accionante, por esta vía ordinaria laboral, que se declare la existencia de un contrato de trabajo verbal con la entidad demandada, **NOTARÍA CUARTA DEL CÍRCULO DE PASTO**, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, que rigió de manera ininterrumpida entre el 8 de mayo de 2001 y diciembre de 2019, laborando bajo la dependencia y subordinación del empleador sin que se le cancelara, entre otros derechos, el salario mínimo legal vigente. Como consecuencia de tales declaraciones solicita imponer condena a su favor por las acreencias laborales e indemnizaciones enlistadas en el escrito genitor, con su respectiva indexación, tales como el reajuste salarial, los aportes por concepto de salud, así como la indemnización por no darle un trato digno y someterlo a humillaciones en público.

Como fundamentos de los anteriores pedimentos señala, en síntesis, que el 8 de mayo de 2001 fue contratado mediante contrato de prestación de servicios por la NOTARÍA CUARTA DE PASTO, para diligenciar declaraciones extra-proceso a petición del público, actividad que ejecutó de manera personal, bajo la subordinación y dependencia del notario hasta el 31 de diciembre de 2019, cuando presenta la renuncia. Sostiene que su labor la desempeñó de lunes a viernes en jornada laboral de 8:00 a.m. a 12:00 y de 2:00 p.m. a 6:00 p.m. y los sábados cuando la Notaría estaba de turno de 8:00 a.m. a 12:00 m., con una remuneración igual al 13% del denominado estipendio, cuyo promedio mensual ascendía a TRESCIENTOS CINCUENTA MIL PESOS ($350.000), con una variación anual en su precio de $ 20 a $ 30 por cada declaración realizada.

Manifiesta que no fue afiliado al Sistema de Seguridad Social en Salud, puesto que ya es pensionado; que tal como lo obliga la norma laboral y la Ley 50 de 1990, en concordancia con la Ley 100 de 1993, no se le consignaron sus cesantías en un fondo de cesantías, que tampoco se le reconoció auxilio de transporte ni se le pagó, por lo menos, el salario mínimo, causándole un estado alto de depresión que alteró significativamente su vida.

TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Notificada la demanda en debida forma, el demandado, a través de apoderado judicial, la contestó oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, argumentando que el demandante no celebró contrato de trabajo con la NOTARÍA CUARTA DEL CÍRCULO DE PASTO, sino uno de prestación de servicios para realizar declaraciones extraproceso, de manera autónoma y utilizando su propio equipo de cómputo, sin someterlo a un horario de trabajo y menos aún a subordinación. Indica que, el accionante, jamás percibió salario alguno pero si el 13% de cada declaración realizada, destacando que éste se ajustaba conforme al IPC fijado por el Gobierno Nacional; es decir, su retribución diaria era variable y dependía de la actividad ejecutada por el convocante a juicio.

Explica que el Sr. Betancourt elaboraba la declaración, cobraba la tarifa al usuario y realizaba una ficha con el número de las declaraciones encomendadas; posteriormente, se llevaba al

notario para la correspondiente firma y control. Al finalizar el día comparaba las fichas, sacaba su porcentaje y lo restante entregaba al despacho.

Refiere que el demandante jamás estuvo sometido a un poder de mando y un deber de obediencia, no se le exigió cumplimiento de horario, pues su actividad fue totalmente autónoma e independiente. Afirma que no lo afilió al Sistema de Seguridad Social Integral por cuanto la vinculación del demandante no comporta esta obligación ni tampoco hay lugar a pagar ninguna otra prestación de carácter laboral. En su defensa propuso varias excepciones de mérito.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, la operadora judicial a cargo del Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento llevada a cabo el 29 de julio de 2021, declaró que la parte demandada desvirtuó el elemento subordinación dentro de la relación jurídica que existió con el demandante GIOVANNY LAUREANO BETANCOURT CHICAIZA, por lo que la absolvió de todas las pretensiones incoadas en su contra y lo condenó en costas.

Para asumir tal decisión la jueza consideró que, en primer lugar, no podía demandarse a la Notaría Cuarta pues carecen de personería jurídica y no adquieren derechos ni obligaciones, si no a los notarios a cargo de cada una de ellas por fungir como empleadores. Fue por lo que el juzgado tramitó el proceso bajo el entendido que quien debe responder, en caso de imponer condenas, es el notario. En segundo lugar, consideró desvirtuada la presunción de subordinación que trae el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, a través de los testimonios y del interrogatorio de parte rendido por la parte demandante, cuando además no se asumió la carga probatoria respecto del salario y los extremos temporales, por lo que no se demostraron efectivamente los tres elementos del contrato de trabajo.

RECURSO DE APELACIÓN PARTE DEMANDANTE

Inconforme con la decisión adoptada en primera instancia, quien representa los intereses judiciales de la parte demandante se opuso a la decisión impartida por la jueza cognoscente, tras considerar:

Que se acreditaron a cabalidad los tres requisitos que constituyen el contrato de trabajo, bajo el principio de primacía de la realidad sobre las formalidades; empero, la directora judicial omitió valorar el testimonio y las pruebas que se aportaron.

Que el juzgado olvida, además, que el contrato de prestación de servicios es temporal y en el presente proceso no se acreditó la firma de un otro si, ni prórrogas que lo extiendan en el tiempo, trabajando el demandante por más de 10 años bajo el mismo contrato.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

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 Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social (mod. por el art. 35 de la Ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 15, numeral 1º. del Decreto 806 de junio 4 de 2020, se expusieron -vía electrónica-, conforme da cuenta la constancia secretarial de 29 de septiembre de 2021, las conclusiones de la parte demandante y demandada.

La primera de ellas, replicando los argumentos esbozados desde el escrito inaugural y el recurso de apelación, particularmente, que la jueza desestimó que el contrato de prestación de servicios es de carácter temporal y limitado, sin que el documento aportado determine límite de tiempo o se haya firmado adición, pr**ó**rroga, nuevo contrato u otro si, razón por lo cual vulnera la prohibición de contratar de forma indefinida bajo esta modalidad contractual.

Resalta que el demandado daba a su representado el trato de un trabajador, en tanto lo invitaba a eventos sociales, al igual que lo hacía con sus otros subordinados; que no se aporta contabilidad o documento alguno que respalde que el accionante ganaba más de $350.000 mensuales, conforme a las manifestaciones del llamado a juicio; que se debe tener en cuenta la edad avanzada de demandante, lo que le impidió que en su interrogatorio exteriorizara las cosas en debida forma; no obstante, aclar**ó** que cumplía horario como una carga impuesta por su empleador, que trabajaba de manera personal y con las herramientas de trabajo de la Notar**í**a, sin que este hecho se desnaturalice porque uno de sus hijos aportará su conocimiento en el área de sistemas. Tal versión se corrobora con la versión entregada por la testigo MAGOLA MONTENEGRO, quien da fe de que el Sr. Betancourt cumplía con todos los elementos para configurarse un contrato laboral, pero **éste se d**esatendió.

Por último, recuerda que el demandante goza de amparo de pobreza, por tanto, solicita desestimar la condena en costas procesales, tanto en primera instancia como en segunda.

A su turno, quien representa los intereses judiciales de la parte demandada, igualmente insiste en los argumentos expuestos con la contestación de la demanda, esto es, que el vínculo no se ciñó a los postulados del artículo 23 del C**ódigo** Sustantivo de Trabajo, pues el demandante nunca estuvo sometido a órdenes, horario, ni reglamentos, desplegando la actividad contratada con apego estricto al contrato de prestación de servicios que es netamente civil; que las invitaciones sociales no constituyen cambio de modalidad contractual y que los testimonios de PATRICIA BUCHELI y MARIA EUGENIA ACOSTA son claros en señalar que el demandante

jamás estuvo sometido a **ó**rdenes o reglamentos, que la labor la prestaba en un computador que él mismo suministraba, sin cumplir horario y que el valor que el accionante devengaba diariamente dependía de su propia actividad.

Finalmente indica que lo narrado por MAGOLA MONTENEGRO se considera de oídas, careciendo de eficacia probatoria, cuya valoración será conjunta con las demás pruebas obrantes en el proceso.

CONSIDERACIONES

En virtud de lo antes expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión dilucidar los siguientes problemas jurídicos: i) ¿Se acreditan en el sub examine, para efecto de declarar la existencia del contrato de trabajo alegado por el convocante a juicio en el marco del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades, los elementos estructurantes reseñados en el artículo 22 y 23 del Código Sustantivo de Trabajo? En caso afirmativo, ii) ¿Alcanzan prosperidad las pretensiones anheladas por el actor y enlistadas en el libelo genitor?

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

Sea lo primero señalar que, conforme lo advirtió la falladora judicial de primer orden, las notarías no constituyen personas jurídicas y por lo mismo, no pueden ser traídas a juicio; empero, de conformidad con la Ley 588 de 2000, artículo 1º, el "notariado es un servicio público que se presta por los notarios e implica el ejercicio de la fe pública o notarial"; es decir, los particulares que fungen como tales colaboran con la administración pública y prestan en forma permanente la función pública notarial, bajo la figura de la descentralización por colaboración. Por esta razón, se encuentran facultados para crear, bajo su responsabilidad, los empleos que requieran para prestar tales servicios, siendo de su cargo el pago de salarios y demás prestaciones según los establece la ley laboral, pues son trabajadores de carácter privado y, en consecuencia, las controversias que surjan en este escenario corresponden a la justicia ordinaria laboral.

Advertido lo anterior y en torno a dirimir la presente causa litigiosa, se tiene que en virtud del artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable en esta materia por el principio de integración normativa que trae el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, es deber de la parte activa de la Litis demostrar los hechos en los cuales cimienta sus anhelos y de la parte convocada, aquellos en los cuales estructuran su defensa. En este orden, le correspondía al accionante demostrar la existencia de una relación laboral para que la misma sea declarada; es decir, que prestó personalmente el servicio a favor de quien convocó a la presente causa litigiosa como empleador, que el mismo tenía el carácter de subordinado y que percibía a cambio una remuneración, como lo exigen los artículos 22 y 23 del Código Sustantivo del Trabajo, aun cuando conforme al artículo 24 del mismo compendio, bastará probar el primer elemento, la prestación personal del servicio para que por ley se presuma su existencia; pero además, su vigencia en el tiempo, ya que a partir de ahí se imponen las respectivas condenas.

Ahora bien, en forma pacífica, nuestro Tribunal de Cierre ha señalado que cuando opera esta presunción legal a favor del demandante, surge a cargo del convocado a juicio la obligación de demostrar los hechos contrarios a los presumidos; esto es, que la relación de trabajo con el promotor de la Litis no estuvo regida por un contrato de trabajo o que el mismo se desarrolló desprovisto de cualquier viso de subordinación o dependencia.

Bajo tales premisas y antes de que esta Sala de Decisión aborde el aspecto toral que concentra su atención, precisa advertir que la falladora de instancia, si bien estructuró su convencimiento frente a la prestación personal del servicio del demandante a favor del demandado tras valorar las pruebas documentales y testimoniales arrimadas al plenario, se abstuvo de declarar la existencia de la relación laboral por considerar que la subordinación, que como antes se dijo se presume, fue desvirtuada. Aunado a ello, tampoco encontró probados otros elementos como el salario devengado y los extremos temporales.

En este orden, es preciso reiterar por parte del Juez Plural, como ya se ha hecho en anteriores oportunidades, que el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formas se edifica como derecho sobre realidades y verdades en conexión entre el respeto a la dignidad humana y la justicia social que envuelve el trabajo. Tal principio le permite al operador judicial gratificar la realidad de los hechos sobre lo que se pueda observar en documentos o escritos rubricados por las partes e incluso en su misma voluntad, derivada quizá de la intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta de la real, permitiendo, en consecuencia, establecer la existencia de una relación laboral y con ello, el amparo por los derechos y prerrogativas que de ésta se desprenden, de carácter irrenunciable, a favor de los trabajadores.

De esa manera, esta Corporación enfocará su estudio en esclarecer si la relación vigente entre las partes en contienda se rigió por un contrato de trabajo, o si, por el contrario, como lo arguye la parte demandada, existió un contrato de prestación de servicios y por tanto de naturaleza civil.

Prestación personal del servicio

En cuanto a este primer elemento contractual, el mismo fue aceptado desde la contestación de la demanda al mencionarse que el actor realizaba declaraciones extraproceso en el marco de un contrato de prestación de servicios, dentro de las instalaciones de la Notaría Cuarta del Círculo de Pasto, circunstancia que fue ratificada al rendir el interrogatorio de parte por el notario a cargo, Dr. JAIME RENÉ ZAMBRANO y corroborada al unísono, además, por las tres deponentes que comparecieron al proceso.

Así las cosas, se encuentra acreditada la prestación personal del servicio por parte del demandante a favor del demandado.

Continuada subordinación o dependencia

Al respecto conviene precisar que la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador constituye el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios, pues dicha potestad se concreta en el sometimiento del trabajador a las órdenes o imposiciones de quien ejerce tal autoridad. Dicho de otra manera, el contrato de prestación de servicios se caracteriza por la independencia o autonomía que tiene el contratista para ejecutar la labor encomendada por el contratante.

Bajo ese entendido, cuando se alega el principio de primacía de la realidad sobre las formas con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, corresponde en cada caso, sin desconocer los principios del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación.

Y ocurre en este caso que, si el primer elemento ya se demostró, como antes se indicó, lo que sigue es presumir la existencia del contrato de trabajo, por ser un mandato expreso del artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, aun cuando la misma, por tratarse de una presunción legal, puede ser desvirtuada.

Para cumplir tal carga probatoria, la parte demandada hizo comparecer a las testigos MARÍA EUGENIA ACOSTA y SONIA PATRICIA BUCHELI, empleadas a su cargo. La primera de ellas aseguró que GEOVANNI LAUREANO BETANCOURT no cumplía horario de trabajo y era autónomo en su labor, sin presenciar nunca que el notario le impartiera órdenes; que además de las declaraciones extra-proceso hacía contratos y poderes para los usuarios que buscaban sus servicios, poniendo precio a esta labor. Que los sábados, cuando la notaría tenía turno de disponibilidad, el actor no asistía y que el computador utilizado como herramienta de trabajo era de su propiedad, siendo su hijo quien se encargaba del mantenimiento.

Por su parte, la testigo SONIA PATRICIA BUCHELI, relató que el demandante prestaba sus servicios desde hace 18 años, realizando declaraciones extraproceso y documentos privados que no son servicios que presta la notaría y por los cuales no se pagaba nada a la entidad. Sobre el cumplimiento del horario manifestó que a veces llegaba muy temprano, pero que se retiraba cuando ya no había declaraciones. Que el computador y la impresora eran de propiedad del actor, pero el escritorio si era de la notaría y que nunca le dieron órdenes.

En sentido inverso, la Sra. MAGOLA MONTENEGRO, testigo de la parte demandante y quien se desempeñó en oficios varios en las instalaciones notariales, expresó que el actor llegaba antes de la 8 a.m. hasta las 12 y luego de 2 a 6 p.m., todos los días de lunes a viernes y que nunca faltó a su trabajo. Respecto de las funciones informó que además del actor, las señoras MARLEN, AMPARO y YOLANDA hacían declaraciones de igual naturaleza que el promotor del litigio, al principio en una máquina de escribir y luego el notario le asignó un computador.

Aunado a lo anterior, en el interrogatorio de parte absuelto por el notario demandado, Sr. JAIME RENÉ ZAMBRANO, aceptó que inicialmente el actor trabajó bajo un contrato verbal, por espacio de 6 años aproximadamente y luego se plasmó en un contrato escrito de prestación

de servicios para así tener claridad, que perduró por 18 años por ser indefinido. Respecto del horario manifestó que BETANCOURT era autónomo, pero que dependiendo de las horas que trabajaba ganaba, aclarando que "si venía a las 10 ganaba menos, si no venía no ganaba nada". Acota que aparte de las declaraciones el actor realizaba los contratos que los usuarios le pedían, de lo cual nunca le reportó pago alguno a la notaría. Acepta también que las declaraciones extra juicio están ordenadas por la Superintendencia de Notariado y Registro, siendo una labor a cargo del demandante y de dos de sus empleadas, quienes ejercían esa y otras funciones.

Expone, además, que como notario tiene en su nómina tres empleados jubilados a quienes les paga todo, a excepción de las cotizaciones a pensión y adicional les cancela $1.700 por cada declaración extra juicio que realizan, suministrándoles los equipos porque son sus empleadas. Al ser interrogado por la jueza cognoscente respecto de porque hizo la diferenciación entre el actor y las personas jubiladas que tiene vinculadas a la nómina, manifestó: "(…) esa es determinación mía, ellos se jubilaron dentro de la notaría, son personas muy correctas y las metí nuevamente a nómina a excepción del no pago de pensión porque la ley no me lo exige, lo demás tienen todo, todas las prerrogativas que tiene por ley. A él no lo vincule por contrato de trabajo sino por contrato de prestación de servicios porque en ese tiempo no había mucho trabajo y entonces solamente era con él, la notaría empezó a crecer y el rendimiento son 3 veces más que lo que cuando yo entre", señalando que los otros empleados cumplían, además, otras funciones y el actor solamente realizaba declaraciones extra juicio.

Del análisis en conjunto y crítico de la prueba, concluye la Sala que el elemento esencial de subordinación, contrario a lo decidido por la directora judicial de primera instancia, no fue desvirtuado por el demandado, por las razones que pasan a exponerse:

En primer lugar, porque si bien el convocado a juicio insiste en que la labor ejercida por el señor Betancourt era autónoma e independiente, lo cierto es que las declaraciones extra juicio que los usuarios de la notaría requieren, solo se validan con la firma del notario, en tanto se trata de una función permanente y propia de los notariados. De esta manera, la labor realizada por el promotor de la Litis no puede catalogarse, de manera alguna, como independiente, como si se tratase de una actividad diferente al giro ordinario de la notaría, como lo pretende hacer notar el demandado y sus testigos.

En segundo lugar, porque independientemente del horario que cumpliera el demandante, las declaraciones extra juicio solo se podían adelantar, con eficacia y validez, cuando el notario se encontraba en el despacho notarial y plasmaba su firma; es decir, existía un marco temporal fuera del cual el actor no podía adelantar ninguna gestión.

En tercer lugar, porque de las declaraciones recaudadas en el plenario y del interrogatorio de parte rendido por el accionado, se verifica que esta misma actividad, realizar declaraciones extra juicio, la cumplían al mismo tiempo otros empleados a cargo del notario, incluidos en la nómina, con la diferencia que a ellos se les reconocía una vinculación de orden laboral contractual con todas las prerrogativas que la ley consagra y al demandante, una de natu-

raleza civil, desprovista del pago de salario y prestaciones sociales. La explicación para esta odiosa discriminación, dada por el propio Sr. Zambrano, es la discrecionalidad de la que disfruta en su condición de notario, la edad del demandante que se denota en bajo rendimiento pues las otras empleadas son más jóvenes y rinden más, advirtiendo que si las declaraciones se las daba solo a él, "entonces la notaría prestaba un mal servicio, cuando es la que más rendimiento tiene en la ciudad"; además de la alta confianza hacia sus dependientes a quienes conoce como gente buena y correcta.

Tales conclusiones no se derruyen ni siquiera con las afirmaciones realizadas por la parte pasiva del litigio y sus testigos, quienes aseguran que el demandante adelantaba, en el tiempo de trabajo, otras actividades como hacer contratos y otros documentos a ruego de los particulares, pues es el mismo demandado quien sostiene que en la notaría el trabajo creció en exceso y el tiempo dedicado por el Sr. Betancourt no era suficiente para atender la demanda de declaraciones extra juicio, por lo que dispuso que tres personas más, de nómina como antes se advirtió, se encargaran de esta labor; pero además, se tratan de meras afirmaciones sin sustento probatorio alguno, basándose únicamente en el dicho de las testigos, quienes fueron tachados por sospecha por su condición de empleadas de la notaría.

En cuarto lugar, la Sala advierte que, del interrogatorio de parte rendido por el demandado, también se extrae que el contrato de prestación de servicios suscrito entre el demandante y el notario demandado, a término indefinido, el cual perduró por un tiempo superior a 12 años, en total 18 años, fue solo el instrumento utilizado por el titular del despacho notarial para "dar claridad" sobre la prestación de servicios que él tenía, porque hasta ese momento se regían por un contrato de trabajo verbal; es decir, 6 años bajo una modalidad de contrato laboral a término indefinido y luego, se decide "aclarar la situación" (para utilizar el mismo verbo del demandado), a través de un contrato civil que, indubitablemente, desnaturaliza el vínculo laboral. Tal acto bilateral pierde eficacia, en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formas contenido en el artículo 53 constitucional, porque desmejora la situación laboral del trabajador para dar paso a una modalidad contractual menos beneficiosa, más aún si se tiene en cuenta que la actividad que ejecutó al servicio del notario siempre fue la misma.

Finalmente, tampoco se desnaturaliza la subordinación cuando se verifican los instrumentos o herramientas utilizados para el ejercicio de la función, como lo enfatiza el extremo pasivo de la Litis, por cuanto si bien al comienzo utilizó una máquina de escribir y luego se pasó a un computador "que el mismo trajo y era el hijo quien le hacía los mantenimientos", lo cierto es que éste era solo uno de los medios de trabajo requeridos para la labor, porque los restantes, como el escritorio, el equipo biométrico al que se refiere el notario en su interrogatorio, al explicar que algunas declaraciones, que son funciones permanentes, se podían realizar con biometría o sin biometría y cada servicio con diferente valor, así como los servicios complementarios de infraestructura y servicios públicos, todos son de propiedad y de cargo del notario.

Extremos temporales y salario

Ahora bien, respecto de los extremos laborales que igualmente la jueza cognoscente concluyó no acreditados, se tendrá en cuenta la confesión que realiza el demandado cuando alude y en ello es enfático, que el actor laboró por 18 años, para lo cual la Sala acoge, como en otras oportunidades se ha hecho, el criterio de nuestro órgano de cierre jurisprudencial que, desde vieja data, en sentencia de 22 de marzo de 2006, Rad. 25580, reiterada en decisión de 28 de abril de 2009, Rad. 33849 y 6 de marzo de 2012, Rad. 42167, entre otras, ha señalado que cuando no se precise, con exactitud, la vigencia del contrato de trabajo, ésta podrá aproximarse siempre que se tenga certeza sobre la prestación del servicio en un periodo de tiempo, pues es deber del juzgador desentrañar los elementos que permitan dar al trabajador la protección que las leyes sociales le garantizan. En tales condiciones, si se trata de la fecha de ingreso, teniendo únicamente como información el año, se podría dar por probado como data de iniciación de labores el último día del último mes del año, pues se tiene la convicción que por lo menos ese día lo trabajó (sentencia SL1181-2018, Rad. N° 54832).

En este orden y descendiendo al caso que ahora ocupa la atención del juez plural, es viable colegir que el promotor de la Litis laboró, al menos, desde el 31 de diciembre de 2001 y como se acepta que fueron 18 años, la data final no puede ser otra que el 31 de diciembre de 2019, como igualmente lo expuso el convocado a juicio cuando indicó, al rendir interrogatorio de parte, que fue decisión del convocante a juicio dejar de trabajar en esa data.

Por último y en relación con el restante elemento del contrato de trabajo, si bien no se acredita en forma efectiva el salario percibido por el demandante, ello no es óbice para amparar los derechos del trabajador, en tanto es el mínimo legal el que impera en las relaciones de orden privado, como lo dispone el artículo 132 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 18 de la Ley 50 de 1990.

Será este, en consecuencia, el valor a considerar para liquidar las correspondientes prestaciones sociales a favor del demandante, previa declaratoria parcial de la excepción de prescripción formulada por pasiva, que opera desde el 9 de septiembre de 2017, teniendo en cuenta la interrupción de este fenómeno que se dio con la presentación de la demanda, 9 de septiembre de 2020. De lo anterior se exceptúa el auxilio de cesantía, pues sobre él este fenómeno extintivo no opera y con respecto a la compensación de vacaciones, se contabiliza a partir de su causación efectiva.

Dicho lo anterior no hay lugar a reconocer a favor del actor el reajuste salarial, pues como se dijo, no se acreditó el valor devengado en la vigencia de la relación laboral y tal carga demostrativa estaba a cargo del extremo activo de la contienda, pues los testigos dan cuenta de un porcentaje reconocido a favor del demandante pero su valor no se acreditó fehaciente, a pesar de que el notario, igualmente en el interrogatorio de parte, señaló que podría devengar la suma de $ 1.000.000 para el año 2021, sobre un promedio diario de 30 declaraciones y $ 50.000, lo que correspondía a una suma levemente superior al mínimo legal vigente para esa anualidad.

LIQUIDACIÓN DE PRESTACIONES SOCIALES E INDEMNIZACIONES

Así las cosas, las condenas a cargo de la parte convocada a juicio y a favor del demandante, conforme se desprende del cuadro aritmético realizado por la Sala para este efecto y que hace parte de la presente decisión, son:

AUXILIO DE TRANSPORTE

Es un pago que se realiza a los trabajadores que tienen un sueldo de hasta dos salarios mínimos mensuales, instituido por la Ley 15 de 1959, por lo tanto, por este concepto le corresponde un valor de $2.533.305,33

CESANTÍAS, INTERESES A LAS CESANTÍAS, SANCIÓN POR NO PAGO DE INTERESES Y SANCIÓN POR NO CONSIGNACIÓN DE LAS CESANTIAS A UN FONDO

Las cesantías son una prestación consistente en un auxilio monetario equivalente a un mes de sueldo por cada año de servicios continuos o discontinuos y proporcionalmente por fracciones de año, de conformidad con la Ley 50 de 1990, artículo 99, numeral 1º. Efectuada la liquidación, la suma que le corresponde al demandante por este concepto asciende a $10.811.011 y por concepto de intereses a las cesantías, regulada por la Ley 52 de 1975 y la norma referida, en su numeral 2º, en el equivalente al 12% anual o proporcional por fracción, arroja la suma de $224.886.

En cuanto a la sanción por no pago de intereses a las cesantías consagrada en el numeral 3.º del artículo 1.º de la Ley 52 de 1975, le corresponde la suma de $224.886 y la sanción por la no consignación de las cesantías, consistente en el pago de un día de salario por cada día de mora, la cual se encuentra reglada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, se liquida en la suma de $20.666.852.

Ahora bien, esta última sanción no es objetiva y por lo tanto es obligación del juzgador verificar si existen razones serias y atendibles del empleador para incurrir en tal omisión, que lo exoneren de su pago; o, por el contrario, las excusas que le asisten no resultan suficientes para validar el incumplimiento de tal mandato legal, que necesariamente debe ser atendido antes del 14 de febrero de cada anualidad.

Y lo cierto, es que para el Juez Colegiado ninguna razón resulta atendible a favor del empleador traído a juicio, por cuanto lo que se denota es que existió entre las partes un contrato verbal de trabajo, a término indefinido como lo dispone el artículo 46 del Código Sustantivo de Trabajo, por un tiempo aproximado de 6 años y luego, con el fin de aclarar la prestación del servicio del actor a favor del demandado, se suscribió un contrato de naturaleza civil, que aun cuando operó la voluntad del actor del litigio, el mismo solo fue un medio para disfrazar u ocultar la verdadera relación jurídica en tanto las funciones a cargo del Sr. Betancourt no variaron, tampoco las condiciones en la cuales se atendían las funciones impuestas por el empleador.

Esta práctica del empleador traído a juicio resulta, además, discriminatoria frente al demandante y no puede avalarse, de manera alguna, por cuanto claramente en su interrogatorio de parte aceptó que por razones de edad el Sr. Betancourt era lento y que, por tanto, prefería darle este trabajo al personal de nómina, personas jóvenes a quienes les cubría todos los derechos laborales contemplados por la ley y el trabajo les rendía, advirtiendo que la demanda de declaraciones extra juicio era permanente y excesiva y que, de todas maneras, no podía arriesgarse a prestar un mal servicio.

VACACIONES COMPENSADAS EN DINERO

De conformidad con lo establecido en el artículo 186 del Código Sustantivo del Trabajo, las vacaciones son un descanso obligatorio remunerado al cual tiene derecho todo trabajador al cumplir un año de labor en la empresa o sitio de trabajo o proporcional al tiempo laborado si este fuere inferior. En el caso que ahora ocupa la atención de la Sala, al actor le corresponde la suma de $1.370.992,04.

SANCIÓN MORATORIA POR EL NO PAGO DE LAS PRESTACIONES SOCIALES AL FINALIZAR EL VÍNCULO LABORAL

Esta sanción, regulada por el artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo, modificado por el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, corresponde a 1 (un) día de salario por cada día en el cual el empleador incurra en mora en el pago de los salarios y prestaciones sociales adeudados; no obstante, esta sanción al igual que la antes analizada no es automática, sino que requiere verificación de dos aspectos, por una parte, que existe un crédito insoluto a favor del trabajador o trabajadora y, por otra, que existen razones atendibles en el proceder del empleador que le eximen de asumir tal reparación.

En el caso sometido a escrutinio, el primer aspecto se encuentra demostrado, como antes se expuso, sin que el convocado a juicio frente a esta pretensión demostrara alguna situación que justifique la omisión en el pago, tan solo argumentó no existir relación laboral y como antes se explicó, ello no alcanzó prosperidad; por el contrario, lo que observa la Sala es que el demandado JAIME RENE ZAMBRANO, en su calidad de Notario Cuarto del Círculo de Pasto, utilizó indebidamente la figura civil alegada en la contestación de la demanda para desnaturalizar u ocultar una verdadera situación laboral, que por supuesto lesiona y de manera grave los derechos de carácter legal y social que arropan al trabajador demandante.

Así las cosas, el monto de esta condena asciende a la suma diaria de $27.603,87, que se contabilizarán desde el 1º de enero de 2020 y hasta el momento en el cual el demandado pague efectivamente lo adeudado al Sr. BETANCOURTH por concepto de prestaciones sociales.

Por lo anterior, la indexación de las condenas antes referenciadas no alcanza prosperidad por cuanto se condenó al pago de la indemnización moratoria y ellas resultan incompatibles.

PAGO DE APORTE A SALUD, DOTACIÓN E INDEMNIZACIÓN POR TRATO INDIGNO

Respecto de estos conceptos, considera la Sala que al tratarse de cotizaciones que hacen parte del Sistema de Seguridad en Salud, no es posible realizar el pago directamente al demandante.

En cuanto a la dotación, así como la indemnización deprecada por este concepto, observa la Sala que dentro del plenario no se acreditaron estos valores razón por no cual no es posible imponer condena.

Con base en lo ampliamente expuesto, la decisión sometida a escrutinio de la Sala será revocada, para en su lugar, como antes se explicó, declarar probada la existencia de una relación laboral, de carácter indefinido, bajo los extremos temporales 31 de diciembre de 2001 a 31 de diciembre de 2019.

EXCEPCIONES DE MÉRITO

En cuanto a las excepciones de mérito propuestas por la parte pasiva de la presente Litis, solamente alcanza prosperidad y en forma parcial la excepción de "prescripción", no así las restantes porque con ellas se buscaba enervar las aspiraciones del actor y como ya quedó explicado, ello no ocurrió.

De conformidad con lo expuesto, las costas de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada y a favor del demandante, en el equivalente al 3% de las condenas impuestas en esta sentencia, en la forma regulada en el Acuerdo PSAA16-10554 emanado del Consejo Superior de la Judicatura y serán liquidadas en forma concentrada como lo indica el artículo 366 del Código General del Proceso. En cuanto a esta instancia no se impondrá condenas por no haberse causado.

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. REVOCAR la sentencia proferida el 29 de julio de 2021, por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, objeto de apelación por activa, por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído, para en su lugar:

"PRIMERO: DECLARAR que, en el marco del principio de primacía de la realidad sobre las formas, entre el demandado JAIME RENE ZAMBRANO y el demandante GEOVANNI LAUREANO BETANCOURT, existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente desde el 31 de diciembre de 2001 al 31 de diciembre de 2019".

“SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por el demandado, excepto la de prescripción, que se declara parcialmente probada”.

“TERCERO: CONDENAR al demandado JAIME RENE ZAMBRANO a pagar a favor del demandante GEOVANNI LAUREANO BETANCOURT, los valores y conceptos que a continuación se indican:

a) **Auxilio de Cesantías $10.811.011**
b) **Intereses sobre las cesantías $224.886**
c) **Sanción por no pago de intereses a las cesantías $224.886**
d) **Vacaciones compensadas en dinero $1.370.992,04**
e) **Auxilio de transporte $2.533.305,33**
f) **Sanción por no consignación de cesantías a un fondo $20.666.852**
g) **Indemnización Moratoria el monto de $27.603,86 diarios a partir del 1º de enero de 2020 y hasta cuando se efectúe el pago de las prestaciones sociales adeudadas”.**

“CUARTO: CONDENAR al demandado JAIME RENE ZAMBRANO a pagar a favor de la parte demandante, las costas procesales dentro de los cuales se incluirá como agencias en derecho el equivalente al 3% de las condenas impuesta en esta sentencia y serán liquidadas en forma concentrada como lo indica el artículo 366 del Código General del Proceso”.

SEGUNDO. **SIN LUGAR A CONDENAR** en costas de segunda instancia por no haberse causado.

TERCERO. ANEXAR a la presente decisión el cuadro aritmético realizado por la Sala y que sirvió de soporte para la imposición de condenas a cargo del demandado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS,** conforme a lo señalado en el Decreto 806 de 2020, insertando copia íntegra de la presente actuación para que sea conocida por las partes que componen la Litis; igualmente por edicto que deberá permanecer fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 40 y 41 del C**ódigo Procesal del Trabajo y la Seguridad Social**. De lo aquí decidido se dejará copia en la Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

PENSIONES > RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, LEY 100 DE 1993 > BENEFICIARIOS

- Para ser beneficiario del régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se requiere tener mínimo cuarenta años de edad los hombres y treinta y cinco en el caso de las mujeres al 1 de abril de 1994 o al 30 de junio de 1995- para los servidores públicos de nivel departamental, municipal o distrital- ; o tener quince años o más de servicios o su equivalente en semanas cotizadas o prestadas.

PENSIONES > RÉGIMEN DE TRANSICIÓN, LEY 100 DE 1993 > RECUPERACIÓN POR TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL > REQUISITOS

- Para recuperar el régimen de transición de la Ley 100 de 1993 se requiere el retorno al régimen de prima media con prestación definida y tener quince años o más de servicio a la entrada en vigencia del sistema - el conteo de semanas obrantes en el historial laboral de la demandante, arroja un total de 528.74, las cuales resultan insuficientes para alcanzar los 15 años exigidos al 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones para servidores públicos del nivel departamental -.

TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, nueve (9) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 520013105002-2019-00562-01 (021)
Asunto : Apelación sentencia
Procedencia : Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto
Magistrada : Dra. CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA

La Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, siguiendo las preceptivas de la Ley 2213 de 13 de junio de 2022 profiere, en forma escrita, decisión de fondo dentro del proceso ordinario laboral de la referencia instaurado por **MELIDA TERESA SALAS GÓMEZ** en contra de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES-**, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

I. ANTECEDENTES

Pretende la accionante que se declare en forma principal, por esta vía ordinaria laboral, la ineficacia del traslado o afiliación al RAIS promovida por PORVENIR S.A. en junio de 1995 y que es beneficiaria del r**égimen de** transición previsto en la Ley 100 de 1993, por lo que solicita condenar a las demandadas al pago de costas, así como el reconocimiento de los derechos extra y ultra petita. Subsidiariamente solicita que se declare la ineficacia del traslado al RAIS administrado por PORVENIR S.A., se condene a las demandadas al pago de costas procesales y se reconozca los derechos extra y ultra petita.

Como fundamentos fácticos de los anteriores pedimentos señala, en lo que interesa en el sub lite, que nació el 1° de enero de 1955, que inici**ó** su vida laboral en mayo de 1986 efectuando

aportes a la Caja de Previsión Distrital y que, el 30 de junio de 1995, sin mediar asesoría idónea se trasladó a la AFP PORVENIR S.A.

Refiere que en septiembre de 1995 solicitó ante PORVENIR S.A. su desvinculación al RAIS, siendo atendida hasta el año 2002, realizando aportes en el RPMPD a partir de abril de 2003; que el 13 de septiembre de 2019, solicitó ante PORVENIR S.A. la ineficacia de su afiliación al RAIS, enviando copia a COLPENSIONES la cual fue atendida por ésta última señalando que se encontraba válidamente afiliada a dicha entidad.

Señala que el perjuicio ocasionado se evidencia en la pérdida de la mesada 14 y el régimen de transición del que resulta beneficiaria por edad.

1.1 TRÁMITE DE PRIMERA INSTANCIA

La demanda se notificó a los fondos demandados, al igual que al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, siendo contestada en forma oportuna, a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones invocadas por activa, bajo los siguientes argumentos:

La ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, afirma que la demandante se trasladó al RAIS a través de la AFP PORVENIR S.A. y m**á**s adelante, a la AFP Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A., retornando al RPMPD el 25 de junio de 2002, por ello, no resulta posible que regrese a un régimen al cual ya no pertenece. Indica que para no perder los beneficios transicionales como consecuencia del traslado, debía acreditar 15 años de servicios o semanas cotizadas a 1° de abril de 1994, pero ello no ocurrió pues cuenta con 81,86. Con fundamento en ello formuló la excepción previa de "falta de competencia por no agotamiento de la reclamación administrativa" y las de fondo que denominó "prescripción", "inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP Porvenir S.A ante Colpensiones, en caso de ineficacia del traslado de régimen", "responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social", "cobro de lo no debido", "inexistencia de la obligación, "buena fe", "imposibilidad de condena en costas", "falta de legitimación en la causa por pasiva", entre otras.

Por su parte, la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., expone que la decisión de traslado de la demandante fue libre y voluntaria después de brindarle asesoría e información, la que estaba disponible y era obligatoria en ese momento para las administradoras. Indica que mantuvo a la afiliada informada de su situación pensional a través de comunicaciones escritas, cumpliendo de esta manera con el deber de adelantar gestiones en su beneficio. Con fundamento en lo anterior sustenta los medios exceptivos de defensa propuestos a favor de su representada.

De igual manera interviene el Ministerio Público para exponer que la AFP demandada debe acreditar que cumpli**ó** con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar, de esa manera, que el afiliado contó con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional y éste resulte válido. Finalmente, solicita practicar interrogatorio de parte a la demandante.

Mediante auto de 28 de junio de 2021, el juez cognoscente declaró probada la excepción previa de "no comprender la demanda todos los litisconsortes necesarios" propuesta por PORVENIR S.A. y, en consecuencia, ordenó la integración de la Litis con la AFP PROTECCIÓN S.A. quien al contestar el escrito genitor afirmó que la actora solicitó vinculación a la AFP, la cual es válida y eficaz. Agrega que no es beneficiaria del Régimen de Transición por no contar con los requisitos de edad ni tiempo de servicios, resaltando que, de conformidad con el certificado de ASOFONDOS, la demandante se encuentra afiliada a COLPENSIONES desde el 25 de junio de 2002, por lo que resultan fuera de lugar las pretensiones incoadas.

1.2 DECISIÓN DE PRIMER GRADO

Adelantadas las etapas propias del proceso laboral y recaudado el material probatorio, el operador judicial a cargo del Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, en audiencia de juzgamiento adelantada el 20 de enero de 2022, absolvió a las convocadas a juicio de las pretensiones principales y subsidiarias relacionadas con la ineficacia de traslado. Por otra parte, condenó a COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez a la actora, en cuantía de $3.271.537 con los respectivos reajustes anuales, el retroactivo indexado del periodo comprendido entre el 1° de diciembre de 2019 y el 31 de diciembre de 2021 y la autorizó para deducir de **é**ste el porcentaje con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud de la demandante; declaró no probadas las excepciones de mérito planteadas por COLPENSIONES condenándola en costas a favor de la convocante, quien a su vez las asumir**á** frente a las accionadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.

Para asumir tal determinación, respecto de la ineficacia de traslado, señaló que la demandante ya había retornado de PORVENIR S.A. a COLPENSIONES, como se extrae de la Resolución GNL 147432 de 20 de mayo de 2015 y de la certificación del SIAFP, agregando que ya le reconocieron la pensión de vejez conforme el art**ículo** 33 de la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones, lo que impide declarar la ineficacia pretendida por contar con una situación jurídica consolidada.

Frente al reconocimiento de la pensión de vejez bajo el régimen de transición, señal**ó** que la demandante nació el 1° de enero de 1955 y a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993 contaba con 39 años y tres meses, haciéndola beneficiaria de la transición que mantiene hasta el 31 de diciembre de 2014, pues a 29 de julio de 2005 tenía más de 750 semanas de cotización; por ello, la prestación pensional debe otorgarse bajo las exigencias del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 del mismo año.

1.3 RECURSO DE APELACIÓN DEMANDADA COLPENSIONES

La apoderada judicial de la administradora del RPM expone su desacuerdo con la decisión, en procura de su revocatoria, ratificando los argumentos esbozados desde la contestación de la demanda; esto es, que la eficacia de traslado realizado al RAIS se presume y trae como consecuencia la pérdida de los beneficios del régimen de transición, excepto para aquellos afiliados que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaran con 15 años de ser-

vicios o semanas cotizadas, situación que no se acredita en el presente asunto, de manera que la pensión reconocida por COLPENSIONES se encuentra conforme a derecho

Agrega que de confirmarse la condena, se debe revocar el reconocimiento del retroactivo pensional, pues tal como lo aceptó la demandante en el interrogatorio de parte, actualmente ostenta la calidad de empleada pública vinculada a la Contraloría Departamental de Nariño, por tanto la inclusión en nómina se encuentra supeditada a la renuncia o retiro de dicha entidad.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Adelantado el trámite en esta instancia, sin observar causal de nulidad que invalide lo actuado, procede la Sala a examinar la decisión objeto de apelación por COLPENSIONES, siguiendo los lineamientos de los artículos 57 de la Ley 2ª. de 1984 y 66 A del C**ódigo Procesal del Trabajo y la** Seguridad Social (modificado por el art**ículo** 35 de la Ley 712 de 2001), que regulan el principio de consonancia. Igualmente, asumirá el grado jurisdiccional de consulta a favor del mismo fondo, 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**ículo** 69 del C**ódigo** Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, modificado por el art**ículo** 14 de la Ley 1149 de 2007.

2.1. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Cumplido el traslado a las partes, al igual que al Ministerio Público y concedida la oportunidad para que formulen sus alegatos de conclusión, en la forma establecida en el artículo 13, numeral 1º. del Decreto 806 de 2020, se presentaron -vía electrónica-, las intervenciones de los apoderados judiciales de la demandada COLPENSIONES, la demandante y del Ministerio Público, conforme da cuenta la constancia secretarial de 9 de marzo de 2022.

La apoderada judicial de la llamada a juicio COLPENSIONES, insiste en la revocatoria del fallo proferido, específicamente en lo que respecta al reconocimiento de la pensión de vejez, pago de retroactivo pensional e imposición de condena en costas, señalando para ello que de conformidad con el criterio de la Corte Constitucional plasmado en sentencias C-789 de 2002, C-1024 de 2004 y SU-130 de 2013, se determinó que el traslado de régimen pensional trae como consecuencia la pérdida de los beneficios transicionales, excepto para aquellos afiliados que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaran por lo menos con 15 o más años de servicio o cotizaciones, criterio que también se acompasa con el precedente jurisprudencial emanado de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y que no se acredita en el presente caso.

Agrega que es contrario a derecho imponer una condena que no fue objeto de debate dentro del trámite judicial y que administrativamente ya fue resuelta a través de la Resolución No. 147432 de 20 de mayo de 2015, la cual goza de presunción de legalidad al no ser impugnada, revocada y no constituir uno de los puntos de la Litis. Señala, finalmente, que no hay lugar al reconocimiento y pago por concepto de retroactivo pues la actora no acredita su retiro del servicio.

El apoderado judicial de la parte demandante solicita confirmar la sentencia de primer grado en todas y cada una de las condenas impuestas, pero se absuelva a su poderdante de la imposición de costas a favor de las demandadas.

Por último, el delegado del Ministerio Público ante esta Sala de Decisión, sostiene que en el presente caso se absolvió respecto de la pretensión de ineficacia del traslado, lo que conlleva a tener como válido dicho acto jurídico y los efectos previstos en el inciso 4° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993; es decir, la pérdida del Régimen de Transición que no se recupera para la actora por cuanto a la entrada en vigencia de la citada normatividad no contaba con 15 años de servicios, sino 528 semanas de cotización.

Por esta razón, la pensión de vejez debe ser reconocida con base en las reglas del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, tal como lo hizo COLPENSIONES, pero si la decisión de primera instancia se confirma, el retroactivo pensional deberá concederse desde el retiro efectivo del servicio, pues del interrogatorio de parte se desprende que la demandante aún es servidora pública en la Contraloría Departamental de Nariño. En consecuencia, solicita que la decisión impartida en primera instancia sea revocada íntegramente para, en su lugar, absolver a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en la demanda; pero, si en gracia de discusión se aceptan los beneficios del régimen de transición, pide revocar la condena respecto del retroactivo concedido.

CONSIDERACIONES

Conforme lo expuesto, le corresponde a esta Sala de Decisión plantear para su estudio los siguientes problemas jurídicos: i) ¿La demandante conservó el R**égimen de** Transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, pese a su traslado al RAIS y posterior retorno al RDPMPD? De ser positiva la respuesta a este primer planteamiento ii) ¿Se ajusta a derecho la decisión adoptada por el operador judicial de primera instancia, quien condenó a la demandada COLPENSIONES al pago de la prestación pensional bajo el régimen transicional (Acuerdo 049 de 1990) y del retroactivo pensional?

2.2. SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

2.2.1. DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN

A fin de desatar los anteriores planteamientos, es oportuno para esta Sala de Decisión, recordar que el artículo 66A del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, consagra: “La sentencia de segunda instancia, así como la decisión de autos apelados, deberá estar en consonancia con las materias objeto del recurso de apelación.”

Lo anterior implica que el juez de segundo grado debe decidir dentro del marco fijado en el recurso de apelación interpuesto; es decir, sólo tiene competencia para examinar los aspectos que se hayan controvertido, advirtiendo en el caso bajo estudio que el juez cognoscente absolvió a las demandadas de las pretensiones relacionadas con la ineficacia de traslado y,

como este punto no fue objeto de inconformidad por activa o pasiva, no podrá ser objeto de pronunciamiento judicial, pues como se reitera, el estudio por parte del Juez Plural se delimita por la posición que cada una de las partes asume.

Así, en el caso bajo estudio, no se discuten los siguientes supuestos fácticos: **i)** Que la demandante nació el 1° de enero de 1955, **ii)** Que la afiliación al R**égimen de** Prima Media, con cotizaciones efectivas, data de 1977, iii**)** Que se trasladó del RPM al RAIS a través de PORVENIR S.A., mediante formulario de afiliación de 30 de junio de 1995, con efectividad 1° de julio de 1995, **iv)** Que posteriormente se trasladó de PORVENIR S.A. a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. mediante formulario de afiliación de 17 de marzo de 1997 y efectividad 1° de mayo del mismo año, y, finalmente, **v)** Que se trasladó de la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. a COLPENSIONES, el 25 de junio de 2002.

Dicho lo anterior, es preciso señalar que la Ley 100 de 1993, que regula el Sistema General de la Seguridad Social, en su artículo 36, prevé un régimen de transición aplicable a aquellas personas que a la fecha de su entrada en vigencia (1° de abril de 1994 o 30 de junio de 1995 para los servidores públicos de nivel departamental, municipal y distrital), reunían bien sea quince o más años de servicios cotizados o contaran con 40 o más años en el caso de los hombres o 35 años o más, en el caso de las mujeres, lo que les permite conservar las condiciones de edad, tiempo de servicios o semanas de cotización y porcentaje de pensión, establecidos en las normas que a esa fecha les resultaban aplicables.

Por tanto, quienes cumplían estos requisitos tenían la expectativa de pensionarse con el régimen al cual se encontraban afiliados con anterioridad a la vigencia de la precitada Ley 100 de 1993, esto es: Ley 33 de 1985, para quienes laboraron en forma exclusiva en el sector público; Ley 71 de 1988, para quienes además de laborar en este sector efectuaron aportes al I.S.S.; y, el Decreto 758 de 1990, aprobatorio del Acuerdo 049 de 1990, emanado del extinto ISS, hoy COLPENSIONES. Tal beneficio, por disposición del Acto Legislativo No. 001 de 2005, sólo podía hacerse efectivo hasta el 31 de julio de 2010; "excepto para los trabajadores que estando en dicho régimen, además, tengan cotizadas 750 semanas o su equivalente en tiempo de servicios a la entrada en vigencia del presenta acto legislativo, a los cuales se les mantendrá dicho régimen hasta el año 2014" (Par**á**g. transitorio 4).

Adicionalmente sobre la materia, la Ley 100 de 1993 en su artículo 36, incisos 4**º.** y 5**º.** y la sentencia C-789 de 2002, cuando se pronunció sobre la exequibilidad de dichos incisos, disponen que el régimen de transición se pierde cuando el afiliado se acoja al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad – RAIS; no obstante, las personas que decidan retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida podrán recuperarlo siempre y cuando el afiliado cuente con al menos quince años o más de servicios al momento de la entrada en vigor de la ley en cita. En este mismo sentido se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL563- 2013 reiterada en la sentencia SL4879-2020, en las que se señaló:

'Sobre dicha controversia ya se ha pronunciado la Corte, de manera uniforme. Así mediante sentencia del 31 de enero de 2007, Radicado 27465 y además, en la del 10 de agosto de 2010, Radicado 37174, en la que se puntualizó que la transición sólo se mantiene por razón del tiempo de servicios y no por la edad, así:

(...) El artículo 36 de la Ley 100 de 1993 estableció dos formas de acceder al régimen de transición consagrado en esa disposición: edad o tiempo de servicios. Esas condiciones fueron disyuntivas: la una o la otra, permitían el amparo del régimen.

(...) Ahora bien, la norma en comento en los incisos 4° y 5° estableció que el régimen de transición se perdía por el traslado al régimen de ahorro individual, caso en el cual dichas personas quedarían sujetas a las condiciones previstas para ese régimen.

No obstante, en aquellas hipótesis en que el afiliado beneficiario del régimen de transición luego del traslado al régimen privado, decide retornar al de prima media, de conformidad con los citados incisos recupera la transición, siempre y cuando hubiera adquirido los beneficios del régimen en razón del tiempo de servicios o número de cotizaciones, esto es, haber prestado servicios o cotizado por 15 ó más años con anterioridad a la entrada en vigencia del sistema general de pensiones."

Esclarecido lo anterior y descendiendo al caso materia de análisis, se tiene a la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993; esto es, 30 de junio de 1995 para servidores públicos de nivel departamental, en el caso de la actora, la misma contaba con 40 años en tanto nació el 1° de enero de 1955, como se desprende del documento obrante a folio 280 del expediente, por consiguiente, al Juez Plural no le cabe duda de que, en principio, la demandante era beneficiaria del Régimen de Transición.

No obstante, como antes se anotó, sin que fuere objeto de reproche, la actora realizó acto de traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de PORVENIR S.A., mediante formulario de afiliación de 30 de junio de 1995 (fl. 34 del exp. digital); posteriormente se trasladó a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. mediante formulario de afiliación de 17 de marzo de 1997 (fl. 659); y, finalmente, retornó al RPM hoy administrado por COLPENSIONES el 25 de junio de 2002 (fl. 662), situación que conlleva a verificar si la demandante acreditó 15 años o más de servicios a 30 de junio de 1995, fecha de entrada en vigor del sistema general de pensiones para el caso de la actora, a fin de establecer si **recuperó** el régimen de transición.

Puestos en tal tarea, esta Sala de Decisión realizó el respectivo conteo de semanas con base en la historia laboral arrimada al plenario (que se anexa a la presente decisión), la cual arroja un total de 528.74 semanas, algo más de 10 años pero sin alcanzar los 15 exigidos en la norma en cita y por ello, contrario a lo concluido por el juzgador de primer grado, la demandante no recuperó el R**égimen de** Transición que perdió con el referido traslado de régimen pensional, siguiendo los lineamientos legales y jurisprudenciales que orientan la materia.

Por lo brevemente expuesto, se modificará el numeral primero de la decisión de primera instancia, se revocará íntegramente el numeral segundo y, en su lugar, se declararán probadas las excepciones de mérito denominadas "cobro de lo no debido" e "inexistencia de la obligación" propuestas por COLPENSIONES.

Adicionalmente se modificará el numeral CUARTO para señalar que la demandante es quien se encuentra a cargo de las costas procesales a favor del fondo público pensional, por tratarse de una condena objetiva que estará a cargo exclusivo de quien resulte vencido en el proceso, cuyas agencias en derecho se fijarán en cuantía de ½ smlmv, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del Código General del Proceso.

Queda de esta manera atendido el punto que suscitó inconformidad por la pasiva de la Litis, sin que resulte procedente adentrarse en el infructuoso estudio del restante problema jurídico.

2.3. COSTAS EN SEGUNDA INSTANCIA

Conforme se desata el recurso de apelación formulado por el fondo público traído a juicio, la condena en costas en esta instancia estará a cargo de la demandante MELIDA TERESA SALAS GOMEZ a favor de COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente 1/2 salario mínimo legal mensual vigente; esto es, $500.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia, como lo ordena el artículo 366 del C**ódigo General del Proceso.** En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

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. MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de la parte resolutiva de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, el 20 de enero de 2022, objeto de apelación y grado jurisdiccional consulta, conforme las consideraciones que anteceden, el cual quedará así:

"***PRIMERO: ABSOLVER*** a las demandadas ***ADMINISTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A.*** y ***COLPENSIONES***, de todos los cargos y pretensiones relacionados de manera principal y subsidiaria en el escrito de demanda, perseguidos por ***MELIDA TERESA SALAS GOMEZ***, de conformidad con los argumentos contenidos en esta decisión."

SEGUNDO. REVOCAR en su integridad el numeral **SEGUNDO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto de apelación y grado jurisdiccional consulta, conforme a las consideraciones que anteceden.

TERCERO. MODIFICAR el numeral **TERCERO** de la parte resolutiva de la sentencia, con base en lo antes expuesto, el cual quedará del siguiente tenor:

"***TERCERO: DECLARAR*** probados los medios exceptivos de defensa propuestos por la demandada COLPENSIONES denominadas "cobro de lo no debido" e "inexistencia de la obligación".

CUARTO: MODIFICAR el numeral **CUARTO** de la parte resolutiva de la sentencia objeto alzada por pasiva, el cual quedará así:

"***CUARTO: CONDENAR*** en costas de primera instancia a la parte demandante ***MÉLIDA TERESA SALAS GÓMEZ*** a favor de las demandadas ***PORVENIR S.A, PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES***, fijando las agencias en derecho en cuantía equivalente a 1/2 smlmv; esto es, $ 500.000, para cada una de ellas".

QUINTO. CONFIRMAR en lo restante la sentencia objeto de apelación y revisión en el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, de acuerdo con las argumentaciones que anteceden.

SEXTO. ANEXAR a esta decisión el cuadro contentivo al conteo de semanas al que se hizo referencia en la parte motiva de esta providencia.

SÉPTIMO. CONDENAR en **COSTAS** en esta instancia a la parte demandante MELIDA TERESA SALAS GOMEZ a favor de la demandada COLPENSIONES, fijando las agencias en derecho en el equivalente a 1/2 smlmv; esto es, $500.000, que serán liquidadas de forma concentrada por el juzgado de procedencia como lo ordena el art**ículo** 366 del C**ódigo General del Proceso**. En el grado jurisdiccional de consulta no se impondrán costas por no haberse causado.

Lo resuelto se notifica a las partes en **ESTADOS ELECTRÓNICOS**, conforme lo dispone la Ley 2213 de 13 de junio de 2022, con inserción de la providencia en el mismo; igualmente por **EDICTO** que permanecerá fijado por un (1) día, en aplicación de lo consagrado en los artículos 4º y 41 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social. De lo aquí decidido se dejará copia en el Secretaría de la Sala y, previa su anotación en el registro respectivo, **DEVUÉLVASE** el expediente al Juzgado de procedencia.

Los Magistrados,

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada Ponente

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

PENSIONES- Ineficacia de la afiliación inicial al SGP cuando no se ha cumplido con el deber de información por parte de las AFP: De accederse a la solicitud de pérdida de validez de la primera afiliación, traería como consecuencia que las cosas regresen al estado anterior, implicando que el afiliado pierda dicha calidad y que los recursos destinados a financiar las prerrogativas del sistema pensional no se trasladen al anterior régimen sino a los propios cotizantes.

PENSIONES - Ineficacia del traslado de régimen pensional: Improcedencia al nunca haber pertenecido al RPM.

(…) el demandante pretende que se declare la ineficacia de la vinculación y afiliación al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., para que en su oportunidad pueda tramitar su pensión en el Régimen de Primera Media con prestación definida por COLPENSIONES, por ser éste el más favorable, solicitud que para esta Sala no resulta procedente, pues en este caso no nos encontramos en presencia de un traslado de régimen, pues nótese que el demandante en el año 1996, se afilió a PORVENIR SA. en donde permaneció por un tiempo superior a 20 años sin manifestar inconformidad, siendo esta su primera y única vinculación,(…)

(…) no es posible declarar la ineficacia del traslado cuando este nunca existió, y tampoco la ineficacia de la afiliación bajo el argumento de no haber recibido en debida forma la información en la forma como lo exigen los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, pero que en todo caso no podría perder su validez y eficacia, que permita su regresión al estado anterior, porque a diferencia de una ineficacia de traslado de régimen pensional, la pérdida de validez de la primera afiliación regresaría las cosas a su estado inicial en donde los recursos destinados a financiar las prerrogativas del sistema pensional, no se trasladarían al anterior régimen sino a los propios cotizantes (…)

(…) si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado su postura frente a la obligación que tienen las AFP, de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideren pertinente, tratándose de afiliaciones iniciales como lo es el caso del actor, la declaratoria de ineficacia no resulta procedente, pues la consecuencias de esta última (…) es que el afiliado siempre permaneció al régimen anterior, mismo que en este caso no existe. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 2021-0035-01 (208)
Asunto : Apelación sentencia
Procedencia : Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Magistrado : Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ

En San Juan de Pasto, a los treinta (30) días del mes de noviembre de dos mil veintidós (2022), siendo el día y la hora señalados previamente, los señores Magistrados integrantes de la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, **JUAN CARLOS MU-**

ÑOZ, quien actúa como ponente, y **LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO,** profieren decisión de fondo dentro del proceso ORDINARIO LABORAL instaurado por **VICENTE FABIAN IBARRA CHAMORRO,** contra **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES,** acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia, que, a la Dra. Clara Inés López Dávila, le fue concedido permiso por esta Corporación.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello, obrando de conformidad con las previsiones del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

VICENTE FABIAN IBARRA CHAMORRO, a través de apoderado judicial instauró demanda ordinaria laboral en contra de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES, con el fin de que se declare la ineficacia de la vinculación y afiliación del demandante al fondo privado PORVENIR S.A. En consecuencia, se condene al fondo demandado a devolver a COLPENSIONES los valores cotizados por el actor, incluyendo el bono pensional si lo hubiere, sumas adicionales más los aportes para pensiones, con todos sus frutos e intereses y la correspondiente indexación, junto con las costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que se desempeñó como Personero Municipal del Municipio de Puerres desde el 1º de septiembre de 1990 hasta el 31 de agosto de 1992 y luego como Inspector Urbano de Policía, desde el 1º de diciembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994. Que por los periodos que laboró para el Municipio de Puerres, tiene derecho al reconocimiento y pago del bono pensional. Que PORVENIR S.A., sin brindar asesoría idónea en materia pensional promovió su traslado al régimen de ahorro individual, desde el 29 de agosto de 1996. Que mediante oficio calendado 6 de marzo de 2019 PORVENIR S.A., le informa que su mesada pensional a la que tendría derecho al cumplir 62 años corresponde a $1.020.600, siendo que desde el año 2010 su IBC ha oscilado entre $2.920.000 y $5.248.700. Que las demandas la han negado el traslado de régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, Despacho que admitió la demanda mediante auto calendado 4 de marzo de 2021 (Fl. 127), en el que se ordenó la notificación de las demandadas, la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el Ministerio Público, actuaciones que se surtieron en legal forma.

Trabada la Litis, las entidades demandadas por conducto de sus apoderados judiciales contestaron la demanda en similares términos, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones incoadas en la demanda, al considerar que el traslado al RAIS por parte del actor provino de

una decisión libre, voluntaria, consciente y debidamente informada.
COLPENSIONES en su defensa propuso como excepciones de fondo la denominadas "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN Y COBRO DE LO NO DEBIDO", "AUSENCIA DE VICIOS EN EL TRASLADO", "BUENA FE" y "PRESCRIPCIÓN", "IMPOSIBILIDAD DE CONDENA EN COSTAS", entre otras. (Fls. 250-281).

PORVENIR S.A. en su defensa propuso las excepciones de "BUENA FE DEL DEMANDADO", "FALTA DE CAUSA PARA PEDIR", "INEXISTENCIA DE LAS OBLIGACIONES DEMANDADAS", "PRESCRIPCIÓN", "COBRO DE LO NO DEBIDO", "FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA PARA DEMANDAR", "INEXISTENCIA DEL DERECHO", "ENRIQUECIMIENTO SIN CAUSA", "AUSENCIA DE PRUEBA EFECTIVA DEL DAÑO", e "INEXISTENCIA DEL DAÑO", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER LA COMISIÓN DE ADMINISTRACIÓN CUANDO SE DECLARA LA NULIDAD Y/O INEFICACIA DE LA AFILIACION POR FALTA DE CAUSA" y la "INOMINADA" (Fls. 142-191).

El juzgado de conocimiento el 27 de abril de 2022, llevó a cabo la audiencia obligatoria dispuesta en el artículo 77 del C. P. del T. y de la S. S., acto en el cual declaró fracasada la conciliación, ante la falta de ánimo conciliatorio de las demandadas, se fijó el litigio y decretó las pruebas solicitadas.

Acto seguido, el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, se constituyó en audiencia de trámite y juzgamiento en la que una vez agotado el trámite propio del procedimiento ordinario laboral de instancia y clausurado el debate del mismo, dirimió el asunto en el sentido de declarar la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A. En consecuencia, declaró que para todos los efectos legales el actor nunca se afilió al R.A.I.S, por lo tanto, en este momento que presenta la demanda tiene derecho a escoger libremente la afiliación al RPM. Condenó a PORVENIR S.A., a trasladar con destino a la cuenta global del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrada por COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del demandante junto con sus rendimientos y DEVOLVER a COLPENSIONES el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Precisó que, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Condenó a COLPENSIONES a recibir de PORVENIR S.A., los conceptos descritos en el numeral anterior para que a futuro se consolide el derecho pensional del actor. Declaró probada la excepción de fondo denominada buena fe propuesta por COLPENSIONES y se abstuvo de condenarla en costas. Condenó en costas a PORVENIR S.A. (Fls. 364-161).

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR S.A.

La apoderada de PORVENIR S.A., interpuso recurso de apelación contra la decisión proferida por la Juez A Quo, al considerar que se debe declarar probada la excepción de prescripción teniendo en cuenta la norma civil. Manifestó que la prueba aportada fue general y que, en el interrogatorio de parte rendido por el demandante, este parece recordar lo que le conviene, Manifestó que la falta de información alegada no fue la única razón que motivó el traslado del actor. Así mismo, advirtió que el fallo es contradictorio, en tanto, si bien se declara la ineficacia del traslado y se deja sin efecto el mismo, se ordena la devolución de los rendimientos financieros que se generan como consecuencia de ese acto, junto con los gastos de administración, lo cual no es posible, pues en caso de que se mantenga la decisión relacionada con la ineficacia del traslado, sostuvo que debe acudirse a la figura de las restituciones mutuas. Finalmente se opuso a la condena en costas ya que resultan improcedentes y excesivas.

II. TRAMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

Así mismo, 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 cuales se resumen así:

La parte actora, solicitó se confirme la decisión adoptada por la Juez A Quo, como quiera que la A.F.P. demandada PORVENIR S.A., omitió asesorar debidamente al demandante, pues su traslado se llevó a cabo sin explicar, de manera clara y suficiente las consecuencias del mismo, conforme lo establece la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su amplia jurisprudencia al respecto.

COLPENSIONES manifestó que el demandante no acreditó la falta de información que atribuye a las A.F.P., por lo tanto, el traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad goza de plena validez y no puede ser declarado ineficaz, más aún cuando COLPENSIONES no intervino en ese acto y tampoco la actora presentó solicitud de traslado en los términos contenidos en el artículo 2º de la Ley 797 de 2003. Finalmente, solicitó se tenga en consideración la sentencia SL 413 de 2018, donde la Corte Suprema de Justicia, asevera que situaciones como la información de saldos, actualización de datos, asignación de claves, pue-

den denotar compromiso con la pertenencia del afiliado a la AFP del RAIS del cual es parte, lo importante es que existe correspondencia entre voluntad y acción, es decir que sea un reflejo de lo que aparece, cómo puede significar su pertenencia a este régimen por más de 10 años.

Así mismo, PORVENIR S.A. reiteró los argumentos expuestos en el recurso de apelación, referentes a la imposibilidad de declarar la ineficacia del traslado, ordenar la devolución del porcentaje de administración, los rendimientos financieros, añadiendo que se revoque la condena en costas.

Por su parte el Procurador 34 Judicial II para Asuntos del Trabajo y la Seguridad Social, manifestó que PORVENIR S.A. no cumplió con la carga de la prueba sobre el deber de información que le correspondía según el criterio sostenido al respecto por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, por ende, expuso que los argumentos esgrimidos por la demandada no son válidos, debiendo el fondo privado transferir a COLPENSIONES los saldos acumulados existentes en la cuenta de ahorro individual de la actor, que provienen de cotizaciones, junto con los intereses y rendimientos financieros que se hayan causado y restituir con recursos propios y debidamente indexadas las sumas descontadas destinadas a pagar los gastos de administración y financiar garantías En consecuencia, solicita se confirme la sentencia de primera instancia.

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 de lo anterior y en orden a resolver el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de COLPENSIONES, así como el recurso de apelación que interpuso PORVENIR S.A., le corresponde a esta Sala de Decisión definir si hay lugar a decretar la ineficacia de la afiliación efectuada por el demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado por HORIZONTE PENSIONES Y CESANTIAS hoy PORVENIR S.A. Igualmente determinar si esa entidad debe devolver todo el saldo acumulado en la cuenta de ahorro individual del actor incluyendo la totalidad de las cotizaciones, sus rendimientos, gastos de administración, primas descontadas para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima, y si a su vez COLPENSIONES está obligado a recibirlos. Finalmente establecer si resulta procedente la condene en costas impuesta a PORVENIR S.A.

SOLUCIÓN A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NULIDAD O INEFICACIA DE LA AFILIACIÓN

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, M.P. Dr. Eduardo López Villegas, reiterada en las

sentencias 31314 de la misma fecha y 33083 de 11 de noviembre de 2011, sentó los precedentes jurisprudenciales en lo pertinente, pues estableció que las Administradoras de Fondos de Pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, tienen el deber de proporcionar a los interesados una información completa y comprensible que incluya los beneficios y los posibles perjuicios que traería consigo el traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, dado que en ciertos casos las consecuencias del traslado son nocivas, sobre todo para aquellas personas que ya han adquirido el derecho a pensionarse o que están a punto de cumplir los requisitos establecidos para ello en el régimen de prima media, a quienes el traslado les implica acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste.[1], argumentos ratificados entre otras en la sentencia SL17595-2017, y recientemente en sentencia SL1452 del 3 de abril de 2019 radicado 68852. Mg. Ponente Dra. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que además se estudió la evolución del deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones, la que resumió en tres etapas así:

La primera desarrollándose con la creación de las AFP, pues el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, estableció el derecho a elegir entre los dos regímenes en forma "libre y voluntaria", al respecto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha sido enfática en sus pronunciamientos en indicar que para que el afiliado pueda escoger debe contar con el conocimiento acerca de la repercusión que sobre sus derechos genera la decisión de trasladarse; por ello, es necesario que las administradoras de fondos de pensiones, proporcionen información suficiente, clara y veraz de las consecuencias del traslado de régimen pensional, pues solo cuando se cumplen estos presupuestos se puede afirmar que la decisión fue libre

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

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

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

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

'Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada." (Subraya la Sala)

y espontánea, ello en concordancia con lo establecido en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero numeral 1º del artículo 97 del Decreto 663 de 1993 modificado por el artículo 23 de la Ley 795 de 2003, que regula lo relacionado con la información a los usuarios, so pena de incurrir en las sanciones previstas en los artículos 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, cuando personas jurídicas o naturales impidan o atenten en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del sistema de seguridad social.

La segunda etapa la sentencia antes citada la resume con la expedición de la Ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, que consagran el deber de asesoría y buen consejo, pues el literal c) del artículo 3 de la ley referida estableció la obligación de proporcionar a los usuarios del sistema financiero, información cierta, suficiente y oportuna, respecto de sus derechos y obligaciones; así mismo el artículo 2 del Decreto 2241 de 2010, dispone que los principios contenidos en el Decreto 1328 de 2009, deben ser aplicados al Sistema General de Pensiones, especialmente con la debida diligencia, transparencia, información cierta, suficiente, y oportuna, así como el manejo adecuado de conflicto de intereses, en busca de que prevalezca el interés general de los consumidores.

En este nuevo ciclo indica la Corte se elevó el nivel de exigencia a las administradoras de fondos de pensiones, pues se le impone el deber de brindar asesoría y buen consejo, último de los cuales comporta el estudio de los antecedentes del afiliado sus datos relevantes y expectativas pensionales, todo esto, para que se dé un estudio objetivo de los elementos de los regímenes pensionales y subjetivo de su situación individual, más la opinión que le merezca al representante de la administradora.

Finalmente, en la tercera etapa sostiene la Corte que con la expedición de la Ley 1748 de 2014, y también de conformidad con lo establecido en el artículo 3°del Decreto 2071 de 2015 y la Circular Externa No. 016 de 2016, se impuso a las entidades pensionales la obligación de brindar a los usuarios la información sobre las ventajas y desventajas de ambos regímenes pensionales, así como también suministrar un buen consejo, lo que se denominó el deber de doble asesoría.

Igualmente, se determinó que les corresponde a las administradoras de fondos de pensiones la carga probatoria respecto de la información que brindan al potencial afiliado al momento del traslado, correspondiéndoles demostrar que han cumplido a cabalidad con dicho deber. Es entonces que en estos casos se invierte la carga de la prueba y está en cabeza del respectivo fondo pensional demostrar que cumplió con su deber de información al momento de su traslado.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, advierte la Sala que en esta instancia se encuentran acreditados los siguientes aspectos: i) el demandante laboró para el Municipio de Puerres, desempeñándose como Personero Municipal desde el 1º de septiembre de 1990 al 31 de agosto de 1992 y desde el 1º de diciembre de 1993 hasta el 31 de diciembre de 1994 como Inspector de Policía Urbano (Fls. 56-57);ii) durante los periodos antes mencionados el Municipio de Pue-

rres, no afilió al demandante a ninguna entidad de previsión ni a un fondo; iii) la única vinculación al Sistema Pensional se realizó el 29 de agosto de 1996, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a cargo de la administradora traída a juicio, PORVENIR S.A., según el formulario de vinculación visible al folio 53, en el que se registra como empleador al Departamento de Nariño.

Ahora bien, el demandante pretende que se declare la ineficacia de la vinculación y afiliación al fondo privado de pensiones PORVENIR S.A., para que en su oportunidad pueda tramitar su pensión en el Régimen de Primera Media con prestación definida por COLPENSIONES, por ser éste el más favorable, solicitud que para esta Sala no resulta procedente, pues en este caso no nos encontramos en presencia de un traslado de régimen, pues nótese que el demandante en el año 1996, se afilió a PORVENIR SA. en donde permaneció por un tiempo superior a 20 años sin manifestar inconformidad, siendo esta su primera y única vinculación, pues si bien el demandante prestó servicios para el Municipio de Puerres, lo cierto es que, este ente territorial no lo afilió a una Caja a de Previsión Social ni tampoco a un fondo, en otras palabras, el actor no contaba con ninguna vinculación al sistema, siendo entonces su primera y única afiliación la realizada ante PORVENIR S.A. el 29 de agosto de 1996.

Bajo tales premisas, una vez seleccionado el régimen de Ahorro Individual, el acto jurídico de traslado debía ceñirse a los tiempos establecidos en el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, inicialmente de 3 años y luego, con la ley 797 de 2003, de 5 años, sin que, en todo caso, le falten menos 10 años para cumplir el requisito mínimo de la edad para pensionarse, en cuyo caso el traslado sería negado, como efectivamente sucedió en el sub lite.

Así las cosas, en el caso bajo estudio no es posible declarar la ineficacia del traslado cuando este nunca existió, y tampoco la ineficacia de la afiliación bajo el argumento de no haber recibido en debida forma la información en la forma como lo exigen los artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993 y 97, numeral 1° del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003, pero que en todo caso no podría perder su validez y eficacia, que permita su regresión al estado anterior, porque a diferencia de una ineficacia de traslado de régimen pensional, la pérdida de validez de la primera afiliación regresaría las cosas a su estado inicial en donde los recursos destinados a financiar las prerrogativas del sistema pensional, no se trasladarían al anterior régimen sino a los propios cotizantes; en este caso, al demandante y a su empleador el Departamento de Nariño, porque se insiste no existió una vinculación anterior.

Lo anterior, se acompasa con el criterio expuesto por la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL 4211 de 2021, en la que en un asunto similar expuso:

> *"Así las cosas, pese a que las AFP tienen la obligación de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideran pertinente, cuando se trata de afiliación inicial al SGP, no resulta razonable declarar la ineficacia y disponer que las cosas retornen a su estado natural, como si el*

acto jurídico no se hubiese efectuado, pues esto implicaría -de acuerdo con las nociones previas del artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y los efectos de la ineficacia del acto jurisprudencialmente reseñados- que el afiliado pierda dicha calidad, no cuente con ninguna vinculación al sistema y pueda afiliarse nuevamente, sin la posibilidad de que las cotizaciones efectuadas previo a dicha declaratoria se remitan al otro régimen, por la potísima razón de que se quebranta el principio de sostenibilidad financiera del sistema, al imponer a un régimen la obligación de responder por una prestación que nunca se construyó bajo su imperio y, en el caso del RPM, no contribuyó en ningún momento al fondo común, con lo que podría llegar a afectar el derecho pensional de los actuales y futuros pensionados.

***(...)** Es importante circunscribir, que en los supuestos fácticos que se analizan, no es procedente acudir a la ficción jurídica construida en materia de ineficacia del traslado, dado que, bajo tal escenario, el afiliado previamente cimentaba su futuro pensional en el otro régimen, lo que permite entender y crear el escenario que aquél siempre estuvo vinculado al anterior y, por tanto, las cotizaciones y montos determinados podrían remitirse a éste.*

No obstante, estos aspectos no se dan en la afiliación inicial e impiden ordenar, como lo requiere el recurrente, la remisión al otro régimen de los aportes realizados o semanas, pues, se reitera, al declarar la ineficacia del acto, nace el escenario de que el actor nunca hizo parte del sistema y bajo los efectos de la declaratoria de la ineficacia expuestos en el proveído CSJ SL3202-2021, «cada una de las partes debe devolver a la otra lo que recibió con ocasión del negocio jurídico que trasgredió las prescripciones legales, toda vez que este no produce efectos entre ellas y el vínculo que se entendía que había, lo rompió tal providencia», razón por la cual la AFP debería reintegrar las cotizaciones al afiliado y al empleador, según corresponda al vínculo bajo el cual se efectuaron los aportes, porque, se reitera, no ha existido vinculación anterior al otro régimen que permita acudir a la ficción jurídica de que siempre permaneció en éste.
Y aunque en materia del traslado de régimen se ha dicho de manera reiterada que no es necesario tener un derecho consolidado, estar próximo a pensionarse o ser acreedor de una expectativa legitima para que se declare su ineficacia, lo cierto es que en tales eventos se protege al afiliado que edificaba su derecho pensional bajo un régimen, pero por el incumplimiento al deber de información que tienen las administradoras, optó por el cambio desinformado, perjudicando la posibilidad que se encontraba construyendo; lo cual no sucede en la afiliación inicial al sistema.

*Así las cosas, pese a que se podría declarar la ineficacia del acto de afiliación inicial ante la ausencia de un consentimiento informado, los efectos prácticos de tal decisión perjudicarían al afiliado, a los actuales y futuros pensionados, así como la sostenibilidad financiera del sistema***".**

Así las cosas, del anterior precedente jurisprudencial citado, podemos concluir que si bien la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha reiterado su postura frente a la obligación

que tienen las AFP, de brindar la información necesaria, completa y transparente a sus usuarios para que seleccionen el régimen que consideren pertinente, tratándose de afiliaciones iniciales como lo es el caso del actor, la declaratorio de ineficacia no resulta procedente, pues la consecuencias de esta última como lo estableció nuestro órgano de cierre en la sentencia citada es que el afiliado siempre permaneció al régimen anterior, mismo que en este caso no existe.

Finalmente, conviene advertir que si bien la omisión en la afiliación del demandante, es responsabilidad de la entidad empleadora (Municipio de Puerres), lo cierto, es que de tal situación no puede suponerse una afiliación al RPM, que nunca existió y tampoco puede reemplazarse con los certificados de tiempos laborados, documentos que resultan inanes para demostrar afiliación a algún tipo de régimen pensional.

EXCEPCIONES

Dado el resultado del proceso resulta inane el estudio de las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PORVENIR S.A.

CONCLUSIÓN.

Así las cosas, fundamentados en el estudio jurídico y probatorio antes efectuado y agotados como se encuentran los puntos objeto del grado jurisdiccional de consulta, esto es, aquello desfavorable a COLPENSIONES y aquellos que fueron objeto de apelación respecto de PORVENIR S.A., únicos sobre los cuales adquiere competencia el Juez de Segunda Instancia en virtud del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S. S., corresponde a esta Sala revocar en su integridad la sentencia de primera instancia.

COSTAS

De conformidad con el numeral 4º del artículo 365 del C.G.P., hay lugar a condenas en costas de primera y segunda instancia, a cargo del demandante en favor de las demandadas PORVENIR y COLPENSIONES. Así las cosas, las costas se fijan en un 1 SMLMV, esto es, $1.000.000, para cada una de las instancias y en favor de cada una de las demandadas, según lo dispone el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

III. DECISIÓN

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR en su integridad la sentencia proferida por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 27 de abril de 2022, para en su lugar **ABSOLVER** a la **ADMINISTRA-**

DORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES y a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.,** de las pretensiones incoadas por el demandante **VICENTE FABIAN IBARRA CHAMORRO,** conforme a las razones

SEGUNDO: Las costas de primera y segunda instancia se impondrán a cargo de la parte demandante **VICENTE FABÍAN IBARRA CHAMORRO,** y a favor de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** En consecuencia, las agencias en derecho se fijan en un 1 SMLMV, esto es, $1.000.000, para cada una de las instancias y en favor de cada una de las demandadas, las cuáles serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

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 y se notifique por Edicto Electrónico, con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen.

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

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado

FUERO SINDICAL – Trabajadores aforados.

FUERO SINDICAL – Vigencia: La garantía foral inicia a partir de la fecha en que se adquiere el fuero.

FUERO SINDICAL – Traslado: Al haber operado cuando el trabajador no se encontraba amparado por la garantía de fuero sindical, no debía mediar autorización del juez del trabajo.

(…) el demandante no acreditó que para el momento en que fue proferida la Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020, mediante la cual la entidad demandada, reubicó al demandante (…), se encontrara gozando de la garantía de fuero sindical, pues nótese que el 17 de febrero de 2021, fue la fecha en que se constituyó el Comité Sindical Regional UNASEMIGC- NARIÑO- PUTUMAYO, de la ORGANIZACIÓN UNION NACIONAL SINDICAL DE EMPLEADOS DE MIGRACIÓN COLOMBIA UNASEMIGC, y luego el 6 de abril del mismo año el actor fue elegido como presidente de la junta directiva del mismo, por lo tanto, la garantía foral la obtuvo a partir del 17 de febrero de 2021, en calidad de fundador del comité seccional luego entonces, no es posible que el demandante pretenda beneficiarse de las garantías previstas en el artículo 405 del C.S.T., derivadas del fuero sindical, pues se insiste el derecho foral se obtuvo con posterioridad a la expedición del acto administrativo que había ordenado su reubicación (…)

(…) si bien para la data en que se hizo efectivo el acto administrativo proferido en el año 2020, esto es, en el año 2021, el actor contaba con fuero sindical, ello no implicaba que la entidad demandada debía solicitar permiso ante el juez del trabajo para trasladarlo, pues dicha garantía amparaba al demandante frente a actos ejercidos por la demandada previstos en el artículo 405 del C.S.T., a partir de la fecha en que adquirió el fuero y mientras perdure ese emparo, garantía que no podía cobijarlo frente a un acto administrativo que había ordenado su traslado con anterioridad a ello, esto es, el 24 de marzo de 2020, pues no puede otorgársele efectos retroactivos a la garantía foral, más aún cuando el efecto del acto administrativo inicial solo había sido suspendido de manera temporal, más no perdió su efecto, argumento que también conduce a desestimar cualquier conducta de persecución sindical ya que los hechos del traslado se dieron con anterioridad a la condición de aforado del actor. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA DE DECISIÓN LABORAL

San Juan de Pasto, treinta (30) de noviembre de dos mil veintidós (2022)

Radicación : 2021-00137 02 (167)
Asunto : Apelación sentencia
Procedencia : Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto
Magistrado : Dr. JUAN CARLOS MUÑOZ

San Juan de Pasto, a los veintidós (22) días del mes de junio de dos mil veintidós (2022), siendo el día y hora previamente señalados por auto que antecede los Magistrados **JUAN CARLOS MUÑOZ** quien actúa como ponente y **CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**, profieren decisión de fondo dentro del proceso **ESPECIAL DE FUERO SINDICAL** instaurado por **SILVIO ALFONSO ACOSTA PEREZ** contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA**, acto para el cual las partes se encuentran debidamente notificadas.

Se deja constancia que el Dr. Luis Eduardo Ángel Alfaro, restante integrante de la Sala de Decisión Laboral, se encuentra en permiso concedido por la Presidencia de la Corporación.

El suscrito Magistrado Sustanciador, presenta a consideración de la Sala el respectivo proyecto de fallo, el que después de ser discutido es aprobado, por ello obrando de conformidad con las previsiones del artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, se dicta la siguiente **SENTENCIA**

I. ANTECEDENTES

SILVIO ALFONSO ACOSTA PÉREZ, a través de apoderado judicial instauró demanda especial de fuero sindical contra la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA,** para que el juzgado de conocimiento en sentencia de mérito que haga tránsito a cosa juzgada material declare que en el momento en que se produjo el traslado y/o reubicación, así como la desmejora en las condiciones del empleo del demandante (22 de abril de 2021) se hallaba amparado tanto por fuero sindical de fundadores, como por el fuero sindical en condición de presidente de la Junta Directiva del Comité Seccional o Regional UNASEMIGC de Nariño- Putumayo. Declarar que, sin sujeción a las normas del fuero sindical, la demandada trasladó y/o reubicó de su puesto de trabajo al demandante de la ciudad de Pasto a Ipiales – Rumichaca, sin haber adelantado previamente ante el Juez del Trabajo el proceso judicial para obtener el permiso para ello. Consecuencialmente, solicitó se condene a la Unidad demandada a reinstalarlo en su puesto de trabajo en la ciudad de Pasto, como conductor mecánico y conminar a la convocada a juicio a abstenerse de continuar desarrollando acciones de persecución sindical. Así mismo, se condene a pagar al accionante todos los gastos en que incurrió con ocasión de la mudanza, arrendamiento de vivienda, transporte y demás en que incurra por el desconocimiento del fuero sindical. Además, solicitó el reconocimiento de 100 SMLMV, por daño moral, se compulsen copias a la fiscalía general de la Nación, por violación de los derechos de reunión y asociación y se remita a la Procuraduría General de la Nación, la decisión para que imponga las correspondientes sanciones.

Fundamentó sus pretensiones en que mediante Resolución No 1722 del 3 de octubre de 2017, fue nombrado en el cargo de conductor mecánico código 4103 grado 16. Que la demandada reglamentó en el Manual de Funciones y Competencias Laborales, el empleo CONDUCTOR MECÁNICO, en el cual definió el propósito principal del cargo, como se lee en el hecho 2º de la demanda. Que se encuentra afiliado al sindicado UNASEMIGC desde agosto de 2020. Que el 6 de abril de 2021, el demandante fue elegido como presidente del comité sindical regional de UNASEMIGC, como consta en el depósito radicado ante la Territorial Nariño del Ministerio de Trabajo. Que la comunicación de la restructuración de la Junta Directiva, fue recibida por la demandada el 7 de abril de 2021, por lo tanto, conocía que era un servidor público amparado por fuero sindical. Que la convocada a juicio previó a efectuar el traslado y/o reubicación del actor no solicitó ni obtuvo permiso judicial. Que al momento del traslado o reubicación, es decir, inicialmente el 26 de marzo de 2021, día en el cual la administración "aparentemente", intenta hacer ver como fecha inicial de la determinación del movimiento de personal, que realmente obedece al 7 de abril de 2021, cuando recibió la comunicación de traslado, lo cual debe

ser analizado por el Despacho que desde entonces, desde una fecha u otra el demandante gozaba de fuero de fundadores, toda vez, que es un hecho probado que la constitución del comité se efectuó desde el 17 de febrero de 2021.

Informó que, la demandada ha mantenido su lectura que el actor no está protegido por el fuero sindical, al punto de evidenciarse en la redacción de todos los actos administrativos que profirió, jamás hizo mención de la protección foral. Que mediante Resolución 0937/2020 le fue comunicada la decisión de trasladarlo a la ciudad de Ipiales Nariño, al puesto de Control Migratorio Terrestre, para el cumplimiento de unas funciones inexistentes y que soslayan las competencias del accionante, ya que buscaban propiciar su renuncia. Mencionó que, instauró acción de tutela para obtener el amparo y protección de sus derechos fundamentales como trabajador, la que mediante sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Oral Contencioso Administrativo calendada 12 de junio de 2020, amparó sus derechos, por lo cual la demandada mediante Resolución 1411 del 17 de junio de 2020, dejó sin efecto la Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020. Que el Tribunal Administrativo en sentencia calendada 24 de julio de 2020, le otorgó al demandante un término de 4 meses para acudir ante la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo; sin embargo, el actor no lo hizo.

Mencionó que, la accionada promovió la reiterada orden de traslado 8 meses después de fallo de segunda instancia, es decir el 26 de marzo de 2021. Que contra la anterior decisión interpuso recurso de apelación el que fue declarado improcedente por la demandada. Que es disiente la persecución laboral y sindical en contra del demandante, teniendo en cuenta que es la ciudad de Pasto, donde puede cumplir cabalmente sus funciones. Que el traslado además de violar el fuero sindical, resulta abiertamente lesivo para el dirigente sindical aforado, ya que afecta drásticamente sus condiciones de salud, familiar, sus ingresos económicos afectando su mínimo vital, además de que es contraproducente para el sindicato el cual perderá credibilidad a sus asociados al no poder frenar si quiera el atropello en contra de sus dirigentes sindicales. Que el día 21 de abril de 2021, el demandante fue notificado del acto administrativo No 0901 expedido el 20 de abril mediante el cual ratificó su traslado y/o reubicación al puesto de Control Migratorio Terrestre Rumichaca, debiendo presentarse el 22 de abril, situación que fue irracional, desconociendo el acuerdo colectivo firmado en el 2019, con el sindicato UNASEMIG, mediante el cual se modificó el procedimiento de traslados y/o reubicaciones ampliándose el plazo de 5 días hábiles para la presentación de un trabajador, por lo cual el demandante tuvo que solicitar permiso. Finalmente, manifestó que el actor durante el último mes ha sido sometido a un trato discriminatorio frente a los demás trabajadores, situación que está orientada a desestimular la afiliación en incluso la permanencia de los asociados al sindicato.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRAMITE DE PRIMERA INSTANCIA.

Correspondió el conocimiento del proceso al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto (N), Despacho que admitió la demanda mediante auto del 24 de mayo de 2021 (Fl.716), en el que se ordenó la notificación de la entidad demandada, así como a la organización sindical UNIÓN NACIONAL SINDICAL DE EMPLEADOS DE MIGRACIÓN COLOMBIA “UNASEMIGC,

así como el COMITÉ SINDICAL y al MINISTERIO PÚBLICO (Fl. 716-178), fijando fecha y hora para llevar a cabo la audiencia del artículo 114 del C.P.T. y de la S.S.

El Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, el 17 de junio del año en curso llevó a cabo la audiencia referida, acto en el que la demandada verbalizó la contestación de la demanda en la que se opuso a la prosperidad de las pretensiones al considerar que no se acreditó que el demandante gozara de la protección de fuero sindical para el apoca de los hechos, es decir marzo de 2020, cuando se profirió la resolución mediante la cual se ordenó la reubicación del demandante. Propuso como excepciones previas las de "Falta de acreditación de la calidad de aforado" "Falta de Jurisdicción y competencia" y "Prescripción". Como excepciones de fondo propuso las que denominó "Firmeza de los actos administrativos" e "Inexistencia de la Obligación de Indemnizar por inexistencia del fuero sindical"

A continuación, la Juez A Quo procedió a resolver las excepciones previas propuestas por la demandada etapa en la que resolvió posponer para la sentencia el estudio de la excepción de "Falta de Acreditación de la calidad de aforado" y no probadas la restantes. Se fijó el litigio y se decretaron las pruebas (Fls. 774-777).

El **15 de julio de 2021 y el 6 de abril de 2022,** se llevó a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento acto público en el que se recepcionaron las pruebas decretadas y una vez agotado el trámite propio del procedimiento especial de fuero sindical el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Pasto, declaró probadas las excepciones de fondo "Firmeza de los Actos Administrativos, Inexistencia de la obligación de Indemnizar e Inexistencia del fuero sindical", formuladas por la parte demandada. Absolvió de las pretensiones de la demanda propuestas por el demandante contra la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, dentro del proceso especial de fuero sindical acción de reinstalación radicado con el No 2021-137 y condenó en costas al demandante. (Fls. 1625-1627).

En síntesis, la Juez A Quo, arribó a la anterior conclusión al considerar que el demandante no estaba amparado por la garantía de fuero sindical cuando fue trasladado y el acto administrativo mediante el cual se ordenó el mismo, quedó ejecutoriado, pues advirtió que la Resolución proferida en el año 2021 que hizo efectivo el traslado lo único que hizo fue lograr el cumplimiento de un acto administrativo que estaba sometido a condición de conformidad con las decisiones de tutela.

RECURSO DE APELACIÓN

PARTE DEMANDANTE

El apoderado del demandante se mostró inconforme con la decisión de la primera instancia, al considerar que un acto administrativo no le pude dar alcance a otro, pues ello, resulta antijurídico. Advirtió que, el acto administrativo proferido en el año 2020, fue una decisión controvertida constitucionalmente, pues si bien el actor debía dentro de los siguientes 4 meses demandar ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo, y no lo hizo, lo fue porque

para ese entonces no pertenecía al sindicato y ninguno de los abogados de la oficina jurídica conocía de su caso. Indicó que cuando un trabajador goza de fuero y debe ser trasladado la entidad competente debe solicitar el respectivo permiso ante el juez del trabajo, pues resaltó que en tratándose de servidores públicos en el régimen disciplinario cuando la Procuraduría General de la Nación, profiere una decisión de destitución y si en el transcurso del tiempo en que la hace efectiva, un servidor público resulta ser aforado al momento de ejecutarla debe pedir el respectivo permiso, concluyendo entonces que así se trate de un acto de ejecución o de dar alcance, debe acudirse al juez laboral, puesto que insiste en el caso al momento de proferirse por parte de la demandada la Resolución No 1563 de 2021, el demandante gozaba de la garantía de fuero sindical. Finalmente, manifestó que la decisión de la primera instancia desconoce la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, y los diferentes pronunciamientos de la OIT en cuanto al fuero sindical, ya que insistió en que, de no solicitarse el permiso respectivo, los nominadores se valdrían de actos administrativos "alcanzadores" de otros para desconocer los fueros y entonces bajo esta óptica los trabajadores aforados quedarían desprotegidos.

ORGANIZACIÓN UNIÓN NACIONAL SINDICAL DE EMPLEADOS DE MIGRACIÓN COLOMBIA UNASEMIGC

El representante del sindicato manifestó que se encuentra acreditado que cuando al actor le fue notificada la Resolución No 663 de marzo de 2021, gozaba de fuero sindical, por ello, era condición necesaria que la entidad demandada solicite autorización ante el Juez Laboral para poder trasladarlo. Resaltó que nos encontramos frente a dos fechas y situaciones diferentes, destacando que debe prevalecer el derecho sustancial. Menciona que la administración pública de acuerdo al principio de coherencia prevé que todas las actuaciones de la administración pública deben estar regidos bajo el principio de la coherencia y ese principio precisamente no se da porque la administración no podía decir que estaba trasladando y ejecutando un acto administrativo cuando las condiciones eran completamente diferentes, no solo en modo espacio y tiempo sino que además no efectuó dicho traslado modificación o movimiento de personal en la oportunidad respectiva, por el contrario lo hizo cuando el trabajador se encontraba aforado, intentando destruir al sindicato cómo lo ha hecho con otras organizaciones sindicales mediante traslados y presiones a los trabajadores. Finalmente, expresó que si bien el Despacho concluyó que existen otros medios judiciales para que se prevenga a la administración ante sus actos, indicó que como líder sindical considera que hay jueces que cuando evidencian este tipo de situaciones van a tomar acción o dar prevalencia al derecho sustancial.

II. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

Los recursos interpuestos fueron admitidos 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 alegatos, sin intervención de las mismas.

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 de los argumentos expuestos en los recursos de alzada, y considerando que el estudio del plenario en la segunda instancia se limita única y exclusivamente a los puntos de censura enrostrados por los apelantes al proveído impugnado, según lo dispone el artículo 66A del C. P. del T. y de la S. S., le corresponde a esta Sala de Decisión analizar si la Unidad Especial Administrativa Migración Colombia, debía solicitar autorización ante el Juez del Trabajo para trasladar al demandante, para el momento en que se hizo efectivo el mismo, esto es, mediante Resolución No 0663 de 2021, data para la cual el actor gozaba de la garantía de fuero sindical. En caso afirmativo, analizar la prosperidad de las pretensiones alusivas a la reinstalación del cargo en la ciudad de Pasto (N).

SOLUCION A LOS PROBLEMAS JURÍDICOS PLANTEADOS

NATURALEZA JURIDICA DE LA ENTIDAD DEMANDADA Y CALIDAD DE SUS SERVIDORES

Sea lo primero señalar que mediante Decreto 4062 de 2011, se creó la Unidad Administrativa Especial, como un organismo civil de seguridad, denominada Migración Colombia, con personería jurídica, autonomía administrativa, financiera y patrimonio independiente, con jurisdicción en todo el territorio nacional, adscrita al Ministerio de Relaciones Exteriores, por lo tanto, por regla general sus servidores son empleados públicos.

Al respecto, se encuentra acreditado que el demandado mediante Resolución No 1722 del 3 de octubre de 2017, fue nombrado como Conductor Mecánico Código 4101 grado 16, de la Planta de Personal Global de la entidad demandada (Fls. 73-76), siendo entonces un empleado público.

GARANTÍA DE FUERO SINDICAL

Definido lo anterior, necesario es precisar que el fuero sindical, se instituye como una garantía especial, ligada al derecho fundamental de asociación, de la que gozan ciertos trabajadores para no ser despedidos, trasladados ni desmejorados en sus condiciones de trabajo, cuyo fin específico se concreta en la protección de la organización sindical a la cual pertenecen, para evitar la descomposición de dichas colectividades por el despido de los trabajadores que las conforman, pues quienes se benefician de dicha protección, cumplen funciones sindicales por la voluntad colectiva de sus electores.

El artículo 406 del C. S. del T., subrogado por el artículo 57 de la Ley 50 de 1990 y a su vez modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000, establece quienes está amparados por el fuero sindical[1]

---

1 "ARTICULO 406. TRABAJADORES AMPARADOS POR EL FUERO SINDICAL. Artículo modificado por el artículo 12 de la Ley 584 de 2000.

Siendo así, del texto normativo citado se deduce que si un trabajador es miembro de la junta directiva de un sindicato (principal o suplente), es necesario obtener el permiso judicial respectivo que demuestre la existencia de una justa causa para su desvinculación, traslado o desmejora del cargo que se encuentra desempeñando.

En el presente proceso no es motivo de discusión la condición de aforado del demandado al haber formado parte de la constitución del Comité Sindical Regional UNASEMIGC- NARIÑO- PUTUMAYO, de la ORGANIZACIÓN UNIÓN NACIONAL SINDICAL DE EMPLEADOS DE MIGRACIÓN COLOMBIA UNASEMIGC, que data del 17 de febrero de 2021, fecha a partir de la cual se encontraba amparado por la garantía del fuero sindical de fundadores de conformidad con el literal a) del artículo 406 del C.S.T. y hasta por el término de 2 meses. No obstante, desde el 6 de abril del mismo año, fue elegido como presidente de la junta directiva del mismo, adquiriendo a partir de esa fecha la garantía foral de que trata el literal c) del artículo referido por el tiempo que dure el mandato y seis meses más, pues así se lee de los documentos visibles a folios 108-129.

Así las cosas, se procede a analizar si la demandada debía solicitar permiso ante el juez laboral para trasladar al demandante al puesto de control migratorio terrestre CENAF RUMICHACA.

CASO CONCRETO

Previo a resolver lo pertinente, conviene advertir que en esta instancia se encuentran acreditados los siguientes aspectos:

1) Mediante Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020, la entidad demandada, reubicó al demandante en el Puesto de Control Migratorio Terrestre CENAF Rumichaca (Fls. 79-80). 2) El Juzgado Cuarto Oral Contencioso Administrativo de Pasto, mediante sentencia calendada 12 de junio de 2020, en amparo a los derechos fundamentales del actor dejó sin efecto la Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020 y ordenó a la entidad demandada que en el termi-

---

Están amparados por el fuero sindical:

a) Los fundadores de un sindicato, desde el día de su constitución hasta dos (2) meses después de la inscripción en el registro sindical, sin exceder de seis (6) meses;

b) Los trabajadores que, con anterioridad a la inscripción en el registro sindical, ingresen al sindicato, para quienes el amparo rige por el mismo tiempo que para los fundadores;

c) Los miembros de la junta directiva y subdirectivas de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, y los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más;

d) <Aparte tachado INEXEQUIBLE> Dos (2) de los miembros de la comisión estatutaria de reclamos, que designen los sindicatos, las federaciones o confederaciones sindicales, por el mismo período de la junta directiva y por seis (6) meses más, sin que pueda existir en una empresa más de una (1) comisión estatutaria de reclamos. Esta comisión será designada por la organización sindical que agrupe el mayor número de trabajadores

PARAGRAFO 1o. Gozan de la garantía del fuero sindical, en los términos de este artículo, los servidores públicos, exceptuando aquellos servidores que ejerzan jurisdicción, autoridad civil, política o cargos de dirección o administración.

PARAGRAFO 2o. Para todos los efectos legales y procesales la calidad del fuero sindical se demuestra con la copia del certificado de inscripción de la junta directiva y/o comité ejecutivo, o con la copia de la comunicación al empleador"

no de 48 horas siguientes a la notificación del fallo, reubique al actor en el cargo de conductor mecánico 4103 grado 16 a la Dirección Regional Nariño en la ciudad de Pasto (Fls. 81-92). 3) Mediante Resolución 1411 del 17 de junio de 2020, en acatamiento a la orden de tutela la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIA MIGRACIÓN COLOMBIA, dejó sin efecto la Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020, manifestando que el actor continuará prestando sus servicios en la ciudad de Pasto- Nariño (Fls. 93-94). 4) El Tribunal Administrativo de Nariño, mediante sentencia proferida en segunda instancia, el 24 de julio de 2020, modificó el fallo de primera instancia en el sentido de dejar sin efecto temporalmente la Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020, y le ordenó al Sr. Silvio Alfonso Acosta Pérez, si a bien lo tiene que dentro del término de 4 meses acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir el mencionado acto administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, precisándose en la parte motiva de la decisión que "*si la parte actora omite atender dicha orden en el término establecido, la entidad accionada podrá hacer cumplir su decisión administrativa, esto es, reubicar**á** al señor Acosta Pérez, a la ciudad de Ipiales o donde disponga se necesite el servicio*" (Fls. 96-107). 5) Mediante Resolución No 0663 del 23 de marzo de 2021, la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA, manifest**ó** que el demandante no adelantó las acciones judiciales dispuestas en la sentencia de tutela de segunda instancia del 24 de julio de 2020, y en consecuencia ordenó que se de cumplimiento a lo dispuesto en la Resolución No 937 del 24 de marzo de 2020, haciéndose efectiva la reubicación del demandante al puesto de Control Migratorio Terrestre CENAF RUMICHACA de la Dirección Regional Nariño. (Fls. 131-134).

Así las cosas, del análisis en conjunto y crítico de la prueba considera la Sala que el demandante no acreditó que para el momento en que fue proferida la **Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020,** mediante la cual la entidad demandada, reubicó al demandante en el Puesto de Control Migratorio Terrestre CENAF Rumichaca, se encontrara gozando de la garantía de fuero sindical, pues nótese que el 17 de febrero de 2021, fue la fecha en que se constituyó el Comité Sindical Regional UNASEMIGC- NARIÑO- PUTUMAYO, de la ORGANIZACIÓN UNION NACIONAL SINDICAL DE EMPLEADOS DE MIGRACIÓN COLOMBIA UNASEMIGC, y luego el 6 de abril del mismo año el actor fue elegido como presidente de la junta directiva del mismo, por lo tanto, la garantía foral la obtuvo a partir del 17 de febrero de 2021, en calidad de fundador del comité seccional luego entonces, no es posible que el demandante pretenda beneficiarse de las garantías previstas en el artículo 405 del C.S.T., derivadas del fuero sindical, pues se insiste el derecho foral se obtuvo con posterioridad a la expedición del acto administrativo que había ordenado su reubicación, en otras palabras para el 24 de marzo de 2020, el actor no contaba con ningún tipo de fuero, data que es importante destacar, pues si bien la orden de reubicación contenida en ese acto administrativo solo se cumplió mediante Resolución proferida el 23 de marzo de 2021, fecha para la cual el actor ya era un empleado aforado, también lo es que, el cumplimiento del acto administrativo inicial en atención a la acción constitucional instaurada por el demandante, y por decisión del Tribunal Administrativo de Nariño, fue dejada sin efecto temporalmente la Resolución No 0937 del 24 de maro de 2020, ordenándole al Sr. Silvio Alfonso Acosta Pérez, que dentro del término de 4 meses acuda a la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para controvertir el mencionado acto administrativo mediante la acción de nulidad y restablecimiento del derecho, acción que el actor no ejerció, por ende, la demandada como lo precisó el Tribunal Administrativo, se encontraba en libertad para ha-

cer cumplir su acto administrativo, esto es, el contenido en la Resolución No 0937 del 24 de marzo de 2020, que decidió la reubicación del demandante, decisión que se insiste no fue controvertida por la parte demandante mediante las acción contenciosa respectiva, por ello, la entidad demandada procedió a reubicar al señor Acosta Pérez, como había decidido en el acto administrativo primigenio, siendo del caso de advertir que cuando la entidad demandada expide el acto administrativo No 0663 del 23 de marzo de 2021, no se trata como lo menciona el apoderado del demandante de "darle alcance" al acto administrativo inicial sino de efectuar el cumplimiento de mismo, pues el mismo no perdió efectos sino que únicamente se encontraba suspendido temporalmente.

En conclusión, se iterara que si bien para la data en que se hizo efectivo el acto administrativo preferido en el año 2020, esto es, en el año 2021, el actor contaba con fuero sindical, ello no implicaba que la entidad demandada debía solicitar permiso ante el juez del trabajo para trasladarlo, pues dicha garantía amparaba al demandante frente a actos ejercidos por la demandada previstos en el artículo 405 del C.S.T., a partir de la fecha en que adquirió el fuero y mientras perdure ese emparo, garantía que no podía cobijarlo frente a un acto administrativo que había ordenado su traslado con anterioridad a ello, esto es, el 24 de marzo de 2020, pues no puede otorgársele efectos retroactivos a la garantía foral, más aún cuando el efecto del acto administrativo inicial solo había sido suspendido de manera temporal, más no perdió su efecto, argumento que también conduce a desestimar cualquier conducta de persecución sindical ya que los hechos del traslado se dieron con anterioridad a la condición de aforado del actor.

Finalmente, es de anotar que el trabajador en su demanda incluyó algunas pretensiones que no son propias del proceso de fuero sindical en la forma prevista en el artículo 118 del CPT y de la SS y concordantes; sin embargo, tal situación no mereció ningún reparo para la Juez A Quo, al momento de admitir la demanda y tampoco en la etapa respectiva de la audiencia prevista en el artículo 114 ibidem, por lo tanto, dado que la decisión es desfavorable a las pretensiones del actor, en esta instancia, resulta inane, pronunciarse al respecto.

En conclusión, y por las razones antes anotadas la Sala confirmará la decisión de la primera instancia que declaró probadas las excepciones propuestas por la entidad demandada denominadas "FIRMEZA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS", "INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE INDEMNIZAR e INEXISTENCIA DE FUERO SINDICAL", y consecuencialmente absolvió a la UNIDAD ADMINSITRATIVA ESPECIAL MIGRACION COLOMBIA, conforme a las razones expuestas en la parte considerativa de la sentencia.

COSTAS

En aplicación de lo preceptuado en el artículo 365 del C. G. del P., se tiene que dadas las resultas de la alzada hay lugar a condenar en costas en esta instancia al demandante SILVIO ALFONSO ACOSTA PÉREZ, a favor de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA. por resolverse desfavorablemente a sus intereses el recurso de apelación interpuesto. En consecuencia, las agencias en derecho se fijan de conformidad con el Acuerdo No PSAA16-10554 del 5 de agosto de 2016, proferido por el Consejo Superior de la Judicatura en el equivalente a 1 salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma total de $1.000.000

costas que serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia, en la forma ordenada por el artículo 366 ídem.

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 por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Ipiales (N), el 6 de abril de 2022 objeto apelación por las razones expuestas.

SEGUNDO: **CONDENAR EN COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA** a cargo de la parte demandante SILVIO ALFONSO ACOSTA PEREZ a favor de la entidad demandada UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL MIGRACIÓN COLOMBIA. En consecuencia, se fijan las agencias en derecho en el equivalente a un (1) salario mínimo legal mensual vigente, esto es, la suma de $1.000.000, las cuales serán liquidadas de forma integral por el Juzgado de Primera Instancia en la forma ordenada por el artículo 366 del C.G.P.

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 y se notifique por Edicto Electrónico con el fin de que sea conocida por los intervinientes dentro del presente asunto

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE.

En firme esta decisión, devuélvase al Juzgado de origen

JUAN CARLOS MUÑOZ
Magistrado Ponente

CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA
Magistrada

LUIS EDUARDO ÁNGEL ALFARO
Magistrado



SANDRA ***BISBICÚS***

Autoridad del Resguardo Santa Rosita - Pueblo Awá
Tumaco, Nariño

El Resguardo Santa Rosita está ubicado en el oriente del Municipio de Tumaco. Allí, Sandra Bisbicús es autoridad, es gobierno, es una voz con valor. Como ha sido tradición en los pueblos indígenas, los roles de poder habían estado circunscritos a la supremacía masculina que, en distintas culturas, ámbitos y geografías estableció la forma de gobernar.

Sandra Bisbicús conoce esa historia, conoce esa tradición, pero también sabe que asistimos a épocas en las que muchas circunstancias están cambiando, gobernar, siendo mujer, es una de ellas.

Las expresiones de Sandra Bisbicús son propias de las que manifiestan las mujeres con carácter. Es de pocas palabras, pero de acciones determinantes. Como autoridad indígena de su Resguardo, sabe que la protección del territorio es una de las máximas que orientan la cosmovisión del pueblo awá, por eso ha buscado la manera de hacerse presente para que de todas las formas posibles su Gran Familia awá sea respetada, valorada y protegida.

En Sandra Bisbicús la resistencia tiene nombre propio. Reconoce que aún hay mucho que hacer para que las violencias contra las mujeres cesen de una vez por todas. Ahí su trabajo se ha enfocado en tocar puertas, en hacerse sentir ante la institucionalidad, frente a las organismos nacionales e internacionales, para convertirse en una lideresa de las causas de las mujeres awá y de las mujeres del pacífico nariñense.

Durante los últimos años en los que se ha desempeñado como autoridad de su comunidad, ha podido constatar que la presencia Política de las mujeres permite otro tipo de diálogos, de conversaciones y negociaciones. Desde allí, desde ese nuevo lugar de la democracia, Sandra Bisbicús sigue sembrando y cosechando las huellas de un liderazgo al que se le augura brillo en el presente y en el futuro.

Narrada por la protagonista.



FARAH GONZÁLES **ORTEGA**

Activista Ambiental - Lidera la Red de Mujeres por la Conservación del Oso de Anteojos (KUICHI)
Pasto, Nariño

Farah González Ortega se mueve en la dirección que siempre la conduzca al cumplimiento de su misión y propósito como femenista, como activista ambiental, como defensora de las causas de las mujeres rurales, como promotora de la conservación de los ecosistemas o como protectora del oso de anteojos.

Se mueve porque sabe que hay mucho por hacer para no quedarse merodeando en los peligrosos límites de la cotidianidad que todo lo frena y opaca. Eligió los senderos de la conservación porque especies como el oso de anteojos son de las que tienen mayores riesgos de extinción, pero además, notó que en ese proceso, las mujeres y de manera particular las mujeres rurales, guardan una estrecha relación con las tareas del cuidado de la naturaleza, labor que no siempre es reconocida, ni valorada, ni visibilizada. Por eso había que juntarlas en este propósito de mutua protección.

El patriarcado, lo sabe Farah, ha sido violento con la naturaleza y violento con las mujeres. Esa doble relación se traslada al entorno de la mujer rural, quien ha tenido que desarrollar roles de protección de su casa, de su huerta, de su familia y hasta de su entorno, sin embargo, esas mujeres no gozan del poder de la tenencia de la tierra, son relegadas de los entornos de poder y son invisibles ante un mundo de privilegios y oportunidades.

Por eso Farah, esté donde esté, lleva sobre su cabeza, en sus pies, en su ser entero la memoria de Nariño, la lucha por la reivindicación por los derechos de las mujeres rurales, el recuerdo del páramo y su intenso deseo por aportar a la conservación de la vida en todas sus formas.

Narrada por la protagonista.

JURISPRUDENCIA SALA PENAL



MAGISTRADOS:

Dr. Héctor Roveiro Ágredo León
Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Dr. Silvio Castrillón Paz
Dr. Franco Solarte Portilla

PRUEBA DE REFERENCIA – Carácter Excepcional de su admisibilidad en eventos relacionados con delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales de menores de edad.

PRUEBA DE REFERENCIA - Parámetros para el ingreso a la audiencia de juicio oral de entrevistas o declaraciones como prueba de referencia, cuando el testigo no está disponible físicamente.

PRUEBA DE REFERENCIA - Debe incorporarse siguiendo el debido proceso probatorio.

PROCEDIMIENTO PARA LA INCORPORACIÓN DE UNA DECLARACIÓN ANTERIOR AL JUICIO ORAL A TÍTULO DE PRUEBA DE REFERENCIA - Debe haberse solicitado y decretado su aducción en la audiencia preparatoria, de lo contrario se vulneran las reglas que estructuran los fundamentos y el método de incorporación de pruebas al juicio oral.

PRUEBA DE REFERENCIA - Apreciación probatoria: Se realiza únicamente sobre la prueba previamente admitida como de referencia.

(…) Con la ley 1652 de 2013, norma especial para la realización de entrevistas y testimonios de las menores víctimas de los delitos contra la libertad, integridad, y formaciones sexuales, se procura dar protección a aquellos en virtud del principio *pro infans*, cuando su testimonio va a generar trauma o mayor daño, es por lo que, convertida la entrevista forense en material probatorio, pueda ingresar como prueba de referencia. (…)

(…) Pero todo ello debe estar precedido de la adecuada forma de solicitar la prueba de referencia, que como tal debe cumplir con unos requisitos mínimos establecidos en las normas citadas, cuyo fin es el respeto por un debido proceso probatorio (…)

(…) hace parte del derecho a la contradicción que la contraparte tenga la posibilidad de controvertir los medios probatorios que se aducen, los cuales para su validez debe cumplir con las formas propias de la solicitud, admisión y decreto de las pruebas. (…)

(…) La defensa reclama la manera sorpresiva como se ha tomado por el A quo la prueba de referencia de la menor YABR, cuando ella no fue solicitada por el representante del ente acusador y en ello le asiste razón a esta parte, dado que con claridad en el récord 1:03:52 de la audiencia (…) se escucha cuando se presenta renuncia a este testimonio por cuanto no se ha podido hacer comparecer.

Bajo esta ilación, el análisis a realizar por la Sala será respecto de los testimonios incorporados en forma legal al igual que la prueba de referencia correspondiente a la madre de la menor, la prueba indiciaria que se encuentra presente, escindiendo los apartes en que la menor hace su narración, por cuanto afecta el debido proceso probatorio en cuando a la adecuada aducción basada en la solicitud y decreto de dicha prueba como de referencia, de la cual no hubo solicitud alguna. (…)

PRUEBA DE REFERENCIA: **Apreciación probatoria: Es un medio de persuasión creíble cuando se respalda por otros medios de convicción.**

PRUEBA PERICIAL: Testimonio del perito: Cuando emite concepto con base en la entrevista de la víctima u otros elementos, no es prueba de referencia, sino directa.

INDICIO – Valoración probatoria: Unido a otros hace posible la emisión de una sentencia condenatoria.

LIBERTAD PROBATORIA - Los componentes de la conducta punible pueden ser demostrados por cualquiera de los medios establecidos en la ley.

SENTENCIA CONDENATORIA – Existencia de certeza acerca del delito y la responsabilidad penal del acusado.

(…) ante la imposibilidad de concurrencia de la señora YCRS, su testimonio ingresa como prueba de referencia, para ello lo expone el investigador del CTI que con anterioridad dijo había recibido aquella entrevista y quien procede a leer tal documento (…), de la cual también debe escindirse lo relacionado con lo que haya manifestado la menor, porque se itera se trata de un medio probatorio no solicitado (…)

(…) Aunque no se tiene el testimonio de la menor, lo informado por la madre que ha recibido de manera directa y que puede valorarse vía prueba de referencia como ha ingresado su versión, puede observarse que es la madre se entera por partes de lo sucedido y por ello no significa que lo enterado no tenga validez, por el contrario de acuerdo con la doctrina, el dicho de los menores víctimas de abuso sexual es progresivo, y son muchos los factores que influyen tales como la familiaridad de su agresor, el tiempo que llevan siendo abusados, el poder que ostenta, es por lo que se habla de unas fases que se van dando (…)

(…) Para el caso, la menor contó lo sucedido a su madre en horas de la noche del domingo, cuando si bien inicialmente quiso proteger la identidad de su agresor señalando a otra persona finalmente decide poner en conocimiento de su madre que su agresor es su tío. (…)

(…) la defensa no presentó prueba alguna, por tanto, el análisis debe realizarse con los medios probatorios que ha aportado la fiscalía, que (…) debe valorarse sin tener en cuenta lo que la menor haya podido manifestar por cuanto dicha prueba no fue recepcionada de manera directa ni como prueba de referencia fue solicitada, (…) pero si se han allegado otros medios de prueba tales como prueba documental, hay prueba indiciaria y prueba de referencia. (…)
(…) No solo su progenitora, sino también los profesionales que se entrevistaron con la menor la observaron con un estado emocional afectado, traumatizada, en procura de solicitar la interrupción de su proceso gestacional que no se sabe si la concepción se produce el 8 de junio de 2018 pero que si permite establecer de esta forma probatoria que en esta fecha también se tuvo un contacto sexual con el acusado (…)
(…) Colofón de lo expuesto, se ha dado la corroboración periférica, existe con claridad la agresión sexual sucedida a la menor YABR, y con la prueba documental arrimada permite llegar a la conclusión que EFB, su tío, es su agresor sexual y por ende responsable penal de este comportamiento por el que fue acusado. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, veintiséis de septiembre de dos mil veintidós

Radicación : 521106000507201800115-01 (36059)
Asunto : Apelación sentencia
Delito : Acceso carnal abusivo agravado
Magistrado : Dr. HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Decide la Sala el recurso de apelación interpuesto por la defensora de EFBG, contra la sentencia de 29 de enero de 2021, dictada por el Juzgado Penal del Circuito de la Unión (N), que lo encontró responsable penal en calidad de autor del delito de acceso carnal abusivo agravado, imponiéndole como pena principal ciento noventa y dos (192) meses de prisión y como pena accesoria la de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena principal.

El motivo de inconformidad de la apelante radica en la valoración probatoria realizada por la primera instancia y la forma como se analiza la prueba de referencia.

1. Supuestos fácticos.

Se concretan en los hechos denunciados por la señora YCRS, madre de la menor YABR de 13 años quien al parecer el día viernes 8 de junio de 2018, decide salir de su lugar de residencia en la vereda el tejar, acudir al corregimiento de SM dentro de la comprensión municipal de B y de este lugar según lo informado por la menor, en compañía de EFBG, su tío, salen en la moto de propiedad del último nombrado hacia el municipio de La Unión, a su cabecera principal, lugar donde ingresan en horas de la tarde al hotel "Sebastián" ubicado frente al terminal de trasporte, el sujeto la deja en aquel sitio hasta el día sábado que la recoge y la lleva hasta B, donde ella se traslada en una moto hasta el corregimiento de SM y de ahí a pie a su residencia.

Sus padres, OB y YR, que ese día viernes 8 habían viajado a la ciudad de Pasto desde muy tempranas horas, cuando regresan en horas de la tarde no encuentran a su hija, inician su búsqueda por veredas y corregimientos aledaños, se trasladan a B, preguntan a familiares incluido EFB sin tener información alguna, da aviso a las autoridades, hasta que en horas de la tarde del sábado 9 de junio la menor llega a la casa y un familiar les informa a los padres quienes se encontraban en B.

2. Del trámite procesal

2.1. El día 16 de agosto de 2018 se realizan las audiencias preliminares ante el Juez Promiscuo Municipal de B, de legalización de captura, formulación de imputación por el delito de acceso

carnal abusivo con menor de 14 años agravado de los artículos 208 y 211 numerales 5 y 6 del código penal, cargos no aceptados por el imputado; y se impuso medida de aseguramiento en centro carcelario.

2.2. El escrito de acusación fue presentado el 8 de noviembre de 2019 ante el Juzgado Penal del Circuito de la Unión y la audiencia de formulación se realiza el día 20 de enero de 2020, la cual se desarrolla cumpliendo los momentos establecidos en los artículo 339 y siguientes del códice adjetivo penal; la audiencia preparatoria se realiza el 10 de marzo de la misma anualidad, en la que se observa el acatamiento de la normatividad procesal penal; el juicio oral se inicia el 18 de agosto que se adelanta hasta la teoría del caso de las partes, para continuar los días 16 y 17 de septiembre y 2 de diciembre de 2020, con la práctica probatoria y el sentido del fallo de carácter condenatorio. La sentencia se emite el día 29 de enero de 2021.

3. Sentencia recurrida

La primera instancia, dentro de la providencia recurrida, comenzó por efectuar una relación de los hechos relevantes, la individualización del procesado y un recuento de la actuación procesal y de los alegatos de las partes.

Seguido a ello sentó las consideraciones del caso, punto en el que efectuó un recuento de las pruebas practicadas en el juicio junto con su respectiva valoración, a efectos de determinar si se logró demostrar la ocurrencia del hecho y la responsabilidad en el delito de acceso carnal abusivo agravado en contra del del procesado, conforme se pasa a sintetizar.

Se partió de las estipulaciones probatorias, según las cuales se tenía como probada la plena identidad del proceso y la edad de la adolescente YABR, determinando que su fecha de nacimiento es el 17 de febrero de 2005.

Seguido a ello se trajo a colación los testimonios recibidos en juicio, haciendo un resumen de lo declarado en el interrogatorio y contrainterrogatorio de cada uno de ellos y que saber fueron, el del Dr. Christian Camilo Dussan Moncayo, quien para la época de los hechos se desempeñaba como comisario de familia del municipio de B, el de la Dra. Daniela Lorena Campaña Hoyos, psicóloga adscrita a la ESE..., profesional encargada de realizar la valoración psicológica de la víctima, el del abogado Luis Antonio Zambrano, profesional investigador III de la unidad local del CTI La Unión, encargado de recopilar información desde el celular de la madre de la víctima y una inspección del lugar de los hechos, el de Yeliza Mileidy Tatamues Tapue, médico general de la ESE..., quien realizó una nueva valoración médica a la menor por una solicitud de interrupción voluntaria de embarazo, el de la Dra. Verónica Chacón, médico SSO de la ESE..., profesional encargada de realizar la valoración sexológica de la menor, el de la Dra. Ingrid Lorena Taticuan Hormaza, médico general de la ESE..., que realizó una valoración médica a la menor.

Se dejó claro que la fiscalía había ofrecido los testimonios de la adolescente YABR y su progenitora, empero no fue posible lograr su concurrencia al juicio, pese a que se emitieron dos

órdenes de conducción, motivo por el cual la fiscalía solicitó que se admita la declaración rendida por la madre de la víctima como prueba de referencia, valiéndose entonces del investigador del CTI Luis Antonio Melo Zambrano para que introduzca la entrevista rendida por aquella, relatando lo plasmado en dicho documento.

Claro ello, procedió a aludir a la admisibilidad de la pruebas de referencia, refiriendo que la problemática que se presenta en el caso gira entorno a la no comparecencia de la víctima a la audiencia de juicio oral, sumado a que la Fiscalía no recibió entrevista forense a la menor, con lo que podría verse limitado el derecho de defensa en punto del derecho de contradicción, pues, en el caso, la información sobre la ocurrencia de los hechos, fue introducida a través de la declaración de los profesionales que tuvieron contacto con la menor, recibieron la denuncia, realizaron valoraciones psicológicas y médicas, y por medio de la entrevista rendida por su madre.

Explicó que la fiscalía ofreció, dentro de su estrategia, el testimonio de la menor y su madre, pues se encontraba convencido de que acudirían a juicio a ratificar lo dicho, empero ello no ocurrió, y que, al haberse recibido ya todas las pruebas de la su parte, no pudo solicitar que las declaraciones anteriores rendidas por la víctima ante los profesionales que la atendieron ingresaran como prueba de referencia, como sí se hizo con la declaración de la progenitora.

Señaló que en tal punto le acude razón a la defensa cuando afirmó que a la fiscalía obró de manera poco diligente cuando omitió realizar una prueba de ADN teniendo la oportunidad para ello, bajo el argumento de que se contaba con elementos suficientes para solicitar condena, así como realizar una entrevista forense, bajo la misma consideración; sin embargo, consideró que en el conflicto suscitado entre el derecho de contradicción del acusado y el de la víctima a obtener verdad, justicia y reparación, la última goza de una doble condición especial, pues es una menor de edad, cuyos derechos prevalecen, y mujer que resultó en estado de embarazo, lo cual demanda un trato diferenciado por parte de las autoridades.

Por lo anterior y con el análisis del artículo 437 de CPP, encontró que las manifestaciones realizadas por YABR ante los profesionales que la valoraron se encuentran dentro de la definición de prueba de referencia, así no se haya realizado la entrevista forense, máxime cuando el artículo 438 de la misma disposición normativa, señala que será admisible la prueba de referencia cuando, entre otros, el declarante sea menor de 18 años y víctima de delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, dado que se propende por evitar la revictimización.

Continuó e indicó que, bajo el principio de libertad probatoria, es válido catalogar como prueba de referencia la versión rendida por la menor YABR ante los profesionales que la valoraron, misma que resulta admisible como quiera que se tiene certeza de la existencia de las manifestaciones pues fueron expuestas a testigos que tuvieron contacto directo con aquella en atención a funciones propias de su cargo, contenido que quedó plasmado en los informe y base de opinión pericial. Frente a la contradicción indicó que desde el momento del descubrimiento de los elementos de prueba que la fiscalía pretendía hacer valer, la defensa y el procesado conocían la información, por lo que no es un hecho que genere sorpresa y frente a

tal teoría la defensa propuso su estrategia defensiva, tesis que se refuerza con la asumida en una providencia emitida por la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que a su vez se sustenta en una decisión del órgano de cierre en materia penal, en la que en un caso similar, se tuvo como prueba de referencia la declaración rendida por la víctima ante los servidores que la examinaron en atención al principio pro infans.

Con el anterior derrotero pasó a determinar la existencia de la conducta y a emitir una respuesta a los alegatos de las partes; así, consideró que, con lo obrante en el caso, es dable establecer que la conducta de acceso carnal abusivo existió y que el responsable de los hechos es el señor EFBG.

Luego de la descripción del tipo penal en mención señaló que es claro que la adolescente YABR, de 13 años de edad para la época de los hechos, fue víctima de un atentado en contra de su libertad, integridad y formación sexuales, que se produjo el 8 de junio de 2018 en el hotel Sebastián, frente al terminal de transportes del municipio de La Unión, lugar al que fue llevada por el señor EFBG, que la invitó con el pretexto de enseñarle a conducir moto, llevándola primero desde SM hasta el municipio de B, luego, hasta La Unión, sitio en el que manifestó encontrarse cansado, busco una habitación de un hotel y la accedió carnalmente.

Indica que el Dr. Christian Camilo Dussan Moncayo, comisario de familia de B para la época de los hechos, informó que la madre la víctima interpuso denuncia, y que junto con aquella, relataron los sucesos; encuentra que ese testigo da cuenta de la existencia y contenido de la denuncia penal y aporta información directa que él mismo pudo constatar frente al estado anímico de la menor, dejando claro que era notable que había pasado por algo traumático, que tenía miedo a hablar de lo acontecido, y que, al igual que los padres, señaló al ahora procesado como responsable de los hechos.

Explica que ese testigo, con la formación profesional como abogado especialista en derecho de familia, tuvo la oportunidad de conocer y escuchar de primera mano sobre los hechos objeto de investigación relatados por YABR y sus padres, testimonio que encuentra espontaneo, detallando que recuerda el caso en tanto que lo atendió un día domingo, indicando que si bien no recuerda claramente qué parte expuso la madre y qué parte la menor, ofrece un contexto general de lo ocurrido, situaciones de las cuales sólo podrían dar cuenta los directamente involucrados, de manera tal que puede concluirse que los aspectos relativos a la desaparición de la adolescentes y la manera en la que la encontraron corresponde a lo vivido por los padres, y lo relacionado con la invitación que hiciera EF, su traslado a B y luego al municipio de La Unión, así como los hechos ocurridos en ese lugar, sólo pudieron haber sido relatados por YABR. Explica que en atención al grado de afectación anímico de la menor, es posible que las manifestaciones sobre la agresión sexual, hayan venido de la madre conforme a lo relatado por su hija, estando entonces frente a una prueba de referencia de segundo grado en cuanto al relato de la víctima, por lo que indicó que tal declaración sería tenida en cuenta frente a las afectaciones que el testigo pudo observar en tanto que pudo dar cuenta el estado anímico de la menor, informando que se encontraba afectada por lo ocurrido, como señal o indicio de corroboración de que a aquella le había sucedido algo traumático, para lo cual no requiere de una capacitación especial.

Continua y explica que la prueba de referencia que sí se puede admitir es la declaración de la Dra. Daniela Lorena Campaña Hoyos, psicóloga adscrita a la ESE..., profesional que realizó una entrevista semiestructurada para confirmar el relato de los hechos que consisten en un presunto abuso sexual, a quien la menor le manifestó haber sido abusada por si tío, quien la llevó a la fuerza y la "violó", indicando que era la primera vez que pasaba y que el nombre era FB, y luego, en una valoración posterior, indicó que los hechos se habían presentado en dos oportunidades, una, en la casa de la familia y luego en La Unión.

Del testimonio el juzgador resalta que se trata de una profesional que valoró a la menor en varias oportunidades, y que pudo establecer que la víctima aporta información referente a que fue llevada por la fuerza por el procesado y abusada sexualmente, además, que como prueba directa, da a conocer de la afectación psicológica de la niña, que la ingresó a control prenatal, que tenía inestabilidad emocional y que se encontraba afectada dado que el abusador era del círculo familiar, lo que le ocasionó problemas con el mismo.

Frente al reparo de la defensa ante la experiencia de esa profesional, indica que, si bien es escasa, no es óbice para darle credibilidad a lo expuesto, pues se está frente a una persona que ha cursado una carrera profesional que tiene como finalidad entender el comportamiento humano, y que, en el caso, lo presentado sin duda es un hecho traumático que marca el desarrollo de cualquier persona, más si se trata de una adolescente de 13 años. Agrega que la testigo, de manera objetiva y sin ningún sesgo, con base en sus conocimientos, informa que la menor brindó dos versiones de los hechos, observándose discrepancias, resaltadas no sólo por la defensa sino por esa judicatura, pues, mientras indica que fue llevada por la fuerza, ante otros profesionales indicó que había sido llevada por medio de engaños, y que, en una primera valoración afirmó que era la primera vez que pasaba, y luego, indicó que habían sido dos.

Refiere que, si bien lo anterior podría llevar a cuestionar la versión de la menor, lo que se observa es que no existe una adecuada gestión de lo que paso, y que la menor tiene cierta vergüenza o sentimiento de culpa, por lo que busca dar una versión que no comprometa su actuar, evitando ser juzgada de los hechos que de manera alguna fue responsable.

Continua y señala que en el proceso no está demostrado que haya existido el uso de la fuerza para trasladar a YABR en la motocicleta, ni en el hotel, como lo relata aquella, pero que ello no implica que e hecho que se reprocha no haya ocurrido, pues pudo haberse configurado incluso con el consentimiento de la víctima, pues no de otra forma se puede explicar el por qué si el hecho ya había ocurrido en una primera oportunidad en la casa de la familia de la víctima, se accedió a realizar un paseo, siendo esa la explicación de la contradicción de la menor a efectos de no quedar expuesta a críticas.

Señala que también constituye prueba de referencia la declaración rendida por el abogado Luis Antonio Melo Zambrano, vinculado al CTU La Unión, y luego de recordar el trabajo realizado por aquel, indicó que tal profesional cuenta con una formación profesional y experiencia relevante, con lo que logró establecer que al celular de la madre de la víctima se enviaron tres mensajes desde el celular que al parecer pertenece al procesado, en los cuales deja entrever

que quien los escribe se encuentra preocupado por la realización de una prueba, pide perdón por el error cometido y finalmente indaga si ha sido demandado para ir a entregarse, refiriendo que en contexto puede concluirse que tiene relación con los hechos ocurridos el 8 de junio de 2018.

Explica que la destinataria de los mensajes es la madre de la víctima, quien aportó el celular para que se constaten los mensajes, por lo que no se requiere certificación a ese propio reconocimiento, en cuando al propietario del emisor de los mensajes, la destinataria indicó que el número pertenece a EFBG, quien es un familiar, y contacto que coincide con la información que aquel suministró como datos personales conforme a inspección a lugares efectuada por la policía. En cuanto al día del envío, explica que, si bien no se puede detallar el año, evidenciando que se remitieron el 10 de junio y el 1 de julio, la duda queda despejada en tanto que los hechos ocurrieron el 8 de junio de 2018, por lo que se puede inferir que pocos días después el implicado averigüe sobre la práctica de la prueba, este preocupado por la denuncia, al paso que pide perdón por el error cometido.

Considera que la existencia de los mensajes corrobora la versión brindada por la víctima, teniendo como hecho indicador que existen y provienen del celular que se dice es del procesado, número que registró en la planilla del hotel, con lo que se puede inferir que aquel estaba preocupado por las consecuencias del acto cometido, de ello que indique que se encuentra dispuesto a entregarse a las autoridades.

Responde a las razones que la defensa expresa para señalar que lo aportado no demuestra la existencia de un acceso carnal abusivo y que el menor estuvo en el lugar de los hechos el día señalado, indicando que, si bien resultan ciertas, no puede perderse de vista que los hechos se demostraron por medio de la corroboración periférica, en tanto que es difícil encontrar prueba directa de la ocurrencia de los hechos como quiera que generalmente sucedan a puerta cerrada. Señala que se acreditó que el procesado se encontraba en el hotel Sebastián el 8 de junio de 2018, confirmando la versión de la menor en la que indica que fue llevada por aquel a ese lugar, donde sostuvo relaciones sexuales, y que es relevante el hecho de que no se presentó ninguna explicación del por qué el sujeto se encontraba en ese lugar que es distante a su domicilio habitual.

Hizo referencia a la declaración de la Dra. Yelitza Mileidy Tatamues Tapue, quien realizó valoración médica a la víctima, indicando que de lo expuesto por aquella se puede afirmar que se está frente a una profesional en medicina, quien además de referir lo expuesto por la menor, con fundamento en sus conocimientos, determinó que aquella presentaba un embarazo de 9.2. semanas aproximadamente y que solicitaba la interrupción voluntaria del mismo, afirmando que había sido abusada por su tío en dos oportunidades.

En cuanto a las réplicas efectuadas por la defensa frente a esa testigo, indicó que no era necesario que aquella exhiba de manera física el documento de identidad, pues de conformidad con la normativa, basta con que se identifique con nombres, apellidos y generales de ley, al margen de que no se afectó el derecho al debido proceso en tanto que la abogada defensora

pudo ejercer el derecho de contradicción; frente a que el estado de embarazo en sí no implica una responsabilidad del procesado, explicó que al revisar los cálculos, la médico indicó que el embarazo se pudo haber producido entre el 28 de mayo, y el 11 o 12 de junio, existiendo un margen de 14 días, esto, siempre que se haya dado una fecha confiable de la última menstruación y se esté frente a un periodo regular, punto a partir del cual considera que no puede afirmarse sin duda que el embarazo sea fruto de los hechos ocurridos el 8 de junio de 2018, así mismo, recordó que la menor afirmó que los encuentros se dieron en dos oportunidades, una en su casa y otra en La Unión, teniendo clara la fecha sólo de la última, pudiendo haberse generado con el primer encuentro, empero, deja claro que no existe duda sobre el responsable del hecho sino sobre la fecha del embarazo, por lo que no podría configurarse el agravante.

Hizo alusión al testimonio de la Dra. Verónica Chacón, indicando que aquella, pese a la poca experiencia laboral con la que contaba, tenía el conocimiento necesario para exponer con claridad sus conceptos médicos, por lo que sus apreciaciones resultan confiables. Señaló que se está frente a una prueba directa en tanto que da a conocer que realizó el examen sexológico a la víctima constatando que presentaba un embarazo de 17,6 semanas, que muestra una actividad sexual, circunstancia compatible con su anatomía, aspecto que sirve de corroboración de que fue objeto de abuso sexual, agrega que la percibió introvertida, con signos de estar afectada psicológicamente, indicativo de que vivió un evento traumático. Agregó que conforme se había considerado con el anterior testimonio en referencia, lo quedó en duda fue la fecha de estructuración del embarazo, pues a la profesional en mención la menor brindó unas fechas distintas sobre la fecha de la última menstruación.

Se refirió a la declaración de la Dra. Ingrid Taticuan, que efectuó una nueva valoración a la menor el 26 de julio de 2018, prueba directa, indicando que la poca experiencia no implica una incapacidad para emitir una valoración y efectuó idéntica apreciación a la expuesta frente a otra de las testigos ante la falta de presentación de los documentos de identificación. Frente a lo expuesto por aquella destaca que aludió también a la posible fecha de estructuración del embarazo, quien indicó que pudo haberse producido el mismo 25 de mayo, pero el juzgador desecha la apreciación, trayendo a colación las imprecisiones que sobre el tópico ya se habían establecido.

Explicó que al no lograrse la comparecencia de la madre de la víctima, se autorizó el ingreso de la entrevista por aquella rendida como prueba de referencia por medio del investigador del CTI, reseñando una vez más el contenido, con amplia cita expresa; indicó que sobre éste último la defensa únicamente manifestó su inconformidad al no exhibir su documento de identidad, indicando una vez más, que de conformidad con la norma procesal, artículo 390, los testigos deben identificarse por sus nombres, sin que la presentación del documento sean un requisito, al margen de que en la declaración inicial, ya había presentado lo correspondiente.

Claro ello, indicó que la información presentada ingresa a título de prueba de referencia, en la que se destaca los hechos relatados confirman los objeto de investigación, en tanto que dan cuenta de las circunstancias que rodearon la comisión de la conducta punible, y que, si bien no es un testigo directo de los hechos, relata que para le fecha la víctima había quedado sola en

su casa, dado que los progenitores viajaron a la ciudad de Pasto, corroborando lo que menor había dicho en sus diferentes declaraciones, seguido a ello recontó otros aspectos expuestos en la entrevista y con ello concluyo que tales afirmaciones aclaran, desde otro punto de vista, el porqué de las varias declaraciones o contradicciones en los dichos de la menor, pues, aquella sentía temor que le hiciera daño a su hermana, porque su tía se encontraba embarazada del procesado y temía que perdiera el bebé, incluso por vergüenza o sentimiento de culpa por lo ocurrido, lo cual es una actitud recurrente en menores objeto de abuso sexual.

Considera que la declaración confirma la circunstancia de agravación punitiva consistente en el grado de familiaridad del señor BG con la víctima, quien es señalado como su tío, quien la testigo aclaró que es la pareja de su hermana, tía de la menor, y medio hermano de su progenitor. Así mismo, que presenta información sobre la afectación sufrida por YABR, en tanto que se encontraba alterada, lloraba y se negaba a contar lo ocurrido, al punto de inventar dos versiones.

Con todo lo anterior consideró que no existe duda sobre la ocurrencia de la conducta punible y su responsable.

Luego aludió al ingreso de la prueba de referencia de las declaraciones anteriores al juicio de YABR, indicando que no se puede tener en cuenta lo expuesto por el comisario de familia de B, en tanto que no pudo clarificar qué parte de la denuncia fue relatada por la madre y qué parte lo indicó la víctima, empero, si se tiene en cuenta como corroboración periférica.

Explicó que lo mismo no ocurre frente a las declaraciones de la psicóloga y las médicas que atendieron a la menor, pues aquellas pudieron escuchar de manera directa las manifestaciones de la menor, constituyendo prueba de referencia de primer grado, dando cuenta de la existencia de estas y su contenido, plasmadas en los correspondientes informes, expuestas en juicio oral donde pudieron ser controvertidas. En cuanto a esas expresiones de la menor ante dichas profesionales, indica que se realizaron en compañía de su representante legal y se hicieron de manera espontánea, sin presión de ningún tipo y en un ambiente conversacional y no opresivo.

Agrega que tales testimonios también constituyen elementos de corroboración periférica en lo que tiene que ver con las afectaciones al estado anímico de la menor de las cuales se puede establecer que en realidad tuvo que afrontar una situación extraordinaria que marcó su vida. Así, consideró que contrario a lo expuesto por la defensa, en el caso no sólo se está frente a prueba de referencia, sino también se está frente a prueba directa respecto de las consecuencias que dejó la conducta punible.

Claro lo anterior procedió a referirse a la antijuricidad, indicando que en el caso se violó el bien jurídico protegido, pasando a explicar que con el punible endilgado se lesiona la libre autodeterminación, en el caso, de una adolescente de 13 años de edad, que en sus primeras experiencias sexuales ha tenido que padecer circunstancias difíciles de afrontar, incluso un embarazo, que si bien no pudo establecerse se concibió en la fecha específica de los hechos

que se juzgan, no puede desconocerse que atentó en contra de los derechos de la víctima. Señaló que el incriminado tenía conocimiento de que consumar el acceso carnal abusivo de la minoría de edad de su víctima era delito, y aun así se direccionó a obtener el resultado con el afán de satisfacer sus afanes libidinosos, y concluyó señalando que no se vislumbra la concurrencia de las causales de justificación del hecho.

Luego se refirió a la culpabilidad, indicando que el procesado para la época de los hechos era una persona mayor de edad, dotado de intelecto y volición que le permitían discernir entre lo socialmente permitido y prohibido en la ley. Así, que, al tener dominio del hecho, tenía la posibilidad de regular su comportamiento conforme a derecho.

Cuestiona en el punto también que la responsabilidad aparece acreditada en los indicios que se concretan en la oportunidad para delinquir, encontrando que tenía una relación directa con la menor, sabía que se encontraba sola, y presentó una excusa, enseñarle a manejar moto, para llevarla hasta La Unión y consumar el acto previamente determinado.

Finalmente procedió a efectuar la dosificación punitiva, proceso en el que luego de establecer los mínimos y máximos a imponer por la conducta de la que se le encontró responsable, con el agravante contemplado en el numeral 5° del artículo 211 del CP, estableció los cuartos de movilidad, luego de lo cual, tuvo en cuenta la conducta reprochada, la intensidad del dolo, las consecuencias de la conducta – afectación emocional-, así mismo, la conducta anterior, que calificó como buena, estimó pertinente imponer una condena de 192 meses de prisión, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, y negó los mecanismo sustitutivos de la pena privativa de la libertad por expresa prohibición legal, dejando claro que, en cuanto a indemnización de perjuicios, la familia podrán solicitar la apertura del incidente de reparación integral.

4. Argumentos de la Defensa como apelante

La apoderada judicial del procesado, inconforme con la decisión de primera instancia la apela, buscando la absolución de su prohijado, como sigue.

Efectúa un recuento de los hechos que dieron lugar a la actuación y del trámite adelantado por la fiscalía y lo solicitado por el ente acusador como prueba en la audiencia preparatoria, con un recuento de la respectiva sustentación para el efecto.

Luego indicó que en el juicio oral se estableció que el procesado tiene un registro en el hotel Sebastián de La Unión (N), pero que no se demostró, con ningún elemento, que ese día haya ingresado con la menor.

Aludió a la valoración de la psicóloga, quien estableció que la menor da dos versiones que no coinciden, que dicha profesional no cuenta con estudios en psicología forense, y que manifestó que había realizado una entrevista semiestructurada pero no indicó que realizó la valoración con el protocolo establecido en la Ley 1652 de 2013, pues el personal idóneo para recibir ese tipo de prueba es medicina legal con apoyo del ICBF, afectándose así el debido proceso.

En cuanto a las profesionales de la salud señaló que al momento de valorar a la menor establecieron que contaba con 17 semanas de gestación y que la fecha de concepción pudo haber ocurrido el 15 de mayo, pro tanto, no se logró establecer que haya tenido relaciones sexuales el día materia de investigación.
Indicó que el ente acusador, para acreditar la ocurrencia de los hechos, solicitó los testimonios de la víctima y su madre, empero no se logró su comparecencia, por lo que solicitó como prueba de referencia al investigador del CTI para introducir lo narrado por la progenitora, quien narró unos hechos que nunca percibió de manera directa.

En el mismo hilo señaló que en la sentencia se tomó como prueba de referencia los testimonios de las profesionales de la salud y psicología que atendieron a la menor, cuando no se solicitaron como tal, afectando así el derecho al debido proceso, pasando por alto las reglas establecidas en la sentencia SP-339-2020 radicado No. 55957 y sentencia SP-3274-2020.

Explica que, aunque en la sentencia recurrida se dejó claro que a la menor no se le recibió una entrevista forense y que ello no vulnera los derechos del procesado, al momento de valorar los testimonios de los profesionales de la salud los toma como prueba de referencia cuando así no fueron solicitados, afectando el derecho al debido proceso, así como la inmediación, concentración, contradicción, entre otros.

Resalta que en esa decisión se hace énfasis en unos mensajes de texto que se encuentran en un informe de investigador de campo realizado por el Dr. Luis Alberto Melo Zambrano, que fueron enviados al celular de la madre de la menor, pero en momento alguno ese profesional, o la fiscalía, prueba que los mismos hayan sido enviados por el hoy acusado, dejando claro que en el registro fotográfico no se pudo corroborar el año del envió, aunado a que el informe en mención no serviría como prueba documental, sino de apoyo al investigador, destacando también que en ningún momento ese testimonio fue solicitado como prueba de referencia.

Claro ello señala que el delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, para su configuración, requiere de la estructuración de unos elementos, como lo es, la penetración de miembro viril por vía anal, vaginal y oral, así como la penetración vaginal o anal de cualquier otra parte del cuerpo; así, que en el caso se estableció que la menor se encontraba en estado de embarazo, pero no se pudo establecer si la fecha de concepción fue el día 8 de junio de 2018, como tampoco así la mejor para dicha data sostuvo relaciones, por tanto, no es posible estructurar el delito.

Indicó que no existió una declaración de la menor que narre si su prohijado cometió la conducta, por lo que la sentencia cuestionada se basa únicamente en prueba de referencia.

II. CONSIDERACIONES

1. Competencia

La Corporación tiene la competencia para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa de BG contra la sentencia del 29 de enero de 2021 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de la Unión (N), conforme lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

2. El problema a resolver

De conformidad con los planteamientos expuestos por la defensa en su documento de alzada, debe la Sala verificar si existe el sustento probatorio válido y suficiente para colmar los requisitos de la imposición de una sentencia condenatoria, o como lo expone la defensa, la prueba aportada no contiene la eficacia probatoria para edificar una sentencia de tal trascendencia.

3. De la Prueba de Referencia.

La sistemática penal acusatoria indica que por el respecto del debido proceso los elementos con vocación probatoria deben descubrirse en la audiencia de formulación de acusación, deben solicitarse y decretarse en la audiencia preparatoria y su formalización como prueba se presenta en el juicio oral, donde en virtud de los principios de inmediación y contradicción se produce la prueba, es por ello que las partes tiene la posibilidad de interrogar, contrainterrogar, luego realizar un redirecto y finalmente la contraparte tiene la posibilidad de re contrainterrogar, todo ello en aras de dar cumplimiento al artículo 372 del código de procedimiento penal, relacionado con que son las pruebas las que llevan el conocimiento al juez.

Si bien en nuestro sistema no hay un régimen de tarifa legal para la demostración probatoria y en virtud del artículo 373 de la misma normatividad rige el principio de libertad probatoria para probar los hechos y circunstancias del caso, vemos que si existe un forma de valoración menguada o tasación negativa y va relacionado con la prueba de referencia que tal como lo dispone la norma artículo 438 ibidem, su admisión es excepcional, lo cual es absolutamente lógico dentro de un proceso de formación del conocimiento respecto de la realización de un evento, dado que dicha construcción si se reclama la posibilidad de controvertir el elemento de prueba y con tal forma de prueba como lo es la de referencia, dicha refutación resulta imposible, es por lo que su poder suasorio está atenuado y con un criterio de valoración definido en la ley: “La sentencia condenatoria no podrá fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia.”, contenido en el artículo 381 de la Ley 906 de 2004 encargado de fijar el grado de conocimiento para imponer una sentencia condenatoria.

Con la aceptación de la prueba de referencia se afecta el derecho a la confrontación por cuanto no hay posibilidad de realizar un interrogatorio al testigo directo, tampoco contrainterrogar y como se anotó resulta imposible la controversia probatoria como lo ordena el literal j) del artículo 8 de la ley 906 de 2004, norma rectora.

La prueba de referencia tiene como características, que se trata de una declaración vertida por fuera; su finalidad es probar elementos del delito, y el testigo no está disponible físicamente para ir a la audiencia de juicio oral, es por lo que la jurisprudencia de la Corte Suprema

de Justicia en radicado 46814 del 27 de junio de 2018 expreso:

> *'Según jurisprudencia de la Sala, la mencionada prueba 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)". (CSJ SP 6 de marzo de 2008, rad. 27477; AP, 25 de mayo de 2015, Rad. 45578, reiterada en AP, 25 de enero de 2017, Rad. 48131)"*

En este orden de ideas, la prueba de referencia admisible solo será la que contiene una declaración sobre aspectos que de forma directa conoció, tal como lo indica el artículo 402 de la ley 906 de 2004, lo que ha tenido la oportunidad de observar o percibir de forma directa y personal.

Estas son las reglas para que las entrevistas o declaraciones juramentadas puedan ingresar al momento de la audiencia de juicio oral como prueba de referencia, cuando el testigo no está disponible físicamente.

Con la ley 1652 de 2013, norma especial para la realización de entrevistas y testimonios de los menores víctimas de los delitos contra la libertad, integridad, y formación sexuales, se procura dar protección a aquellos en virtud del principio pro infans, cuando su testimonio va a generar trauma o mayor daño, es por lo que, convertida la entrevista forense en material probatorio, pueda ingresar como prueba de referencia.

La Corte Constitucional, luego de indicar los instrumentos internacionales en donde se establece la protección a los menores y que hacen parte del bloque de constitucionalidad, en sentencia C-177 de 2014 indica:

"5.4. Tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas, claro está, sin que ello lleve indefectiblemente al detrimento de otros valores o principios constitucionales, como ya se indicó.

Se erigen así una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía)."

Aunado a que el artículo 44 de la Carta Política, refiere el trato preferente que se debe dar a los menores y su protección contra cualquier situación que pueda afectar su salud física o sicológica, como parte del llamado interés superior del menor.

En consecuencia, lo que el legislador penal ha querido es que, si se demuestra que al acudir a la audiencia oral se presenta una real revictimización, pese a estar presente el menor, pueda ingresar su entrevista como prueba de referencia; diferente cuando se trata de adultos de quienes debe demostrarse la imposibilidad física de asistir para aceptar aquel documento como prueba de referencia.

Pero todo ello debe estar precedido de la adecuada forma de solicitar la prueba de referencia, que como tal debe cumplir con unos requisitos mínimos establecidos en las normas citadas, cuyo fin es el respeto por un debido proceso probatorio, al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema en su Sala de Casación Penal ha manifestado:

> *"**4.-** Según se mencionó, el inciso final del artículo 381 del Código de la Ley 906 de 2004, estipula que la sentencia condenatoria no puede fundamentarse exclusivamente en pruebas de referencia. Ese axioma es compatible con el enunciado según el cual, la legitimidad de la respuesta judicial supone respetar la garantía de contradicción de la prueba en el juicio (literal j, artículo 8, 15 y 378 de la Ley 906 de 2004).*
>
> *Eso no significa que esté vedado incorporar pruebas de referencia al juicio (la declaración de la menor), e incluso condenar con base en ellas, y con el respaldo de otras, así sean circunstanciales.[1] Así lo entendió el Tribunal, al referir como fundamento hermenéutico de su decisión la SP del 28 de octubre de 2015, radicado 44056, en la cual se indicó que las versiones por fuera del juicio pueden ser admitidas como prueba de referencia, solo que no consideró, como lo ha precisado la misma Corte, en esa y otras decisiones, **que la prueba de referencia debe incorporarse siguiendo el debido proceso probatorio**.*
>
> *Eso supone: **(i)** que, de acuerdo con el método de producción de la prueba, se debe solicitar que las declaraciones anteriores por fuera del **juicio sean admitidas como prueba de referencia**, por situarse el acontecimiento en cualquiera de las causales del artículo 437 de la Ley 906 de 2004, sea, como ocurre en este caso, porque la testigo es menor de edad o se desconoce su paradero, evento éste que puede surgir como un hecho sobreviniente en el curso del juicio.*

---

1 Cfr., en tal sentido, SP del 30 de agosto de 2017, Rad. 44430. En ella se reiteró lo dicho en la SP del 20 de agosto de 2014, rad. 41930, en la cual se expresó lo siguiente: "La norma no tasa la clase de prueba que debe complementarla, como sucede en otras legislaciones, por lo que ha de entenderse que puede ser cualquier medio de prueba (testifical directa o indiciaria, por ejemplo), siempre y cuando sea de naturaleza distinta, y que el conjunto probatorio conduzca al conocimiento, más allá de toda duda razonable, de la existencia del delito y la responsabilidad del procesado."

En ese orden, la Corte ha precisado respecto al debido proceso probatorio, que la prueba debe ser:

> *‘ (i) … objeto de descubrimiento la declaración anterior y los medios que se pretenden utilizar en el juicio oral para demostrar su existencia y contenido; (ii) en la audiencia preparatoria la parte debe solicitar que se decrete la declaración que pretende incorporar como prueba de referencia, así como los medios que utilizará para demostrar la existencia y contenido de la misma; (iii) se debe acreditar la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia (artículo 438); y (iv) en el juicio oral la declaración anterior debe ser incorporada, según los medios de prueba que para tales efectos haya elegido la parte.”*
> *Y,*
> *‘Si la circunstancia excepcional de admisibilidad de prueba de referencia es sobreviniente, en el respectivo estadio procesal deben acreditarse los presupuestos de su admisibilidad y el juez decidirá lo que considere procedente.”*[2]
>
> ***(ii)*** Que una vez incorporada legalmente al juicio, se debe examinar su seriedad, claridad y coherencia de la prueba de referencia admisible, la cual, para conformar el estándar probatorio para condenar, debe complementarse con otros medios de prueba.”[3] (Negrilla fuera de la Sala)

En consecuencia, hace parte del derecho a la contradicción que la contraparte tenga la posibilidad de controvertir los medios probatorios que se aducen, los cuales para su validez debe cumplir con las formas propias de la solicitud, admisión y decreto de las pruebas.

4. De la prueba indiciaria.

Para derruir la presunción de inocencia tiene la carga probatoria el ente instructor de allegar medios de prueba con tal finalidad, si bien del medio de convicción que expone la Sala no se encuentra literalmente consagrado en la normatividad procesal penal, no significa que pueda acudirse a él para tomar la decisión que en derecho corresponde, lo que sucede es que en todo momento el Juez está haciendo uso de las inferencias respecto de los hallazgos que le presentan para arribar otros hechos y a conclusiones, pero hilando un poco más delgado puede señalarse que si tiene una consagración normativa cuando el artículo 375 del códice adjetivo penal cuando se refiere a la pertinencia permite que sea de carácter indirecta.

---

2 CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153. Recientemente, SP del 12 de agosto de 2020, Radicado 53127. En esta se dijo: “Recuérdese que las pruebas de referencia son admisibles sólo en hipótesis de indisponibilidad del testigo (art. 438 C.P.P.) y si bien es cierto la jurisprudencia ha flexibilizado esa regla en tratándose de víctimas menores de edad permitiendo la incorporación de sus deposiciones anteriores aun cuando concurran al proceso, lo cierto es que esta posibilidad debe sujetarse al cumplimiento de los pasos debidos para la admisión de esa modalidad probatoria, como se reiteró en la sentencia SP934-2020, mayo 20, rad. 52045…”

3 CSJ Sala de Casación. SP4234 de 4 de noviembre de 2020 radicado 55615

Señala la jurisprudencia[4] que el indicio es ""...todo rastro, vestigio, huella, circunstancia, y en general, todo hecho conocido, o, mejor dicho, debidamente comprobado, susceptible de llevarnos, por vía de inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido".[5]"

En consecuencia, el indicio es un proceso de razonamiento lógico que parte de un hecho conocido y que luego de un proceso mental en aplicación de una regla de la experiencia se llega a un hecho desconocido, que resulta trascendental para la claridad demostrativa en el proceso que se realiza, porque unido a otros es posible emitir una sentencia de carácter condenatorio. En SP 5451 del 1° de diciembre de 2021 con radicado 51920 la Sala de Casación Penal dijo respecto de los elementos del indicio:

> *'Entonces, para construir un indicio, debe existir un hecho indicador, una regla de la experiencia que le otorga fuerza probatoria al indicio y un hecho indicado o conclusión.*
>
> *El primero (hecho indicador) se refiere a una circunstancia o suceso debidamente demostrado. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador o existiendo no se les da credibilidad, el hecho indicador no puede declararse probado y, por ende, tampoco puede intentarse la construcción de inferencia lógico-jurídica alguna.*
>
> *El segundo, remite a la máxima de la experiencia, el principio de la lógica o el postulado científico, concretos, que permiten conectar al primero con una conclusión.*
>
> *Y finalmente, el hecho indicado, que no es más que la consecuencia extraída como resultado de la deducción hecha a partir de una regla de experiencia y un hecho indicador.*
>
> *En este orden, enunciado el hecho indicado, habrá que emprender su valoración, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en aras de concluir qué se declara probado.*
>
> *Ahora bien, aunque no todo hecho o circunstancia debidamente demostrada puede ser cobijado por el juicio de raciocinio escogido (llámese regla de la experiencia, principio lógico o ley de la ciencia), no puede asumirse que tales hechos o circunstancias carezcan de importancia en el proceso de determinación de la verdad en materia penal. En tales casos, ha enseñado la Corte,* ***la fuerza argumentativa emanada de las máximas de la experiencia puede suplirse por la relación****,* ***convergencia y concordancia de los hechos demostrados****, al punto que de esa forma puede alcanzarse el estándar de conocimiento consagrado en el ordenamiento procesal penal para emitir un fallo condenatorio. Interconexión que debe ser lógica, surgir de la realidad y no de la imaginación ni de la arbitrariedad del juzgador."*

---

4 CSJ Sala de Casación Penal SP 2129 de 25 de mayo de 2'022, radicación 54153

5 Dellepiane Antonio. Nueva teoría de la prueba. 10ª impresión 2016. Pág. 61

Es por lo que en este radicado se otorga a la prueba indiciaria una doble connotación respecto de su carácter argumentativo: como forma de inferir un hecho y que en la coexistencia de varios de ellos se puede llegar a la demostración en el estándar requerido para la definición del proceso penal.

5. Valoración Probatoria en este evento.

Para llegar a la definición que corresponde en este caso, la Sala ha oteado la audiencia de formulación de acusación en la que la fiscalía al momento del descubrimiento probatorio hace la enunciación de 10 testimonios entre ellos el de la menor YABR al igual que el de su madre YCRS, de quien además ofrece la entrevista realizada por el investigador del CTI.

En la audiencia preparatoria se hace la solicitud y decreto de los testimonios los que así decreta la judicatura. Debe indicarse que la defensa solo hizo solicitud de un testimonio correspondiente a la propietaria del hotel Sebastián de la ciudad de la Unión (N).

En desarrollo del juicio oral se indican las estipulaciones realizadas que corresponden a la plena identificación del acusado y la identificación de la víctima de la que se dice su fecha de nacimiento es del 17 de febrero de 2005, en las sesiones indicadas se recibe los testimonios de Christian Camilo Dusan Moncayo, quien oficiara como comisario de familia de B para la fecha de los hechos; Daniela Lorena Campaña Hoyos, sicóloga en la ESE del municipio de B en aquel entonces; Luis Antonio Melo Zambrano investigador del CTI; Yelitza Mileidy Tatamués Tupué, médico general; Verónica Chacón Pupiales, médico general; Ingrid Lorena Taticuán Hormaza, también médico general; se decreta como prueba de referencia lo vertido por YCRS en entrevista realizada por el investigador Luis Antonio Melo Zambrano. La fiscalía renuncio al testimonio de la menor YABR y por parte de la defensa también renuncia a su testigo.

Claramente en los testimonios de los profesionales ante los cuales se ha presentado la menor víctima van ellos a tener un relato que se ha dicho es de referencia en el sentido que escuchan la situación oprobiante narrada y el análisis que desde su especialidad realizan, el cual va a ser el conocimiento que vierten al proceso o dictamen por ellos emitido como prueba directa.

La defensa reclama la manera sorpresiva como se ha tomado por el A quo la prueba de referencia de la menor YABR, cuando ella no fue solicitada por el representante del ente acusador y en ello le asiste razón a esta parte, dado que con claridad en el récord 1:03:52 de la audiencia realizada en horas de la mañana del día 2 de diciembre de 2020 se escucha cuando se presenta renuncia a este testimonio por cuanto no se ha podido hacer comparecer.

Bajo esta ilación, el análisis a realizar por la Sala será respecto de los testimonios incorporados en forma legal al igual que la prueba de referencia correspondiente a la madre de la menor, la prueba indiciaria que se encuentra presente, escindiendo los apartes en que la menor hace su narración, por cuanto afecta el debido proceso probatorio en cuando a la adecuada aducción basada en la solicitud y decreto de dicha prueba como de referencia, de la cual no hubo solicitud alguna.

Lo que se ha vertido en el acápite anterior respecto de la jurisprudencia, era claro que cuando no se quiere llevar el menor al escenario de la audiencia de juicio oral, la normatividad permite que la entrevista realizada pueda ingresar como prueba de referencia, norma creada para evitar la revictimización de los NNA; al parecer en este evento el ente acusador no cuenta con este elemento material y ante la renuncia a tomar su testimonio el tema probatorio se torna más complejo en procura de una adecuada reconstrucción de lo sucedido y en post de la justicia, la verdad y la reparación como derechos de la víctima.

Veamos lo que las pruebas trasmiten:

Christian Camilo Dussan Moncayo[6] indicó que era el comisario de familia, inicio el trámite para el restablecimiento de los derechos de la menor YABR, dado que se había dado conocimiento a las autoridades respectivas respecto de la desaparición de la menor, lo cual se hizo el viernes en horas de la tarde. El domingo la recibe y la observa constreñida, tensa, introvertida, pudo notar que le sucedió un evento que la traumatizó, refleja estrés fuerte, al narrar miraba al suelo, nerviosa, que su lenguaje corporal mostraba experiencia traumática, en shock; al contrainterrogatorio indica que solo reflejo el estado anímico de la menor, a una pregunta del despacho señala que el relato es de padres y victima en conjunto.

Se trata de un profesional del derecho que ejerció en la comisaria de familia de B, quien ante el evento en contra de la menor YABR debía iniciar un procedimiento de restablecimiento de sus derechos tal como lo determina la ley de infancia y adolescencia en procura de su dignidad e integridad, es por lo que en ejercicio de sus funciones nos da a conocer aquel estado emocional de la menor.

Se trata de un testimonio creíble por ser espontáneo, sanidad en sus sentidos, recordó adecuadamente lo percibido, evocó las circunstancias como obtuvo directamente dicho conocimiento, seguridad en sus respuestas, que se itera es producto de un trámite a favor de la menor.

Otea la Sala que no existe duda alguna que la menor ha sido objeto de un evento que le ha generado un estado emocional fuerte, que a su edad menor de 14 años al momento ha vivenciado un suceso grave en su vida cotidiana de lo cual se ha percatado de forma directa este profesional del derecho que ejercía el cargo de Comisario de familia por lo cual ordena su restablecimiento de derechos.

Daniela Lorena Campaña Hoyos[7], sicóloga de la ESE … para la fecha de los hechos, en la valoración señala que se trata de un presunto abuso sexual con llanto fácil, asustada, intranquila, se programa nueva valoración en un mes, después en tres meses; la menor estaba mal, se ingresó a control prenatal, estaba con inestabilidad emocional, como impresión diagnostica señala abuso sexual y violencia física. Conforme la historia clínica la envía a exámenes médicos y para embarazo; en la evolución sicológica señala temor a los hombres y que quiere estar solo con la madre; se nota la afectación sicológica y emocional. De la evolución que tuvo con ella pudo darse cuenta de que la prueba de embarazo fue positiva y en la historia clínica se dice tiene 14 semanas de gestación, En el contrainterrogatorio, la defensa pregunta sobre la

6 Carpeta procesada/04Audios/Audios juicio oral/archivo 2 minuto 22:26

7 Carpeta procesada/04Audios/Audios juicio oral/archivo 2 minuto 52:01

idoneidad para dar conceptos periciales a lo que señala que tiene los estudios y capacitación. Relata también que en la historia clínica se describe el estado emocional durante el tratamiento, triste, se siente mal, miedo a salir de su casa.

Profesional de la salud mental que da su testimonio sobre la valoración en su especialidad realizada a la menor, con claridad indica su estado sensible en el que se encontraba ya que esta auscultación se realiza el 9 de junio de aquel año, por ello con facilidad da cuenta de la forma como la menor se encontraba; de igual manera señala que se realiza un tratamiento y la vuelve a valorar al mes y después a los tres meses cuando aún tiene afectación sicológica pero la encuentra más colaboradora y con las consecuencias de un evento fuerte.

Dictamen válido, emitido por una profesional con capacidad y conocimiento en su especialidad, que ha recibido además de la culminación de su carrera profesional, capacitación del Instituto Nacional de Medicina Legal para realizar la emisión de sus dictámenes clínicos o forenses cuando así se precisen.

Esta testigo ya entrega una información que va a resulta importante y es el estado de gravidez de la menor, da cuenta de una prueba positiva de embarazo y de que su proceso de gestación va en 14 semanas.

Da su testimonio el investigador del CTI abogado Luis Antonio Melo Zambrano[8], quien presenta su documentación que lo acredita como tal, señala que ha realizado la recolección e introduce unas pruebas documentales como son la inspección al hotel "Sebastián" de la ciudad de La Unión y la entrevista a la señora YCRS el 28 de agosto de 2018. Entre los documentos se relaciona unas fotos tomadas al celular de la mencionada señora de unos mensajes que ha recibido, su celular tiene el número 3227186711 y le son enviados del celular de número 3203191273 que a decir de la mencionada corresponde a EFBG, en dichos mensajes que se lee son del 10 de junio y 1º de julio, se pregunta si le hicieron la prueba, se suplica perdón justificando en que todos cometemos errores y señalando que lo realizado por él es el peor, y se pregunta si está demandado para irse a entregar.

Respecto de la inspección señala que estuvo en el hotel "Sebastián" ubicado frente al terminal de transportes de La Unión, ubicado en la avenida 4 de junio, atendido por la dueña YPOP, se encuentra en el segundo piso de un inmueble al que se accede por unas gradas, consta de 5 habitaciones, un baño social y un lavadero, le muestran el libro mediante el cual llevan el registro de huéspedes y a folio 8 con fecha 8 de junio de 2018 se encuentra registrado EFB con celular 3203191273.

Al contrainterrogatorio realizado por la defensa señala que no tiene certificación que aquel número corresponda como titular al mencionado, que presuntamente es del cual se envían mensajes y corresponde con el registrado en el hotel; que del otro número tampoco tiene certificación, señala que los mensajes fueron enviados el 10 de junio a las 2:19 de la tarde, el último el 1º de julio a las 2:19 de la tarde, no aparece el año.

---

8 Carpeta procesada/04Audios/Audios juicio oral/archivo 3 minuto 4:40

A preguntas del Juez señala que no tiene hora de ingreso al hotel y salió a las 9 am, pero no sabe si al otro día.

La presencia de este testigo en el escenario del juicio oral permite inferir que es producto de una investigación que ha iniciado la fiscalía dada de la denuncia realizada por la madre de la menor en la que se da cuenta de los hechos sucedidos el 8 de junio de 2018, que como se dirá más adelante se refieren al encuentro sexual que ha sostenido con el acusado BG y la menor YABR con 13 años en la fecha en que sus padres se encontraban en la ciudad de Pasto.

Se trata del investigador de la fiscalía que ha recaudado unos elementos materiales tendientes a dar claridad respecto de los hechos que se investigan, indica lo relacionado con unos mensajes que al celular de la madre de la menor le han llegado fechados 10 de junio y 1º de julio, que hacen alusión a la toma de una prueba, a una petición de perdón y una pregunta si está demandado para entregarse. De la misma manera da a conocer una inspección realizada al hotel "Sebastián" de la Unión Nariño donde se encuentra registrado como huésped el día 8 de junio de 2018 el señor EFBG, con su número de cédula y quien dio como número de su celular el 3203191273 que resulta ser del mismo número que se envían los mensajes a la señora YCR, madre de la menor, lo que permite inferir que es el dispositivo que normalmente utiliza por ello no se hace necesario tener una certificación emitida por una empresa de telefonía móvil para saber que por aquella época la tarjeta sim con aquel número era utilizada por el señor BG, y que por la misma vía de deducción se establece que la tarjeta sim con número 3227186711 era utilizada por la señora RS.

En este tema de las tarjetas sim, debe la Sala indicar que no existe un registro único por parte de las empresas de telefonía celular, que al contrario las políticas de mercadeo han dispuesto la venta indiscriminada de estas tarjetas a precios irrisorios en algunos casos y en otros se obsequian con el fin que el usuarios les dé uso y realice las recargas, es por lo que al no existir una tarifa legal y en virtud de la libertad probatoria se llega a la conclusión que las dos personas mencionadas anteriormente para la fecha de los hechos usaban dispositivos móviles con aquellos números en su sim.

Con este testigo se encuentra una prueba directa que es la prueba documental que como testigo de acreditación la introduce al caudal probatorio y de ella se puede extractar varios aspectos que resultan importantes para el esclarecimiento de lo sucedido, como es que el señor EFBG, si estuvo el día 8 de junio en la ciudad de la Unión (N), estuvo en el hotel "Sebastián" de esa localidad y para ello dijo su número de cédula 1007.268.151 y su número de celular 3203191273, importantes estos aspectos por cuanto aquel número de identificación resulta coincidente con la identificación estipulada por las partes y como antes se dijo, de este numero de celular le llegan los mensajes a la madre de la menor.

En estos mensajes que en el celular de la progenitora de la menor aparecen, permite con claridad observar la intención y la preocupación que acongoja al acusado; por las fechas que se envía nos llevan al convencimiento que se trata de un autoreconocimiento de lo realizado, con

nitidez el acusado solicita el perdón por lo realizado y manifiesta si existe una demanda en su contra para presentarse, lo que permite inferir que sabe en la situación penal que se encuentra, sabe que los padres de la menor tienen la potestad de denunciar, conoce que ha realizado un acto censurable en tratándose de una menor de 14 años quien no tiene poder de disposición respecto de su sexualidad y que hay prueba que se encuentra en embarazo, prueba de la cual también se refiere en sus inquietudes.

Presenta su dictamen la médico general Yelitza Mileidy Tatamués Tupué[9], quien para la época de los hechos denunciados realiza su año social en B, en consulta externa en la ESE..., de quien se debe manifestar que pese a no presentar documento alguno de identificación porque así lo indicó, se permite recibir su testimonio, señala con el documento que le ponen de presente lo reconoce pero no recuerda el caso, que realiza atención a YABR de 13 años, por cuanto la intención de la paciente es la interrupción del embarazo, por lo cual se remite a ginecología, para el momento según la fecha de última menstruación de 25 de mayo de 2018 llevaba 9,2 semanas de gestación, al contrainterrogatorio indica que el examen fue realizado el 27 de julio de 2018; a preguntas del Juez respecto de la claridad sobre la posible fecha de gestación indica que puede ser en junio y da como fechas del 28 de mayo al 10 u 11 de junio, así corrige un mal calculo realizado en desarrollo del contrainterrogatorio.

Del testimonio de la profesional de la salud se señala la pretensión de la interrupción del embarazo de YABR que se trata de una menor de edad, y que la posibilidad que la fecha de su concepción sea entre 28 de mayo y el 11 de junio de 2018, testimonio claro, creíble, que indica lo realizado producto de la lectura del documento denominado referencia y contrarreferencia.

Este testimonio contiene dos aspectos importantes, uno relacionado con la intención que tenia tanto la madre de la menor como la misma víctima de interrumpir el embarazo, a ello acuden donde esta profesional y conforme lo informado al momento de los alegatos de conclusión por la defensa, que ha nacido una menor, debe concluirse que tal acto no se pudo realizar; esta situación permite la claridad del siguiente aspecto, ya la menor se encontraba en embarazo con un numero mayor de semanas lo que da credibilidad a lo manifestado por la sicóloga que no era un solo evento, pero independiente de ello lo que en este proceso penal se juzga es lo sucedido el día 8 de junio de 2018.

De igual manera rinde su dictamen la profesional de la salud Verónica Chacón Pupiales[10], médico general que para la fecha de los hechos realizaba el año social en la ESE..., realiza el examen sexológico el 18 de agosto de 2018 a la menor YABR, que tenía 17 semanas de embarazo, había desgarres antiguos con anatomía propia de una paciente con vida sexual, se realizó solo examen físico; indica que la fecha de la última menstruación es de 25 de abril de 2018, por lo que tenia 17,6 semanas de embarazo, a la pregunta sobre la fecha de la concepción indica que está entre el 6 y el 16 de mayo, paciente introvertida que no mantenía contacto visual, con signos de estar afectada, a la pregunta del diagnóstico conforme los hechos relatados señala es sospecha de abuso sexual embarazo de alto riesgo, que las formas de determinar

9 Carpeta procesada/04Audios/Audios juicio oral/archivo 3 récord 1:07:27

10 Carpeta procesada/04Audios/Audios juicio oral/archivo 4 minuto 3:25

las semanas es con ecografía o si los ciclos menstruales son regulares con fecha de la última. En el contrainterrogatorio la defensa atacó la falta de idoneidad de la profesional para emitir la valoración. A preguntas del Juez señala que al dar otra fecha de ultima menstruación tendría que ordenar una ecografía, pero también tuvo en cuenta la altura uterina ella determina que es 17 semanas.

Testimonio importante por cuanto relata que valoro en examen sexológico a una menor de edad, que de acuerdo con los hallazgos es de una persona con vida sexual ello significa que ha tenido relaciones sexuales anteriores que dejaron huella en su organismo y que ahora se encuentra en embarazo y proporciona unas fechas de la posible concepción, pero encuentra a una menor emocionalmente afectada.

Por ello solo queda en que la menor estaba en estado de gravidez con 17, 6 semanas, ahora en cuanto a la idoneidad como con anterioridad se ha dicho luego de una carrera universitaria de varios años y con la capacitación de medicina legal tienen todas las herramientas para emitir dicha valoración, las manifestaciones de la defensa sobre su idoneidad solo que quedan en el plano de las conjeturas.

Respecto de la fecha de concepción, la determinación de ella va a depender de la fecha que le informen sobre la última menstruación, que a las profesionales de la salud les han informado dos fechas distintas, ello ha generado que pueda causar algo de confusión, ello también puede distar por cuanto como se ha dicho según lo informado se trató de dos eventos en los que la menor ha sido objeto de acceso carnal con su tío, solo se tiene una fecha cierta de un evento que es la conducta por la que se adelanta este proceso.

De igual manera rinde su testimonio la médico general Ingrid Lorena Taticuán Hormaza[11], quien también realizaba el año social en el municipio de B, no había realizado estas valoraciones anteriormente, no recuerda el caso, le ponen presente la historia clínica, atiende el 26 de julio de 2018 a YABR de 13 años, edad gestacional 9,1 semanas, para interrupción voluntaria del embarazo, solicito paraclínicos para inicio control prenatal, atendió por urgencias; su estado anímico no había alteración somática, era en buenas condiciones generales, contesta tranquila y no hay llanto fácil. Al contrainterrogatorio señala que no tiene documento de identidad ni la tarjeta profesional, que para esa fecha no tenia experiencia profesional, que dijo 9,1 semanas y la posible concepción era del 25 de mayo de 2018, a preguntas de redirecto dijo el número de su registro profesional y al recontrainterrogatorio señala que no los tiene consigo. A pregunta del despacho, indica que aquella fecha es la última menstruación y puede ser la concepción, que de la fecha se parte hacia atrás que puede ser la concepción hacia adelante se suman días se divide entre 7 y da las semanas.

Su actuación como medico en este evento es por desempeñarse en ese momento en urgencias del lugar donde desarrollaba su año rural, señala posible fecha de gestación y las semanas que lleva de embarazo, importante lo indicado por esta profesional que no por el hecho que esté realizando su año de servicio social no sea idónea, para ello como se ha dicho han

11 Carpeta procesada/04Audios/Audios juicio oral/archivo 4 minuto 37:00

realizado una carrera de mas de 5 años que les da plenos conocimientos para emitir un dictamen con total validez, dice que su valoración es de 26 de julio de 2018 es decir mes y medio después de la fecha que se ha señalado el desaparecimiento de la menor, y la valoración es para interrupción del embarazo.

Si bien como en el caso anterior, esta profesional no presentó sus documentos que la acreditan como tal, lo cierto es que en ese momento no hubo oposición a que rindiera su testimonio y su dictamen quedo expuesto.

Finalmente y ante la imposibilidad de concurrencia de la señora YCRS, su testimonio ingresa como prueba de referencia, para ello lo expone el investigador del CTI que con anterioridad dijo había recibido aquella entrevista, Luis Antonio Melo Zambrano y quien procede a leer tal documento que tiene por fecha el 28 de agosto de 2018, de la cual también debe escindirse lo relacionado con lo que haya manifestado la menor, porque se itera se trata de un medio probatorio no solicitado, la entrevistada señala que denuncio el caso de su hija, narra que con el esposo el viernes 8 de junio de 2018 se fue para Pasto a las 6:30 am., quedando sola en su casa su hija, que a las 10 de la mañana recibe llamada de su hija para saber si se demoraban, que sus hermanos no la encontraron a la hora del almuerzo, a las 3 de la tarde que llegan tampoco estaba, con toda la familia comienza la búsqueda por todos los lugares, señala que su hija no tenia amigos ni novio, al otro día se reinicia la indagación del paradero de su hija, en horas de la tarde va a la estación de policía de B, a las 3 pm recibe una llamada de su hermano que al parecer su hija estaba en Pasto, ella llama al celular del cual se dio la información a su hermano, inicialmente no contesta, después si lo hace y la menor le indica que se encuentra en mala situación que la vaya a recoger, luego se entera que FB la dejo en cercanías de una cancha de futbol en un sector solitario, logra saber por su familia que la menor ha llegado a su casa, donde la encuentra llorando, en mal estado, que fue violada en un hotel, que la llevan al comando de policía, que la llevan a la ESE..., al Centro de Salud y no quiso ser examinada, al otro día van a la comisaria de familia; señala que su hija esta en estado de embarazo, que los primeros días muy triste, llorando y muy afectada por lo que le ocurrió; que estudio hasta 5º de primaria y no quiso estudiar más. Que FB es responsable quien estaba viviendo con su hermana R y luego de un mes se fue para Cali y después envió mensajes a su celular que, si le hicieron la prueba, en un segundo mensaje pedía perdón y un tercer mensaje, que su cuñado iba a la casa a ofrecer celulares, llevaba galletas, bombones, que el día 9 de junio se lo encontraron en el pueblo y le preguntaron por su hija dijo no haberla visto.

La defensa en el contrainterrogatorio se preocupó por señalar que el testigo no estaba identificado, pero se debe recordar que si lo estaba en testimonio que rindió donde anuncio que había realizado esta entrevista.

De la prueba de referencia admitida se tiene información importante, señala que ha denunciado que su hija se desapareció el día 8 de junio de 2018, a la hora del almuerzo ya no estaba, que consulto a muchas personas si la habían visto entre ellos a EFBG quien negó saber de su paradero, que solo el sábado 9 de junio en horas de la tarde aparece en muy mal estado anímico, que le informa lo sucedido de lo que señala a FB como su responsable.

Aunque no se tiene el testimonio de la menor, lo informado por la madre que ha recibido de manera directa y que puede valorarse vía prueba de referencia como ha ingresado su versión, puede observarse que es la madre se entera por partes de lo sucedido y por ello no significa que lo enterado no tenga validez, por el contrario de acuerdo con la doctrina, el dicho de los menores victimas de abuso sexual es progresivo, y son muchos los factores que influyen tales como la familiaridad de su agresor, el tiempo que llevan siendo abusados, el poder que ostenta, es por lo que se habla de unas fases que se van dando:

> *'En los casos de violencia sexual intrafamiliar crónico, se pueden dar distintas fases (impotencia, mantenimiento del secreto, acomodación, revelación y retractación) que la víctima atraviesa mientras dura el abuso intrafamiliar."*[12]

De lo expuesto claramente se tiene es un proceso que el menor agredido va contando en la misma medida que va recibiendo la confianza y el respaldo de su núcleo de no ser rechazado, es por lo que en esa dimensión se produce la revelación que es cuando en seguro de su entorno manifiesta todo cuanto ha sucedido.

Para el caso, la menor contó lo sucedido a su madre en horas de la noche del domingo, cuando si bien inicialmente quiso proteger la identidad de su agresor señalando a otra persona finalmente decide poner en conocimiento de su madre que su agresor es su tío.

Encuentra la Sala dos aspectos importante a resaltar, con este medio de prueba, uno que el día sábado 9 de junio en horas de la mañana, la madre de la menor le pregunta directamente a EFB si ha visto a la menor, quien de inmediato niega haberla observado, se encuentra aquí un indicio claro de mentira, por cuanto desde el día anterior este personaje sabía donde se encontraba la menor, en el hotel "Sebastián" de la ciudad de la Unión, lugar al cual él la lleva; y otro indicio en contra del acusado es que una vez se da cuenta que están tras la búsqueda de la menor acude a la Unión y trae a la menor pero decide dejarla en un lugar solitario, claro ante la evidencia que hay un despliegue de autoridades tras el rastro de la menor la deja donde no hay testigos que observen su accionar, pero se sabe porque la progenitora ha tenido contacto con la menor y sabe que de esa forma aparece en su casa de habitación.

Como antes se dijo, la defensa no presentó prueba alguna, por tanto el análisis debe realizarse con los medios probatorios que ha aportado la fiscalía general de la nación, que en aplicación de la jurisprudencia indicada debe valorarse sin tener en cuenta lo que la menor haya podido manifestar por cuanto dicha prueba no fue recepcionada de manera directa ni como prueba de referencia fue solicitada, por tanto un cotejo en el que se tomen como insumos lo dicho por la menor vulnera el debido proceso probatorio por la omisión en la petición como medio de prueba, pero si se han allegado otros medios de prueba tales como prueba documental, hay prueba indiciario y prueba de referencia.

---

12 Manual formativo para profesionales del sector educativo en detención y notificación de violencia sexual contra la infancia. Modulo 3 Revelación de la violencia sexual. Pág. 5

Es evidente que nuestra sistemática procesal penal consagra como principio la libertad probatoria[13] con el fin de señalar que los componentes de la conducta punible pueden ser demostrados por cualquiera de los medios establecidos en la ley, de los demás principios probatorios se sabe que los medios probatorios deben ser solicitados en audiencia preparatoria (Art. 374) salvo los casos de sobrevenir circunstancias para su admisión en momento posterior, se debe practicar en juicio oral (Art. 377) en presencia de las partes, de las cuales puede ejercerse la contradicción y solo pueden ser tenidos como medios de convicción los practicados y controvertidas en su presencia en juicio oral (Art. 16 y 379), son estos los pilares que dan plena validez a los medios de prueba.

En esta ilación, tenemos que conforme los medios de prueba aportados se sabe que la menor desaparece de su casa el día viernes 8 de junio de 2018, y que su aparición se produce el día sábado 9 del mismo mes y año en horas de la tarde, de lo que pueden evidencias tanto su progenitora como los profesionales que dieron su testimonio es que la observan con afectación emocional, se indica que la menor se encuentra en estado de gravidez pero por la misma prueba testimonial al parecer hay confusión en cuanto a su posible fecha de concepción, habida consideración que la fecha de última menstruación, no fue la misma que todas las profesionales de la salud tuvieron para realizar las cuentas, a dos se dijo el 25 de mayo y a la siguiente se dijo el 25 de abril, si son una sola fecha se genera diferencia de conceptos entre dos profesionales, mucho más si se cambia a otro mes, ni que decir de las semanas de embarazo en las que la confusión es total.

De los mismos medios de prueba aportados se sabe que EFBG, estuvo alojado en el hotel "Sebastián" de La Unión, que ingresa el 8 de junio de 2018 no se tiene una hora definida se sabe que tiene como salida al día siguiente a las 9 am; por los indicios señalados se conoce que a ese lugar acude con la menor YABR, a quien el sábado lleva hasta un lugar solitario concha de futbol en B.

Del análisis en conjunto de los medios aportados se puede concluir que la menor fue observada por los testigos con un estado grande de afectación emocional, que se encontraba en estado de embarazo, que no hay acuerdo en cuanto al número de semanas pero ello no deja duda de su estado de gravidez, que enterados sus padres y ante las consecuencias su estado por tratarse de una menor de 14 años acuden para ser valorada en procura de la interrupción de este proceso pero que se infiere que producto de las semanas que ya tenía no fue posible que se accediera a su pretensión, pero no queda duda alguna que si los peritos informan que se trata de dos eventos en que la menor sostuvo relaciones sexuales, voluntarias o no, con el acusado es muy posible que en alguna de ellas se presentara la concepción.

Es por lo que ahora resalta con fuerza aquellos mensajes enviados por el acusado a la madre de la menor, si le habían tomado la prueba, claro va referida a la prueba de embarazo, y además que reconoce que es un error de gran tamaño involucrarse con su sobrina y por ello que pide el perdón, y es tan claro su intencionalidad y su arrepentimiento que dice, en caso de estar demandado, quiere presentarse, manifestaciones que denotan con claridad absoluta su responsabilidad en este acontecer en el que es víctima YABR.

En consecuencia, la menor YABR que para la fecha de los hechos tenía 13 años, se desaparece el día 8 de junio de 2018, fecha en la cual sus padres no se encontraban en su casa de habitación, conforme la prueba de referencia y los indicios, es llevada al municipio de la Unión (N) al hotel "Sebastián" por su tío EFBG, al día siguiente cuando se percata de la búsqueda

13 Artículo 373 de la Ley 906 de 2004

de la menor la lleva a un lugar solitario del municipio de B donde la deja, en procura de no ser visto con ella; sin embargo de las manifestaciones posteriores del acusado, que se reflejan en la prueba documental aportada por el ente acusador se tiene que envió mensajes a la señora JCR, madre de la menor de los cuales se puede deducir que tiene preocupación si la menor se encuentra o no en embarazo y reconoce el acto realizado y que se encuentra arrepentido y dispuesto a someterse a las autoridades.

No solo su progenitora, sino también los profesionales que se entrevistaron con la menor la observaron con un estado emocional afectado, traumatizada, en procura de solicitar la interrupción de su proceso gestacional que no se sabe si la concepción se produce el 8 de junio de 2018 pero que si permite establecer de esta forma probatoria que en esta fecha también se tuvo un contacto sexual con el acusado, es por lo que tiene credibilidad lo dicho por la sicóloga Diana Lorena Campaña, quien manifestó que se trató de dos contactos sexuales sucedidos a la menor con el mismo agresor.

Colofón de lo expuesto, se ha dado la corroboración periférica, existe con claridad la agresión sexual sucedida a la menor YABR, y con la prueba documental arrimada permite llegar a la conclusión que EFB, su tío, es su agresor sexual y por ende responsable penal de este comportamiento por el que fue acusado.

Bajo estas consideraciones, se encuentra el estándar probatorio requerido y que reclama el artículo 381 del códice adjetivo penal para imponer una sentencia condenatoria y por tales razones se procede a confirmar la decisión de primera instancia.

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°. CONFIRMAR la sentencia condenatoria de fecha 29 de enero de 2021 emitida por el Juzgado Penal del Circuito de La Unión (N) que sentenció a EFBG, como autor del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado, que fue objeto del recurso de apelación.

2º. 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 LÉON
Magistrado Ponente

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

CLAÚSULA DE EXCLUSIÓN PROBATORIA - Exclusión de pruebas obtenidas con violación del debido proceso.

PRUEBA ILÍCITA E ILEGAL – Diferencias.

PRUEBA ILEGAL - Está referida a los actos de investigación o actos probatorios, que para su obtención se ha infringido la ley ordinaria o se ha practicado sin las formalidades requeridas, conculcando el procedimiento legalmente establecido.

PRUEBA PERICIAL - Parámetros para poner en conocimiento el informe pericial previo a la audiencia pública.

INFORME BASE DE OPINIÓN PERICIAL - Término: Mínimo 5 días antes del juicio.

EXCLUSIÓN DE LA PRUEBA GENÉTICA FORENSE POR VULNERACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ESTABLECIDO PARA LA PRÁCTICA PROBATORIA – Improcedencia.

(…) Se deriva de la norma constitucional artículo 29 en su inciso final cuando consagra que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, por lo que en el código de procedimiento penal se ha estipulado la Cláusula de Exclusión que ordena la expulsión del proceso penal de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales; y en esta labor de también puede afectarse normas que contienen procedimientos para la producción, práctica o aducción por lo que la vulneración será de rango legal. (…)

(…) En materia de prueba pericial, la trascendencia que tiene la base de opinión pericial, y que por ello la norma, artículo 415 de la ley 906 de 2004, obliga a que debe darse a conocer con una antelación mínima de 5 días y su finalidad es que a quienes se comparte aquel documento tengan la posibilidad de conocer el tema que se va a tratar por parte de aquel perito (…)

(…) la base de opinión pericial solo tiene como requisito para su validez que sea entregada en el término antes señalado (…) por lo que si se ha dado cumplimiento con aquel aspecto en dicho intervalo permite su uso al momento de la práctica de la prueba, porque se itera la prueba es el testimonio del perito. (…)

(…) Reclama la defensa que por unas fechas que aparecen en nota marginal en dichos documentos y que corresponden a inicios del año 2020, solicita sea excluida la prueba pericial de genética forense, lo que resulta obvio, en atención a que si dichas muestras se envían en el año 2019 mes de febrero, que posterior a dicha fecha fue autorizada la muestra de ADN del acusado para efectos de confrontación, no es un análisis que sea inmediato, como tampoco sea el único que recibe el INML Cali a donde se envían dichas muestras, es por ello que cuando se realizan las audiencias de formulación de acusación y preparatoria aún en tal escenario el representante del ente acusador desconozca los nombre de los peritos forenses que van a rendir testimonio, por cuanto dicha base de opinión pericial no ha llegado. (…)

(…) no se ha vulnerado dicho proceder y la prueba testimonial para la recepción de los peritos del INML fue oportunamente descubierto, fue enunciado, solicitado, y decretado por lo cual en audiencia pública (…) se recibe los testimonios a las bacteriólogas (…) por tanto, no se accede al pedimento de ilegalidad de este medio probatorio. (…)

IN DUBIO PRO REO – El grado de certeza lo excluye de plano.

REQUISITOS PARA CONDENAR - Conocimiento más allá de toda duda respecto del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

FEMINICIDIO - PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – Prevención y sanción de todas las formas de violencia o discriminación contra las mujeres.

(…) Se trata de una prueba pericial que con claridad iba a definir la situación que estaba a su alcance, porque debemos recordar que los investigadores que ya se han relacionado cuando llegaron al lugar encontraron muchas huellas, mucha evidencia, y había necesidad de recolectar todos esos rastros que permitirían dar claridad en el presente evento, la presencia de líquidos en las prendas de la víctima, en el cuerpo, en la cobija que al comparar con la muestra obtenida del acusado permite llegar a conclusiones precisas en este evento.

Que en el cuerpo de la víctima se registren vestigios de líquidos que solo pueden salir del cuerpo del acusado, con lo cual queda definido que el acusado si estuvo en la escena de los acontecimientos, porque encontrar fluidos que corresponden a espermatozoides encontrados en la zona próxima a la vagina de la víctima solo nos permite colegir que los deposita cuando ella fue accedida de forma violenta y para luego proceder a asesinarla, lo que no deja duda alguna de la responsabilidad penal que el acusado debe asumir por este accionar concursal. (…)

(…) Con estos testimonios se indica que RAP tenía en su poder la bicicleta que era propiedad de LAI de la cual se apodera el día anterior, bien mueble que se ha demostrado su propiedad, su preexistencia y que por sus características especiales tenía un alto valor económico. (…)

(…) De este análisis con claridad se encuentra que existe material probatorio suficiente que lleva a la demostración de los tipos penales por los cuales se ha presentado acusación y de igual manera que permite deducir que RAPP es el autor doloso por lo que debe responder penalmente. (…)

PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA – Motivación.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA – Procedimiento en caso de concurso de conductas punibles.

INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA – Concurso de conductas punibles: Al no realizarse la dosificación punitiva respecto de cada uno de los delitos, procede la modificación de la sanción a imponer.

(…) Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Ello significa que la imposición de la pena no es un acto antojadizo del Juez, no es de su libre albedrio, para ello existe una discrecionalidad reglada que obliga al servidor judicial en aplicación por el respeto constitucional de principios como la legalidad, debido proceso que devienen del artículo 29 de la Carta Política, más en tratándose de penas que van a limitar un bien fundamental como es la libertad del acusado.

En esta oportunidad el A quo para imponer la pena por la determinación de mínimos y máximos escoge como más grave la que corresponde al delito de feminicidio agravado en ello acierta, aunque no es el procedimiento ortodoxo determinado reglado por el artículo 61 del código penal para lo cual escogió la pena mínima, pero si

se observa total desconocimiento en la aplicación del artículo 31 ibidem que establece la forma de dosificar el concurso de conductas punibles (…)

(…) Para el caso, se encuentra demostrado un comportamiento punible como lo es el acceso carnal violento, y de la misma manera se pide por el ente acusador la sanción por el delito de hurto calificado por violencia sobre las personas y agravado por la simulación de envestidura (…)

(…) La cantidad de pena como la que conforma ese ***otro tanto*** tal como lo exige el artículo 31 del estatuto penal será de 46,68 meses que sumado a la pena más grave arroja un resultado de 546,68 meses que equivale a decir 45 años, 6 meses, 20 días, que corresponde a la pena para este concurso de conductas punibles feminicidio agravado, en concurso heterogéneo con acceso carnal violento y hurto agravado. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, dieciséis de diciembre de dos mil veintidós

Radicación : 520016000491201900214-01 (28558)
Asunto : Apelación sentencia
Delitos : Feminicidio agravado y otros
Magistrado : Dr. HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LEÓN

I. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Debe la Sala entrar a estudiar el recurso de apelación que dentro de la oportunidad legal formuló y sustentó la abogada defensora de RAPP en contra de la sentencia proferida el 10 de noviembre de 2021 por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (N), lo condenó por los delitos de feminicidio agravado en concurso con hurto calificado y agravado y acceso carnal violento, a título de autor en la modalidad dolosa.

1. LOS HECHOS

Tuvieron ocurrencia el día 12 de febrero de 2019 en la carrera …, de la ciudad de Pasto, en una casa esquinera en el primer piso adecuado como apartamento lugar donde tenía su residencia la señora LSCL y su esposo CEBG, en aquella data luego de las cuatro de la tarde, el mencionado señor debe dejar a su cónyuge sola en dicho lugar para desplazarse a realizar diligencias en la ciudad, momento que es aprovechado por RAPP para arribar a dicha vivienda, quien días atrás había estado por el sector tomando datos de las personas interesadas en el gas domiciliario portando un uniforme gris con gorra y una escarapela del SENA, información de la cual se interesó la hoy occisa, el sujeto reduce la resistencia de la dama, la golpea, amarra sus manos la accede carnalmente, la asfixia con una venda que coloca en su cuello, luego de lo cual se apodera de una bicicleta marca Trek X fuel, color negro y verde que tenía características especiales como doble suspensión y en la barra una calcomanía con el nombre del propietario AI y su Rh, con número de serie 2143UO414BI 2847 que resulta ser hijo de la occisa. Aproximadamente a las 6 y 10 de la tarde que regresa el esposo a su casa se encuentra

ante esta escena, su esposa con su ropa e interior abajo, sobre la cama, con gran cantidad de sangre, por lo que acude a los vecinos y familiares en ayuda, la señora es trasladada al hospital departamental donde se determina su fallecimiento.

Al día siguiente en el barrio Las cuadras de la misma ciudad, en horas de la tarde en la calle, se captura a RAPP quien iba conduciendo la bicicleta anteriormente descrita, obviamente sin poder presentar documentación que lo acredite como su propietario.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

2.1. Ante el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de control e garantías de Pasto, por solicitud de la Fiscalía se realizan las audiencias preliminares de legalización de captura, legalización de diligencia de registro y allanamiento, se formula imputación a RAP como autor a título de dolo de los delitos de homicidio agravado en concurso con los delitos de hurto agravado y acceso carnal violento por los hechos del 12 de febrero de 2019, imponiéndose la medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario.

2.2. Se presenta escrito de acusación el 5 de abril de esa misma calenda que por reparto del 22 del igual mes corresponde al Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, quien inicia la audiencia de formulación de acusación el 20 de mayo suspendiendo tal acto dada la variación de la calificación jurídica que se realizaba del delito de homicidio agravado al delito de feminicidio agravado por lo que la Judicatura requiere al fiscal que debe primero acudir ante un Juez de control de garantías, es por lo que la audiencia se continua el 27 de idéntico mes y se enrostra al acusado los delitos de feminicidio agravado, hurto calificado y agravado y acceso carnal violento.

2.3. El 12 de julio de 2019 se realiza la audiencia preparatoria, donde se evacua los aspectos del descubrimiento de elementos, enunciación de elementos con vocación probatoria, no hubo lugar a estipulaciones, se hace la solicitud probatoria de las partes y su decreto.

2.4. La audiencia de juicio oral se desarrolla los días 22 de junio, 27 de agosto y 10 de noviembre de 2021 que en horas de la mañana se culmina el debate probatorio y en horas de la tarde se realizan los alegatos de conclusión, se emite el sentido del fallo condenatorio, se realiza la audiencia de individualización de la pena y se dicta la sentencia respectiva.

3. De la providencia impugnada

En la providencia materia de apelación el a quo comenzó por memorar los hechos jurídicamente relevantes, efectuar la individualización del procesado y recontar las actuaciones surtidas en el proceso, punto en el que realizó una síntesis de lo expresado por las partes en los alegatos de conclusión.

Con lo anterior sentó las consideraciones del caso, punto en el que citó el contenido del artículo 381 del CP que establece los requisitos para condenar; seguido a ello, explicó qué debe

entenderse por el delito de feminicidio, su configuración, y la normativa internacional que define qué debe entenderse por violencia en contra de la mujer.

A continuación se refirió a los hechos que se encuentran probados conforme a los insumos allegados al proceso, señalando como cierto que la víctima sufrió una muerte violenta el 12 de febrero de 2019 en su lugar de residencia, con causa en una asfixia por estrangulamiento, conforme lo acreditó el reporte de medicina legal; añadió que en atención a los golpes que presentaba la víctima en su cráneo y a que fue encontrada atada de manos, era posible concluir que su muerte fue provocada por otra persona.

En la misma medida, que fue violentada y objeto de agresión sexual, esto, conforme al relato de los testigos que la encontraron en su residencia, atada de manos y con la ropa interior en las rodillas, así como las conclusiones de las pruebas forenses según las cuales se encontró semen o líquido seminal en las partes íntimas de la víctima y su ropa, con lo que además era posible establecer que el responsable de los vejámenes era una persona de sexo masculino.

Con lo anterior consideró que era posible establecer que en el caso se estructuraron las conductas de feminicidio agravado y acceso carnal.

En el mismo hilo señaló que también se encontraba acreditado el delito de hurto, como quiera que de la residencia de la víctima se extrajo una bicicleta marca Trek, que luego fuera incautada por miembros de la policía nacional.

Claro lo anterior procedió a establecer si era posible endilgar responsabilidad de esos actos al procesado, recordando que la defensa insistió en el hecho de que no existe nexo de causalidad que ligue al señor P con los hechos.

Para responder ese cuestionamiento trajo a colación que fue en manos del procesado que se encontró la bicicleta marca trek que había sido hurtada del domicilio de la víctima, que era propiedad de su hijo; añade que conforme lo informó el funcionario de la Policía Nacional que participó en la diligencia de registro y allanamiento efectuada en el asunto, entre los bienes obrantes en una bolsa se encontró el carné de salud de propiedad de la víctima; con ello indicó que de ser válida la teoría de la defensa, no se entiende el por qué se encontró en poder del señor P la bicicleta y el documento en mención.

Sumó a lo anterior un aspecto de mayor relevancia, esto es, que en las pruebas realizadas por medicina legal se encontraron resultados positivos para semen, y que, al hacer un cotejo de ADN, las profesionales en la materia concluyeron que se encontraban rastros pertenecientes a la víctima y al señor P, situación que corrobora que el procesado sí se encontró en el lugar de los hechos el 12 de febrero de 2022, abusando sexualmente a la víctima.

Explica que, si bien la profesional en genética señaló que la prueba no tiene un 100% de probabilidad, dejó claro por qué se dejaba ese margen de error, esto es, que no se tiene el perfil genético del total de la humanidad, por tanto, con base en la probabilidad y aceptación conclu-

yó que no puede haber otra persona con el mismo perfil genético, al margen de que la defensa no derrubió ese elemento de convicción.

Así consideró que el señor P era el responsable de las conductas endilgadas conforme a lo establecido en el artículo 104A del CP, agravado con ocasión a la agresión sexual conforme al literal F del artículo 104B, afectando los bienes jurídicos a la vida, la libertad e integridad sexual y el patrimonio económico.

Señaló que era visible que el procesado actuó de manera dolosa en tanto que conocía que con su actuar estaba incurriendo en unos delitos, y aún así dirigió su conducta, de manera premeditada para caer en los mismos, recordando que de conformidad con lo expuesto por uno de los testigos, se sabe que el día de los hechos, al medio día, el procesado se presentó en la morada de la víctima, y haciendo uso de insignias del SENA, manifestó que se acercaba al lugar a practicar una entrevista, siendo evidente que de manera previa estudiaba a la víctima y hacia seguimiento para consumar los actos delictivos.

Trae a colación otro caso en el que el procesado había tenido comportamientos similares, para indicar que aquel ya contaba con un patrón de comportamiento, esto es, hacer seguimiento a las víctimas y aprovechar los momentos de soledad para atacar.
Con lo anterior consideró que se había desvirtuado la presunción de inocencia por lo que era factible emitir una sentencia de carácter condenatorio; a continuación, efectuó el proceso de individualización de la pena, señalando al estar frente a un concurso de delitos debía partirse del más grave, que, para el caso, sin necesidad de efectuar un análisis profundo, era el de feminicidio agravado, que contempla una pena de 500 a 600 meses.

Claro ello trajo a colación que en el caso no se imputaron circunstancias de mayor punibilidad, pues, aunque se aludió por parte de la Fiscalía al agravante del artículo 104 del CP por el estado de indefensión, encontró que por principio de proporcionalidad y razonabilidad la pena debe estar en el agravante del artículo 104B del CP; así, señaló que al no haberse acreditado antecedentes penales anteriores a los hechos, habría que ubicarse en el primer cuarto de movilidad, resolviendo imponer una pena de 500 meses de prisión por el delito de feminicidio agravado, esto, incrementado en 70 meses por el concurso de los delitos de acceso carnal violento y hurto agravado y calificado, fijando como pena de prisión definitiva la de 570 meses de prisión, aunado a las accesorias por el mismo término, y negó los subrogados y sustitutos al encontrar que se estaba frente a una expresa prohibición legal en atención algunos delitos objeto de juzgamiento.

4. Sustentación del recurso

4.1. De la defensa del procesado como recurrente

La apoderada judicial del procesado apeló la decisión de primera instancia buscando principalmente que esta instancia emita una con carácter absolutorio en favor de su prohijado.

Para el efecto hace un recuento de los hechos jurídicamente relevantes e indica que efectuado un análisis de fondo sobre lo evacuado en la etapa de juicio no era posible evidenciar algún nexo de causalidad entre los sucesos del 12 de febrero de 2019 en el Barrio El Recuerdo y la captura en flagrancia por el delito de receptación, al tiempo que no se entiende el por qué se varió la imputación al Femicidio Agravado.

Seguido a ello citó uno a uno los testigos que fueron llevados a juicio y lo que declararon, aludiendo que de ello no era posible establecer la participación del señor P en los hechos endilgados; explicó que, si bien un testigo hizo relación a la bicicleta que le fue encontrada a su prohijado, la misma se encontró en el barrio San Ignacio y no en la casa de quien fue la víctima en el asunto de la referencia, y que bien otro declarante aludió a algunos elementos incautados, no tiene relación con los hechos.

Efectuó observaciones a los elementos materiales probatorios e indicó que si bien en la audiencia de acusación se efectuó una variación a la calificación de homicidio a feminicidio bajo el argumento de que se habían encontrado nuevos elementos probatorios, lo único que se incluyó fueron dos testimonios, que no variaron el fundamento fáctico.

En ese hilo, deja claro que en dicha oportunidad no se hizo ninguna relación sobre la prueba pericial de informe de genética forense, y que continuando con el tema, al revisar la audiencia de 12 de julio de 2019, la fiscalía hace enunciación de unos testimonios y el juzgado los decreta, haciendo referencia a unas muestras biológicas recogidas en la escena del crimen y que se encuentran en estudio, pudiendo evidenciar que la fecha de recepción de la nota marginal de laboratorio, resulta posterior a la fecha de su enunciación.

Así consideró que no concuerda lo relacionado y enunciado por la fiscalía en la audiencia de acusación y la preparatoria, que dentro del decreto probatorio no fue decretada la prueba pericial genética forense, de ello que solicite su exclusión, observación que se elevó en el momento pertinente pero la fiscalía no acogió resolviendo continuar con el juicio, omisión que afectó la legalidad del elemento en tanto que debe ser excluido, así como las pruebas restantes que se derivan de la misma, como la verificación de ADN, misma que no puede practicarse sin la toma de muestra de sangre del acusado, y que para el caso que se recolectó de manera posterior a la presentación del escrito de acusación y la audiencia preparatoria.

Aludió al concepto de debido proceso, señalando que comprende las formalidades y etapas que garantizan la efectividad de los derechos de las personas, de ello que la decisión de excluir la prueba incide no solo en el respeto a las garantías de imparcialidad, debido proceso y defensa, sino en el goce efectivo de otras garantías como la vida, integridad y libertad.

Claro lo anterior indicó que en juicio se había advertido que las declaraciones de la madre, hijo y esposo de la víctima se encontraban viciadas pues en su condición de víctimas estuvieron presentes en todo el juicio y aun así se les permitió participar como testigos.

En ese contexto indicó que la fiscalía procuró demostrar la participación de su prohijado en los hechos objeto de juzgamiento, pero no logró su cometido, en tanto que no se observa ningún nexo de causalidad.

Finalmente indica que al momento de efectuar la dosificación punitiva el juzgador hace alusión a que impondría una pena de 470 meses de prisión, pero no habla de la dosificación del resto de delitos endilgados, sino una suma aritmética, totalizando, sin explicar cuál es el valor que asigna a cada conducta.

Con lo anterior busca, como pretensión principal, la emisión de una sentencia absolutoria en favor de su defendido y que se observe que el procedimiento adelantado en el juicio oral no fue el adecuado, y, de manera subsidiaria, que se considere la dosificación punitiva, ya que el sistema de cuartos debe respectarse y argumentarse por qué se agregó 70 meses.

4.2. De la fiscalía como no recurrente

El Fiscal 4 Seccional Unidad de Vida de Pasto, se pronuncia frente a la apelación presentada por la defensa, requiriéndole a esta instancia que se confirme la decisión recurrida.

Señala que los hechos que delineó la apelante como hechos jurídicamente relevantes se encuentran probados, y que aquellos no son los únicos que determinó la fiscalía para formular cargos por los delitos objeto de condena.

Indicó entonces que como tal también se le comunicó al procesado que el día 12 de febrero de 2022 se encontró a la víctima en su residencia, boca abajo con el dorso sobre la cama, las rodillas en el piso y la ropa interior abajo, atada de manos y pies, que se encontraron manchas de sangre y que al contar con signos vitales fue trasladada al Hospital Departamental de Nariño, lugar en el que falleció producto de la violencia recibida; que como hecho jurídicamente relevante también se tiene que a través de las diligencias investigativas realizadas en la casa de habitación del procesado y su compañera permanente, se encontraron varios elementos, entre ellos unos computadores que le fueron hurtados a la señora BS, quien había sido víctima de hurto calificado y agravado días antes, pero en especial, un carné de identificación de la víctima en este proceso.

Que con el anterior insumo se resolvió modificar la imputación que en un principio se había efectuado.

Señala que sí existe un nexo de causalidad pues la muerte de la víctima se ocasionó con el ataque que produjo el acusado en su humanidad, pues el deceso se dio por estrangulación por comprensión extrínseca de cuello causa por el amarre que hizo el victimario al momento de abusarla, esto cuando ingresó a su residencia aprovechando su soledad, con lo cual no tenía oportunidad de defenderse.

Explica que existen testimonios que dan cuenta de la muerte de una persona, esto a través de las diligencias de actos urgentes, inspección técnica al cadáver, de lo que se brindaron explicaciones de dónde ocurrió el hecho, cómo se encontró el cuerpo, la violencia que presentaba y el motivo o manera de muerte. Agregó que con el testimonio del Dr. Zarama Cabrera se puedo demostrar que las muestras tomadas en el cuerpo de la víctima dieron como resultado del análisis que fue RP quien ingresó a la casa de la víctima, abusó sexualmente de ella y hurtó la bicicleta de propiedad de su hijo, y que no existe otro motivo por el cual dicho bien fuera encontrado al día siguiente en la residencia del procesado y que los resultados de genética forense dieran positivo para semen, perteneciente a P.

Aclara que con los testimonios inicialmente mencionados no se demostró que el investigado sea el responsable de los delitos endilgados, pues fue con la prueba científica que se logró ese aspecto, misma que no puede ser objeto de exclusión como lo afirma la defensa, en tanto que en momento alguno se sorprendió a la contraparte con la misma, explicando que desde la acusación se había informado que las pruebas habían sido tomadas y que debía efectuarse un análisis sobre las mismas, que en la audiencia preparatoria se solicitó como prueba los testimonios de funcionarios de medicina legal para que presenten los informes de los análisis, pedimento al que la judicatura dio lugar con la aclaración de que al ser una base de opinión pericial, debía ser trasladada cinco días antes de la celebración del juicio oral, condición que sí se cumplió por la fiscalía, agregando que acudió ante Juez de Control de Garantías para que autorice la toma de muestra de AND al acusado, por lo que no existe vulneración al derecho al debido proceso.

Explica que los testimonios de la madre, esposo e hijo de la víctima son válidos, pues como víctimas podían presenciar toda la vista oral y aún así rendir su testimonio.

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia.

De conformidad con el artículo 34 en su numeral 1° del código de procedimiento penal, esta Corporación tiene la competencia para definir el recurso de apelación oportunamente interpuesto por la defensa de RAP.

2. Problemas a resolver

De conformidad con la situación procesal presentada, la Sala deberá ocuparse de verificar si en desarrollo del presente proceso penal, ha ingresado de forma ilegal un medio probatorio como lo argumenta la defensa en su recurso, aspecto que no se postuló en los alegatos de conclusión por lo cual la primera instancia no tuvo oportunidad de pronunciarse.

Igualmente indica que los medios probatorios allegados no tuvieron la contundencia para sustentar un fallo condenatorio y que ante la duda debe absolverse, a diferencia de lo encontrado por el A quo que considera existe el material de prueba requerido en la norma para imponer un fallo condenatorio.

Subsidiariamente solicita sea revisada la dosificación jurídica respecto del otro tanto de pena a imponer por el concurso de conductas punitivas al no establecer lo correspondiente a cada delito.

3. Requisitos para la condena.

Como bien se sabe la temática de la administración de justicia encuentra su razón de ser en procurar a través de los medios de prueba la reconstrucción procesal de un acto que ha quebrantado un bien jurídico tutelado por la normatividad penal, es por lo que a través de aquellos se presenta ante el juez la situación por medio de los testigos conforme lo establece los artículos 372 y siguientes del procedimiento penal.

Indica el artículo 7° de la misma normatividad que la carga de la prueba respecto de la responsabilidad penal está a cargo del ente encargado de la persecución, lo que le impone el deber de demostrar tal aspecto por cuanto de no hacerlo o hacerlo medianamente se configuran las dudas que deben resolverse a favor del acusado.

De los principios rectores el artículo 16 relacionado con la inmediación señala: En el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento. Significando que en el Estado Social de Derecho es prueba solo la que en audiencia pública se debate, se controvierte y que contiene un conocimiento que a la luz del artículo 381 ibidem debe ser más allá de toda duda respecto del delito y de la responsabilidad penal del acusado que permite sustentar una sentencia condenatoria.

4. De la prueba ilícita e ilegal.

Se deriva de la norma constitucional artículo 29 en su inciso final cuando consagra que es nula de pleno derecho la prueba obtenida con violación al debido proceso, por lo que en el código de procedimiento penal se ha estipulado la Cláusula de Exclusión que ordena la expulsión del proceso penal de la prueba obtenida con violación de las garantías fundamentales; y en esta labor de también puede afectarse normas que contienen procedimientos para la producción, práctica o aducción por lo que la vulneración será de rango legal.

La consecuencia de la ilicitud o ilegalidad del medio probatorio no es otro que su exclusión, sin embargo, existen eventos en los cuales puede darse la convalidación de la prueba de conformidad con el artículo 455 de la ley 906 de 2004, que son los eventos del vínculo atenuado, la fuente independiente y el descubrimiento inevitable.

Sobre la distinción entre prueba ilícita y prueba ilegal en el proceso, la Sala de Casación Penal de la CSJ en radicado 48498 del 29 de mayo de 2019, dijo:

“Respecto de ambas especies de prueba opera la cláusula de exclusión, y la jurisprudencia se ha encargado de matizar el respectivo efecto, puesto que si se trata de prueba ilegal el funcio-

nario debe sopesar si el requisito legal pretermitido es esencial y verificar su trascendencia con el fin de determinar su exclusión, ya que si la irregularidad no tiene ese carácter el medio probatorio puede continuar obrando dentro del proceso.

Por el contrario, tratándose de pruebas ilícitas siempre opera la cláusula de exclusión probatoria, excepto en unos precisos casos en los que la nulidad se extiende a toda la actuación, lo cual ocurre cuando la prueba es obtenida mediante tortura, desaparición forzada o ejecución extrajudicial, imputable a agentes del Estado.

No obstante, la Ley 906 de 2000, artículo 455, prevé criterios que permiten morigerar la cláusula de exclusión y atenuar los efectos del artículo 23 de la misma obra, como son el vínculo atenuado, la fuente independiente, el descubrimiento inevitable y los demás que establezca la ley.

Esta Sala precisó que con el fin de establecer cuándo un medio de prueba reflejo debe ser excluido, el funcionario judicial debe realizar un juicio de ponderación que, en armonía con los criterios citados con anterioridad, comprende las siguientes pautas:

> *'**a)** En primer lugar, hemos de partir de una fuente probatoria obtenida, efectivamente, con violación del derecho fundamental constitucionalmente conocido y no afectada simplemente de irregularidad de carácter procesal, por grave que ésta sea, que para el caso de las entradas y registros tendría que consistir en algunas de las infracciones, con trascendencia constitucional por agredir ilícitamente al derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio.*
>
> ***b)** La nulidad constitucional de una prueba en el proceso no impide la acreditación de los extremos penalmente relevantes mediante otros medios de prueba de origen independiente al de la fuente contaminada, pues si no existe una «conexión causal» entre ambos ese material desconectado estará desde un principio limpio de toda contaminación.*
>
> ***c)** Por último, y esto es lo más determinante, no basta con que el material probatorio derivado de esa fuente viciada se encuentre vinculado con ella en conexión exclusivamente causal, de carácter fáctico, para que se produzca la transmisión inhabilitante, sino que debe existir entre la fuente corrompida y la prueba derivada de ella lo que doctrinalmente se viene denominando «conexión de antijuridicidad», es decir, desde un punto de vista interno, el que la prueba ulterior no sea ajena a la vulneración del mismo derecho fundamental infringido por la originaria sino que realmente se haya transmitido, de una a otra, ese carácter de inconstitucionalidad, atendiendo a la índole y características de la inicial violación del derecho y de las consecuencias que de ella se derivaron y, desde una perspectiva externa, que las exigencias marcadas por las necesidades esenciales de la tutela de la efectividad del derecho infringido requieran al rechazo de la eficacia probatoria del material derivado."*

En conclusión, siempre que exista una relación inescindible entre el acto violatorio de una garantía o derecho fundamental y el elemento de convicción obtenido, la prueba derivada debe ser excluida, lo cual implica la imposibilidad de repetirla a fin de depurarla, cuando exista una relación de causalidad entre la prueba ilícita y la nueva prueba lícita a la que se arriba con base en el conocimiento arrojado por el elemento de juicio ilícito. Por ello, la doctrina especializada en la materia ha señalado que "no debería admitirse su subsanación o convalidación mediante la práctica de un nuevo reconocimiento con todas las garantías o mediante su simple ratificación en el acto del juicio oral al estar viciado en su origen.". Así, la ineficacia de la prueba ilícita se extenderá también a todos aquellos elementos probatorios obtenidos de forma lícita, pero que han sido descubiertos gracias a los resultados obtenidos con una prueba ilícita.

Lo anterior, por cuanto el vínculo entre la fuente ilícita y la prueba derivada de ella no es ajeno a la vulneración del mismo derecho, sino que se presenta como su fruto, de manera que la protección debida al derecho fundamental solo será simbólica sino se excluye el material obtenido y derivado de la prueba espuria."

De la prueba ilegal o irregular como lo cita la jurisprudencia vertida va referida a los actos de investigación o actos probatorios, que para su obtención se ha infringido la ley ordinaria o se ha practicado sin las formalidades requeridas, conculcando el procedimiento legalmente establecido.

5. De la valoración probatoria en este caso.

5.1 El primer tema que debe abordar la Sala de forma lógica se relaciona con la solicitud de exclusión de la prueba genética forense que señala la defensa dicho material fue recibido según los documentos que le corrieron traslado en enero y febrero por parte de INML Cali, según nota marginal, fechas en que las audiencias de formulación de acusación y preparatoria ya se habían realizado, que la mancha de sangre soporte del acusado es de 17 de enero de 2020 y que en las intervenciones siempre anunció que las muestras se habían enviado el día de los hechos. Señala que se han violado las garantías fundamentales por lo que por no cumplir con el artículo 344 de la ley 906 de 2004 solicita su exclusión.

Lo que debemos indicar a la defensa del acusado es que no todos los elementos de los que se descubren en la audiencia de formulación de acusación o por parte de la defensa en la audiencia preparatoria se convierten en medios de prueba, son variados los elementos que tienen finalidades distintas a ingresar al torrente probatorio y solo serán para refrescar memoria, impugnar credibilidad, tales como entrevistas, informes de campo, informes ejecutivos.

En materia de prueba pericial, la trascendencia que tiene la base de opinión pericial, y que por ello la norma, artículo 415 de la ley 906 de 2004, obliga a que debe darse a conocer con una antelación mínima de 5 días y su finalidad es que a quienes se comparte aquel documento tengan la posibilidad de conocer el tema que se va a tratar por parte de aquel perito; el texto del artículo es el siguiente: Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la prác-

tica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba. En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.

Claro lo fundamental en este escenario en consecuencia, es la declaración del perito que constituye el experticio y como lo establecen los artículos 16 y 379 del códice adjetivo penal, se acrisola por su practica en presencia del Juez y con el ejercicio de la contradicción y controversia que corresponden.

En este orden de ideas, la base de opinión pericial solo tiene como requisito para su validez que sea entregada en el término antes señalado para que las partes puedan asesorarse respecto del tema, concurrir a la audiencia con un experto que le permita realizar preguntas en contrainterrogatorio atinentes a la temática, por lo que si se ha dado cumplimiento con aquel aspecto en dicho intervalo permite su uso al momento de la práctica de la prueba, porque se itera la prueba es el testimonio del perito.

Reclama la defensa que por unas fechas que aparecen en nota marginal en dichos documentos y que corresponden a inicios del año 2020, solicita sea excluida la prueba pericial de genética forense, lo que resulta obvio, en atención a que si dichas muestras se envían en el año 2019 mes de febrero, que posterior a dicha fecha fue autorizada la muestra de ADN del acusado para efectos de confrontación, no es un análisis que sea inmediato, como tampoco sea el único que recibe el INML Cali a donde se envían dichas muestras, es por ello que cuando se realizan las audiencias de formulación de acusación y preparatoria aún en tal escenario el representante del ente acusador desconozca los nombre de los peritos forenses que van a rendir testimonio, por cuanto dicha base de opinión pericial no ha llegado.

De ahí que resulte suficiente que se de a conocer que se han enviado dichas muestras y se está a la espera de los resultados que van a arrojar los nombres de los peritos, es así como el procedimiento en materia de peritos del INML sucede en la práctica, dado el gran cúmulo de trabajo que en aquel instituto se tiene por tratarse del laboratorio especializado para el suroccidente colombiano.

Dicho procedimiento fue el que se realiza en este proceso penal, en donde en la audiencia de formulación de acusación se da a conocer sobre las muestras que se han enviado para su análisis, lo cual es reiterado en audiencia preparatoria donde queda abierta la posibilidad para que una vez se conozca el nombre de los peritos puedan dar su testimonio, si se ha realizado el descubrimiento desde la formulación de acusación, se itera no puede darse nombres porque la base de opinión pericial no ha llegado, de igual manera resulta lógico que para realizar una comparación de ADN con el del procesado se haya acudido a control de garantías y luego de ello enviar las trazas, análisis que requiere tiempo y por ello este accionar para identificar los peritos de INML.

Obsérvese que si la base de opinión pericial data de 2020 y la audiencia de juicio oral inicia en junio de 2021 se colige existió un tiempo suficiente para consultar del tema, por cuanto no ha dicho la defensa que no lo hayan entregado dentro de los cinco días anteriores a la audiencia pública.

Necesario resulta para la Sala indicar que una es la sanción por no descubrimiento de los elementos materiales probatorios que corresponde a la normada en el artículo 346 del código de procedimiento penal, y que corresponde al rechazo; distinta de la sanción que contempla el artículo 360 ibidem de exclusión por ilegalidad, que como se ha dicho corresponde a que se vulnere el procedimiento establecido para la práctica probatoria.

En esta oportunidad no se ha vulnerado dicho proceder y la prueba testimonial para la recepción de los peritos del INML fue oportunamente descubierto, fue enunciado, solicitado, y decretado por lo cual en audiencia pública del 10 de noviembre de 2021 en horas de la mañana se recibe los testimonios a las bacteriólogas Adriana Rivera Peña y Rosa Elena Moreno Martínez, por tanto, no se accede al pedimento de ilegalidad de este medio probatorio.

5.2 Era importante definir dicho tema de la exclusión solicitada por cuanto ahora se concentra la Sala en el análisis de los medios probatorios aducidos para determinar si se colma el baremo requerido para imponer una sentencia condenatoria.

Como se dijo con anterioridad, solo con los medios de convicción que en presencia del Juez se construyeron es con los que debe tomarse la decisión luego de la controversia que en dicho acto público se haya presentado, para este evento es el ente acusador quien presenta 16 testimonios en aras de llevar al fallador el conocimiento requerido que demuestre la existencia de los tres comportamientos enrostrados, feminicidio agravado, hurto calificado y agravado, y acceso carnal violento, así como la responsabilidad penal de RAPP.

Conforme al acápite de hechos estos suceden el 12 de febrero de 2019 entre las cuatro y seis de la tarde, en el barrio El Recuerdo de esta ciudad, inmueble de propiedad de GSLC, que en el primer piso vivía su hija LSCL, quien fue accedida carnalmente, luego asesinada y entre elementos que se indica han desaparecido de aquel inmueble una bicicleta para ciclo montañismo marca Trek X Fuel, de color negro y verde limón, que no pasaba desapercibida por cuanto era la única que existía en esta ciudad en aquel momento, con doble suspensión y en con una calcomanía que contenía el nombre de su propietario “AI” y su Rh.

Al día siguiente en otro barrio de la ciudad, se encuentra a RAPP en la conducción de aquel rodante, quien no dio explicación suficiente para encontrarse en posesión de dicho bien mueble, por lo que es capturado.

Para el mejor entendimiento de lo sucedido se empieza el análisis con el testimonio del esposo y la madre de la víctima, CEBG, quien ha señalado en que el 12 de febrero de 2019 estuvo hasta las 4 de la tarde con su esposa LSC, a esta hora sale por temas de trabajo quedando ella sola en aquel apartamento, al regresar pasadas las 6 de la tarde en la habitación encuentra a la

dama amarrada hacia atrás con una bufanda azul y una venda en el cuello, con la ropa interior en las rodillas, la blusa en el cuello, golpeada, sangraba por la cabeza, en la cama había sangre, tenía pocos signos vitales, pide ayuda a familiares que viven al lado y en segundo piso, después llegó la ambulancia y se la llevan. Por su parte la señora GSLC, quien habita el segundo piso, indica que si conoce al sujeto agresor quien había concurrido al lugar de habitación de su hija el 7 de febrero de 2019 en horas del mediodía cuando almorzaba, acudió con uniforme gris, cachucha y una escarapela del SENA, ofreciendo gas domiciliario para lo cual tomaba datos a las personas, lo describe como alto de estatura, flaco de contextura, ahora por la investigación sabe que se llama RAP, dice que el día de los hechos no escuchó nada, que cuando el esposo sube a avisar acude al lugar y al ver a su hija en ese estado la cubre con una manta, le tomó la mano parecía que respiraba, abrió los ojos y le corrió una lagrima, que cuando llega la ambulancia a las 7 de la noche le encuentran una venda en el cuello, tenía golpe en la cabeza con sangre, en el hospital le dicen que ha muerto; que a las 10 de la noche el nieto llama preguntando por la bicicleta que estaba en aquel sitio es cuando se dan cuenta no estaba, al contrainterrogatorio señala que su hija estaba en el piso.

Claramente con estos dos testimonios se da cuenta del grave hecho que ha sucedido en el cual se ha quitado la vida a una mujer de una forma cruel, denota lo sucedido destreza por el sujeto activo y poco valor por el género femenino, testigos que por su espontaneidad merecen total credibilidad en sus manifestaciones además que no fue impugnada su credibilidad.

De estos hechos los testigos JAMES DURÁN CHAVES y WILLIAM ALEXANDER CHAVES PÉREZ, el primero realiza la inspección al cadáver de la señora LSCL en la morgue del hospital departamental, observa en el cuerpo moretones en el cuello; y en el lugar de los hechos barrio el Recuerdo, estuvo en la búsqueda de elementos, recolectó huellas para posterior cotejo. El segundo es el líder de la investigación indica que encuentra la cama desordenada, manchas de color rojo, señala que la bicicleta hurtada se logró recuperar pertenecía al hijo de la señora, que realiza labor de actos urgentes, informes de cámaras, labores de vecindario. El testigo JHON JAIRO BURBANO FAJARDO, estuvo en el inmueble señala que el cuarto estaba desordenado, había manchas de sangre, que en un papel había una huella, luego pasó al hospital para inspección al cadáver encontrando en el cuello una venda con manchas, una bufanda en el cuerpo había surco de presión en el cuello, realizó la fijación fotográfica al cadáver y al lugar, que con la bufanda ataron las manos. Ingresa el álbum fotográfico como prueba documental de la fiscalía.

El médico del INML de Pasto, ANTONIO ZARAMA CABRERA, realiza el examen al cuerpo de LSCL el día 13 de febrero, de la necropsia da cuenta que tiene surco de compresión en cuello, hematomas, fractura del hueso hioideo, hematomas en huesos temporal, parietal y occipital, cianosis en labios, uñas, manos y pies, signos de inmovilización en muñecas, lo que permite deducir que hay una muerte violenta estrangulación por compresión extrínseca del cuello y sugiere asalto sexual, por cuanto la ropa interior no estaba en forma adecuada. Tomó muestras de sangre, frotis anal, vaginal, etc., que se envían a laboratorio de Cali, señala que todas las muestras son del cuerpo de la occisa.

Lo dicho por estos tres testigos confirman la dantesca escena encontrada por el esposo de la víctima y por su progenitora, se trata de una persona que le fue arrebatada su vida de forma demasiado violenta, con terrible sufrimiento además del ataque sexual que fue objeto.
Dan su testimonio las bacteriólogas ADRIANA RIVERA PEÑA y ROSA ELENA MORENO MARTÍNEZ, laboran para INML Valle, realizan sus análisis en febrero de 2020, la primera indica que de su valoración en las muestras enviadas encuentra semen en frotis y en fragmento de cobija, también sangre en ropa y cobija; la segunda profesional señala que hace la comparación del ADN presente en las muestras, señala que el ADN es único en cada persona, que recibe muestras de la víctima LSC y del vinculado RAP, que encuentra en la blusa sangre, en cobija sangre y semen, que en el fragmento de la prenda interior había perfil genético de la víctima y del vinculado, en frotis vaginal mezcla de perfil de la víctima y del vinculado, que en frotis de zona perivaginal perfil del vinculado, espermatozoides encontrados, un perfil limpio lo que permite deducir que es un quintillón de veces más probable que sea del vinculado, que la muestra tomada en el piso no se pudo analizar porque estaba sucia, que se trata de métodos cuantitativos para ADN y que los demás son cualitativos. De igual forma señala que el INML hace un control por parte de un profesional par que debe llegar a iguales conclusiones, que es una prueba probabilística, pero de un 99 y después de la coma 20 números 9 lo que indica un margen de error mínimo.

Se trata de una prueba pericial que con claridad iba a definir la situación que estaba a su alcance, porque debemos recordar que los investigadores que ya se han relacionado cuando llegaron al lugar encontraron muchas huellas, mucha evidencia, y había necesidad de recolectar todos esos rastros que permitirían dar claridad en el presente evento, la presencia de líquidos en las prendas de la víctima, en el cuerpo, en la cobija que al comparar con la muestra obtenida del acusado permite llegar a conclusiones precisas en este evento.

Que en el cuerpo de la víctima se registren vestigios de líquidos que solo pueden salir del cuerpo del acusado, con lo cual queda definido que el acusado si estuvo en la escena de los acontecimientos, porque encontrar fluidos que corresponden a espermatozoides encontrados en la zona próxima a la vagina de la víctima solo nos permite colegir que los deposita cuando ella fue accedida de forma violenta y para luego proceder a asesinarla, lo que no deja duda alguna de la responsabilidad penal que el acusado debe asumir por este accionar concursal.

De la prueba pericial tiene la Sala que decir que demostraron idoneidad y con claridad y precisión dieron respuestas a los interrogantes de las partes, hubo seguridad en los temas expuestos durante su testimonio entregando su conocimiento con bases científicas producto de su profesionalismo y en un lenguaje entendible.

LAIC, hijo de la occisa, señala que su bicicleta marca Trek X Fuel con las características ya conocidas fue hurtada con el asesinato de su madre, indica las características de aquel bien y señala la compró en Bogotá en tres y medio millones de pesos, que con la ayuda de la fiscalía la recuperó, que un tipo andaba en ella, fue a la URI y la reconoció.

De la recuperación de este elemento material del delito da cuenta los testimonios de HÉCTOR ENRIQUE PABÓN PABÓN, con quien ingresa como prueba documental el álbum fotográfico del velocípedo, en donde se fija también la factura de propiedad; JUAN CARLOS CASTRO MONTAÑA quien también estuvo en procedimiento de captura del acusado cuando se encontraba en poder del rodante.

Con estos testimonios se indica que RAP tenía en su poder la bicicleta que era propiedad de LAI de la cual se apodera el día anterior en el barrio el Recuerdo, bien mueble que se ha demostrado su propiedad, su preexistencia y que por sus características especiales tenía un alto valor económico.

Se recibe el testimonio de los policiales JHONY EDUARDO PORTILLO BASTIDAS, JORGE ELIÉCER CÁRDENAS y SERGIO STEVEN HERNÁNDEZ, quienes dan cuenta que la esposa del acusado, CIB enterada de su captura acude a las autoridades para informar que en su casa de habitación existen otros elementos de los que ella duda de su procedencia, y permite el ingreso a su vivienda encontrando una pistola de juguete con proveedor glock, 4 relojes diferentes marcas, 4 perfumes, una caja de computador portátil, en un bolso marca Totto había celulares, anillos, un mouse inalámbrico, un elemento para selfis, un cargador y en una bolsa negra un carné de comfamiliar perteneciente a LSCL, elementos de los cuales se realiza fijación fotográfica, se incautan, se rotulan y se hace la cadena de custodia, que posteriormente los entregaron a las víctimas La mencionada señora también dio información de tres computadores que habían llevado a otro inmueble.

El ingeniero de sistemas OSCAR EDUARDO BENAVIDES MUÑOZ indica que un amigo de nombre Jesús Ortega le pidió revisar tres computadores portátiles para saber su estado de funcionamiento, le indicó que el 9 de febrero llegó con otro señor y una señora y le entregan un computador Lenovo, un Asus y un Acer, todos con dificultades para su labor; que posteriormente la policía lo llamó por estos elementos por lo que los entregó a la autoridad, con la fiscalía se pudo enterar que quien acudió a su casa fue RAP.

Los últimos testigos dan cuenta de la actividad ilícita que había estado realizando el acusado relacionado con afectación al patrimonio económico.

Dio su testimonio la señora DVBS, señala que conoce al acusado por cuanto fue su víctima, lo observó cercano a su casa y cuando ella está ingresando es empujada por este sujeto la amenaza con un arma, la tira al suelo, le exigía los elementos de valor, que trató de abusar sexualmente de ella ante lo cual expresó que se encontraba en embarazo, lo cual hace desistir a su agresor, en la búsqueda de objetos de valor encuentra un millón de pesos de su esposo los toma y se va. Sabe que el mismo sujeto a su hermana le hizo encuesta respecto del gas domiciliario.

Importante testimonio que refleja el modus operandi del acusado que ha encasillado su accionar para atacar al género femenino, sus víctimas eran damas, con información falsa relacionada con un servicio público lograba obtener contacto con ellas, presentarse como una

persona que buscaba hacer un bien para luego de ingresar a sus viviendas, o como en el caso de la anterior testigo a la fuerza ingresaba, proceder a reducirlas mediante la intimidación de un arma o con violencia, no era al azar su actuación en su iter criminis realizaba un estudio a su víctima, la obtención de información hacia ese fin estaba relacionada para saber el momento en que podía consumar sus acciones.

En el caso que ocupa el estudio de la Sala, puede pensarse que estuvo a la espera que el esposo de la víctima saliera de la casa porque recordemos como lo dijo la madre de la occisa, días antes estuvo recolectando datos portando un uniforme gris y una escarapela de una entidad seria ofreciendo información sobre el gas domiciliario; método por medio del cual iba a ingresar a la vivienda, luego de ello reducir a su víctima, accederla carnalmente, darle muerte y hurtar los elementos de valor; forma de actuación que había realizado también con la testigo BS.

De este análisis con claridad se encuentra que existe material probatorio suficiente que lleva a la demostración de los tipos penales por los cuales se ha presentado acusación y de igual manera que permite deducir que RAPP es el autor doloso por lo que debe responder penalmente.

Refulge clara la instrumentalización que el acusado realiza del género femenino, su finalidad además de la apropiación de elementos de valor era la satisfacción de su libido, doblegando por la fuerza la voluntad de la mujer de esta manera usaba a la mujer para su fin que era sexual, de ahí que como desde la acusación se mencionó hubo una cosificación de la mujer, emplear el cuerpo femenino como un simple objeto que le resulta desechable y para ello realizaba una selección obteniendo datos de las damas que a futuro serían sus víctimas, el análisis conllevaba el estudio de la vulnerabilidad que ellas podían presentar en un momento y de esta manera aseguraba su objetivo.

Por ello el análisis desde la perspectiva de género es el adecuado por cuanto con su accionar se presentaba en una posición dominante utilizando la fuerza, la violencia que como se ha dicho producto de una planeación con un fin su satisfacción sexual en consecuencia su accionar si es hacia ellas por su condición de mujeres.

Bajo este análisis en conjunto como lo ordena la normatividad procesal penal (artículo 380) realizando el respecto análisis individual de los medios probatorios allegados se ha demostrado la ocurrencia de los delitos de los cuales resulta víctima LSCL, lo que permite colegir que se ha quebrantado el principio constitucional y legal de la presunción de inocencia del acusado y es por lo que luego de dichos razonamientos es encontrado responsable penalmente y con aquellos medios de convicción se tiene el conocimiento exigido por el artículo 381 de la normatividad procesal penal para emitir una sentencia condenatoria, queriendo decir con ello que no existe duda alguna en el presente proceso penal.

5.3 La petición subsidiaria que formula la defensa en su argumentación de la alzada se relaciona con la forma como la primera instancia dosifica el concurso de conductas punibles, señala la apelante que no esgrimió argumento alguno para tal fin.

Para llegar a la solución del problema planteado debemos acudir a lo establecido en el artículo 59 del estatuto de las penas, cuando indica: MOTIVACIÓN DEL PROCESO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA. Toda sentencia deberá contener una fundamentación explícita sobre los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena. Ello significa que la imposición de la pena no es un acto antojadizo del Juez, no es de su libre albedrio, para ello existe una discrecionalidad reglada que obliga al servidor judicial en aplicación por el respeto constitucional de principios como la legalidad, debido proceso que devienen del artículo 29 de la Carta Política, más en tratándose de penas que van a limitar un bien fundamental como es la libertad del acusado.

En esta oportunidad el A quo para imponer la pena por la determinación de mínimos y máximos escoge como más grave la que corresponde al delito de feminicidio agravado en ello acierta, aunque no es el procedimiento ortodoxo determinado reglado por el artículo 61 del código penal para lo cual escogió la pena mínima, pero si se observa total desconocimiento en la aplicación del artículo 31 ibidem que establece la forma de dosificar el concurso de conductas punibles en su inciso primero señala: CONCURSO DE CONDUCTAS PUNIBLES. El que con una sola acción u omisión o con varias acciones u omisiones infrinja varias disposiciones de la ley penal o varias veces la misma disposición, quedará sometido a la que establezca la pena más grave según su naturaleza, aumentada hasta en otro tanto, sin que fuere superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas.

En esta oportunidad luego de fijar la pena para el delito más grave que fue el de feminicidio agravado solo se dijo que por el concurso de conductas se imponía 70 meses de prisión, sin motivar o explicar de donde se parte para finiquitar en aquella cantidad.

La CSJ en SP918 del 3 de febrero de 2016, con radicado 46647 sobre este importante tema de la motivación en la determinación de la pena dijo:

> *'[El] debido proceso sancionatorio está integrado por el respeto del principio de proporcionalidad en la imposición de la pena, el seguimiento de los lineamientos legales para la individualización de la sanción y el acatamiento del deber de motivar suficientemente el procedimiento de dosificación e imposición de la pena. Si se desconoce alguno de estos componentes, la fijación de la consecuencia punitiva se torna arbitraria.*
> *(…)*
>
> *En reciente decisión (CSJ SP 24.06.2015, rad. 40.382), la Sala rechazó enérgicamente la práctica judicial consistente individualizar inmotivadamente las sanciones penales. En dicha oportunidad clarificó que los jueces carecen de discrecionalidad para estimar a su arbitrio el monto de pena a imponer. Ello, por cuanto existen parámetros legales para individualizar las sanciones (arts. 59 y 61 inc. 3° CP), los cuales han de aplicarse motivadamente de cara al asunto particular, con la debida concreción de los fines de la pena establecidos en el art. 4° del CP. La simple enunciación o la mera*

alusión a dichos criterios, sin la debida articulación y análisis con el caso en concreto, en nada satisfacen el deber de motivar la individualización de la sanción penal. Por el contrario, implican un reprochable proceder que pretende encubrir el arbitrio del funcionario bajo la apariencia de una supuesta motivación que, en verdad, es inexistente (subrayado ajeno al texto).
(…)

Como lo ha venido precisando la Sala, la adecuada motivación del proceso de dosificación punitiva es un elemento toral para predicar la legitimidad de la imposición de una determinada pena. El sistema punitivo adoptado por el Código Penal colombiano concibe un proceso de tasación que parte de montos mínimos de sanción prefijados legislativamente, como expresión de compensación (general y abstracta) del injusto culpable. Así mismo establece límites máximos que el juez no puede sobrepasar, so pena de violar la legalidad y desconocer la prohibición de exceso.

Dentro de tal margen de apreciación reglado, al sentenciador no le es dable escoger a su discreción un monto que bien le parezca para sancionar. No. Partiendo del respectivo tope mínimo a aplicar dentro del cuarto pertinente, aquél está en el deber de argumentar por qué se aparta de la mínima sanción prevista legislativamente e incrementa, en el caso concreto, el monto de pena. Si existe un deber de motivación en caso de aplicación de rebajas punitivas (CSJ AP 24.07.2013, rad. 41.041), a fortiori, el juez está obligado a motivar los aumentos. En tanto mayor sea la injerencia en el derecho fundamental a la libertad, más altas son las exigencias argumentativas para justificar una intromisión más intensa en la esfera ius fundamental del condenado. Así como un aumento de penas inmotivado o carente de fundamento en el ámbito legislativo deviene en inconstitucional (CSJ SP 27.02.2013, rad. 33.254), esta misma consecuencia es predicable de la imposición concreta de una pena, que inmotivadamente se aparta de los límites mínimos.

La motivación del proceso de individualización de la pena —en lo cuantitativo y lo cualitativo— no puede desarrollarse de cualquier manera. La fundamentación explícita de que trata el art. 59 del CP ha de abordar los criterios a ponderar, establecidos en el art. 61 incisos 3º y 4º ídem. La simple transcripción de éstos, sin un concreto razonamiento probatorio que los articule con el asunto sub júdice es del todo insuficiente. Como también se ofrece incompleta una motivación carente de conexión con las funciones que la pena ha de cumplir en el asunto particular."

Claramente lo indica esta jurisprudencia, la dosificación cualitativa y cuantitativa punitiva debe estar debidamente explicada y mayor este trabajo de escogencia de la pena a imponer para que el acusado puede entender por qué se aplica la cantidad de pena que se elige.

De igual manera como es criterio de la Corte Suprema y que lo asume también nuestra Corporación Tribunalicia, del respeto por los derroteros establecidos por el fallador de primera instancia, que si bien en el presente caso no se encuentran explicados pero mediante un análisis

de lo realizado lo que se puede extractar es que para el A quo los dos delitos que concursan, acceso carnal violento y hurto calificado y agravado tienen una pena mínima igual de 12 años (144 meses) y que al imponer una pena que dosifica el concurso como lo hizo el A quo se puede establecer que escogió el 24,35% de cada pena que equivales a 35 meses, para llegar al tope aumentado de 70 meses.

Evidentemente no existe motivación alguna para establecer estas penas, obsérvese que delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales por la forma como se ejecutan conllevan un mayor desvalor de acción, la forma como se atenta contra este bien jurídico tutelado, y observando el actuar del acusado al parecer su finalidad era hurtar, escogía damas para evitar que repelieran de forma severa su acción y aprovechaba las circunstancias para realzar el abuso sexual, ello puede colegirse de los elementos que había llevado a su casa y entregó su compañera donde se encuentran computadores, perfumes, etc., todo ello implica una sanción que debería ser acorde a la gravedad del daño causado, si fue real o potencial, a la intensidad del dolo, la necesidad de la pena y las funciones a cumplir.

Es por lo que la Sala realizará dicho estudio no sin antes establecer que dado el concurso de conductas punibles debe realizarse con detenimiento la determinación de la penal sin que se vulnere principios constitucionales importantes como el non bis in ídem, o no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Para el caso, se encuentra demostrado un comportamiento punible como lo es el acceso carnal violento, y de la misma manera se pide por el ente acusador la sanción por el delito de hurto calificado por violencia sobre las personas y agravado por la simulación de envestidura como empleado de una institución prestante como lo es el SENA y convenciendo a las personas que es para obtener el servicio de gas domiciliario.

En este orden de ideas, en su accionar ha utilizado la violencia contra las personas, elemento del tipo que se encuentra presente tanto en el delito de acceso carnal violento como en el homicidio y en el hurto calificado, por lo que de tomarlo sin estas consideraciones se sanciona dos veces por la misma circunstancia, es por ello que se retira dicho componente del delito contra el patrimonio económico el cual quedará con la circunstancia agravante por persona que está aduciendo una calidad supuesta de beneficiar a los propietarios de viviendas con el gas domiciliario, que es el argumento utilizado para ingresar a la vivienda de la hoy occisa.

En este orden de ideas, el delito de hurto agravado tiene una pena que oscila entre 48 a 189 meses, lo que infiere que de la pena mínima señalada se tome el 24.35% lo que equivale a un guarismo aproximado de 11,68 meses.

La cantidad de pena como la que conforma ese otro tanto tal como lo exige el artículo 31 del estatuto penal será de 46,68 meses que sumado a la pena más grave arroja un resultado de 546,68 meses que equivale a decir 45 años, 6 meses, 20 días, que corresponde a la pena para este concurso de conductas punibles feminicidio agravado, en concurso heterogéneo con acceso carnal violento y hurto agravado.

De igual manera en corrección de la sentencia de primera instancia por virtud del principio de legalidad de las penas, debe la Sala indicar que de conformidad con el artículo 51 del código penal, el máximo de la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas es de 20 años debiendo ajustar en este tope la sentencia que se revisa.

En consecuencia, conforme la petición de la defensa en este aspecto de la dosificación punitiva se realizará la modificación en la sentencia del 10 de noviembre de 2021.

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°. Modificar el numeral primero relacionado con la cantidad de pena en la sentencia recurrida y en su lugar se dispone:

Primero: Condenar a RAPP, de condiciones civiles y personales conocidas en este proceso penal, al ser encontrado penalmente responsable en calidad de autor en modalidad dolosa de los delitos de feminicidio agravado, acceso carnal violento agravado y hurto agravado, a las siguientes penas:

Principal: Cuarenta y cinco (45) años, seis (6) meses y veinte (20) días de prisión.

Accesoria: Inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un término de 20 años.

2°. Confirmar en lo demás la sentencia objeto del recurso de apelación.

3º. Esta providencia se notifica en estrados y se hace saber que en contra de ella 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 LÉON
Magistrado Ponente

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

NULIDADES PROCESALES - No es cualquier irregularidad la que amerite tal declaración, sino una de tal naturaleza que no exista otro camino que retrotraer la actuación, siendo esta solución la última opción posible.

NULIDADES PROCESALES - Causales de nulidad: Taxatividad.

NULIDADES PROCESALES – Principios.

NULIDADES PROCESALES - Violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales: No se configuran.

(…) en el desarrollo del juicio, el Juzgado inobservó en forma flagrante los lineamientos que normativa y jurisprudencialmente se han establecido para evitar en esta clase de procedimientos, la vulneración de los más elementales derechos y garantías de un menor víctima, y su revictimización. (…)

(…) Estas falencias de tipo procedimental, sin embargo, no resultan determinantes para sancionar el avance procesal logrado, y corresponde atendiendo al principio consecuencialista mantener la audiencia de juicio oral, porque implicaría que la menor afectada se presente nuevamente a rendir testimonio, cuando es la misma ley la que exige que como regla general que los NNA víctimas sean escuchados en una sola ocasión, es decir que para el presente caso, aplicar el remedio extremo de la nulidad, implicaría someter a la menor víctima a un nuevo juicio (…)

(…) Pero además, se tiene que lo actuado no impedirá que se adopte una decisión de fondo, en tanto la prueba practicada en el juicio ofrece suficientes elementos para avanzar hasta determinar si se confirma o se revoca lo resuelto en primera instancia, en tanto se hace necesario aplicar los moduladores y principios fijados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, que se armonizan con el interés superior de la menor (…)

EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NNA VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - Aplicación de los Instrumentos Internacionales en conjunto con la Constitución y el Ordenamiento Jurídico Interno.

DERECHOS ESPECIALES DE NNA VÍCTIMAS DE DELITOS, I**NTERSECCIONALIDAD 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.**

PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PRINCIPIO *"PRO INFANS"* - En toda actuación legal o administrativa, se debe buscar el bienestar integral del menor.

DERECHOS ESPECIALES DE LOS NNA 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.

DELITOS SEXUALES - Reglas para la valoración de las pruebas.

TESTIMONIO DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – Valoración en forma integral con las de-

más pruebas obrantes en el proceso.

TEORÍA DE LA EVIDENCIA DE CORROBORACIÓN - Aplicación en los casos en los cuales el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima o un menor de edad.

IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO: El grado de certeza lo excluye de plano.

SENTENCIA CONDENATORIA - Convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

(…) de no decretarse la nulidad, para la Sala es imperioso traer a colación consideraciones sobre la proyección que se debe aplicar en el análisis probatorio, de la Perspectiva de Género, en casos, como el que aquí ocupa la atención, en tratándose de un delito de carácter sexual, donde confluyen en la víctima dos factores de vulnerabilidad que exigen de la Judicatura atención especial no solo por la condición etaria a la fecha de los hechos que la ubica en la fase de la niñez, sino además por su condición de mujer (…) Factores a los cuales se suma la relación existente entre el procesado y la menor, en medio de un entorno familiar, en el cual él ejercía el papel paternal, de autoridad y proveedor económico.

Además, se destaca que en casos como el hoy objeto de estudio, resulta necesario no solo que el Juez reconozca las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, 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. Reconocimiento que no solo debe surtirse para determinar cómo desarrollar el juicio oral con participación de la menor, sino también para abordar el análisis probatorio. (…)

(…) encontramos en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, varias normas que se constituyen en herramientas indispensables e imperativas, (no optativas) a la hora de adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, siendo el Juez de conocimiento, en la etapa de juzgamiento, el garante principal de su aplicación. (…)

(…) el testimonio de la menor resulta merecedor de credibilidad, y encuentra suficiente apoyo en las demás pruebas que se practicaron en el juicio, por lo que, a criterio de la Sala, los atentados sexuales en contra de M.G.S. sucedieron y que su autor y responsable es GDPN, quien actúo en forma dolosa, por lo que la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se procede a emitir sentencia condenatoria.(…)

MINISTERIO PÚBLICO – Funciones.

MINISTERIO PÚBLICO – Vulneración del debido proceso por afectación del principio de igualdad de armas:

No se configura.

(…) Que, en este proceso, su criterio no coincide con la tesis defensiva sino con la expuesta por la Fiscalía, no significa que haya actuado en forma ilegal y sesgada. Recuérdese que, en cumplimiento de sus deberes, y de-

pendiendo de cada caso y de lo probado en cada juicio, es posible, y por supuesto muy frecuente, que termine compartiendo la posición de alguna de las partes, ya del ente acusador, ya de la Defensa, sin que, hacerlo, signifique una actuación irregular, y mucho más en sede de juicio en el que el legislador solo prevé dos salidas jurídicas la absolución o la condena. (…)

(…) la participación activa de la delegada del Ministerio Público no ha propiciado ninguna situación que altere el procedimiento ni vulnere el principio de igualdad de armas (…) y no existe fundamento objetivo y comprobable que lleve a pensar que sea parcializada, sesgada y desproporcionada (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, dieciséis (16) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Radicación : 520016000492-2018-00134-01(27736)
Asunto : Apelación sentencia
Delitos : Actos sexuales con menor de 14 años
Magistrada : Dra. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Corresponde a esta Sala resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía 52 Seccional de Pasto, la Representación de Víctimas y el Ministerio Público (Procuraduría 279 Judicial I Penal Pasto), en contra de la decisión proferida el 18 de octubre de 2019, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, por medio de la cual decidió absolver del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado y en concurso homogéneo, al señor GDPN.

ANTECEDENTES

Supuestos fácticos

Conforme a lo consignado en la sentencia de primera instancia, los hechos se describen de la siguiente manera:

> *'MGS, quien para diciembre de 2015 era menor de 14 años, fue objeto de actos sexuales diversos al acceso carnal, consistentes en tocamientos de sus partes íntimas en repetidas oportunidades, besos apasionados, desde marzo de 2013 hasta diciembre de 2015, ocurridos en la casa de vivienda del barrio …, en el apartamento donde residía la mamá del acusado y en paseos, imputando su autoría a GDPN, exesposo de su progenitora, con quien se había generado una relación de confianza como de padre a hija al punto de tener derecho a las visitas."*

2.2. Actuación relevante

Adelantada la investigación, el 17 de enero de 2019, a petición de la Fiscalía 15 Seccional, el Juzgado Quinto Penal Municipal de Pasto con función de Control de Garantías, emitió la orden de captura en contra de PN, la cual se hizo efectiva el 24 de enero de 2019, por lo que, en audiencia concentrada celebrada por el mismo Juzgado mencionado, se decretó legal la captura por orden judicial, se realizó la formulación de imputación y se impuso medida de aseguramiento en contra de PN.

La imputación se realizó por el delito de Actos Sexuales con menor de 14 años, según lo previsto en el artículo 209, agravado acorde al artículo 211 numeral 5º, en concurso homogéneo y sucesivo, según el artículo 31, además de las circunstancias de agravación genérica previstas en el artículo 58 numerales 7º y 9º, todas estas normas del C.P., cargos que no fueron aceptados.

En cuanto a la medida de aseguramiento, por considerar reunidos los requisitos legales, se ordenó detención preventiva en establecimiento carcelario.

El 10 de julio de 2019, se adelantó por el Juzgado Segundo Penal Municipal con función de Control de Garantías, audiencia preliminar en la cual se autorizó a la Defensa el recaudo de elementos materiales probatorios.

El 22 de marzo de 2019, la Fiscalía 52 Seccional presentó escrito de acusación[1] en contra de GDPN por el delito de Actos Sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, (artículos 209 y 211, numeral 2), así como la inclusión de las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 7 y 9, inicialmente imputadas, verificándose la audiencia de formulación de acusación el 2 de mayo de 2019[2].

Fijada la fecha para audiencia preparatoria para el día 3 de julio de 2019, esta se suspendió a petición de la Defensa, bajo el argumento de no haber tenido la oportunidad de llevar a cabo el recaudo de EMP necesarios para sustentar su labor. Su celebración entonces se llevó a cabo el 19 de julio siguiente, en cuyo desarrollo la defensa realizó el descubrimiento probatorio, luego de lo cual, tanto la Fiscalía como la defensa, procedieron a efectuar la enunciación de las pruebas que presentarían en la audiencia de Juicio Oral, las estipulaciones probatorias fijadas y las solicitudes probatorias correspondientes, procediendo enseguida, el Juzgado a emitir la decisión sobre el decreto de pruebas, la cual no fue objeto de recurso alguno.

Desobedeciendo el orden de los pasos que se deben agotar en la audiencia preparatoria previstos en el art. 356 del C.P.P., y debidamente explicados por la Corte Suprema de Justicia en auto de junio 29 de 2007, Rad. 27608, apenas al final de la audiencia, se interrogó al acusado sobre su posición frente a la acusación, quien manifestó no aceptar los cargos.
El juicio se llevó a cabo en las siguientes fechas:

---

1 Expediente escaneado Documento 2. Acusación – folio 2 a 7

2 Expediente escaneado Documento 2. Acusación – Audiencia de Formulación de acusación, 02/05/2019. Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto con Funciones de Conocimiento. Folios 10 a 11

El 15 de agosto de 2019, en cuya sesión las partes presentaron las correspondientes teorías del caso, las estipulaciones probatorias y se recepcionaron los testimonios de la menor M.G.S. y de la señora LNSB.

Por último, el día 15 de agosto del 2019 se llevó a cabo la audiencia de juicio oral en donde el Fiscal procedió a presentar su teoría del caso[3] haciendo lo propio la Defensa[4]. Igualmente, se presentaron las correspondientes estipulaciones probatorias[5], que hacen relación a los siguientes hechos; **i)** La plena identidad e individualización del acusado GDPN, portador de la cédula de ciudadanía No. … expedida en Pasto; **ii)** Se da por probado que para la época de la ocurrencia de los hechos objeto de acusación, (julio del 2013 a diciembre del 2015), la menor M.G.S. no contaba aún con catorce años de edad, en tanto nació el 23 de marzo de 2002; **iii)** Se estipuló como hecho fuera de controversia que los señores LNSB y GDPN, se separaron a partir del día 28 de septiembre de 2013 y que liquidaron su sociedad conyugal e hicieron cesar los efectos civiles de su matrimonio, a través de la escritura pública No. 1894 de 21 de julio de 2014, de la Notaría Segunda de Pasto; **iv)** Que las menores de edad, M.G.P.S. y E.P.I son hijas biológicas del señor GDPN, la primera de ellas, hija de la señora LNSB. Y, **v)** Que la menor M.G.S., entre los años 2013 a 2018, adelantó los cursos de quinto de primaria a décimo, estipulando a la vez, el contenido de las calificaciones y certificaciones escolares expedidas por el colegio "…" (años 2013 a 2016) y por el colegio "…" (años 2017 a 2019).

En esa misma oportunidad, rindieron sus testimonios la menor M.G.S., la señora LNSB y el señor HJYVo.

El día 16 de agosto de 2019, se recibió el testimonio del psicólogo Javier Hernán Almeida España, y los testimonios de la Defensa, señores MERA, GDPN y CGPB.

El día 5 de septiembre de 2019, rindieron testimonio los señores RGNO, NAID, Diego Fabián Obando Rosero, Martha Natalia Arcos Delgado (psicóloga) y Álvaro Chávez Cabrera (psiquiatra).

El día 18 de octubre de 2019, se prosiguió con la audiencia de juicio oral, oportunidad en la cual se recibió el testimonio del señor JDPS, y se volvió a oír en testimonio a la menor M.G.S.

Luego entonces, las partes procedieron a exponer los alegatos de conclusión, y enseguida, el Juzgado emitió sentido de fallo absolutorio y procedió a dar lectura a la sentencia correspondiente, la cual fue objeto de apelación por parte de la Fiscalía 52 Seccional, el Ministerio Publico y la Representación de víctimas, recursos que hoy se procede a resolver.

---

3 Audiencia de Juicio Oral 15/08/2019. Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Minutos: 04:42 a 07:52

4 Audiencia de Juicio Oral 15/08/2019. Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Minutos: 07:52 a 14:57

5 Audiencia de Juicio Oral 15/08/2019. Juzgado Cuarto Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento. Minutos: 17:46 a 20:37

PROVIDENCIA IMPUGNADA

La sentencia contiene inicialmente el resumen de los hechos jurídicamente relevantes, la individualización e identificación de GPN, el resumen de la actuación procesal y los alegatos finales presentados por las partes e interviniente. Luego, y como problema jurídico plantea que se debe determinar si las pruebas practicadas en el juicio permiten llegar a un conocimiento más allá de toda duda razonable de la existencia del delito y la responsabilidad penal del procesado, para arribar a una sentencia de condena, o si, por el contrario, se demuestra que las incriminaciones realizadas por la menor contra el acusado, son **"…maniobras de retaliación a consecuencia de la nueva progenitura del acusado.".**

Anota que, por regla general en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual, el único testigo, es la propia víctima, por lo que resulta necesario acudir a valoraciones de profesionales para determinar la existencia de rastros de violencia o de afectaciones en ella. Trayendo apoyo jurisprudencial, afirma que dichos testimonios, deben ser analizados objetivamente y en forma integral con las demás pruebas, sin perjuicio de los derechos del procesado.

Así, luego de transcribir un aparte del testimonio de la menor, refiere que, para el año 2013, su progenitora, señora LNS y PN, ya se habían separado de hecho, siendo dicha separación legalizada el 21 de julio de 2014, mediante escritura pública, en la cual quedó pactada la cuota de alimentos a favor de la menor hija de los dos, y el régimen de visitas de dicha menor y de M.G.S., visitas que, para esta última, se prolongaron hasta el año 2018.

Entonces afirma que, el supuesto abuso sexual en contra de M.G.S., se realizó entre los años 2013 y diciembre de 2015, que luego de esa época, la menor M.G.S., compartía las salidas con PN y su hermana menor, como por ejemplo a paseos a las piscinas termales, con acompañamiento de la madre y la novia del procesado, comportamiento, dice, que no es normal para una víctima de un delito sexual, porque **"…ante una situación de estas la víctima trata de evadir a su agresor contrario a lo plasmado en la prueba recaudada en el juicio oral, donde los testigos son claros en señalar la presencia de MGS en las salidas de fin de semana otorgadas a GP con su hija, además de tomar fotos una donde la menor MGS de manera sonriente abraza a GP, este no es un comportamiento muy normal de una víctima hacia su victimario".**

Hace relación a los dichos de los señores LNS y HJYV, sobre las manifestaciones de M.G.S., de no querer salir con PN, para decir que la pretensión es hacer más creíble la ocurrencia de los hechos. Entonces, refiere que estos dos testigos en sus declaraciones dieron a entender que iniciaron una relación en agosto del 2013, cuando las relaciones entre la señora LNS y PN, **"…no estaban bien o frías…",** época en que ella le afirma a PN, ya no amarlo, produciéndose la ruptura de la unidad familiar en septiembre de ese año. Que luego, para el año 2014, LNS presentó demanda en contra del padre de M.G.S., señor LMGG, por pérdida de patria potestad dada la posible desatención a sus deberes como padre, en cuyo trámite, dice, aquel habría alegado haber estado con la menor entre el 2 y 7 de enero de 2014. Y bajo ese contexto, enuncia lo siguiente:

> **"…acaso la menor ante la ruptura de la unidad familiar de P y S, y la llegada de su progenitor no buscó llenar ese vació** *(sic)* **iniciando relacionarse con su propio padre, observemos como GP había asumido una posición de padre frente a M.G.S., al punto de acudir al colegio a recibir las notas, irla a dejar, es decir su rol fue bastante amplio y comprometido, al punto de reclamar el progenitor de la menor de su no involucración en la relación padre e hija."**

Así, afirma que el deseo de la menor de no salir a las visitas con GP, no se muestra muy claro, por cuanto ella se encontraba en una situación de sentimientos encontrados. Afirma que la menor conoció a PN desde sus cuatro años de edad, y una vez su madre contrajo matrimonio con él, compartieron vivienda por espacio de cinco años. Entonces, dice, vino la separación de la pareja, la menor conoció a su progenitor y a la vez, conoció al nuevo compañero sentimental de su madre, siendo una situación difícil para la adolescente. Entonces, se presume que el deseo de la menor de no compartir con PN, **"…no puede tomarse como un indicativo serio de la ocurrencia de los actos enjuiciados, porque** (sic) **no ser una reacción a la llegada de su progenitor, siendo el vínculo de sangre más fuerte al del afecto tomado a P, aspecto no dilucidado en el interrogatorio a los testigos de cargo."**

Igualmente encuentra inexplicable que, de haber existido los actos libidinosos de PN en contra de la menor, estos hayan cesado en diciembre de 2015, cuando dice, las condiciones y oportunidades para esas prácticas se mantenían. Además, que, por la tolerancia de la menor frente al abuso, los actos que hasta ese momento se traducían en tocamientos y besos, pudieron **"…ir más allá."**

Igualmente dice que teniendo en cuenta los promedios de calificación para los años 2016, 2017 y 2018, se descarta que haya existido afectación en el rendimiento académico de la menor, lo que dice, es indicativo de la inexistencia de los hechos criminosos.

Hace relación a las manifestaciones de la menor respecto a no ser cariñosa con las demás personas ni confiar en ellas, y a lo manifestado por el profesional de la psicología Hernán Almeida España, quien encontró en ella tendencia al aislamiento, problemas de concentración, ideas de traición, vergüenza, sensación de ser diferente, temor a estar sola, etc., síntomas que dice, no resultan lógicos en una persona que escribe cuentos, que tiene un rendimiento académico aceptable y que participa en actividades grupales como coros, bailes y "kermes" en el colegio.

Además, considera ilógico que la menor, de quien se dice, no confiaba en nadie, haya tenido la suficiente confidencialidad para contarle, a través de una carta, a YV, nuevo compañero de su madre. Y entonces se pregunta si acaso la relación con su madre era tan mala al punto de no confiar en ella sino en un tercero, más cuando se trata de hechos tan íntimos que siempre se tratan de ocultar. Entonces considera que los dichos de la menor no guardan coherencia.

Recuerda que, al hablar de ese escrito, la menor afirmó **"…con la nota iba aclarar todo, porque al hablar se omite detalles…"**, lo que para el Juzgado resulta ilógico porque dice, para

el año 2018, la menor contaba con 16 años de edad, y **"...ya tenía cierto grado de madurez para discernir y poder expresar sin necesidad de acudir a un escrito para no omitir detalles, y menos acudir al novio de su progenitora..."**. Agrega que la veracidad del relato contenido en la nota queda en duda, porque si se trataba de una vivencia, lo correcto era informar de viva voz. Igualmente aduce que la menor se contradice, porque en su declaración afirmó acordarse del contenido de la nota, pero que le dice a su progenitora lo que pasó **"...no tanto en detalle cuando en otro aparte dice hacer la nota para no omitir detalles, incurriendo en contradicciones."**

Trae a colación lo dicho por la señora LNS en su declaración respecto a no haber leído con detenimiento la nota realizada por la menor ni haberle prestado atención. Entonces, considera que ella como profesional del derecho no podía entrar en pánico a tal punto de no saber a dónde acudir. Que solo tiempo después, a altas horas de la noche, realizó una llamada al Instituto de Bienestar Familiar Bogotá, buscando asesoría, sin haber acudido a la Fiscalía a interponer la correspondiente denuncia. Así, encuentra que son situaciones contradictorias de su comportamiento.

También recuerda que refirió que PN mostraba preferencia con M.G.S., a tal punto de regalarle una Tablet, celular y colección de libros. Y entonces encuentra plausible la explicación que ofreció el acusado, quien afirma que la Tablet se la regaló en asocio con otra persona, con ocasión de los 15 años de la menor, el celular en asocio con su madre LNS y, los libros, por su buen rendimiento académico. Y encuentra entendible que esa clase de regalos no le daba a su propia hija, M.G.P.S., dada su corta edad. Así, descarta la existencia de esa "preferencia" del acusado hacia la menor M.G.S.

Luego hace relación a los cuentos escritos por la menor, para concluir que en los mismos no existe ninguna referencia a las experiencias negativas vividas por ella con PN, ni aborda el tema de la sexualidad, por lo que dice, no se sabe si es una reflexión sobre una agresión sexual o los sentimientos encontrados a causa de la disolución de la unidad familiar de NS y el ahora acusado, la llegada de su padre biológico y la entrada en escena de YV en la vida de su madre. Por otro lado, dice, existe dificultad en la verificación de la autoría del cuento, por cuanto el investigador no puede dar fe que M.G.S., lo haya escrito, en tanto el mismo debió ser autenticado por ella. Por lo anterior, agrega, no se puede abordar la valoración del análisis realizado por la psicóloga Martha Natalia Arcos Delgado.

En cuanto a los testigos de la defensa, afirma que MERA y NAID, dan fe de la actitud hostil de la menor M.G.S., con ellas. Y entonces, dice que, en efecto, la menor al no tener vínculos con quienes eran compañeras de PN, no tenía obligación alguna de entablar amistad o prestarles mayor atención, pero tampoco **"...podía desatar de alguna manera sentimientos de celos o desacuerdo a la nueva relación sentimental de GP, más cuando por la edad, podía comprender de la imposibilidad de reconstruir de nuevo vínculos con NS, quien también ya sostenía una relación sentimental con YV."**

Afirma que, si los hechos ocurrieron como los narra la víctima, no existe motivo valedero que explique que haya esperado tanto tiempo y solo informar de los mismos en agosto de 2018, mediante un escrito al novio de su madre y luego a ella, apenas dos meses después de haber sido enterada de la nueva hija que llegaría al hogar de PN y su compañera para la época. Entonces dice, la reacción de su hija biológica, M.G.P.S., fue llorar, recibiendo el consuelo de su padre. En tanto que M.G.S., luego de felicitarlo con un abrazo, se retiró a ver televisión sin dar mayor importancia al evento, **"...indicando cierto grado de desaprobación a la nueva paternidad de GP, demostrando un** (sic) **desazón a la noticia, lo cual, no debía afectarle si ya no había vínculos con NS".**

Por último, se refiere al dicho por PN respecto a la atención por psicología que recibió la menor entre los años 2013 a 2015, esto por el abandono que sufrió de su padre biológico. Afirma que las profesionales que llevaron a cabo dichas valoraciones no detectaron ninguna situación relacionada con abuso sexual, en tanto de haberse advertido, hubieran alertado a su madre o a las autoridades. Afirma que, en apariencia, es un hecho intranscendente, que pasó desapercibido en las declaraciones de la menor y de su madre NS. Incluso, dice que de tal situación no se le informó al profesional del ICBF CAIVAS, **"...para darle otra hipótesis en su valoración y poder desentrañar la verdadera problemática de MGS."**

Así, considera que la prueba recaudada no permite arribar a un convencimiento más allá de toda duda razonable, para consolidar una sentencia condenatoria, por lo que, a favor del procesado, dice, queda incólume la presunción de inocencia, por lo que se emite sentencia absolutoria.

4. RECURSO DE APELACIÓN

4.1. La Fiscalía 52 Seccional presenta recurso de apelación, y lo sustenta en los siguientes puntos:

En cuanto al trámite procesal, informa que, si bien el juicio oral se llevó a cabo en diferentes fechas, en las cuales se recepcionaron varios testimonios, el último día, esto es el 18 de octubre de 2019, se prosiguió con la audiencia de juicio oral, oportunidad en la cual se recibió el testimonio del señor JDPS, y nuevamente se oyó a la menor M.G.S. Y que luego de oír las alegaciones finales, en forma inmediata se emitió el sentido del fallo y se dio lectura a la sentencia.

Considera que la actuación del juzgado permite verificar que la sentencia ya se había elaborado sin haberse agotado el debate probatorio ni escuchado los alegatos de conclusión. Entonces, hace conocer que luego, el Juzgado le hizo entrega de una sentencia escrita, la que, sí contenía algunas referencias sobre las alegaciones finales de las partes e interviniente, lo que prueba que, en efecto, la sentencia que se oralizó en la audiencia, ya estaba hecha. Citando el art. 447 del C. de P.P., afirma que la Judicatura no cumplió con la norma, en tanto adoptó la decisión sin oír a las partes, menoscabando los derechos de la menor víctima, en tanto no se tuvo en cuenta los argumentos jurídicos y probatorios que buscaban una sanción por hechos tan graves que la afectaron.

Ya abordando el análisis que de las pruebas realizó el Juzgado de instancia, lo discrimina en nueve (9) puntos, sobre los cuales esta Sala hará referencia, cuando aborde su propio examen. En cuanto al testimonio de la víctima, considera que el mismo resulta detallado y circunstanciado al referirse a los episodios de abuso sexual. En cuanto a los testimonios de la defensa y del mismo acusado, afirma que, si bien con ellos se pretendió decir que aquel y la menor nunca tuvieron oportunidad de estar solos, ello no es creíble, porque dan cuenta de circunstancias en las cuales no siempre estuvieron presentes los testigos.

También considera que no se probó la existencia de un motivo para que la menor inculpe falsamente al acusado, con quien había mantenido una relación cordial, aunque lejana al final. Y agrega que, si bien la prueba de descargo pretende suponer que la noticia de que PN sería nuevamente padre, desencadenó en la menor tal acusación, afirma que lo único que se probó fue que ella reaccionó **"...de una manera un tanto fría..."**, pero en ningún momento que se anunciará un ánimo de venganza.

Por otro lado, afirma que en la sentencia nada se dijo respecto a la conducta de la menor en el momento de entregar la nota al señor HJY y a su madre, pero que las pruebas indican que se presentó en ella, llanto y nerviosismo, además de que manifestó su deseo de que se mantuviera protegida y ajena de esa situación a su hermana menor, M.G. Que este episodio no fue desvirtuado por la prueba de la defensa, y que se constituye en prueba periférica que corrobora la versión de la víctima. Echa de menos igualmente que no se haya tenido en cuenta la referencia sobre los cambios comportamentales que presentó MGS.

Por otro lado, refiere que la sentencia no realizó referencia alguna respecto a lo dicho por el perito Javier Hernán Almeida España. Considera que este testimonio es muy relevante porque luego de la valoración correspondiente, concluyó que la narración de la menor resulta coherente, lógica y consistente, sin contradicciones, lo que la hace creíble.

Afirma que esta prueba pericial no fue nunca derruida por la Defensa ni cuestionada la idoneidad del perito, por lo que debe ser valorada a luces del art. 420 del C. de P.P., ejercicio que dice, no fue realizado en la sentencia, en tanto nunca se dijo si la prueba era acogida o desechada, dejando de lado la valoración integral de la prueba.

Igualmente refiere que el presente caso no se analizó bajo una perspectiva de género ni se tuvo en cuenta la asimetría que existía entre el acusado (quien ostentaba una condición de poder y cuenta con una formación profesional en derecho) y la víctima menor de 14 años.

Concluye entonces que el juicio permite comprobar la ocurrencia de los actos abusivos por parte de PN, en contra de MGS, menor de 14 años para la época, por un prolongado periodo de tiempo, por lo que solicita se revoque la sentencia absolutoria, y en su lugar se emita condena en contra del procesado.

4.2. La Representación de víctimas, inicia impetrando se decrete la nulidad de la sentencia absolutoria a favor del procesado. Hace una transcripción del testimonio de la menor, para

luego, adoptar como su primera crítica al procedimiento desplegado por el Juzgado de instancia en la sesión del juicio oral, el no haber utilizado la Cámara Gesell para la recepción del testimonio de la menor. Si bien dice, ordenó que, para ese momento, el acusado saliera del recinto, lo cierto es que se permitió el encuentro del acusado, escoltado por funcionarios del INPEC, con la menor, cuando aquel salía de la sala, y ella entraba a la misma. Además, que el acusado, solo fue trasladado a la parte exterior de la sala. Luego entonces, hace algunas consideraciones sobre la forma en que se utiliza la cámara, y la importancia de la misma, para evitar una revictimización a los menores y garantizar el respecto a sus derechos.

En cuanto al contenido de la sentencia, con apoyo jurisprudencial, informa que el Juzgador no dio suficiente relevancia e importancia al testimonio de la menor. Luego, trayendo a colación el art. 44 de la Constitución Nacional, un pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y citas jurisprudenciales, considera que se hace un llamado a que los funcionarios judiciales modifiquen la actitud pasiva frente al menor víctima de delitos sexuales en el curso del proceso judicial, absteniéndose de cualquier práctica discriminatoria.

En relación a la solicitud de nulidad, afirma que se fundamenta en la advertencia de fallas sustanciales en aspectos procesales que se traducen en una vulneración al debido proceso. La nulidad la sustenta bajo el principio de la taxatividad, y bajo la causal que habla de la violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales. Al final de su escrito, aclara que dicha solicitud se hace en relación a **la audiencia del juicio oral o de la sentencia absolutoria.**

4.3. El Ministerio Público, representado por la Procuraduría 279 Judicial I, Penal, inicia solicitando se revoque el fallo absolutorio y en su lugar, se emita sentencia condenatoria. Luego de hacer consideraciones sobre lo que la jurisprudencia ha enseñado en punto a la valoración del testimonio de un menor de edad, refiere que M.G.S., ofreció un relato consistente de lo vivido por ella, evocando de manera lógica y racional aspectos como la identidad del agresor, detalles de cómo fue abordada por aquel y como se desarrollaron las acciones abusivas. Entonces, al referirse a decisiones de tribunales internacionales, afirma que a las víctimas de violencia sexual no se le puede exigir que recuerden con precisión particularidades de cada hecho, fecha u hora exacta, más aún cuando el factor edad incide en el proceso de evocación.

Considera excesivo exigirle a la menor M.G.S. que recuerde si en la carta escribió los mismos términos y detalles que narró en su testimonio. Agrega que el Juzgado hizo énfasis en la metodología utilizada en informar los hechos, mas no en el contenido de ese relato, desestimándolo de entrada.

Aun así, dice, la menor describió los hechos y las circunstancias que los rodearon, sin vacilaciones ni contradicciones, de manera segura y completa, conservando el hilo conductual, en forma fluida y con lenguaje propio de su edad, pese a que fue sometida durante su testimonio, a la presencia de sujetos adultos, para ella extraños, algunos en la tarea de desacreditar sus dichos. Por lo anterior, considera que su testimonio es prueba suficiente para consolidar el convencimiento del juzgador sobre la responsabilidad penal del procesado, además de la

prueba periférica que dan razón de la afectación académica y comportamental, prueba que dice, no fue rebatida por la Defensa.

Afirma que en la sentencia impugnada se plantearon interrogantes para decir que fundamentan la existencia de la duda. Sin embargo, afirma que durante el proceso argumentativo se presentaron errores de apreciación probatoria, **"...los cuales llevaron al juez a construir su propia teoría apartándose del deber de examinar objetivamente y de manera integral lo que le indicaban los medios de conocimiento percibidos durante el debate oral."**

Recuerda que, el problema jurídico planteado por el Juzgado de instancia, fue en los siguientes términos: **"De las pruebas practicadas en el juicio oral se puede llegar a un conocimiento más allá de toda duda razonable sobre la existencia del delito y la responsabilidad del procesado para una sentencia de condena, o por el contrario, se demuestra que las incriminaciones de la menor hacia el acusado son maniobras de retaliación a consecuencia de la nueva progenitura del acusado"**

Empero, dice, no seleccionó, con decisión, ninguna de las alternativas planteadas y solo insinuó el cumplimiento de la segunda, pese a que ninguna evidencia científica u objetiva demostró la existencia de un interés de esa naturaleza de la menor. **"Y derivó tal tesis de aspectos comportamentales de testigos no directos de los hechos, actitudes que analizó desde reglas de la experiencia estructuradas a partir de una percepción limitada e insuficiente del fenómeno del abuso sexual infantil."**

Luego, se ocupa de analizar en nueve ítems, las dudas planteadas por el Juzgado y que lo llevaron a emitir la sentencia absolutoria, para hacer su propio análisis y concluir que las mismas no tienen fundamento alguno, ni tienen entidad para desvirtuar el testimonio de la menor, mismo que insiste, resulta ser conciso, detallado y creíble, y plenamente suficiente para sostener con solvencia una sentencia condenatoria. Las consideraciones en mención serán analizadas y tenidas en cuenta cuando el Despacho haga su propio análisis.

Luego de un vasto y detallado argumento, considera que no existe razón alguna para aplicar en el caso bajo estudio, el instituto de in dubio pro reo, en tanto las pruebas permiten resolver las dudas planteadas por el A quo, quien omitió dar respuesta de fondo a las alegaciones finales planteadas por la Fiscalía y el Ministerio Público. Así, concluye que debe declararse la responsabilidad penal de PN frente al delito a él, endilgado.

INTERVENCIÓN DE LA DEFENSA COMO NO APELANTE

5.1 La Defensa[6] representada por el abogado Renato Raúl Ricaurte Tapia, dentro el término legal, presento los siguientes argumentos:

Precisó que la Judicatura, basada en la existencia de contradicciones en el testimonio de la víctima, mismas que mermaron su credibilidad, arribó a una decisión absolutoria, en tanto no existe fundamento para una condena.

6 Sustentación Defesa. Anexo 7 Fol. 73 a 86

Recuerda que la teoría de la Defensa se basa, en lo fundamental, en que la menor al enterarse que el procesado iba a tener otra hija, llevada por un sentimiento negativo de, **"celos patológicos",** (…) **"se idea, concibe y ejecuta un plan para atacar y vengarse de aquel, inventándose un relato falaz de los hechos, tanto en la formulación de imputación, como en las circunstancias que rodearon los sucesos, pretendiendo engañar a la justicia."**

Agrega que la capacidad intelectiva para hacer la falsa narrativa se encuentra demostrada en la autoría de sus dos cuentos que publicó en la red, dejando en evidencia su imaginación y creatividad literaria para idear situaciones, que los demás no lo hacen.

También hace énfasis en que la menor tuvo que vivir desde muy pequeña, situaciones especiales, como, por ejemplo, el abandono de su padre biológico, en medio de desplantes e incumplimientos de sus deberes, el divorcio de su madre con PN y la nueva relación de aquella con otra persona.

Sobre el abandono paterno, dice que este trae como consecuencia el Trastorno del vínculo afectivo en la infancia, que, de no tratarse, permanece con el tiempo. Y que una de las manifestaciones de ese trastorno es la distorsión de la realidad para llamar la atención y presentar un cuadro de victimización.

Entonces se ocupa de analizar las pruebas, entre ellas el testimonio de la menor, para decir que se ha demostrado la mendacidad de la imputación realizada en contra de su prohijado. Que las diferentes intervenciones de la menor, no pierden su carácter abstracto, generalizado, incoherente, contradictorio y falaz, en relación con las circunstancias de modo, tiempo y lugar. Que no fueron claras, que no se precisó el día de cada uno de los hechos en que se presentaron los supuestos abusos sexuales. Que en relación con los lugares donde sucedieron los atentados, al psicólogo Almeida España le refirió dos en los cuales ocurrieron los hechos denunciados y en la audiencia de juicio oral, agrego otros. Que las circunstancias modales tampoco fueron precisadas en tanto hizo relación a piscinas inexistentes, y que si bien se habló de la piscina en la población de Colón (Putumayo), a la misma no fueron solos sino con su menor hija, su madre y su novia, para ese momento. Que si bien se refirió a dos apartamentos donde supuestamente sucedieron los hechos, estos, como está probado, eran pequeños, con bajos grados de privacidad, siendo imposible que abusos sexuales pasen desapercibidos.

Entonces considera que dichas contradicciones hacen que el informe del psicólogo Javier Hernán Almeida España queda **"muy mal parado"** o sin sustento, al haberle concedido credibilidad a la versión de la menor.

Aunado a lo anterior, precisa que también existe incongruencia en su relato, por cuanto para darle más fuerza a su invención falaz, afirmó que las relaciones entre ella y el procesado habían terminado en diciembre de 2015, cuando, con los testimonios de RO y ME, con las fotografías y los mensajes de whatsapp, quedó probado que hasta julio del 2018 existieron excelentes relaciones entre ellos y vínculos de cariño, consideración y respeto. De ahí, dice, no le quedó otra opción a la menor M.G.S., que aceptar que mintió.

También considera que la menor afirmó que dado el abuso sexual, su rendimiento académico había desmejorado, lo que dice, resulta una mentira en tanto se logró demostrar documentalmente, que entre los años 2013 a 2016, su desempeño académico fue entre alto y básico y que entre los años 2017 a 2019, su comportamiento social está en el mayor rango, o sea, superior, y académicamente, entre superior y alto.

En cuanto a los supuestos intentos de suicidio, considera que es otra narrativa falsa, en tanto ni la psicóloga Natalia Arcos Delgado ni el médico Chaves Cabrera encontraron nexos entre dichos intentos y los presuntos abusos sexuales. Y agrega que resulta igualmente extraño que tales conductas que se traducen en cortarse los brazos o piernas, no hayan dejado cicatrices, y más, que tal situación no haya alertado a su madre y los demás familiares para que adopten los correctivos correspondientes.

Y para desvirtuar la existencia de una afectación emocional de la menor, trae a colación la constancia dejada por la Jueza de Familia en marzo de 2014 al interior del proceso de Pérdida de patria potestad.

Por último, hace referencia al concepto emitido por el doctor Chaves Cabrera, quien conceptuó que el testimonio de la menor carece de lógica, lo que, dice, genera la duda frente a su credibilidad.

Ahora bien, en cuanto al recurso de apelación, el apoderado precisó que no pueden los recurrentes pretender revivir actuaciones para enmendar omisiones o vacíos probatorios de la etapa de juicio oral, de ahí que debe partirse únicamente de lo que fue objeto de debate probatorio.

En cuanto a la actuación procesal de la señora agente del Ministerio Público, la Defensa considera que, desde las audiencias preliminares y ahora en el ejercicio de la impugnación de la sentencia, ha demostrado una posición parcializada, sesgada y desproporcionada, a favor de los intereses de la Fiscalía, dejando de lado su función, que consiste en verificar la prevalencia de las garantías constitucionales tanto de la víctima como del procesado. Que, según criterio de su defendido, la actuación del Ministerio Público ha menoscabado el debido proceso y el derecho a la igualdad de armas, por lo que ha tenido que asumir una posición defensiva frente a sus ataques, **"...quien, sin ver más allá de su limitada y sesgada posición, no ha vislumbrado las estructurales falencias que conllevaron a un fallo absolutorio..."**, el cual confía, será confirmado.

Luego, en los numerales 5, 6 y 7, se ocupa de dar respuestas a los argumentos de los tres apelantes, las cuales serán objeto del correspondiente estudio por parte de esta Sala, al asumir su propio examen. Y finalmente arriba a la conclusión de que la menor M.G.S. faltó a la verdad, por lo que solicita a esta Corporación, que la sentencia recurrida sea confirmada.

CONSIDERACIONES

6.1. Competencia.

De conformidad con lo preceptuado en el numeral 1º del art. 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la Fiscalía 52 Seccional de Pasto, la Representación de Víctimas y el Ministerio Público (Procuraduría 279 Judicial I Penal Pasto), en contra de la decisión proferida el 18 de octubre de 2019, por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto.

6.2. Problemas jurídicos.

Según los planteamientos expuestos en los recursos de apelación y aquellos que son de interés para la Sala, los problemas jurídicos que deben resolverse son los siguientes:

¿En el presente trámite existen irregularidades de tal entidad que amerite una declaratoria de nulidad, por violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales, de la audiencia del juicio oral o de la sentencia de carácter absolutorio emitida?

Solo si la respuesta es negativa se procederá a resolver lo siguiente:

> *¿La actuación del Ministerio Público, puede considerarse parcializada, sesgada y desproporcionada, separada de sus funciones constitucionalmente atribuidas, a tal punto de considerar generadora de violación al debido proceso, en tanto afecta el principio de igualdad de armas?*
>
> *¿El testimonio de la menor M.G.S. contiene inconsistencias de tal magnitud, que no lo hace merecedor de credibilidad?*
>
> *¿El testimonio de la menor M.G.S. y las demás pruebas, la mayoría de corroboración periférica, no resultan suficientes para desquiciar la presunción de inocencia de GDPN o, por el contrario, permiten arribar a una sentencia de condena?*

Para resolver los anteriores cuestionamientos, la Sala revisará los siguientes aspectos: **i)** Requisitos que se deben reunir para acudir a la medida extrema de la nulidad; **ii)** Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) víctimas de delitos, Interseccionalidad y Perspectiva de Género; **iii)** Análisis de la Valoración adelantada por el Juez de conocimiento y; **iv)** Duda probatoria o certeza racional.

6.3. 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, a pesar de la prueba presentada en juicio, subsiste la duda en cuanto a la existencia o materialidad del delito de Acto sexual abusivo con menor de 14 años y, en consecuencia, de la responsabilidad penal del procesado, y expuso sus argumentos, mismos que no comparten las partes apelantes, por lo que reclaman su revisión en segunda instancia, a lo cual se procede en los siguientes términos.

6.3.1. Tipicidad.

La conducta por la cual se procesó al enjuiciable se concreta en aquella contenida en el art. 209 del Código Penal, norma que fue modificada por la Ley 1236 de 2008 de 23 de julio de 2008:

"&$ARTICULO 209. 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, incurrirá en prisión de..."

El C. Penal indica que para el modelo de prohibición referido no se requiere para su perfeccionamiento de un sujeto activo calificado, siendo que la conducta descrita puede ser realizada por cualquier persona. La acción debe recaer en un sujeto pasivo calificado, es decir, menor de catorce (14) años.

El acto sexual se circunscribe a cualquier manipulación libidinosa que tenga relevancia sexual externa, que persigue la satisfacción de la libido, aspecto que constituye el complemento subjetivo sin el cual no se estructura el tipo penal.

Esta acción puede cubrir varias hipótesis;

> *'La primera forma exige que el menor sea coprotagonista de los actos sexuales, esto es, que entre en contacto físico con el sujeto activo del delito, la segunda modalidad implica que sea únicamente espectador de los actos eróticos que frente a él se realizan y la última hipótesis requiere que se le instigue o persuada para que realice cualquier tipo de actividad de connotación sexual, así no se consiga el resultado querido (CSJ SP 1867-2021)"* [7]

El acto sexual puede ser bajo la modalidad de abusivo o violento. En relación con el abuso se tiene que se traduce en el

---

7 C.S.J. Auto. 9 de junio de 2021. Rad. AP2334-2021, 56210. M.P. Fabio Ospitia Garzón.

'…indebido aprovechamiento de las especiales condiciones y circunstancias en que se encuentra la víctima, que manifiestan su incapacidad o imposibilidad para dar el asentamiento sexual o para la comprensión cabal del acto, todo lo cual revela una patente inferioridad del sujeto pasivo ante el agresor, quien tan sólo se aprovecha de la situación para perpetrar claras agresiones sexuales".[8]

Descripción que descarta la violencia como medio utilizado.

La acusación comportó la circunstancia de agravación contenida en el numeral 2 del art. 211 del C. Penal, misma que se consolida cuando el infractor tiene carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él, su confianza. En el presente caso, se ha probado, y no fue motivo de discusión por parte de la Defensa, que el acusado y la madre de la menor, la señora LNS, contrajeron matrimonio en el año 2008, cuando la menor M.G.S., tenía aproximadamente 6 años de edad, lo que hizo que ella y el ahora procesado, en compañía de NS, compartieran el hogar por espacio de aproximadamente 5 años, es decir hasta septiembre del año 2013, cuando sobrevino la separación de hecho de la pareja, la que se formalizó ante la autoridad notarial en el año 2014.

Que, durante esos años de convivencia, el señor PN desempeñó un papel paternal no solo con su pequeña hija procreada en ese matrimonio, sino con M.G.S. Y que luego de la disolución del matrimonio, PN, siguió presente en la vida de la menor, por cuanto se regularon visitas, no solo a favor de su hija biológica, sino respecto a ella, lo que permitió que él siguiera ejerciendo su papel paternal frente a ella, que implicaba igualmente ejercer autoridad. Circunstancia que la llevó no solo a ella, sino a su madre, la señora LNS, a depositar en él, la suficiente confianza. Es así como, el aspecto fáctico que sustenta el agravante de la imputación jurídica estaría en principio acreditado.

Ahora y en lo que concierne al estudio de los puntos que se someten a debate por las partes apelantes y la refutación de la defensa al respecto, acudiremos a varios de los conceptos plasmados por esta Sala en asuntos precedentes, algunos de los cuales son conocidos del juez de primera instancia.

Primer problema jurídico – Estudio de la solicitud de nulidad

Para resolver el primer problema planteado, y teniendo en cuenta la naturaleza del delito estudiado, además de que quien funge como víctima es una mujer menor de edad, resulta necesario traer a colación consideraciones sobre los siguientes aspectos relevantes, como lo son, la declaratoria de nulidad procesal en materia penal, los Derechos especiales de los niños, las niñas y los adolescentes (NNA) víctimas de delitos, Interseccionalidad, y la aplicación de la Perspectiva de Género, estos dos últimos, también para ser aplicados en el análisis probatorio.

---

8 PABON PARRA Pedro Alfonso. DELITOS SEXUALES. Ed. Doctrina y Ley Ltda. 2005. pag. 332

Nulidades procesales en materia penal.

Esta figura tiene por objeto la protección del orden jurídico y su fin es corregir un yerro en el procedimiento por afectar de manera flagrante una garantía constitucional, de ahí que el código adjetivo penal eleve a la categoría de sustancial aquella irregularidad que se pueda presentar como causa que amerite aplicar el remedio extremo de la nulidad de un determinado trámite procesal, lo cual es absolutamente obvio, dado que el proceso penal es una construcción humana y como tal susceptible de que se incurra en equívocos. Pero lo ha dicho la norma y a la par, la jurisprudencia penal, no es cualquier irregularidad la que amerite tal declaración, sino una de tal naturaleza que no exista otro camino que retrotraer la actuación, siendo esta solución la última opción posible.

Debido a su naturaleza, para evitar que cualquier situación fuera llevada a la súplica de la nulidad, se establece la necesidad de que se cumpla una o varias de las causales taxativamente señaladas en la ley, además de la exigencia, para quien la solicita, de una argumentación especial, que como lo dice la CSJ:

> *'...requiere de claras y precisas pautas demostrativas, ya que no cualquier anomalía conspira contra la vigencia de la actuación, pues la misma debe ser esencial y estar vinculada en calidad de medio para socavar las bases esenciales del juicio o algún derecho fundamental de los intervinientes, de suerte que, igual que en las otras causales, debe ajustarse a ciertos parámetros lógicos que permitan comprender el motivo de ataque, el yerro sustancial alegado y la manera como se quebranta la estructura del proceso o se afectan las garantías a consecuencia de aquel."*[9]

De ahí que la Ley 906 de 2004, establece de manera expresa y taxativa las causales de nulidad, por lo que únicamente pueden surgir de aspectos relacionados con la prueba ilícita y la cláusula de exclusión según el tenor de los artículos 23 y 455, o por falta de competencia del juez, según el artículo 456 y por violación a garantías fundamentales como el derecho a la defensa y debido proceso, en aspectos sustanciales, conforme al texto del artículo 457.

A tono con lo anterior, ha dicho la CSJ en radicado 32143 del 26 de octubre de 2011:

> *'Cuando la norma alude a los 'aspectos sustanciales", dice relación no a la violación de otras garantías fundamentales distintas del debido proceso constitucional, sino a la entidad del vicio detectado, pues en materia de nulidades procesales no se trata de decretar la ineficacia de lo actuado tras advertir la existencia de cualquier irritualidad, asaz, irrelevante, sino tan sólo de aquellas que puedan comprometer severamente la estructura conceptual del modelo de enjuiciamiento penal, o las garantías constitucionalmente establecidas a favor de las partes e intervinientes en el proceso."*

Se itera, no quiere decir que cualquier irregularidad que aparezca en la actuación procesal debe corregirse a través de la declaratoria de una nulidad, durante el trámite existirán situa-

9 SP 2364 radicado 45098 del 21 de junio de 2018

ciones que no conlleven esa gravedad o que puedan subsanarse sin afectar los derechos y garantías de las partes.

De esta manera, los principios que regulan o que habilitan acudir al remedio procesal extremo de declarar la nulidad de una actuación procesal, se fijaron en el procedimiento penal anterior – Ley 600 de 2000 – y la CSJ los expuso en decisiones como la SP de 29 de agosto de 2007 radicado No. 22.672 y SP de 19 de noviembre de 2008, radicado No. 30.539. En la primera de ellas la Alta Corporación enseñó:

> *'Se ha dicho, entonces, que sólo son alegables las nulidades expresamente previstas en la ley (taxatividad); no puede invocarlas el sujeto que con su conducta procesal haya dado lugar a la configuración del motivo enervante, excepto el caso de ausencia de defensa técnica (protección); aun cuando se presente el vicio, puede convalidarse con el consentimiento expreso o tácito del perjudicado, a condición de que sus garantías fundamentales estén a salvo (convalidación); quien invoque la nulidad está obligado a acreditar que la irregularidad afecta garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y/o el juzgamiento (trascendencia); y, además, que no existe otro remedio procesal, distinto de la nulidad, para subsanar el yerro que se advierte (residualidad).*
>
> *A los anteriores principios se han agregado otros como los señalados en la decisión SP de 19 de noviembre de 2008, radicado No. 30.539, que hace referencia al de instrumentalidad de las formas y el de acreditación. Sobre el primero de ellos indica la Corte: 'No procede la invalidación cuando el acto tachado de irregular ha cumplido el propósito para el cual estaba destinado, siempre que no se viole el derecho de defensa"; y sobre el de acreditación, enseñó 'Quien alega la configuración de un motivo invalidatorio, está llamado a especificar la causal que invoca y a plantear los fundamentos de hecho y de derecho en los que se apoya".*

Esta orientación se ha extendido por la jurisprudencia a casos regulados por la Ley 906 de 2004, como así se explicó en la sentencia SP 18 de marzo de 2009, radicado No. 30710, acudiendo a los principios plasmados en el radicado No. 30.539 del 19 de noviembre de 2008:

> ***'2. Principios que orientan las nulidades**:*
>
> *En el esquema procesal penal de 2004 no aparece una disposición en la cual se establezcan expresamente principios orientadores de las nulidades, como sí ocurre en la Ley 600 de 2000, cuyo artículo 310 regula la materia enumerando seis postulados de esa naturaleza.*
> *Lo anterior, empero, no autoriza para afirmar que la actividad procesal surtida con fundamento en el sistema penal acusatorio previsto en la Ley 906 de 2004 no esté informada por los principios que tradicionalmente han orientado las nulidades ...".*

ii) 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, cada uno en desarrollo de sus funciones. Y en esa acción, la Corte Constitucional, ha incluido en su línea jurisprudencial el criterio interseccional como una herramienta de hermenéutica jurídica, aplicable precisamente a situaciones de violencia de tipo sexual, entre las cuales se encuentra la ahora, objeto de estudio, criterio que es explicado en el fallo T-448 de 2018, entre otros, en el cual ha sostenido:

> *'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[10]. 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"[11]. En consecuencia, ante la 'interseccionalidad, los Estados están obligados a adoptar medidas diferentes para los distintos grupos poblacionales de mujeres discriminadas." [12] 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 dete-*

10Werneck,2007. http://www.aragon.es/estaticos/GobiernoAragon/Organismos/InstitutoAragonesMujer/Documentos/4.%20Interseccionalidad%20y%20violencia%20de%20g%C3%A9nero.pdf

11 Sentencia C-754 de 2015.

12 Sentencia C-754 de 2015.

nidas; 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".

Igualmente, existen normativas que buscan erradicar la violencia contra la mujer, como por ejemplo, en el ámbito interno, las leyes 1257 de 2008 y 1761 de 2015, y en el plano internacional, con instrumentos que hacen parte del concepto de Bloque de Constitucionalidad, entre ellos la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer** (En adelante Cedaw), que fue aprobada por la Ley 51 de 1981, mediante la cual los Estados Partes condenan la discriminación contra la mujer en todas sus formas y acuerdan seguir, 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", qu**e 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.

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:

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;

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;

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.;

El derecho a ser protegidas contra toda forma de coerción, violencia o intimidación;

El derecho a que se valore el contexto en que ocurrieron los hechos objeto de investigación sin prejuicios contra la víctima;
El derecho a que se adopten medidas para evitar injerencias innecesarias en su vida íntima.
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;

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;

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.*[13]

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[14] 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,

13 T-554-03 M.P. Manuel Cepeda Espinosa.

14 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.

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."*

Además, debe recordarse 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 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"[15].

15 BRUÑOL, Miguel Cillero. El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del

Al principio del interés superior del niño se une de manera indefectible a aquel que impone que, en toda actuación legal o administrativa, 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" (…) "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 e imperativas, (no optativas) a la hora de adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, siendo el Juez de conocimiento, en la etapa de juzgamiento, el garante principal de su aplicación.

Iniciemos por citar el artículo 12 del **código mencionado,** 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 esta 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".*

Por su parte 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 supuesto, al Juez, 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.*
> *(…)*

---

niño. Disponible en http://www.jurisprudenciainfancia.udp.cl/wp/wp-content/uploads/2009/08/miguel-cillero-brunol.pdf

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.
(…)
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".

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, por su parte, enuncia, en cuanto a las facultades del defensor de familia en los procesos penales por delitos en los cuales sea víctima un NNA, que *'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".*

Sobre 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. (…)[16]

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.[17]

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."[18]

---

16 Sentencia T-554 de 2003 M.P. Clara Inés Vargas Hernández.

17 Sentencia T-408 de 1995 M.P. Magistrado Eduardo Cifuentes Muñoz

18 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

Bajo el anterior contexto jurisprudencial, se procede a decidir si en el presente caso, existe en su trámite, irregularidades que ameriten la declaratoria de nulidad de la audiencia de juicio oral y/o de la sentencia, como lo impetra el señor Representante de víctimas, al considerar que existió vulneración al debido proceso en aspectos sustanciales, y expone como fundamento tres eventos:

1) Afirma que el Juzgado no utilizó la Cámara Gesell para la recepción del testimonio de la menor, y que, cuando ella entró a la sala de audiencias, se encontró con el acusado, quien salía del recinto, precisamente para que ella pudiera rendir su testimonio. La Fiscalía y el Ministerio Público también hicieron la misma observación, aunque no para solicitar la nulidad.

La Sala, abordará el estudio de ese evento, no solo para determinar si se debe aplicar el remedio extremo de la nulidad del juicio oral y de la sentencia, como lo reclama el interviniente, sino para insistir como ya se hizo en anterior oportunidad[19] al juzgador de primer nivel, en que corrija su actuación, pues so pretexto de culminar una audiencia de juicio a toda costa no implica vulnerar derechos y garantías fundamentales de las víctimas y más cuando se trata de menores de edad.

Igualmente, de no decretarse la nulidad, para la Sala es imperioso traer a colación consideraciones sobre la proyección que se debe aplicar en el análisis probatorio, de la Perspectiva de Género, en casos, como el que aquí ocupa la atención, en tratándose de un delito de carácter sexual, donde confluyen en la víctima dos factores de vulnerabilidad que exigen de la Judicatura atención especial no solo por la condición etaria a la fecha de los hechos que la ubica en la fase de la niñez, sino además por su condición de mujer, lo que de manera muy acertada pusieron de relieve las partes apelantes. Factores a los cuales se suma la relación existente entre el procesado y la menor, en medio de un entorno familiar, en el cual él ejercía el papel paternal, de autoridad y proveedor económico.

Además, se destaca que en casos como el hoy objeto de estudio, resulta necesario no solo que el Juez reconozca las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, 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. Reconocimiento que no solo debe surtirse para determinar cómo desarrollar el juicio oral con participación de la menor, sino también para abordar el análisis probatorio.

Pese a las directrices mencionadas, encuentra la Sala, que en el presente caso, en el desarrollo de la audiencia de Juicio Oral, y como se analizará más adelante, se dieron situaciones que generaron la afectación de los derechos de la menor víctima, por lo que exige recordarle, nuevamente, al señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, estas preceptivas, para que recabe su formación sobre el tema, como así lo exige la Corte Constitucional en el Auto 733 de 2017

Beltrán Sierra, Jaime Araujo Renteria, Clara Inés Vargas Hernández y Álvaro Tafur Galvis.

19 T.S. de Pasto. SP 2 ago. 2019. Rad. 52001 6000 485 2016 04059-01 NI 18251. MP Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno.

y la sentencia de tutela T 388 de 2018, pronunciamientos mediante los cuales obligaron a la Rama Judicial a adelantar varias jornadas de capacitación a nivel nacional en lo que, a Perspectiva de Género, se refiere. Y como ha insistido esta Sala en pasados pronunciamientos al resolver apelaciones del mismo Juzgado[20] cuando se recordó la obligación que tenemos los operadores de justicia de aplicar los principios antes reseñados, en casos donde NNA y mujeres son víctimas de delitos.

Como primera consideración para resolver la petición de nulidad, es pertinente recordar que, en efecto, como se dijo con antelación, la normatividad, con suficientes razones, ha establecido pautas para evitar que, en procesos adelantados por delitos cometidos contra menores de edad, en especial, aquellos de carácter sexual, se despliegue una revictimización, misma que se consolida en una vulneración a sus derechos y garantías. Por lo anterior, entre otros lineamientos, está el contenido en el artículo 194 del Código de la Infancia y la Adolescencia, ya citado, que establece que no se podrá exponer a la víctima menor de 18 años, frente a su agresor. Y para ello, autoriza la utilización de cualquier medio tecnológico, y dispone el acompañamiento del menor de un profesional especializado que adecúe el interrogatorio y contrainterrogatorio a un lenguaje comprensible a su edad. Incluso, la Ley 1652 de 2013, con base en la tesis jurisprudencial[21] que se viene desarrollando mucho tiempo atrás de la promulgación de la ley, destaca la necesidad de evitar que los menores sufran una revictimización al ser llamados al juicio oral. La ley en mención permite a la Fiscalía optar por varias alternativas para lograr introducir la versión del menor, evitando someterlo a la vista pública. En un reciente pronunciamiento[22], recuerda que

> *'…la Fiscalía, además de esas obligaciones generales pertinentes al cumplimiento de sus funciones legales y constitucionales, está vinculada por el denominado principio pro infans, el cual, como lo ha señalado la Corte Constitucional, le impone 'exigencias reforzadas de diligencia" conforme las cuales debe 'ejecutar todos los esfuerzos investigativos necesarios para materializar los derechos fundamentales de los menores víctima en el marco del proceso, especialmente sus derechos a la verdad, la justicia y la reparación, y las garantías de no repetición"[23]."*

Y prosigue, trayendo a colación la Ley 1652 de 2013, para exponer las diferentes opciones a las cuales se puede acudir para llevar la versión del menor al juicio. Entonces hace referencia a la posibilidad de asegurar el testimonio del menor bajo la figura de la prueba anticipada, o presentarla como prueba de referencia, acuda o no el menor al juicio oral. Como tercer mecanismo, presentar el testimonio adjunto, esto cuando el menor acude al juicio, y se retracta de sus anteriores versiones. Y, por último, contempla como recurso extremo, llevar al menor al juicio. Y fue precisamente esta última opción la seleccionada por la Fiscalía, lo que implicaba que, no solo la entidad acusatoria, sino, sobre todo, la Judicatura, tomaran todas las medidas

20 Idem

21 Sentencias de 19 de agosto de 2009, Rad. 31959, de 10 de mayo de 2010, radicado 32868, 18 de mayo de 2011 radicado 33651, y posterior a la ley, sentencia de 18 de octubre de 2015, radicado 44056, entre otras.

22 C.S.J. Sentencia de 20 de mayo de 2020. SP934-2020, 52045 M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

23 Auto A – 009 de 2015

para evitar que M.G.S. sea expuesta ante el acusado, y para hacer posible que su testimonio sea recepcionado con todos los lineamientos previstos, entre los que se cuenta la presencia del defensor de familia, tal como lo dispone el art. 150 de la Ley 1098 ya mencionado, cuyo papel resulta esencial para la garantía de protección de los derechos preferentes de niños, niñas y adolescentes. Presencia que no implica la simple comparecencia, sino su participación activa. Sobre este aspecto la Corte Suprema de Justicia, en un reciente pronunciamiento[24] afirmó:

> *'Aunque en el presente caso no se planteó ninguna observación sobre la práctica del testimonio del menor que ostenta la calidad de víctima, la Sala considera necesario realizar algunas precisiones al respecto, toda vez que luego de escuchar los diferentes audios contentivos del desarrollo de la audiencia de juicio oral, se evidenció que en principio la participación de la defensora de familia consistió en llevar a cabo la lectura textual de las preguntas que le fueron entregadas, sin que se advirtiera un análisis previo sobre las mismas de cara a las condiciones de vulnerabilidad del deponente.*
>
> *Al respecto, ser (sic) ha de señalar que el artículo 150 de la Ley 1098 de 2006 impone para la práctica de la declaración del menor la presencia de un defensor de familia, pues es de su literalidad que 'Los niños, niñas y adolescentes podrán ser citados como testigos en los procesos penales que se adelanten contra los adultos. Sus declaraciones solo las podrá tomar el Defensor de Familia con cuestionario enviado previamente por el fiscal o el juez. El defensor sólo formulará las preguntas que no sean contrarias a su interés superior".*

De esta forma, la presencia del defensor de familia en las declaraciones de los menores en actuaciones judiciales de carácter penal constituye una garantía de protección de los derechos preferentes de niños, niñas y adolescentes, ideario constitucional desarrollado en el artículo 79 de la Ley 1098 de 2006.

Por tanto, su actividad no puede tomarse en manera alguna pasiva, limitándose a cumplir las veces de interlocutor o simple lector, contrario a ello, debe surtir un análisis concienzudo y detallado de cada uno de los interrogantes, estableciendo su contenido y alcance, pero sobre todo previniendo las implicaciones que su práctica podría conllevar para la integridad del menor".

Luego, trayendo a colación una cita jurisprudencial de carácter constitucional[25], agrega:

> *'No se puede desconocer que la narración del hecho victimizante por parte de una persona lesionada implica retrotraerse al momento concreto de la transgresión, generando en algunos eventos choques en su siquis y en su salud general, situación que se maximiza cuando el declarante es un menor de edad, pues este puede padecer un frágil desarrollo psíquico y cognitivo, por ende, presentar alteraciones emocionales ante una injerencia externa de este alcance.*
> *(…)*

24 C.S.J. Sentencia 24 marzo 2021. Rad. SP994-2021. 58.182. M.P. Eyder Patiño Cabrera.

25 T-117 de 2013

En consecuencia, el juez, el fiscal y el ministerio público como representantes del Estado deben asumir un papel preponderante frente a la protección de los niños, niñas y adolescentes que se vean avocados a participar en las diferentes actuaciones judiciales, máxime cuando lo hacen en calidad de víctimas, pues de su actuar depende el respeto y la garantía de sus derechos fundamentales o por el contrario una posible revictimización.

La Sala hace un llamado de atención respecto del citado deber de los funcionarios judiciales de actuar con la diligencia debida, sopesando en cada caso el reconocimiento y respeto de los derechos de los demás sujetos procesales, tal como se recalcó en CJS SP. 21 oct 2020, Rad. 56919."

En aplicación de lo anterior existe un mecanismo para que el menor pueda rendir su testimonio en un entorno tranquilo y sin la observación de personas que, para él, son extrañas, y en ocasiones, hostiles. Se trata de la Cámara Gesell, consistente en una habitación con dos ambientes separados por un vidrio de visión unilateral, los cuales cuentan con equipos de audio y video para gravar lo que ahí sucede. Esta figura fue creada por el psicólogo estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), con el fin de poder adelantar las entrevistas de los menores, sin que ellos se sientan presionados o atemorizados por la mirada o presencia de otras personas, y que, a la vez, los participantes del evento, puedan observar la conducta del menor durante la diligencia. Para efectos judiciales, con la cámara Gesell se busca que el menor que declara en un juicio oral, lo haga solo en presencia del psicólogo, sin ser perturbado o alterado por la presencia de extraños, y menos, que tenga que declarar en presencia del supuesto agresor, cuando el menor funge como víctima. Igualmente permite que, quienes participan en el juicio, no solo puedan ver y oír al menor, sino formular sus propias preguntas, a través del funcionario designado, que, como ya se dijo, puede ser un defensor de familia o psicólogo experto en la materia, garantizando así, a las partes, el principio de contradicción contenido en el art. 15 del C. de P.P., en punto a presenciar, en forma directa, la recepción de la prueba, a intervenir en su formación y a controvertirla, mediante el contrainterrogatorio. A falta de la Cámara Gesell, se puede acudir a medios tecnológicos, como por ejemplo la comunicación digital desde la sala de audiencias al recinto donde se encuentra el menor.

Previo análisis del desarrollo del juicio en relación con la recepción del testimonio de la menor, se pueden hacer las siguientes observaciones:

i) En las dos oportunidades en que la menor rindió su testimonio[26], nunca se utilizó la cámara Gesell ni ningún otro mecanismo tecnológico que permitiera que ella esté en un lugar diferente a la sala de audiencias, y, por el contrario, se ordenó por parte del Juzgado, su comparecencia a dicho recinto en presencia de las diferentes partes procesales.

ii) Cuando el señor Juez ordenó la comparecencia de la menor al estrado[27], también dispuso que el acusado sea llevado a otro lugar. Esta disposición hizo que, en la primera oportunidad, la Defensa, muy tímidamente, protestara aduciendo que PN tenía derecho a estar presente

---

26 (15 de agosto y 18 de octubre de 2019)

27 Minuto 23.40

en la audiencia, y planteó como opción que, se tome el testimonio mediante video u otro mecanismo tecnológico. Sin embargo, el Juez, sin exponer razón alguna, afirmó no existir alternativa diferente, por lo que, en efecto, el acusado fue conducido a la parte posterior del recinto.

En la segunda oportunidad en que la menor fue llamada al estrado, se dio idéntica situación. Los registros no permiten constatar si, para los momentos en que ella ingresa a la sala y el acusado salía, se dio el encuentro al cual se refiere el señor Representante de víctimas. Sin embargo, resulta ser totalmente posible, en tanto no se advierte que el Juzgado haya tomado alguna medida para evitar que la salida del acusado coincida con la llegada de la menor.

iii) Si bien, la menor siempre estuvo acompañada por el defensor de familia, la participación de este se limitó a leer textualmente las preguntas del interrogatorio directo entregado por la Fiscalía. Sin embargo, el contrainterrogatorio, el interrogatorio redirecto y el interrogatorio complementario realizado por el Ministerio Público, se realizaron con preguntas formuladas directa y personalmente a la menor, sin que haya existido algún control o revisión por parte del Defensor de familia.

Todo lo anterior deja en evidencia que, en el desarrollo del juicio, el Juzgado inobserv**ó** en forma flagrante los lineamientos que normativa y jurisprudencialmente se han establecido para evitar en esta clase de procedimientos, la vulneración de los más elementales derechos y garantías de un menor víctima, y su revictimización.

Desatención que, para la **época que nos alcanza, no** tiene explicación alguna, en tanto ha sido vasta y prolifera las enseñanzas que los operadores de justicia hemos recibido sobre la materia. Ahora, el titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto, puede esgrimir como justificación, no contar con una instalación locativa con las características de la cámara Gesell. Sin embargo, es de conocimiento público al interior del Circuito Judicial de Pasto, que, en el Palacio de Justicia de esta ciudad, s**í** se cuenta con esa clase de instalaciones, pudiéndose acudir a su utilización. Pero, además, como lo esgrimió el mismo Defensor cuando protestaba porque su prohijado debía abandonar la sala de audiencias, existen alternativas tecnológicas que permiten oír el testimonio de un menor de edad, desde otra sala, sin exponerlo a la incómoda presencia de otras personas y a los interrogatorios presenciales y sin el más mínimo control por parte del defensor de familia, lo que hubiese permitido de paso que el procesado esté pendiente de su propio juicio en esa fase.

La afrenta a los derechos y garantías de los menores de edad, no puede pasarse por alto, aun si ellos se presentan empoderados a confrontar el escenario hostil que representa una audiencia pública, porque primero se encuentra la obligación del funcionario judicial por velar por sus intereses independientemente de que se le otorgue credibilidad o no a sus dichos y del resultado del proceso penal.

En el presente asunto, sorprende que pese a tan desafortunado y embarazoso evento para la menor, en ella existió la suficiente fortaleza y cordura para enfrentar el interrogatorio y contrainterrogatorio, dando a conocer su versión de los hechos. Para la Sala, esa actitud puede

deberse a que, para el día del juicio, ella ya contaba con 17 años de edad y, según se conoció a través de la prueba, había recibido tratamiento psicológico como parte del proceso de restablecimiento de derechos del cual fue destinataria. Su actitud demostró empoderamiento y seguridad, hasta el punto que al final de su testimonio rendido el 18 de octubre del 2019, expres**ó** su deseo de exponer los hechos en presencia del acusado, confrontándolo, para demostrar que no estaba mintiendo. No, como lo dice el señor Defensor en su alegación final, en forma por demás irrespetuosa y revictimizante, que su testimonio se asemeja a **"...estar dando una entrevista televisiva en un reality show, o protagonizando las fantasiosas historias que recrea".**

Estas falencias de tipo procedimental, sin embargo, no resultan determinantes para sancionar el avance procesal logrado, y corresponde atendiendo al principio consecuencialista mantener la audiencia de juicio oral, porque implicaría que la menor afectada se presente nuevamente a rendir testimonio, cuando es la misma ley la que exige que como regla general que los NNA víctimas sean escuchados en una sola ocasión, es decir que para el presente caso, aplicar el remedio extremo de la nulidad, implicaría someter a la menor víctima a un nuevo juicio, que si ya fue superado en una ocasión, nada garantiza que la fortaleza de que ha hecho gala se mantenga.

Pero además, se tiene que lo actuado no impedirá que se adopte una decisión de fondo, en tanto la prueba practicada en el juicio ofrece suficientes elementos para avanzar hasta determinar si se confirma o se revoca lo resuelto en primera instancia, en tanto se hace necesario aplicar los moduladores y principios fijados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, que se armonizan con el interés superior de la menor, evitando que nuevamente sea sometida a la audiencia, obligándola por segunda vez a deponer sobre hechos que resultan dolorosos para cualquier víctima, y mucho más, tratándose de delitos sexuales.

Ahora bien, que las irregularidades advertidas no sean suficientes para decretar la nulidad, no eliminan la necesidad de que esta actuación sea de conocimiento de las autoridades disciplinarias, con el fin de que se verifique si amerita la correspondiente investigación, en tanto, esta Sala advierte que no es la primera vez que sucede esta clase de despropósitos en el desarrollo de las audiencias por parte del Juzgado de instancia[28].

2) Siguiendo con los argumentos que sustentan la petición de nulidad, el peticionario reprocha que el fallador, en su sentencia, no haya conferido la suficiente relevancia e importancia al testimonio de la menor. Esta razón, encuentra esta Sala, tampoco puede ser fundamento para decretar la nulidad impetrada. Sobre este aspecto se dirá que la sentencia sí contiene un análisis del testimonio de la menor, llegando a la conclusión de que su credibilidad se encuentra socavada por las contradicciones que, dijo advertir. Que dicho análisis y sus conclusiones no sean compartidas por algunos sujetos procesales e interviniente, no es razón suficiente para considerar que se está frente a una violación al debido proceso en aspectos sustanciales. Las diferentes conclusiones a las que pueden llegar tanto el operador de justicia como las partes

28 Ya se había realizado un llamado de atención al respecto en T.S. de Pasto. SP 2 ago. 2019. Rad. 52001 6000 485 2016 04059-01 NI 18251. MP Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno.

e intervinientes, cada uno desde su óptica, es el resultado de la dinámica que implica la práctica de pruebas en el juicio oral.

Que el Juzgador, desde su particular punto de vista, concluya, con razón o sin razón, que la menor miente y que su dicho no es creíble, no es, per se, una irregularidad y menos, con la entidad para menoscabar el debido proceso. Pero, además, recuérdese que precisamente la ley establece mecanismos, como el que ahora han activado quienes no comparten el análisis de primera instancia, para que la decisión, que consideran errónea o ajena a lo probado en el juicio, pueda ser revisada por el superior, quien decidirá si le asiste razón al Juzgado, en este caso, en relación a la absolución del procesado.

3) Como tercer evento sobre el cual sustenta la petición de nulidad, afirma:

> *'Sumado a los actos irregulares detectados en esta audiencia de juicio oral por parte del togado, se tiene que una vez que (sic) presentados los alegatos por parte de la fiscalía, ministerio público y defensa, el juez no optó por tomar el tiempo que la ley lo autoriza para meditar en las observaciones y análisis que le realizan en los alegatos de conclusión tanto la fiscalía como el ministerio público, sino que apresuradamente dicta sentido de fallo y concluye inmediatamente dictando sentencia, desconociendo las falencias que se presentaron en cuanto a los derechos de la menor, colocándola en un estado de aparente revictimización y vulnerándosele así el debido proceso y es por ese motivo que se está acudiendo a la nulidad como única medida para subsanar los yerros presentados y para que se le garantiza (sic) a la víctima menor de edad enfrentar estas situaciones en condiciones idóneas y garantes de sus derechos."*

Cabe aquí recordar que la misma observación realizó la Fiscalía, diciendo que la actuación, demuestra que, aun sin agotar la práctica de pruebas ni oír las alegaciones finales, el Juzgador ya tenía la sentencia elaborada. Incluso reseña el funcionario que posteriormente se le entregó una sentencia, por medio físico, cuyo contenido no coincide con el de la sentencia verbalizada en la audiencia, en tanto se había adicionado las respuestas a algunos argumentos de las alegaciones finales. Considera entonces que el Juzgado incumplió lo normado en la ley, por cuanto no tuvo en cuenta las razones de naturaleza jurídica y probatoria, que sustentan la solicitud de condena.

Del estudio del trámite, en efecto se advierte que, como se reseñó en el capítulo de los antecedentes procesales, la audiencia del juicio oral se surtió los días 15 y 16 de agosto, 5 de septiembre y 18 de octubre de 2019, y que, en este último día, se oyó el testimonio del señor JDPS, y se llamó nuevamente al estrado a la menor M.G.S. Luego, se presentaron los alegatos finales, y en forma inmediata, el Juzgado emitió sentido de fallo absolutorio y, enseguida, dio lectura a la sentencia.

Como primera consideración resulta necesario aclarar que, de acuerdo con los principios que rigen nuestro sistema penal oral, la sentencia que tiene validez y sobre la cual esta Sala realiza el respectivo análisis, es aquella leída y notificada en la audiencia respectiva y no otra. Hecha

la correspondiente comparación, la sentencia verbalizada no coincide con el formato escrito y debidamente firmado por el titular del despacho, que obra en la carpeta.

Es así que, resulta extraño, por decir lo menos, la actuación del Juzgado al pretender completar o cambiar aspectos de la sentencia ya notificada, con una emitida posteriormente, en forma escrita, y entregada a la Fiscalía, según dice el señor Fiscal. Formato escrito que, cabe mencionar, resulta inexistente para los fines del presente pronunciamiento, y, por ende, sin capacidad alguna de vulnerar el debido proceso en aspectos trascendentales.

Ahora, abordando el tema de los términos procesales para el momento de culminación del juicio oral, se tiene en primer lugar el previsto en el art. 445 del C. de P.P., que establece que, terminada la exposición de las alegaciones finales, el juez declarará clausurado el debate y *'... de ser necesario, podrá decretar un receso hasta de dos (2) horas para anunciar el sentido del fallo*".

Como es fácil advertir, la norma contempla un término opcional a utilizarse sólo de considerarse necesario, lo que permite la posibilidad de que, sin necesidad de ese receso, se emita el pronunciamiento en forma inmediata, lo que seguramente sucederá cuando el funcionario tenga certeza de su decisión. Esa actuación, no puede considerarse una irregularidad y menos con entidad para provocar una nulidad.

Por su parte, el art. 447 siguiente, establece que, agotada la audiencia para los fines ahí descritos, el juzgador señalará lugar, fecha y hora para proferir la sentencia, sea absolutoria o condenatoria, en un término no mayor de quince (15) días. Como se puede advertir, establece un término máximo para emitir la sentencia, sin que determine un término mínimo, es decir que nada impide que el juzgador dicte la sentencia, en forma inmediata. Y aunque no es común, puede darse en eventos en los cuales la decisión no se advierte compleja, dada la naturaleza del asunto a resolver o el grado mínimo de dificultad. Y de suceder esa dinámica, no puede, *per se*, considerarse que se esté ante un quebranto al debido proceso.

En cuanto a la sospecha, por decirlo de alguna manera, de que la sentencia, para ese momento, ya estuviera elaborada, habrá de decirse que, en efecto, es altamente probable que para ese momento el funcionario juzgador, tuviese un bosquejo o guía de su pronunciamiento, y que, pese a lo sucedido ese 18 de octubre de 2019, es decir la recepción de la última prueba testimonial, la ampliación del testimonio de la menor M.G.S., y la presentación de las alegaciones finales, el lineamiento de su decisión elaborado a través del desarrollo de la vista pública, no haya cambiado, lo que explica que en forma pronta, haya emitido el sentido del fallo y posteriormente, la sentencia.

Ahora, que, en el contenido del pronunciamiento, no explique en forma expresa, cuáles son sus repuestas a las alegaciones finales, no significa que no las contenga, en tanto que esgrime las razones por las cuales no le confiere credibilidad al dicho de la menor, y explica por qué acoge la tesis defensiva. Así es que, la Sala considera que tampoco la actuación cuestionada del Juzgado amerita una declaratoria de nulidad, por este motivo.

Actuación del Ministerio Público

Para resolver el segundo problema planteado, resulta necesario determinar si en el presente caso, la actuación de la delegada del Ministerio Público, se puede catalogar como irregular, hasta el punto de considerar que propició una violación al debido proceso, al alterar el principio de igualdad de armas, como lo dice la Defensa.

Y para ello, se recuerda que la presencia del Ministerio Público en el proceso penal se justifica por intereses claramente superiores, a partir del mandato del numeral 7º del artículo 277 de la Constitución Política que habilita al Procurador General de la Nación, por sí o por medio de sus delegados, para "intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas, cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".

Y en desarrollo de esta norma superior, el art. 109 de la Ley 906 de 2004 habilita al Ministerio Público como un órgano autónomo para que intervenga en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales. En concreto, sobre su papel al interior del proceso penal, la jurisprudencia así se ha expresado[29]:

> *'Ciertamente, iniciales decisiones de la Corte privilegiaron el carácter adversarial del nuevo esquema procesal penal, de modo que al Juez concernía decidir la controversia entre acusador y defensa, con la menor participación de quienes son considerados legalmente intervinientes, lo cual, en la práctica, implicaba cierta interpretación restrictiva de la iniciativa del Ministerio Público para impugnar las decisiones judiciales, cuando la Fiscalía no interponía recursos contra las mismas.*
>
> *Sin embargo, el devenir de la jurisprudencia y la adopción de una hermenéutica coherente con nuestra realidad procesal terminó por relievar la presencia del Ministerio Público y justificar su intervención en aras de intereses superiores o prevalentes, como que desde la Constitución Política, numeral 7º del artículo 277, se le habilita para 'intervenir en los procesos y ante las autoridades judiciales o administrativas cuando sea necesario en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales".*

Por eso, en desarrollo de dicho precepto, el artículo 109 de la Ley 906 de 2004 definió al Ministerio Público como un órgano autónomo que ha de intervenir en el proceso penal cuando sea necesario, en defensa del orden jurídico, del patrimonio público, o de los derechos y garantías fundamentales, mientras que el articulo 111 le especificó, en esos propósitos, las correspondientes atribuciones."

En dicha decisión la Corte citó las funciones asignadas al Ministerio Público, aludiendo al texto del mencionado artículo 111, de lo cual resalta esta Sala, entre otras obligaciones la que le

29 C.S.J. Sentencia 15 de julio de 2020. Rad SP2379-2020, 52046. M.P. Gerson Chaverra Castro.

corresponden como “garante de los derechos humanos y de los derechos fundamentales”, la indicada en el literal c) “Procurar que las decisiones judiciales cumplan con los cometidos de logra la verdad y la justicia”.

Y como representante de la sociedad:

> *‘a) Solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión.”*
> *(…)*
>
> *c) Velar porque se respeten los derechos de las víctimas, testigos, jurados y demás intervinientes en el proceso, así como verificar su efectiva protección por el Estado.”*
> *(…)*

Y continuó explicando la Corte:

> *‘Con base en lo anterior, desde la decisión del 5 de octubre de 2011, Rad. No. 30592, reiterada el 20 de junio de 2018, en el proceso No. 45098, la Corte ha precisado que el Ministerio Publico es un ‘órgano propio”, cuya intervención contingente o discrecional, al ser facultativo su ejercicio, siempre resultará necesaria cuando deba dar cumplimiento a sus propósitos misionales que en relación con las actuaciones judiciales le asigna la Constitucional Política y la ley, sin que ello, desde luego, lo autorice para alterar el necesario equilibrio de partes que implica el carácter eminentemente contradictorio del modelo procesal, pero también sin perjuicio de su compromiso de propender por la garantía de los derechos de las víctimas.” (Subrayado fuera de texto)*

Trayendo luego una cita de la sentencia C-144 de 2010, agregó:

> *‘El ejercicio de sus funciones plantea por tanto el riguroso cumplimiento de la legalidad, así como la procura de los fines para los cuales desde tiempo atrás se le ha instituido como interviniente procesal, evitando desequilibrios o excesos a favor o en contra de alguna de las partes o intereses en disputa, con el despliegue de una actuación objetiva que en definitiva mejore las condiciones para que el proceso alcance una decisión justa y conforme a derecho”.*

Y en especial sobre la facultad que tiene de controvertir por vía de apelación una sentencia, incluso cuando las demás partes hayan perdido interés en recurrir, en su reciente pronunciamiento emitido el 28 de marzo de 2019, Rad. 44230, expresó:

> **“***16.17. Entonces, para lo que aquí se discute, el argumento que soporta el cargo carece de suficiencia, dada la sesgada interpretación que se hace de una decisión anterior de la Corte; pero, además, es contrario a lo que hasta hoy se viene sosteniendo sobre el particular, que en concreto se reduce a que efectivamente el Ministerio Público puede impugnar las sentencias –excepción hecha de los casos de preacuerdo en los*

que no intervino para controvertir lo pactado-, no importa si estas son de naturaleza condenatoria o absolutoria, siempre y cuando ello derive de su función constitucional básica de propender por la garantías y derechos fundamentales.
(…)

16.21 El hecho que la Fiscalía desista tácitamente de la apelación –en el trámite ordinario, se reitera-, de ninguna manera le resta legitimidad o interés jurídico al Ministerio Público para recurrir la sentencia absolutoria que percibe injusta, ya que, al ser un actor principal, para el ejercicio de sus competencias funcionales, no existe restricción de orden superior o legal que lo condicione a actuar de forma subsidiaria respecto de alguno de los adversarios o intervinientes.

16.22 Resta anotar, respecto de lo discutido, que al Ministerio Público también le asistía interés, dado que debe entendérsele afectado con la decisión de absolución proferida por el A quo, precisamente, en atención a que, durante su intervención en las alegaciones finales, expresamente deprecó se condenara al acusado por el delito que aquí se examina."

Bajo ese contexto jurisprudencial, esta Sala entra a analizar la actuación del Ministerio Publico, para determinar si, como lo dice la Defensa, tanto en las audiencias preliminares como en el recurso de alzada, fue parcializada, sesgada y desproporcionada, y con una evidente inclinación a los intereses del ente acusador. O sí, por el contrario, se desarrolló bajo el estricto cumplimiento de sus deberes.

Para verificar lo anterior, la Sala revisó con detenimiento el desarrollo de las audiencias preliminares, en especial la correspondiente a la decisión sobre la medida de aseguramiento, y advierte que la intervención[30] de la señora Procuradora Judicial, estuvo exclusivamente encaminada a coadyuvar la petición de la Fiscalía en orden a que se imponga la medida de aseguramiento privativa de la libertad en contra de PN, no sin antes hacer un análisis de los elementos materiales probatorios presentados por la misma Fiscalía. Luego, como ya se conoce, agotado el juicio oral, solicitó sentencia condenatoria y finalmente, ante la absolución, presentó la correspondiente apelación, que hoy se resuelve.

En sus intervenciones se advierte preparación, conocimiento del caso, y de la normatividad y la jurisprudencia que considera, debe aplicarse, mas no, ninguna acción diferente a aquellas que están previstas en la legislación, entre ellas, procurar que las "…decisiones judiciales cumplan con los cometidos de lograr la verdad y la justicia;" y "i) solicitar condena o absolución de los acusados e intervenir en la audiencia de control judicial de la preclusión".

Tampoco se avizora, ni la Defensa lo ha insinuado siquiera, que su actuación esté motivada por algún interés ajeno o separado de sus funciones, o que exista, entre la funcionaria y alguna de las partes, una relación que motive una intención de forzar el curso del proceso, por fuera de la ley.

30 Minuto 20.04.21 a 2.29.25

Que, en este proceso, su criterio no coincide con la tesis defensiva sino con la expuesta por la Fiscalía, no significa que haya actuado en forma ilegal y sesgada. Recuérdese que, en cumplimiento de sus deberes, y dependiendo de cada caso y de lo probado en cada juicio, es posible, y por supuesto muy frecuente, que termine compartiendo la posición de alguna de las partes, ya del ente acusador, ya de la Defensa, sin que, hacerlo, signifique una actuación irregular, y mucho más en sede de juicio en el que el legislador solo prevé dos salidas jurídicas la absolución o la condena.

Por todo lo anterior, la Sala considera que la observación realizada por la Defensa carece de razón, porque la participación activa de la delegada del Ministerio Público no ha propiciado ninguna situación que altere el procedimiento ni vulnere el principio de igualdad de armas, que se desprende de lo previsto en el art. 4 del C. de P.P., y no existe fundamento objetivo y comprobable que lleve a pensar que sea parcializada, sesgada y desproporcionada, como lo califica la Defensa.

Valoración probatoria.

En este capítulo se resolverán, en conjunto, los problemas jurídicos 3 y 4, en razón a que están íntimamente relacionados, estudiando en forma paralela, las razones sobre las cuales, el Juzgado decidió absolver al procesado.

Entonces, se procederá a estudiar el testimonio de la menor M.G.S. y este en forma integral con las demás pruebas, para determinar si le asiste razón al juzgado de instancia, cuando concluye que no es posible derruir la presunción de inocencia del procesado, o sí, por el contrario, como lo asumen los apelantes, la condena se impone.

Para empezar, es necesario recordar que, para la valoración de las pruebas en procesos de delitos sexuales, la jurisprudencia ha establecido reglas, como por ejemplo en el Radicado 26128[31], cuando sostiene:

"Como lo ha dicho la Corte, en los procesos que cursan por la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana por regla general, no existe prueba de carácter directo, sino que la reconstrucción del acontecer fáctico se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que, correlacionados entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad de procesado.

"De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan señalado ciertas pautas para llegar al grado de conocimiento de certeza en torno a la existencia del hecho y la responsabilidad del infractor: Tales son:

> *Que no existe incredibilidad derivada de un resentimiento por las relaciones agresor – agredido que lleve a inferir en la existencia de un posible rencor o enemistad que ponga en entredicho la aptitud probatoria de este último.*

31 C.S.J. Sentencia 11 de abril de 2007. Rad. 26.128. M.P. Luis Quintero Milanes.

Que la versión de la víctima tenga confirmación en las circunstancias que rodearon el acontecer fáctico, esto es, la constatación de la real existencia del hecho;

La persistencia en la incriminación que debe ser sin ambigüedades y contradicciones.". (subraya la Sala)

En cuanto a lo primero, empecemos por revisar la postura de la madre de la víctima, para determinar si pudiese existir de su parte algún interés en influenciar la versión de su hija mayor, no porque se haya presentado alguna prueba al respecto, sino para dejar de lado, la relación que pudiese quedar en el aire con ocasión del proceso de separación y divorcio que afrontó la familia de la víctima al finalizar la relación entre su madre y aquel que fue por mucho tiempo su figura paterna.

Es así como de los testimonios de LNSB como del mismo procesado, se conoce que la separación de los dos se surtió por iniciativa de ella, que se hizo en buenos términos, que existió acuerdo en el monto de la cuota alimentaria para la menor M.G.P.S., y en el régimen de visitas, que cobijaba también a la menor M.G.S., y que GD, aun después de la separación, ejercía el papel de padre de la ahora víctima. Lo anterior permite considerar que la señora SB, al menos por la relación que mantuvo con el ahora procesado y luego, por su separación, no desarrolló sentimientos negativos o de venganza contra él, lo que descarta que haya sido la promotora de una falsa acusación en contra de él. Era tal la confianza depositada por la madre de la víctima que en ningún momento presentó oposición a que aún después de la separación, continuara el contacto entre ellos, al punto que fue incluido en el régimen de visitas.

Entonces, se deberá determinar si, como lo dice la Defensa, M.G.S. es un ser ladino, capaz de estructurar, ella sola, una falsa acusación y luego sostenerla ante investigadores, médicos, psicólogos, fiscales y jueces, sólo para perjudicar a una persona, que, para la época de los hechos, desempeñaba el papel de su padrastro y protector, solo porque él se atrevió a concebir un niño en una nueva relación sentimental, cinco años después de haberse separado de su madre. O sí, por el contrario, dice la verdad de lo que vivió y padeció.

Como se conoce, M.G.S., rindió su testimonio en dos oportunidades, el 15 de agosto y 18 de octubre de 2019, es decir, poco menos de 4 años después del último acto sexual abusivo del que, dice, fue víctima (diciembre de 2015). En su testimonio, luego de reseñar los datos personales y familiares, identifica a PN como el exesposo de su madre, LNSB, a quien conoció cuando inició el noviazgo de los antes nombrados (2006), es decir cuando tenía 4 años de edad. Luego se ocupa de narrar los atentados contra su libertad y formación sexual, por los cuales, dice, se sentía confundida, mal y "sucia", pero agrega que él, cada vez que acontecían dichos atentados, le decía que, si a ella le gustaba, entonces no estaba mal.

Una vez conocido el relato de la víctima, la Sala concluye, en coincidencia con la Fiscalía y el Ministerio Público, que, pese al paso del tiempo, resulta detallado y circunstanciado, y permite conocer no sólo la época en la cual se desarrollaron los hechos, sino los lugares y las circunstancias específicas.

Resulta cierto que la menor no hace referencia a fechas exactas, como lo resalta la Defensa, para asegurar que miente. Sin embargo, tal circunstancia se explica por diferentes razones: primero, porque los actos abusivos ocurrieron varias veces, con prolongación en el tiempo, en medio de la convivencia familiar y luego, en el permanente contacto con ocasión de las visitas de fin de semana, y de tales atentados únicamente fueron de conocimiento del agresor y su víctima. Y segundo, porque M.G.S. cuando sufrió los desafueros sexuales por parte de PN, tenía entre 11 y 13 años de edad, por lo que no se le puede exigir concreción exacta de las fechas, más aún cuando, como ya se dijo, fueron varios episodios.

Sobre este fenómeno ya la Corte Suprema de Justicia se ha referido en repetidas ocasiones. En la AP1640-2018, traída a colación en un más reciente pronunciamiento[32], afirmó:

> *'No obstante, ya la Corte ha tenido oportunidad de señalar que exigir de la menor, como lo demanda el libelista 'precisión exacta sobre la fecha de ocurrencia de los actos (…), no solo resulta irrazonable atendiendo la edad con que contaba para aquella época, sino frente a su condición de víctima de tales conductas." (CSJ SP 12. Feb. 2012. Rad. 37108)*
>
> *En similar sentido, se pronunció en el radicado AP2180-2015. Rad. 40740, entre otros.*
>
> *Pese a no reseñar las fechas exactas, la narración de los hechos que, dice ella, más recuerda, no solo permite definir el término temporal (entre junio o julio de 2013 y diciembre de 2015), sino los espacios y circunstancias en las cuales sucedieron. Y para ello es necesario traer las siguientes transcripciones que dejan en evidencia que sus dichos son concretos y totalmente descriptivos. Sobre el primer acto abusivo sufrido, afirma que tenía 11 años de edad, y lo describe así:*
>
> *'…yo estaba en mi cuarto, era por ahí en junio o julio del 2013 porque yo recuerdo que estaba de vacaciones de mitad de año, entonces yo creo que estaba arreglando mi cuarto y pues mi mamá se estaba bañando entonces ahí fue donde entró G y me dijo pues que, si yo alguna vez había dado un beso, a lo que yo respondí que no, entonces ahí él llegó y me besó y me recalcó siempre que lo que estaba haciendo no estaba mal porque a mí, me gustaba".*
>
> *Al recordar los hechos sucedidos en la casa del barrio …, dice que el que más recuerda es el que tuvo ocurrencia cuando estaba lavando la loza, sobre lo cual expresa: '… él llegó y bajó y me carg**ó** encima del mesón que había en la cocina y pues me empezó a besar, me empezó a tocar la pierna, me empezó a tocar la espalda y después me dijo que me iba a hacer algo que nadie antes me había hecho, entonces él llegó, bajó y me lamió la vagina".*

---

32 C.S.J. Sentencia de 24 de junio de 2020. Radicado SP1591-2020, 49.323. Magistrado Ponente Luis Antonio Hernández Barbosa.

También informa que, en una ocasión, él le solicitó que lo acompañara a guardar el vehículo marca Sprint, porque el garaje estaba en la etapa 1 del barrio …y afirma:

> *'…yo me acuerdo tanto que tenía un (sic) leggins morados que por azares de la vida que yo siempre he sido como una niña bien inquieta se había roto en la mitad. Entonces yo recuerdo que me subí al carro, estaba sonando una canción de la oreja de Van Gogh que se llama El Vestido Azul y entonces, él llegó y me empezó a tocar la pierna y subió la mano hasta la vagina y llegó y me dijo, oye tienes que remendar este pantalón y pues a mí se me hizo muy raro o sea no me sentía bien era como que no quería que me tocara, pero pues a la vez no quería que se enojara".*

Y prosigue diciendo que no fueron directamente a guardar el carro, en tanto la llevó al sector conocido coloquialmente como el "Puente del Chorizo", donde le volvió a recalcar que lo que estaba haciendo no estaba mal porque a ella le gustaba. En cuanto a los hechos sucedidos al interior del vehículo stepway, afirma que fueron varios y cuando iban de paseo. Refiere entonces que en una ocasión fueron al sector denominado "Daza", a mirar un paisaje, cuando PN "…llegaba, me subía la mano, me tocaba la vagina, o no sé me tocaba los senos y me pedía también que le tocara su pene por encima de la ropa…".

Que en otra ocasión se trasladaron hasta el municipio de Colón, a un sitio donde hay aguas termales, y "…estábamos ahí nadando entonces él llegaba y me abrazaba mucho, no me dejaba como mover, me rozaba su pene así pues en traje de baño entonces era muy incómodo para mí".

También informa que cuando ya su madre y GD se encontraban separados, él la llevaba a ella y a su menor hermana los fines de semana, y que, en una ocasión, al llegar a su casa ubicada en el barrio …, "…mi mamá no estaba porque tenía que ir a comprar unas cosas para la casa entonces pues él llegó y nos fue a dejar, entonces nos dijo que se iba a quedar para, pues, cuidarnos en lo que (sic) llegaba mi mamá. Entonces ahí llegó y entr***ó*** a mi cuarto entonces me empezó a besar, así como con mucha pasión entonces yo ahí si llegué y dije como no, no quiero y me fui".

Y en cuanto a los hechos sucedidos en el apartamento ubicado en el barrio…, donde él vivía, rememoró dos:

> *'…es de un día del amor y la amistad que él llegó, me prendió el computador, porque por lo general yo no tenía nada más que hacer allá, entonces el me prendió el computador para que jugara así, no sé, para que hiciera cualquier cosa, entonces antes de que me prendiera el computador llegó y me pegó a la pared y me metió la mano entre las piernas y me empezó a besar yo llegaba y le decía no, mi hermana, mi hermana, mi hermana (Sic). Y como de las últimas fue de diciembre del 2015, cuando pues mi mamá se le hizo buena idea y pues también a él, y fue como no si vamos a abrir los regalos para el 24 no?, y que sean las primeras en abrirlo no? y entonces mi mamá me dijo como, bueno y llegó y nos mandó a dormir allá, entonces recuerdo tanto esa vez*

porque me extendieron como el sofacama que había en el estudio y entonces yo iba a dormir así, sino que antes de irme a dormir él llegó, entró al cuarto y cerró la puerta, entonces ahí llegó, me empezó a tocar, me empezó a besar así de una manera que la verdad a mí no me gustaba, recuerdo esa noche estar llorando porque ya no quería más o sea me sentía horrible, me sentía completamente sucia, no entendía lo que estaba pasando y pues de ahí si no permití nada más"[33]

Ante la pregunta del Ministerio Público, agrega que cuando ocurrieron esos hechos, sí se encontraban más personas en los inmuebles. Que, en el apartamento de..., usualmente estaba la madre de G, en los paseos, estaba también G y en su casa, estaba su madre, pero aclara que los hechos se suscitaron cuando ella tomaba el baño. En cuanto a los viajes, precisa que iban acompañados por la señora RGN, y en una sola ocasión, por MER. Y precisa que cuando fue objeto de rozamientos lúbricos en la piscina de aguas termales, solo fueron ella, GD y su pequeña hermana.

Por último, afirma que inform**ó** la ocurrencia de esos hechos el día 17 de agosto del 2018, a través de una carta entregada inicialmente a HJY, para ese momento compañero sentimental de su madre, quien luego se encargó de informarle a su madre.

Analizando el testimonio bajo los lineamientos jurisprudenciales antes reseñados[34], se tiene que, en relación a la primera pauta planteada, no se ha probado la existencia de alguna situación anterior a los hechos o a la denuncia, que permita, al menos inferir, que tan grave acusación por parte de la menor M.G.S., sea producto de sentimientos de animadversión o que conlleve algún interés diferente al legalmente permitido, como por ejemplo, venganza, interés económico, mitomanía, etc. No acude prueba alguna que demuestre que la menor, a su corta edad, haya generado tan funestos sentimientos contra quien fungiera como su padre y protector, y menos para actuar en forma siniestra y planeada, aparentando una afectación emocional y psíquica, con lo cual engaña a psicólogos forenses, investigadores y fiscales. De ahí que tan grave acusación no tiene otra explicación, sino que en realidad los atentados sexuales repetidos existieron y que su autor fue PN.

La Defensa sostiene que la menor miente, y que su narrativa es producto de su imaginación, motivada por los celos patológicos que ella habría desarrollado, porque en junio de 2018, se enteró que PN, en una nueva relación sentimental, iba a ser nuevamente padre. Pero, además, dice, porque desde pequeña, debió enfrentar situaciones negativas, como, por ejemplo, el abandono de su padre biológico, el divorcio de su madre con el ahora procesado, y la nueva relación sentimental que su madre habría iniciado con HJYV. Y para ello, presentó los documentos que demuestra la existencia del proceso[35] adelantado por la demanda de privación de la patria potestad, en el año 2013, por la señora LNS en contra del padre de la menor, señor LMGG, el cual terminó por desistimiento.[36]

33 Minuto 46.01

34 C.S.J. Sentencia 11 de abril de 2007. Rad. 26.128. M.P. Luis Quintero Milanés.

35 Folios 76 a 147.

36 Auto de 2 de marzo de 2015 del Juzgado Segundo de Familia del Circuito de Pasto.

Teoría defensiva que, en lo esencial, la adopta la primera instancia, en tanto en la sentencia, luego de decir que en principio el testimonio de la menor es claro en relatar los hechos de connotación jurídico penal, luego afirma no ser merecedor de credibilidad.

Al respecto, resulta necesario considerar que los celos patológicos o celotipia se caracterizan por la desconfianza y celos constantes de tipo obsesivo sobre una posible infidelidad de la pareja[37], o de otra persona importante en la vida de quien los siente, descripción que, como se verá más adelante, resulta totalmente ajena a la conducta de la menor, por lo que encuentra la Sala que la calificación realizada por la Defensa está totalmente descontextualizada.

Sin embargo, y pese a conocer la errónea utilización del término, esta Sala se adentra a analizar el recurso probatorio en el cual finca su tesis, para determinar si existe una razón válida para concluir que en la menor pudo existir un sentimiento negativo para acusar a PN de tan graves hechos.

La prueba en la cual, la Defensa finca la existencia de los supuestos celos patológicos sufridos por la menor, es el mismo testimonio del acusado, quien cuenta que el 30 de junio de 2018, fue a recoger a su pequeña hija M.G.P.S., para llevarla a una ceremonia de matrimonio, a la cual estaba invitado. Que aprovechó ese momento en el cual se encontraba LNS con sus dos hijas, para anunciarles que pronto tendría un nuevo hijo con su compañera sentimental, NAI. Que su hija lloró y "…casi se desmaya de la impresión, de que iba a tener un nuevo hermanito, no sabía que decirme que se sentía feliz y triste…".

En tanto que M.G.S., "…fue a abrazarme, decirme felicitaciones y me dijo algo que me quedó sonando, y me dijo, ojalá seas muy feliz papi, y se acostó en la cama de la mamá y siguió viendo televisión normalmente. (…) M.G.S. no tuvo la reacción que yo esperaba, pero tampoco en ese momento me percaté de que fuera algo tan relevante".

Y prosigue diciendo que, a partir de ese momento, su relación y la comunicación con M.G.S. siguió normal, e incluso, que en los meses de junio y julio le solicitó que le ayude a difundir una aplicación que él había desarrollado para dispositivos móviles, recibiendo como respuesta, una nota donde le decía, "…sí papito yo te ayudo, no sé si fueron esas las palabras y me envió el pantallazo de lo que había dicho en su grupo de amistad, es así, ella me estaba colaborando para divulgar una aplicación que me va a generar unos ingresos a mí y después nosotros nos comunicábamos por teléfono y seguimos normal, pero a nivel de tratamiento personal sí hubo algo de distanciamiento".

---

37 https://www.avancepsicologicos.com. *'La celotipia o celos patológicos, se caracterizan por la desconfianza y pensamientos constantes de tipo obsesivo, sobre una posible infidelidad de la pareja. Puede darse también hacia cualquier persona que se considere importante y por la que se siente un miedo irracional por la posible perdida. En estos casos suele haber un sentimiento egoísta, de posición de la pareja bajo la creencia de que el otro nos pertenece. El mayor respeto en la relación de pareja se establece al ser consciente de que el otro es un mundo aparte y de que no hay certeza de que vaya a estar siempre."*

Luego refiere que después de septiembre la menor dejó de contestar sus mensajes y llamadas. Hecho que confirma M.G.S., cuando hace conocer que la última vez que se comunicó con el ahora procesado fue el 14 de septiembre de 2018. Que luego, mediante mensajes, él le informó del nacimiento de su hija y de haberle hecho una dedicatoria de su tesis, además que la indagaba sobre la razón por la cual no le contestaba, y a renglón seguido explica que para ese momento ya no le contestaba porque había iniciado el presente proceso, y le habían dicho que no tuviera ningún contacto con él.

La reacción de la menor, según la descripción realizada por el procesado, si bien no era la esperada por él, no indica rechazo, rabia, celos, ni ningún sentimiento negativo, y menos de tal entidad, que lleve a la, para ese entonces, adolescente, a crear un artificio de esa naturaleza, que contemple tan graves consecuencias para una persona inocente. Por el contrario, la reacción se mira tranquila y pacífica, o un tanto fría como lo dice la Fiscalía. Pero, además, el mismo PN afirma que la relación de él y M.G.S., siguió en términos normales, lo que corrobora NAI, quien informa que, luego de esa fecha, miraba los mensajes del celular de su compañero o lo oía hablar con la menor, y no advirtió cambio alguno en el trato.

El mismo juzgado de instancia, si bien considera que la reacción de la menor M.G.S., indicó, *'…cierto grado de desaprobación a la nueva paternidad de GP, demostrando un (sic) desazón a la noticia… (…) '…no debía afectarle si ya no había vínculos con NS*".

Y en efecto, eso considera esta Sala, que la noticia no debió afectarle, pues PN, desde años atrás ya no hacía parte de su hogar, y desde el año 2014 o 2015, M.G.S. había reanudado su relación con su padre biológico.

Así, se descarta que la noticia de la llegada de un nuevo beb**é**, haya provocado alguna reacción negativa en M.G.S. y menos de tal magnitud que la lleve a crear tan grave acusación en forma falsa.

Por otro lado, la Defensa ha puesto sobre el tapete, la mala relación de la menor con las parejas de GD, para sustentar también un posible estado de celos que la llevaría a falsear la verdad.

Sobre este aspecto, se tiene el dicho del acusado, quien hace relación de la actitud reticente que inicialmente tuvo M.G.S, con su novia MER, pero que pronto, gracias a su intervención, cambi**ó** y la relación fue buena. Y en cuanto a su actual pareja, NAID, afirma que fue ella, quien desde un inicio le advirtió que, si bien con su hija biológica no tenía problema, en relación con M.G.S., "…no quería tener nada que ver con una persona que era fruto de mi pasado, me lo manifestó…", y agrega que la primera y única ocasión en que se encontraron fue en septiembre del 2018 cuando asistieron a un kermes, encuentro en el cual dice, M.G.S. "…fue muy cortante…" con ella. Es decir, fecha posterior al día en que realiz**ó** la delación de los atentados sexuales de los cuales era víctima. Entonces el rechazo a la relación provino de la señora ID y no de M.G.S.

Como se advierte, tampoco lo descrito puede considerarse como base para concluir que la menor haya sufrido de celos, y menos patológicos, que la hayan llevado a actuar en forma planeada.

Ahora, razón le asiste a la Defensa cuando dice que la menor habría tenido una niñez difícil. Se conoce que por un tiempo su padre biológico, LMGG, desatendía sus deberes frente a la menor, a tal punto que, en su contra, LNS, el día 17 de julio de 2013, present**ó** la demanda de privación de la patria potestad, bajo el deseo de que una vez el demandado pierda la patria potestad, PN adoptaría a M.G.S., como su hija.

En dicho trámite, se oyó en entrevista a la menor quien refirió amar a su padre, y este último, como lo informa la señora S, no solo reclam**ó** su derecho como padre, sino que rectificó su conducta, a tal punto que la demandante, desistió de la acción civil.

Ahora, si bien es posible que dicha situación, además de la separación de su madre con PN y su nueva relación sentimental, haya generado en la menor afectación psicológica, ello no excluye que los atentados sexuales, también la hayan afectado, incluso con mayor intensidad. Lo cierto es que, en la valoración psicológica más adelante analizada, uno de los eventos en los cuales, ella finca su afectación, es precisamente el abuso sexual del cual fue víctima.

El anterior análisis, entonces, permite dar por cumplida la primera pauta jurisprudencialmente indicada para el análisis probatorio en procesos como el que ahora ocupa la atención de la Sala.

Ahora, en cuanto a la segunda pauta, como se verá más adelante, se cumple a cabalidad, por cuanto las demás pruebas, dependiendo de la naturaleza de estas, confirman la versión de la menor. Lo anterior aplicando la teoría de la evidencia de corroboración, desarrollada no solo en la jurisprudencia internacional sino nacional, sobre todo en los casos en los cuales el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima o un menor de edad.

En reciente pronunciamiento la Corte Suprema de Justicia, considera que, en los delitos sexuales, dada la clandestinidad en que se desarrollan, por lo general solo se cuenta con el testimonio de la víctima, y agrega:

"...dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la corroboración periférica de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:

> *'En el derecho español se ha acuñado el término 'corroboración periférica" para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de procesado[38], ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual[39]; iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos: iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros*
> *(...)*

38 Tribunal Supremo de España. ATS 6128/2015, del 25 de junio de 2015

39 ibidem

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particulares del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: i) el daño psíquico sufrido por el menor; ii) el cambio comportamental de la víctima; iii) las características del inmueble o lugar donde ocurrió el abuso sexual. iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea posible; viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros..."[40]"[41]

Teoría que ya había sido acogida por la Jurisprudencia colombiana, en pasados pronunciamientos.[42]

Aplicando dicha teoría, se puede constatar que los lugares referidos por la menor víctima (casas, apartamento, piscina y vehículos) son reales, en tanto, las mismas pruebas de la Defensa, dan cuenta de ello. En cuanto al tiempo, igualmente se ha probado que el procesado y la menor tuvieron constante contacto durante el tiempo en que se dice, sucedieron los actos abusivos (junio de 2013 a diciembre de 2015), primero en una convivencia familiar, y luego, en las visitas semanales, y no siempre bajo la supervisión o vigilancia de un adulto, ni de LNS, dado que ella confió en el papel de protector que PN, en los ámbitos familiar y social, ejercía sobre la niña. Se confirma igualmente los paseos de fin de semana, y al menos dos, a la población de Colón (Putumayo), donde la menor refiere haber sido víctima de rozamientos lascivos. Y si bien, se conoce que un paseo se realizó acompañados por RGN y MER, la menor, al ser nuevamente llamada al estrado, precisó que en una oportunidad viajaron G, su pequeña hermana y ella, precisando: "...porque yo me acuerdo que en ese viaje específico donde dije que suscitaron los hechos, yo iba adelante, yo iba adelante con él, porque normalmente ese lugar lo ocupaba o ME o la señora R."

También la señora RGN, da cuenta de la estadía de la menor en su apartamento, el 25 de diciembre del 2015, ocasión en la cual, la menor sufriera el último acto ofensivo cuando se encontraba en el sofá cama dispuesto para su descanso.

La Defensa, mediante testimonios pretende probar que en todas las ocasiones en la que la menor y PN estuvieron juntos, siempre estaba una o varias personas, esto para sustentar la completa imposibilidad de que hayan sucedido los atentados sexuales.

---

40 C.S.J. SP 3332-2016. 16 mar. 2016. Rad. 43866

41 (Auto 12 abril 2018. Rad. AP1453-2018. 44.436. M.P. patricia Salazar Cuellar.

42 C.S.J. Sentencia Sep. 6 de 2007. Rad. 27.536 y Sentencia sep. 24 de marzo de 2021, SP992-2021, 53141. M.P. Eugenio Fernández Carlier.

MERA, quien dice haber tenido una relación sentimental con PN, entre los años 2015 y 2017, aduce que durante ese periodo compartió las visitas que PN hacia a su hija y a M.G.S., pero acepta que algunos fines de semana no lo hacía, porque viajaba a visitar a su familia a la ciudad de Ipiales.

CGPB, refiere recordar dos encuentros con su compañero de docencia, PN, en lugares de recreación donde llevaban a sus menores hijas.

Y **RGNO,** madre del acusado, asegura que siempre acompañó a su hijo en las jornadas de recreación o paseos de las menores, y que, en su casa, ella siempre estuvo presente. Incluso para desvirtuar el dicho de la menor, afirma que siempre las puertas de las habitaciones estaban abiertas y que ella se retiraba a descansar, muy tarde.

Esta hipótesis, como bien lo analizan la Fiscalía y el Ministerio Público, no responde a una regla absoluta, y menos comprobable, en tanto fueron episodios que sucedieron durante aproximadamente 30 meses, primero en la convivencia familiar, y luego en diferentes encuentros, lo que generó muchas oportunidades en las cuales quedarían a solas, al menos por espacios de tiempo cortos, como lo describe bien la menor, verbigracia, en la cocina, en su cuarto, cuando su madre tomaba un baño, en los vehículos, en el apartamento ubicado en el barrio…, cuando PN, al entrar al cuarto donde se encontraba ella, tuvo la precaución de cerrar la puerta. En la casa ubicada en el barrio …, cuando la acompañó mientras llegaba LN de la calle. Y en la piscina, cuando hizo sobre el cuerpo de la menor, rozamientos lúbricos, seguramente aparentando un inofensivo juego, acto para el cual no necesitaba absoluta privacidad. Y es que las oportunidades se advierten lógicas, si en cuenta se tiene que LNS cuenta que PN, ejercía sobre la menor, el rol de padre y fungió como su acudiente ante el colegio, la llevaba y recogía en dicho plantel, lavaban el carro juntos, la acompañaba a comprar algunas cosas, entre otras actividades, diligencias que se hacían en el vehículo familiar.

Dada la descripción de los diversos tocamientos, ante los cuales la menor nunca reaccionó con gritos o llamados de auxilio, sino, por el contrario, con mutismo, no se necesitaba ni mucho tiempo ni un espacio totalmente cerrado o aislado, para su realización.

La Defensa pretendió, con el testimonio del arquitecto JDPS, probar que, en la casa ubicada en la calle … y el apartamento 301 ubicado en el edificio… , bajo la nomenclatura…, dadas sus características, no existía mucha privacidad, y que cualquier sonido, fácilmente era percibido por las demás personas, esto para descartar la posibilidad de que los hechos denunciados hayan sucedido en esos inmuebles, en tanto existía la posibilidad de ser detectados por terceras personas. El perito, luego de hacer la descripción de cada inmueble, de los materiales utilizados para su construcción y la distribución locativa, los clasifica como viviendas de tipo estándar, sin características extraordinarias o atípicas, direccionadas a condicionar un grado de privacidad alto. Luego del respectivo análisis y de las pruebas de sonido, afirma que este tipo de edificaciones tienen un grado de privacidad muy bajo.

En cuanto a la casa, informa que el grado de privacidad es moderado tomando la casa como unidad, pero en relación con cada piso, el grado de privacidad igualmente es bajo. Explica que la prueba de sonido, consistió en ubicar un emisor de sonido en cada espacio y, a su ayudante, como receptor (de quien dice, no tiene estudios en acústica o ingeniería de sonido), en otro sitio de la vivienda. Entonces asegura que, en el apartamento, el sonido se propaga muy fácilmente, ya que su área social es totalmente abierta. Y en punto a la casa, refiere que, igualmente tomando cada piso en forma independiente, el grado de privacidad es mínimo. Al ser interrogado sobre el tipo de sonido empleado, afirma que se emitió desde un celular, y que era un "… sonido un poquito agudo y cómo le digo, yo me quedé en la habitación y mandé a mi auxiliar al punto más extremo donde, pues él, me informaba que si se escuchaba o no se escuchaba con cierta moderación".

Para la Sala, esta prueba, no ofrece elementos mínimos para consolidar un criterio objetivo o técnico. En primer lugar, se desconoce qué clase de medición sonora se realizó, qué volumen y decibeles[43] se imprimió al sonido a medir, las distancias entre el generador del sonido y el receptor, la capacidad técnica y la sanidad de los sentidos de este último, etc. Recuérdese que sobre el sonido solo se conoce que fue un "…poquito agudo.".

Además de que la prueba es totalmente deficiente, se suma que, dada la forma en que sucedieron los hechos, descritos en detalle por la víctima, no resulta ni mínimamente idónea para desvirtuarlos, toda vez que, como ya se dijo, durante los episodios delictivos sucedidos en los inmuebles, la menor no gritó ni pidió auxilio. Actitud pasiva que se explica, no solo porque el acusado le había indicado que lo que hacía no era malo porque a ella le gustaba, sino además porque, aunque ella no quería ser tocada, tampoco quería que él se enojara, conducta que se entiende, en tanto el ejercía total autoridad sobre ella. Además, la prueba en mención, por obvias razones, no desvirtúa los episodios sucedidos en los vehículos o en la piscina.

Valoración psicológica forense:

Como ya se advirtió, para corroborar la versión de la menor también se cuenta con la valoración psicológica forense llevada a cabo por el psicólogo de CAIVAS, Javier Hernán Almeida España, la que, como bien lo dicen los apelantes, no fue objeto de valoración alguna por parte del Juzgado, o de haberse realizado, no fue plasmada en la sentencia.

El perito, luego de presentar su acreditación y experiencia como psicólogo forense, informa que utilizó, para la correspondiente valoración, el método denominado entrevista semiestructurada, explicando su validez científica y su inclusión en los protocolos establecidos en el Instituto de Bienestar Familiar, para la verificación de los derechos fundamentales de los menores de edad víctimas de delitos graves, entre los que se cuenta los sexuales.

Luego, centrándose al caso en particular, afirm**ó** que el 4 de octubre de 2018, por petición de la Defensoría de Familia, se realizó la valoración psicológica a la menor M.G.S., la cual incluyó el examen mental, una conceptualización frente a los hallazgos y sugerencias para el proceso.

43 El decibelio o decibel es una medida utilizada para expresar el nivel de potencia o un nivel de intensidad de sonido.

Y al hablar del motivo de la valoración, informa que se genera por una presunta vulneración a su libertad y formación sexual, la que se daría de manera intrafamiliar, consistente en actos sexuales abusivos (tocamientos y besos corporales y en la boca, cunnilingus y froteurismo).

Una vez reconoce como suyo el informe base de opinión pericial, inicia explicando los parámetros y aspectos que se deben atender para la valoración, entre ellos determinar la dinámica que tiene la persona con el entorno y consigo mismo. En cuanto a la relación consigo mismo, informa que encontró autoestima disminuida con antecedentes de ideas de muerte y conductas autolesivas y estableció como causa, la violencia sexual sufrida. En cuanto a la relación con su entorno, adujo que es una adolescente que está acorde a sus procesos de percepción y de ubicación en la realidad, orientada psíquicamente, colaboradora, con pensamientos lógicos, coherentes, sin compromiso en su memoria, ni fallos en la recuperación y organización de la información, y con una elaboración clara de las experiencias vividas, descartando ideas delirantes. Y explica que llegó a esa conclusión a través de la narrativa que realiza, teniendo en cuenta los hechos como tal, así como su desempeño en el ámbito familiar, en la dinámica social, y otros factores que permiten descartar conductas alucinatorias.

Agrega que la sintomatología que identificó, además de la autoestima disminuida, e ideas de muerte y suicidas, es que existe déficit de habilidades sociales con tendencia al aislamiento, vergüenza, depresión, tristeza, irritabilidad e introspección, además de desórdenes en la alimentación, alteración en el patrón de sueño, sentimientos de traición y de ser diferente. Miedo a ser agredida nuevamente y miedo a estar sola. Sintomatología que dice, según refiere la valorada, tiene su génesis en la violencia sexual padecida. Al explicar los sentimientos de traición, afirma que se genera por la relación o vínculo que tenía la menor con el presunto agresor, quien ejercía la figura paterna y de quien esperaba garantía de seguridad y protección.

Advierte que la valoración no determina si el relato de la menor es creíble, pero sí ofrece unas apreciaciones acerca de lo observado, para determinar si el relato es lógico, coherente, si existe ilación de las ideas, si el lenguaje no está contaminado por elementos externos, y permite observar algunos elementos de respuesta emocional, cuando la persona está realizando la narración de los hechos. Entonces concluye que "…para el momento de la intervención impresiona la narración lógica, consistente, parte de una manifestación espontánea, influida.". Que sus manifestaciones están acordes al ciclo de desarrollo en una respuesta emocional, frente a los hechos, y que no presenten contradicciones, ni se identificó una patología de base que pueda comprometer su dicho. Sobre la capacidad de fantasía, reitera que no es desbordante, y no presenta una conducta fantasiosa en ningún momento de la intervención. Igualmente estableció que no se encontró elemento alguno que demostrara que la menor pudiera tener algún tipo de ganancia secundaria por la narración ofrecida.

Refiere luego a las recomendaciones que realiza, dependiendo de los hallazgos en la valoración, y para el caso, aduce que remitió a la menor a valoración por psiquiatría por las ideas de muerte y suicidas que identificó, y además la remisión a psicología, para lograr la regulación emocional y la funcionalidad en los roles que ella cumple.

Esta clase de pruebas, valoraciones psicológicas o psiquiátricas, dada su naturaleza, son de probabilidad y no de certeza, en tanto analizan la conducta humana, por lo que dichos conceptos pueden variar, dependiendo de diferentes factores, entre ellos la disponibilidad de la persona valorada y la información suministrada. Incluso, como lo dice la jurisprudencia, puede no estar libre de la influencia de los sesgos que pueda tener el perito[44].

Igualmente se tiene que una sola entrevista no es totalmente suficiente para que un profesional de la psiquiatría o psicología pueda concretar un dictamen definitivo que arroje una muy alta probabilidad en sus conclusiones. Sin embargo, s**í** constituyen una herramienta invaluable para el juzgador, pues dado el principio de libertad probatoria, permite conocer la actitud que, ante el perito, asume la persona valorada, al referirse a los hechos y las consecuencias del mismo, su estado mental, las secuelas de un determinado hecho y la coherencia de la narración ofrecida, entre otras posibilidades. Y para esta Sala, resulta de importancia conocer que la evaluada present**ó** un discurso lógico, coherente, descartando ideas alucinatorias o fantasiosas y que, mediante el examen mental, el perito logr**ó** identificar síntomas muy frecuentes que presenta un menor abusado sexualmente.

La Defensa, en su intervención como no apelante, realiza las siguientes críticas sobre esta prueba:

Informa que la valoración psicológica tuvo como fundamento la entrevista realizada a la menor fuera del juicio, y no el testimonio vertido en el juicio, y entonces advierte que, si la Fiscalía pretendía que dicha entrevista integre el tema de prueba, no bastaba con solicitar el decreto de la prueba pericial, sino que debía solicitar como prueba, dicha declaración. Sobre el tema, razón le asiste a la Defensa, en tanto la Corte Suprema de Justicia, así lo ha establecido incluso en un pronunciamiento[45] **más reciente al citado por la Defensa. En esta oportunidad afirmó:**

"(i).- la Corte ha distinguido la base fáctica del dictamen pericial cuando lo conforman declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, de las percepciones directas del perito. Según lo anterior, el "perito es testigo de lo que percibe directamente," ha dicho la Sala, y sobre las declaraciones entregadas por terceros al perito, en la SP del 26 de septiembre de 2018, Radicado 47789, explicó lo siguiente:

> *'…si la base fáctica estaba conformada en todo o en parte por declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, que informaban sobre la ocurrencia de los hechos investigados, como acontecía con la anamnesis en las pericias sexuales, psicológicas o psiquiátricas, y la parte pretendía utilizar su contenido para probar los hechos jurídicamente relevantes, no bastaba el testimonio del perito, sino que era necesario agotar los trámites legalmente previstos para la incorporación de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, si lo buscado era utilizarlas a título de prueba de referencia…"*
> *(Se destaca)*

---

44 C.S.J. Sentencia 9 may. 2018. Rad. SP1557-2018. 47.423. M.P. Patricia Salazar Cuellar.

45 C.S.J. S.P. 358-2020 Rad. 53127.M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa

Bajo ese entendido, se recordó en la misma decisión, con base en la SP del 28 de octubre de 2015, Radicado 44056, que cuando se trata de incorporar las declaraciones que conforman la base fáctica del dictamen, se debe cumplir con el siguiente procedimiento:

> *'(i) su descubrimiento probatorio en los escenarios procesales previstos por el legislador, (ii) la solicitud y justificación de su práctica, (iii) la acreditación de la causal de admisibilidad invocada, (iv) la indicación del medio de prueba que se pretendía utilizar como vehículo para acreditar su existencia y contenido, y (v) su incorporación en el juicio oral."*

En otro de los apartes, trajo a colación la SP del 26 de septiembre de 2018, Rad. 47789, en el que se sostuvo:

> *'(i) … los relatos sobre los hechos investigados, entregados por los menores de edad en las valoraciones de carácter sexual, psicológico o psiquiátrico, tienen la condición de declaraciones rendidas por fuera del juicio oral, y (ii) que, si la parte pretende utilizar estos relatos para probar la existencia del hecho investigado, debe sujetarse en su descubrimiento, incorporación y valoración al trámite y reglas establecidas para la prueba de referencia."*

Y en el presente caso, en efecto, la Fiscalía no solicitó que se decrete como prueba de referencia, la entrevista tomada en la valoración psicológica. Lo anterior hizo que, cuando el funcionario acusador solicit**ó** al perito que refiera los hechos que había narrado la menor en la entrevista, la Defensa se opuso, oposición que fue atendida por el Juzgado. Tampoco la entrevista fue utilizada en su momento para refrescar memoria o impugnar credibilidad. Así, se tiene que su contenido no puede ser objeto de análisis ni puede servir para hacer el cotejo de los dichos vertidos en esa oportunidad y los expuestos en el juicio, para constatar si realmente existen contradicciones que pudieran socavar la credibilidad del testimonio, como lo pide la misma Defensa en su alegato. Sobre la imposibilidad de la valoración de la entrevista, la Corte Suprema de Justicia afirmó[46]:

> *'La crítica por supuestas inconsistencias entre la declaración vertida por la menor en el juicio (sección de 14 dic. 2011) y la entrevista que rindió previamente el 26 de enero de ese año, no es de recibo, porque este último extremo de cotejo no es una prueba legalmente producida, y que en la audiencia preparatoria no se ordenó su incorporación sino el testimonio directo de la agraviada, y durante su práctica ni la Fiscalía ni la defensa recurrieron a la aludida entrevista para alguno de los fines permitidos por la ley[47], aún más, esta parte ni siquiera la usó en el contrainterrogatorio para impugnar la credibilidad de la ofendida o para evidenciar contradicciones o inconsistencias como las referidas por el ad-quem.*

---

46 Sentencia 22 jul. 2018. Rad. SP 2714-2018. 42.599. M.P. Eugenio Fernández Calier

47 Ley 906 de 2004. Articulo 392 -d); 393 -b) y 403-4

Dicho, en otros términos, el fundamento del descredito dado al testimonio de la víctima también está fincado en un error de derecho por falso juicio de legalidad, al valorar como medio de prueba un elemento que no reúne las exigencias de ley para ser considerado como tal.".

Pero, al margen de lo anterior, se dirá que de haber existido esa falta de concordancia a la que se refiere la Defensa, la misma no socaba la credibilidad del testimonio de M.G.S. Afirma que en dicha entrevista habría referido tres lugares donde ocurrieron los hechos (la casa del barrio ..., un carro y el apartamento de la madre del procesado), en tanto en el juicio, agreg**ó** dos lugares más, (otro carro y la casa del barrio ...).

Lo anterior, contrario a lo dicho por la Defensa, lo que demuestra es que no se está ante una lección aprendida sino ante la evocación de experiencias por ella vividas. Recuérdese que tanto la entrevista como el testimonio se da a los cuatro años de sucedidos los hechos, y en dos estadios diferentes. Ya la Corte ha asumido este tema en varios pronunciamientos, como, por ejemplo, en el radicado 53154[48] cuando afirmó:

'De igual manera, en torno al segundo tópico, a la par que, se predica el fortalecimiento de la memoria frente a hechos traumáticos, también cabe admitir las inexactitudes no sustanciales cuando el relato se vierte en distintas oportunidades, de manera que es imposible la narración absolutamente idéntica en cada una de ellas, dependiendo de factores tales como la cercanía de la versión a la fecha de los hechos, la interpretación del entrevistado a las preguntas formuladas, la confianza generada con el interlocutor, los diversos procesos de rememoración de cada persona, etc.

Es de este modo que, la Corte ha reconocido que (CSJ SP8565-2017, rad. 40.378):

'(...) la ciencia psicológica ha sido especifica en reconocer que, factores como 'la cantidad de tiempo que transcurre entre el episodio y el testimonio (...) y el tipo de interferencia que el testigo soporta entre el momento en que asiste al episodio y el momento en que es llamado a declarar (...)"[49], inciden en la exactitud de la memoria, dado que todos los procesos de evocación no son iguales en todos los seres humanos.
(...)
En todo caso, en no pocas oportunidades, la Corte se ha ocupado de resaltar que, las inconsistencias, divergencias o contradicciones intrínsecas o extrínsecas del testimonio, o incluso la constatación de que un testigo falto a la verdad en cierta parte de su narración no convierte en inaceptable o lo descalifica de plano, pues habrá de escudriñarse, de acuerdo con las reglas de la sana critica, la validez o no del relato en su integridad, de cara al resto de medios suasorios, para lo cual debe ser analizado con mayor celo y precaución.

---

48 Auto 5 de agosto de 2020. Rad. AP1838-2020. 53.145 M.P. Eyder Patiño Cabrera

49 MAZZONI, Giuliana ¿Se puede creer a un testigo? El testimonio y las trampas de la memoria. Editorial Trotta, Madrid, 2010. P. 22.

> *En verdad, esta Corporación ha resaltado que la credibilidad de un testigo no puede medirse, necesariamente, en función de la convergencia absoluta de su relato consigo mismo y con los demás, pues, la experiencia enseña que, es normal que las personas varíen las particularidades insustanciales de su narración y que coincidan en lo esencial cuando su relato es fidedigno. (CSJ SP, 5 nov. 2008)"*

Reiterando esta tesis en un pronunciamiento más reciente[50].

La Defensa, desplegando su crítica, aduce que en la valoración psicológica no se procedió a verificar si los dichos de la menor tenían sustento f**á**ctico, como, por ejemplo, verificar el "rompimiento relacional entre los protagonistas", (debe entenderse entre el procesado y la menor) y los intentos de suicidio, aspecto sobre el cual, dice, no se realizó análisis alguno. Afirma que, si bien se habló de los tratamientos psicológicos recibidos por la menor, no se presentó evidencia alguna sobre los mismos, como tampoco prueba sobre el bajo rendimiento académico. Entonces dice, el perito partió tan solo de la versión de la entrevistada, como si ella tuviera la verdad absoluta, sin que haya existido constatación objetiva alguna.

En efecto, como lo dice la Defensa, el perito, en apartes de su ponencia, afirma que la información recibida procede de la menor. Por ejemplo, al ser interrogado sobre los hallazgos al analizar la relación "consigo mismo", afirmó: "Ahí se valoran tres variables, ciencias sociales, de género que va acorde a su edad cronológica, autoestima, que, para la fecha de valoración, según lo que manifestaba, estaba disminuida con antecedentes de ideas de muerte, suicidas y conductas autolesivas. Manejo corporal, había propiedad y conocimiento acordé a su edad y desarrollo". (Subraya la Sala)

Y al preguntarle si podía determinar las causas, afirmó:

> *'Si, por los estresores que menciona ella, que son motivo de la verificación de derechos. (…) La presunta situación de violencia sexual" (Resaltado por la Sala). Sin embargo, según refiere el funcionario, si bien la valoración psicológica se basó en la entrevista semiestructurada, también tuvo como fundamento otros componentes, como por ejemplo la observación directa, el reconocimiento verbal y lenguaje corporal, además del examen mental.*
>
> *Y es precisamente todo ese procedimiento, analizado en forma integral, el que lo lleva a concluir que no existen elementos que indiquen una conducta alucinatoria o delirante, o que su relato no tenga lógica o coherencia en relación a los hechos vividos. Y al ser indagado sobre el juicio de realidad, advierte que no hay distorsión de la realidad y que existe una elaboración clara de las experiencias que está viviendo en el momento en que se encuentra. Es decir, el perito es testigo directo respecto a los síntomas comunes de un menor abusado.*

---

50 CSJ Sentencia 9 de diciembre de 2021. Rad. SP5547-2021, 55180. M.P. Gerson Chaverra Castro.

Sobre el tema, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia bajo el radicado SP4179-2018[51], citando la SP2709-2018[52], afirmo:

> *'Explico igualmente, que cuando el perito tiene conocimiento personal y directo de los hechos sobre los cuales opinaba, como sucedía en el caso ya expuesto del médico legista que emitía opiniones sobre la causa de la muerte a partir de la observación del cadáver, o del sicólogo que advertía la presencia en el menor entrevistado de síntomas de síndrome del niño abusado, la acreditación del hecho sobre el cual informaba podía cumplirse con el testimonio del perito, quien en estos casos fungía como testigo directo,...*
> *(...)*
> *'... ii) si, por ejemplo, el psicólogo, en su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del 'síndrome del niño abusado", será testigo directo de esos síntomas, de la misma manera como el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física; y iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido."*[53]
> *(Subraya esta Sala)*

En el presente caso, el perito fue testigo directo de los síntomas que presentaba la menor, los que, dijo, pueden tener origen en el abuso sexual del cual fue víctima, aunque, como bien lo dice la Defensa, también explicó que podrían haberse generado por otras razones.

Ahora, es verdad que no se aportó pruebas sobre el tratamiento psicológico recibido por la menor, ni pruebas gr**á**ficas sobre los supuestos intentos de suicidio, entre ellas las cicatrices en los brazos, como lo requiere la Defensa. Encuentra la Sala que la Defensa, está criticando su propia desidia, toda vez que, de encontrar importante estas pruebas, bien pudo, agotando los procedimientos respectivos, lograr obtener la historia clínica psicológica de la menor, o en su defecto, la constancia de no haberse surtido dicho tratamiento, para alegar sus propias razones. Sin embargo, finalmente ninguna de las partes presentó dichas pruebas, pero tal hecho, no desvirtúa las conclusiones del perito y menos el testimonio de la víctima.

En conclusión, se tiene que, si bien la valoración psicológica no ofrece resultados en el grado de certeza, sino de probabilidad, permite conocer que la menor, ante el psicólogo forense, sostuvo su versión con naturalidad, espontaneidad y en forma lógica, ubicada en la realidad. Y que le permitió al profesional identificar síntomas que son muy recurrentes en víctimas de delitos sexuales, como baja autoestima, ideas de muerte y suicidas, aislamiento, vergüenza, depresión, tristeza, etc. Y en especial, sentimientos de traición, precisamente por ser abusada por el ser que ejercía un papel paternal y protector.

---

51 C.S.J. Sentencia 26 sep. 2018. Radicado SP4179-2018, 47.789. M.P. José Francisco Acuña Vizcaya.

52 C.S.J. Sentencia 11 julio 2018. SP2709-2018. 50637

53 Página 27 del fallo

Ahora, recuérdese que la Defensa, ante la posibilidad de que la menor s**í** presentaba los síntomas relacionados por el perito, afirma que los mismos pueden ser generados por algunos eventos en su vida, entre los cuales, refiere, el abandono de su padre biológico, la separación de su madre, LNS con PN y la nueva relación de ella con el señor YV.

En efecto, se demostró en el juicio que M.G.S. es una menor que desde la temprana edad de 5 años, sufrió al parecer por la actitud displicente y descuidada de su padre biológico y por los conflictos vividos con su madre, lo que hace probable que la menor haya tenido afectaciones de tipo emocional. Pero ello no elimina la posibilidad de que también el abuso sexual por parte de la persona que lleg**ó** a ocupar, de alguna forma, el vacío que había dejado su progenitor, le haya dejado afectación, inclusive, más grave.

Lo que se advierte es que, no solo su corta edad sino su difícil experiencia desde tan temprana edad, la hizo mucho más vulnerable, estado que fue aprovechado por PN para hacerla objeto de sus desafueros, asegurando, mediante actitudes bondadosas y generosas, su silencio.

Nótese al respecto, que se presentó una constante manipulación del acusado hacia su víctima, puesto que desde el primer contacto físico, cuando le preguntó que si ya le habían dado un beso, y ella le contestó que no, él fue el autor de esa primera experiencia para la niña, y empezó a inculcarle que era algo normal, así que debía asegurar que esta maniobra diese resultado, asumiendo un comportamiento halagador, que en principio no fue interpretado como algo negativo, pero que luego sería entendido por la madre de la menor, cuando explica que el acusado fue muy estricto con su hija en común GG a diferencia de su otra hija, a quien le hacía regalos, como celulares nuevos, tablets, detalles de un grupo musical coreano, que los mandaba a traer importados, colecciones de libros completas, regalos en navidad, cuando sacaba buenas notas, lo que entendió eran privilegios que no los tenía su hija consanguínea.

Explica que en principio pensó que eran por cariño e incluso antes de enterarse del abuso, le ofreció llevarse a su hija “M” (la víctima) de viaje cuando cumpliera los 18 años, al extranjero.

En cuanto a los regalos, se trata de un hecho que no se niega por parte de PN, pero lo justifica indicando que intentaba tratar por igual a su hijastra y su hija consanguínea, lo cual en contextos de normalidad resulta loable, solo que en medio del abuso sexual del que hizo víctima a MGS, tenía incidencia en fortalecer su intención de que ella guardara silencio, de hecho, ese fue uno de los aspectos que puso en un dilema a la víctima a su corta edad, puesto que si contaba lo que estaba sucediendo, se perdía todo lo que ella consideraba un beneficio no solo emocional sino económico para ella, su madre y hermana menor.

Tanto la Defensa como el Juzgado de instancia encuentran ilógico que la menor apenas haya informado de los atentados sexuales el 17 de agosto de 2018 y que lo haya hecho a través del señor YV.

Resulta pertinente anotar que la menor expone las razones que la llevaron a realizar la delación mediante una carta y la razón por la cual la entregó inicialmente a HYV: “El motivo fue

principalmente porque yo pensé que al decirle verbalmente a mi mamá sería como un golpe demasiado fuerte y aparte pensé que con la nota iba a poder como aclarar todo y decir todo con claridad porque uno cuando, no sé, habla así no más hay veces que una omite ciertos detalles, entonces yo quería contarle todo a mi mamá."

Sobre el contenido de la carta, expresa:

> *'Pues exactamente no me acuerdo que dice, pero básicamente le voy diciendo a mi mamá como todo lo que pasó, intenté empezar lo más, como cariñosamente posible porque la verdad no quería que ella se sintiera mal por eso, también recuerdo como que le dije, como todo lo que pasó pues no tanto en detalle, pero sí como básicamente, por qué ya no quería salir con él, por qué sentía que mi hermana estaba en peligro, que por favor hiciéramos algo."*

Y al ser interrogada a quien le entregó inicialmente la carta, afirma que era un viernes cuando regresó de hacer el servicio social denominado..., consistente en sesiones de recreación en hospitales, orfanatos o ancianatos, cuando:

> *'...yo le dije a JY que por favor me ayudara porque siento que era la persona más calificada en el momento que conocía más a mi mamá y cómo iba a reaccionar, entonces él me dijo que por favor le entregara la carta primero a él, que él la leía y después se la entregara a mi mamá pues para mirar cómo iba a reaccionar, si va a necesitar un abrazo o así, entonces yo llegué cuando ellos llegaron, le entregué la carta a J, después él llegó y se fue al baño a leerla así pues, para que mi mamá no sospechara como de ¿Qué estás leyendo?, después llegué y me fui al cuarto con mi mamá así a charlarle a contarle que ha sido de mi primer día como ... y después salió J llorando y pues le entregó la carta a mi mamá mientras él me abrazaba, pues así llorando de todas formas."*[54]

Este episodio, es corroborado por LNS y HJY, cuyos testimonios no merecieron valoración alguna por parte del Juzgado.

HJY, quien era novio de LNS, da cuenta que, para agosto de 2018, un año antes de su testimonio, la menor, días antes le dijo que quería hablar con su madre, y que deseaba que el las acompañe en ese momento. Que advirtió que se encontraba ansiosa, nerviosa e inquieta. Refiere entonces que para ese día: "...ella me llev***ó*** una carta me pidió que la leyera para ver qué opinaba sobre ello, yo recibí la carta de la niña, ingres***é*** al baño estábamos en la casa de residencia de ellas, leí la carta en el baño, leí todos los detalles que ella relataba ahí y pues así me enteré la situación**."**

Sobre su contenido dice recordar varias cosas, entre ellas que el relato se refería a la historia de su primer beso, de cómo había sucedido, que se hacía referencia a **"...besos babosos..."**, de cómo se escuchaba la ducha y del baño que estaba tomando su madre, de la pregunta de

54 Minuto 50.55

su madre de si había dado su primer beso, entre otros hechos. Que, en dicho escrito, además de sentimientos de culpa, expresaba su preocupación por su hermana menor y por su madre. Y que de los hechos señalaba a GD como el responsable. Asegura que leer el escrito lo afect**ó** mucho, porque las menores ya hacían parte de su vida, y que se lo devolvió diciéndole, "…no te preocupes, dásela a tu mamá que ella te va a apoyar y la abrac***é*** y la niña me abraz***ó*** fuertemente y empezó a llorar".

Afirma que en ese momento comprendió la razón por la cual la menor era introvertida y se ocasionaba lesiones. Entonces prosigue su relato diciendo que se entregó la carta a LNS, lo que le ocasion**ó** una alteración muy fuerte a ella y a la misma M.G.S. Indica que buscaron ayuda y siguieron las instrucciones que les dieron en el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, entre ellas someter a la menor a la atención médica y psicológica, e iniciar los trámites correspondientes.

LNS recuerda ese día sucedido aproximadamente un año antes de rendir su testimonio, afirmando que, siendo un viernes, miró a HJY

> *'…con los ojos aguados y me dijo tienes que leer esto, entonces yo tomé una carta que me había hecho la niña, la empecé a leer y me enteré qué quién yo creía que la quería como su papá le había hecho pasar el dolor más grande que se le puede hacer pasar a un ser humano. Yo quedé en shock, mi hija no sabía qué hacer, temblaba, lloraba, yo no sabía cómo consolarla y no sabía qué hacer, soy abogada pero en ese momento no sabía qué hacer, pensaba en mi otra niña porque creí que tenía el mejor papá del mundo, no sabía qué hacer, así que nos tomamos un tiempo, yo decidí que necesitaba ayuda y llame al ICBF a Bogotá a pedir orientación, expongo el caso, les dije que no sabía qué hacer, tenía miedo de que ya que mi hija había contado esto intentará atentar contra su vida,…".*

Agrega que en el Instituto le dijeron que tenía que activarse la ruta de atención para la niña y que su preocupación principal era la salud física y psicológica de ella. Aduce que antes había pensado que la crisis que tuvieron se habría generado por la separación, en tanto se hab**ía** destruido el hogar que tenía con G, pero dice, luego entendió que era por el abuso del que era víctima su hija. Narra las atenciones médicas y las valoraciones psicológicas que recibió M.G.S., su otra hija y ella, el trámite para iniciar la acción penal y la acción administrativa de restablecimiento de derechos con el ICBF.

En cuanto a la carta, si bien el Juzgado dice que LNS no la leyó con detenimiento ni prest**ó** atención, y que como abogada no debió entrar en pánico a tal punto de no saber a dónde acudir, la testigo, explica con solvencia, su verdadera conducta en ese momento, que demuestra, contrario a la interpretación que hace el Juzgador de primera instancia, la grave afectación que sufrió. Al ser preguntada qu**é** decía la carta, confiesa:

> *'…sí le soy honesta hasta el sol de hoy yo no he podido leerla con detenimiento porque cada que lo hago a mí me destroza saber que mi hija pasó por todo eso, la leí la*

*primera vez, sé que muchas de las cosas de ahí, sobre todo cuando yo efectivamente le pregunto si a ella ya le habían dado su primer beso y lo que ella cuenta. Eso pasó, ella no me dijo nada y me mir**ó** con mucha tristeza ese día, yo todavía me acuerdo, y pues ahí relata cómo G de una manera muy miserable se aprovechó del cariño de la niña para sus aberraciones".*

Pero, si en gracia de discusión se diría que se está ante una actitud ilógica, o descuidada de la señora S, el cuestionamiento a esa conducta, como bien lo dice el Ministerio Público, en nada desvirtúa o merma la credibilidad del testimonio de la menor, como quiera que se trata de la conducta de una tercera persona, sobre la cual la menor no tiene alguna injerencia y menos, responsabilidad. Pero, además, igualmente le asiste razón a la señora Procuradora Judicial, cuando dice que el juzgado se limita a cuestionar la metodología escogida por la menor para dar a conocer los hechos, pero no se detiene en el análisis del contenido de sus dichos.

La testigo prosigue su narración diciendo que quiso calmar a su hija y que le pidió perdón por haber creído que G podría ser el papá que no había tenido. Afirma que su hija no sabía las consecuencias jurídicas y administrativas que tendría su denuncia, en tanto explic**ó** la delación diciéndole **"yo lo digo porque quiero sanar".**

Como quiera que el Juzgado encuentra ilógico que la menor haya esperado hasta el año 2018 para contar lo sucedido, resulta pertinente recordar lo dicho por la menor en su declaración, ante la pregunta del Ministerio P**ú**blico sobre la razón por la cual había guardado silencio desde 2015. Así respondió:

"*Básicamente porque quería proteger a mi hermana, yo quería que ella creciera con su papá pues porque yo no crecí con mi papá, quería que, pues, ella tuviera una bonita infancia, pero, pues, espero que no me haya equivocado, básicamente fue por eso, aparte las dificultades económicas y todo eso, o sea, no sé, siento que iba a ser un golpe muy fuerte en el momento tal vez inadecuado."*

Sobre las dificultades económicas, la señora RGNO y el mismo acusado dan cuenta de ese hecho. El segundo de ellos afirma que, por mucho tiempo él fue el único proveedor económico de la familia, mientras LNS, cuidaba a su pequeña hija, y que una vez separados, el no solo siguió cubriendo la cuota alimentaria de M.G.P.S., además de los gastos de salud, dada una grave patología que sufre la pequeña, para el cual debía realizarse un tratamiento hormonal en la ciudad de Cali, sino los requerimientos básicos de M.G.S., como, por ejemplo, los gastos del colegio y la "lonchera" diaria. Época en la cual, según él, sí bien LN, ya trabajaba, a**ú**n existían aprietos económicos, a tal punto que ella le pedía que le adelantara la cuota alimentaria, a lo cual él, generosamente, accedía. Esto sin contar con los regalos que PN le hacía a M.G.S.

Ahora, la razón por la cual, en agosto del 2018, se da la delación, LN hace conocer la posible motivación. Dice que su hija inici**ó** en su colegio el programa de labor social llamado … desarrollado ante niños y personas enfermas, y que para ello se realiza una ceremonia de sanación, consistente en un proceso de formación y entrenamiento emocional y psicológico, para, supe-

rado el mismo, iniciar la labor. Y entonces hace conocer que, si bien antes era una adolescente aislada y muy hermética, luego de realizar el… , cambi**ó** en forma favorable a la vez que mejoró la relación con ella y con su hermana menor. Conoce que, en ese proceso, su hija le contó a su amiga …, lo que le había pasado con su padrastro, y aquella le habría aconsejado que informe de ello. Y sigue su narración diciendo que, en la ceremonia de la entrega de batas para dicha práctica, M.G.S. le dio un abrazo fuerte y le pidió que no la dejara, además de expresarle que no quería que en la ceremonia estuviera GD. Lo anterior deja en una alta probabilidad que, ese evento en la vida de la menor la haya motivado a descubrir ante su madre, su penoso y pesado secreto, vivido en parte de su niñez y adolescencia.

En cuanto a la actitud de M.G.S. frente a la delación, LN informa que estaba asustada, y luego tuvo pesadillas recurrentes con GD, en tanto soñaba que él entraba a la casa y la mataba a golpes. Que su ánimo variaba, pero que gracias a los tratamientos psicológicos ordenados al interior del proceso de restablecimiento de derechos y realizados por la EPS, mejoró mucho, aunque dice, subsisten las crisis.

Ahora, si en gracia de discusión se dijera que existió demora en interponer la denuncia, tal circunstancia, además de ser adjudicada a una tercera persona, que no a la menor, no puede servir de fundamento para desacreditar el testimonio de M.G.S. Como sustento de esta posición, se trae a colación el siguiente pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia[55]:

“La Corte, sobre este tema, en la decisión CSJ SP2714-2018, Rad. 42599, señalo lo siguiente:

> *‘De otro lado frente a la regla que el ad-quem construyó para reprochar la mora en la denuncia, según la cual, cuando se trata de delitos sexuales ‘las pautas sociales ordinarias” determinan que la respectiva queja se formule lo antes posible, es imperioso resaltar que esta Corporación ha tenido la oportunidad de señalar que en los delitos de la especie analizada construcciones axiomáticas como la propuesta carece de las exigencias de generalidad y alta probabilidad para ser tenidas como normas de experiencia válidas[56].*

En efecto, es que precisamente raciocinios de esa estirpe son contrarios a la experiencia, dado que en esos casos suele ocurrir lo contrario, es decir, que la víctima o sus representantes legales, cuando es menor de edad (como en este caso), se abstengan de acudir a la autoridad por temor al agresor, o a la revictimización que implica todo el trámite penal, o por el escarnio o menosprecio que suele generar el suceso en los círculos familiares y en la comunidad a la que pertenecen, como en efecto los progenitores de la ofendida justificaron en los dos últimos aspectos el tiempo que tardaron en presentar la demanda penal.

De hecho, es necesario destacar que en tratándose de delitos sexuales cometidos en menores de edad, el legislador atendió varios de esos factores para introducir en esos eventos una

---

55 CSJ Auto 13 marzo de 2019, rad. AP908-2019, 53781. M.P. Luis Antonio Hernández Barbosa.

56 CFR. CSJ SP15378-2016, 26 de octubre de 2016. Rad. 35864

excepción en los cómputos de los términos de prescripción[57], pues según las estadísticas de la Fiscalía General de la Nación, del total de los delitos contra la libertad, integridad y formación sexual contra niños, niñas y adolescentes, solo entre el 5 y 10% llegan a conocimiento de las autoridades judiciales, bajo índice atribuido, precisamente a que "…por tratarse de menores de edad, sus agresores normalmente logran intimidarlos, y evitan (así) que las autoridades investiguen y sancionen la conducta…"[58], además que "…cuando estos menores se convierten en adultos y adquieren discernimiento suficiente para identificar el abuso sexual y sus derechos frente a los victimarios, la acción penal ya ha prescrito y no es posible por parte de las autoridades adelantar la persecución penal"[59]

"Por lo anterior, resulta contrario a la experiencia (falso raciocinio) e incluso desatiende el expreso mandato judicial, que el ad-quem deseche la credibilidad del testimonio de la víctima menor de edad con base en que la denuncia de la agresión sexual, según su parece, no fue instaurada antes, no obstante que para poner en movimiento el aparato judicial en busca la condigna justicia la ofendida (o sus progenitores) disponía de un término que iba hasta el momento en que se cumplieran veinte años contados desde cuando ella alcanzaba la mayoría de edad[60]"

Todo lo anterior indica que la menor tuvo razones para no delatar durante mucho tiempo los hechos de los cuales había sido víctima, y que cuando decide contar, lo hace con el ánimo de sanación, buscando a la persona más cercana a su madre, a YV, para que la apoye en el momento de recibir la noticia y hacer menos traumático el momento.

Su actitud, no puede utilizarse en su contra, al contrario, ello se concatena o es coherente con el silencio que guardó mientras fue víctima del abuso, pues las preocupaciones de ese entonces persistían aún después de la separación. Y como bien lo explica la Corte, siendo esa una de las razones por las cuales el legislador decidió extender el término prescriptivo de este tipo de delitos; en no pocas ocasiones, tales hechos se conocen mucho tiempo después cuando las víctimas de cualquier tipo de abuso infantil alcanzan su madurez y empiezan a padecer las consecuencias de los traumas originados en esas etapas iniciales de su vida.

Así, la credibilidad del testimonio de la menor víctima, permanece incólume.

De otra parte, la Defensa echa de menos las pruebas que demuestren el bajo rendimiento que present**ó** la víctima, fenómeno este muy recurrente en menores víctimas de abuso sexual. El Juzgado, uniéndose a esta razón, afirma que no se advierte tal decrecimiento en los años 2016, 2017 y 2018.

---

57 La ley 599 de 2000, artículo 83, inciso 3º (adicionado por la Ley 1154 de 2007 – vigente al tiempo de los hechos): 'Cuando se trate de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales (sic), o el delito consagrado en el artículo 237, cometidos contra menores de edad, la acción penal prescribirá en veinte (20) años contados a partir del momento en que la víctima alcance su mayoría de edad".)

58 Gaceta del Congreso, AÑO XV-No. 414, de 29 de septiembre de 2006, pag. 15-17, Proyecto de ley 137.

59 Ídem

60 Cfr. CSJ SP16269-2015. 25 de noviembre de 2015. Rad. 46325

Para responder si les asiste razón, es imperioso iniciar precisando que las calificaciones de los años 2013 a 2018, fue un hecho estipulado. Ahora, como el abuso sexual se llevó a cabo durante los años 2013, 2014 y 2015, por obvias razones, el estudio sobre dicho rendimiento debe hacerse desde ese primer año, y no como equivocadamente lo hace el señor Juez, desde el año 2016. Y partiendo de ese contexto, se dirá que resulta muy útil y válido remitirse al gr**á**fico elaborado por la delegada del Ministerio Público en su escrito de apelación[61], mismo que demuestra con solvencia que entre el año 2013 y 2016, existió un declive constante y considerable del rendimiento, (4.2 a 3.6), el que solo mejoró a partir de los años 2017 y 2018, etapa que valga decir, ya los abusos habían cesado. Ahora, es verdad que teniendo en cuenta que la evaluación se hace de 0 a 5, una calificación de 3.6, puede considerarse aceptable o media, como lo dice el señor Juez, sin embargo, no por ello se puede desconocer que, s**í** existió un menoscabo en el rendimiento, en tanto su promedio al iniciar ese periodo (2013 a 2018) era de 4.2.

Y a propósito de los puntos de análisis por parte del señor Juez, eleva una crítica más al comportamiento asumido por la menor, pues considera que, al contar con 16 años de edad, cuando decide contar lo ocurrido, tenía la capacidad de hacerlo **"…de viva voz"**, por lo que así debió hacerlo sin acudir a un escrito. Razonamiento por demás desafortunado, en tanto encasilla, según su particular óptica, la conducta que debe adoptar una persona en esas condiciones, sin tener en cuenta, no solo la individualidad de todo ser humano, sino la clara y entendible explicación de la menor, misma que deja en claro que optó por hacer un escrito, para contar los hechos sin omitir detalles, con claridad, y para evitar que el momento sea más traumático para su madre. Rememoremos su explicación: **"…intenté empezar lo más, como cariñosamente posible porque la verdad no quería que ella se sintiera mal por eso…"**

En cuanto a la entrega de la carta primero a HYV, no solo fue debidamente explicado por la menor, sino que resulta una conducta totalmente entendible, en tanto buscó en él, un apoyo emocional para su madre. Incluso, el mismo testigo de la Defensa, el psiquiatra Álvaro Chávez Cabrera, cuando se le pregunta si resulta lógico que la menor que ha sido agredida por el esposo de su madre, puede confiar en el nuevo compañero sentimental de ella, contestó que sí, porque pudo haber ganado su confianza, y agregó: "…el hecho de entregar o no entregar al señor novio en ese momento, considero que no tiene trascendencia para plantear que no fuera verdad lo que haya sucedido, lo importante es lo que escribió y lo que entregó. Y posteriormente lo socializan en conjunto con su señora madre".

A todo lo anterior es necesario recordar que la Defensa, para sostener que los hechos no ocurrieron, afirma que resulta extraño que, LNS, enterada del abuso sexual del que sufriera M.G.S. haya permitido que su otra hija siguiera saliendo con su padre, incluso a viajes a otras ciudades.

En respuesta ella explica que el I.C.B.F., le advirtió que no podía prohibir las visitas de PN a su menor hija M.G.P.S., pero sí mantener a M.G.S. alejada de él, para lo cual, dice, debió inventar muchas excusas, por lo que, la única herramienta para la protección de su hija, fue hablarle sobre el tema del abuso sexual y la necesidad de que ella, en caso de que fuera objeto de tocamientos que la hicieran sentir mal, cuente de los mismos, a quien tuviera confianza.

61 Folio 192 de la carpeta original

Ahora, se conoce que los atentados sexuales sucedieron entre 2013 y diciembre de 2015, es decir cuando la menor tenía entre 11 y 13 años de edad, y las pruebas indican que hasta el año 2018, y dada la regulación de visitas, ella compartía salidas con su pequeña hermana y el ahora procesado, conducta que, el señor Juez, desde su particular óptica, encuentra ilógica, y, por ende, con virtualidad de desacreditar la incriminación.

Al respecto, se constata que, en efecto, la comunicación entre ella y PN se extendió hasta septiembre de 2018. Y se constata igualmente que las fotografías presentadas por la Defensa como prueba documental, hacen relación a diferentes eventos sucedidos entre marzo de 2014 y el año 2016, según lo dicho por el mismo procesado, en donde se puede observar, en algunas, que la menor M.G.S. y PN se encuentran juntos, en ocasiones con más personas, y ella sonriente[62].

Si embargo, para la Sala, la razón expuesta por el señor Juez, no tiene fundamento alguno, porque el análisis debe hacerse a través del lente de la Perspectiva de Género, tan desconocida por la primera instancia.

Cabe recordar al señor Juez que precisamente esa es la razón de ser de que este tipo de hechos se tipifiquen como delito, ya que aunque no medie violencia física y haya consentimiento de las víctimas menores de edad, lo que se pretende proteger por parte del legislador es la libertad y formación sexuales, ya que una niña de tan solo 11 años de edad, que es la época que en el caso inició el abuso, no tendrá la capacidad de discernir, si las acciones desplegadas por quien aceptaba como padre, eran normales o no, al punto que explica que en ocasiones las aceptaba para no enojarlo.

Es más, algunas víctimas menores de edad, precisamente por su edad y en ocasiones por la influencia o autoridad del abusador, no logran tener conciencia ni razón de ser víctimas de un delito sexual, más aún cuando el abusador, como frecuentemente sucede, desarrolla acciones tendientes a menguar cualquier oposición, logrando que su víctima infante participe activamente de los actos. Y todo indica que este es uno de esos casos, en tanto, quien ejercía el papel de protector, le hacía creer que lo que hacía no era malo porque a ella le gustaba. Maniobra que, desplegada por una persona que se identificaba como su padre, muy generoso, cariñoso y con autoridad, a una pequeña de 11 años, fue totalmente idónea no solo para lograr su silencio sino su aceptación, de ahí, que perfectamente pudiera continuar con las actividades propias de la vida familiar.

Todo ello produce por lo general, confusión, y este caso no es la excepción, al punto que como bien se verifica con el testimonio de la menor y la forma en que tomó la decisión de contar lo sucedido, con el tiempo y la edad, ella fue superando hasta tener la conciencia suficiente para distinguir entre el amor paternal y el abuso sexual.

Además de lo anterior, es necesario recordar que los menores víctimas de abuso sexual, no solo desarrollan sentimientos de vergüenza y miedo, sino también de culpa, sentimientos que

62 *Fotografías Nos. 2, 5, 32, 34, 35, 36, 37, 39,41, 42, 43,*

se acrecientan cuando el sujeto activo hace parte de su entorno familiar. Sobre los efectos generales del abuso sexual, varios estudios se han ocupado de su análisis. En la obra DELITOS SEXUALES[63] su autor expresa:

> *'Los efectos perjudiciales que el abuso sexual infantil genera en el agredido han sido profundamente estudiados por la sexología. Veamos la información suministrada al respecto por Glaser y Frosh en el texto citado (referencias estadísticas y conclusiones investigativas) …hay muchas pruebas de que los efectos a largo plazo del abuso sexual pueden ser perjudiciales. Los niños sexualmente abusados, por lo general muestran reacciones emocionales negativas tales como depresión, culpa y autoestima disminuida. El abuso sexual también se vincula a fobias, pesadillas, inquietud, neurosis, rechazo escolar, embarazo adolescente, tentativas de suicidio, el espectro total de las dificultades sicológicas de la infancia.".*

Y todo indica que precisamente en el presente caso, esto sucedió, es decir que con el paso del tiempo y distinguir las acciones propias del cariño de un padre de aquellas de índole sexual, sintió vergüenza y culpa. Y como ya se dijo, se sintió responsable a tal medida que sabía que aparentar una relación normal con PN, pese al abuso sexual, significaba proteger a su hermana menor del desamparo paternal. Recuérdese que cuando dijo haber sido víctima de tocamientos cuando acompañó a PN a guardar el vehículo en un garaje en el barrio …, afirmó que para ella era raro lo que le sucedía, pero **"…a la vez no quería que se enojara".**

Al ser interrogada por el trato que tuvo con PN después de los hechos, refiere que procuró que fuera normal, y estos son sus términos: **"…por el hecho de que está mi hermana de por medio y pues porque el seguía respondiendo por ella, el seguía como en contacto, entonces pues no podría como quitarle ese beneficio a mi hermana durante todo ese tiempo".**

Y ante la pregunta complementaria formulada por el Ministerio Público sobre la razón de haber guardado silencio por tanto tiempo, recordemos nuevamente, afirmó: **"**Básicamente porque quería proteger a mi hermana, yo quería que ella creciera con su papá pues porque yo no crecí con mi papá, quería que, pues ella tuviera una bonita infancia, pero, pues, espero que no me haya equivocado, básicamente fue por eso, aparte las dificultades económicas y todo eso, o sea, no sé, siento que iba a ser un golpe muy fuerte en el momento tal vez inadecuado**".**

Actitud que se entiende con solvencia, precisamente por la relación asimétrica que existía entre ellos, en tanto, él, como ya se comentó, para esa época, además de desempeñar el papel de un padre, era el proveedor económico de la familia, familia que, además, en un inicio vivía en una casa de propiedad de la madre del acusado. Y ella, una menor de 11 o 12 años, que no solo no contaba con su padre biológico, sino que, además, tenía una relación complicada con su madre, tal como se desprende del testimonio de la señora LNS. Quería ella entonces, no solo, no enojar a PN, sino que él siga ejerciendo el papel de padre, no solo en beneficio de su menor hermana, sino, seguramente de ella también, pues las pruebas demuestran, entre ellas el testimonio del mismo procesado, que fue generoso en cubrir sus necesidades básicas.

---

63 DELITOS SEXUALES. Pabón Parra Pedro Alfonso. Ediciones Doctrina y Ley Ltda. 2005, pag. 342

También el Juzgado encuentra ilógico que los actos sexuales abusivos hayan cesado en diciembre del año 2015, cuando dice, las condiciones y oportunidades para tales actos, se mantenían en tanto existía tolerancia de la víctima, actos que, dice, podían sobrepasar los tocamientos y besos.

Tal raciocinio no resulta acertado, porque, contrario a lo dicho por el señor Juez, las condiciones s**í** cambiaron. La prueba es el mismo testimonio de M.G.S., quien hace conocer que, el día que estuvo en el apartamento de PN, con ocasión de la celebración de la navidad del a**ñ**o 2015, este entró al estudio, cerró la puerta y la hizo objeto de tocamientos y besos, "…de una manera que la verdad a mí no me gustaba, recuerdo esa noche estar llorando porque ya no quería más o sea me sentía horrible, me sentía completamente sucia, no entendía lo que estaba pasando y pues de ahí si no permití nada más."[64]

Tenemos entonces que la actitud pasiva que había mantenido la menor, explicable por demás, cambi**ó**, esta vez, no solo para rechazar los actos de ese momento, sino para no permitir que, en adelante, se repitan. Actitud suficientemente idónea para que una persona, conocedora de las implicaciones que podría tener su conducta, como lo es PN, haya decidido abstenerse de la misma, posiblemente ante el temor de que la víctima, ya más segura a tal medida que le demostró su mortificación, lo delate.

Lo cierto es que, vale aquí resaltar que no existe relación alguna entre el hecho alegado como motivo de descr**é**dito por parte del Juzgador y el testimonio de la víctima, en tanto que la decisión, por la razón que sea, de no volver a abordar sexualmente a la menor, es atribuible al acusado. Y el a quo no explica la relación causal subyacente entre dicha conducta y la credibilidad del testimonio, lo cual, desde esa perspectiva, torna inaceptable ese argumento.

Todo lo anterior indica que existe suficiente prueba de corroboración, que fortalecen la versión de la menor, cumpliéndose así el segundo ítem previsto por la jurisprudencia.

En cuanto al tercer presupuesto que hace relación a la persistencia de la incriminación, sin ambigüedades o contradicciones, esta Sala considera que se cumple, en tanto durante el juicio, M.G.S. con toda su seguridad, ofreció un relato espontáneo, natural y con indicación de circunstancias precisas. Incluso, llama la atención de la Sala, la última intervención de la menor, cuando al final de su segunda ponencia, con valor y carácter, reclama al Juzgado la oportunidad de estar frente a frente con PN para sostener, demostrar en su presencia, que ella no miente.

Pruebas de la Defensa

Entre las pruebas de la Defensa se tienen los testimonios de **MERA,** quien fue novia del acusado entre los años 2015 a 2017, **CGPB** y **RGNO,** quienes dieron cuenta de la relación paternal que tenía PN con M.G.S. Igualmente, con ellos se trató de probar, sin éxito, que la menor nunca había estado a solas con PN.

---

64 Minuto 46.01

Por su parte **GDPN,** en un largo relato da cuenta de cómo fue su relación con LNS y la menor, de la dependencia económica que inicialmente **é**l y su familia tenían con su madre, y después, de la dependencia económica que tuvo para ese entonces, esposa, con él, en tanto era el único proveedor del hogar. Incluso, como ya se había referido antes, afirma que la ayuda económica se prolongó luego de la separación, dirigida tanto para su menor hija como para M.G.S.

NAID, desde el año 2017, compañera sentimental de PN, y con quien tuvo una hija, da cuenta de la buena conducta familiar y social de aquel y de su papel de padre que desempeñaba con M.G.S., a quien dice, solo haberla saludado en una ocasión en septiembre de 2018.

Testigos que, como se reseñ**ó,** con antelación, no tienen la potencialidad de desvirtuar la acusación que en forma clara y concreta realiza la menor.

La Defensa con el investigador **Diego Fabián Obando Rosero,** además de introducir al juicio el proceso de privación de la patria potestad bajo el radicado 2013-00261, del cual ya se ha referido la Sala, presentó dos cuentos titulados **"…" y "…"**, los cuales dice, fueron descargados de la página Wattpad, cuya autoría dice, la ostenta la menor M.G.S. porque la imagen que aparece es la misma que ella utiliza en Instagram y Facebook, correspondiente a un ojo…

Si bien como lo dijo el señor Juez, la forma en la cual el investigador trató de demostrar la autenticidad de los cuentos y la identidad de su autora, fue totalmente deficiente, la menor en su testimonio se encargó de confirmar que en efecto, ella los escribió bajo el seudónimo **"…"**, o **"…"**, que traduce **"…"**.

Así, respecto del cuento, **"…"**, refiere que para esa época la relación con su madre no era tan buena por todo lo que había pasado con ella y con su exesposo, relación que la califica como **"chocante",** que le producían sentimientos de mucha rabia y tristeza y menciona: "Entonces decidí escribir para no explotar frente a ella y que, a ella, no sé, le diera como un golpe muy fuerte, entonces ese día escribí como todo ese mini cuento y pues ahí si me explayé con todo lo que pasó. (…) …porque no tenía otra forma como desahogar lo que sentía y todo lo que pasó".

Frente al interrogatorio de la Defensa, afirma que fue el único en el cual relata cómo se sentía, porque dice, ha escrito otros a manera de ensayos, y explica que, en este escrito, realiza una especie de metáfora con base en el libro Demian. Que se compone de siete capítulos con sus propios títulos, "…por ejemplo el primero es como la recaída, que yo me sentía demasiado mal. Otros como el principio del fin, que de verdad que yo ya no miraba como salida, otro es de como yo escribí una carta para mi mamá y para mi hermana en caso de que mi vida ya no siguiera de ese momento crítico de mi vida, de que yo ya no quería seguir a base de estos hechos y pues al final hay como una reflexión de cómo, no sé, podría decirse cómo tratar de llevar esas cosas de una mejor manera".

Y en relación con su cuento **"…"**, aduce que lo hizo basándose en una película titulada "Desde mi cielo", la que trataba de la violación y asesinato de la protagonista, Susie Salmón, por

un vecino suyo, a quien luego el destino lo mata. Entonces, dice, se preguntó, **¿Qué hubiera pasado si el vecino hubiese seguido con otro plan macabro que tenía?**, por lo que siguió con la misma línea de la película cambiando los nombres de los personajes.

Los dos cuentos sirvieron como única base probatoria para el dictamen pericial rendido por la psicóloga **Marta Natalia Arcos Delgado**[65] cuyo objeto fue realizar un estudio y análisis del perfil psicológico de la autora de los mismos.

Luego de presentar su acreditación, informa que trabajó con el Manual diagnóstico estadístico para enfermedades y trastornos mentales DSM5 o D10, reconocido por la Organización Mundial de la Salud, que contiene un conjunto de criterios y diagnósticos que sirven de lineamientos para determinar la existencia de trastornos.

Aduce que con el contenido de los cuentos alcanza a tener, respecto a la autora, una idea de su contexto familiar, social y su nivel económico, e incluso de su descripción física, porque, afirma, ella, al inicio de uno de los cuentos, dice llamarse HS y tener 16 años de edad. Se anticipa a decir que el comportamiento de una persona refleja la información que tiene en su cerebro, recepcionada a través de sus sentidos.

Al abordar el cuento "…" dice que la autora se identifica con el seudónimo **"…"**, aunque luego, frente al contrainterrogatorio, reconoce no saber inglés y no estar segura de esa traducción. Luego, hace un análisis, pero sin especificar si en conjunto, sobre los dos cuentos, o si se hace por separado, lo que lleva a la confusión, en tanto durante su intervención cita aspectos de los dos cuentos en forma indiscriminada. Igualmente debe aquí anotar que la perito, no conoció lo dicho por la menor, en punto a que el cuento titulado "…", tuvo como inspiración una película de terror, lo que resulta creíble en tanto en él, se describen episodios que se conocen, no existieron en la vida de la menor, como, por ejemplo, el cambio de ciudad o la muerte violenta de la protagonista en manos de un tío y otra persona.

Entonces, en forma audaz, si cabe la apreciación en tanto nunca existió un examen o valoración psiquiátrica, o una entrevista directa a la menor, afirma que ella se auto diagnostica con depresión y paranoia, afirmando de esta última patología se da cuando las cosas son producto de la imaginación. Y que, si la autora habla de "…estados depresivos es porque ella los ha sentido. (…) Yo parto del supuesto de que la autora de los cuentos ha experimentado esos estados emocionales, sobre todo".

Afirma que la menor sufrió carencias afectivas por la ausencia de su padre y no tener a su madre siempre, de quien dice, la mira sufrir porque dice ver su rostro derretirse y que mira al tío como la figura paterna que está construyendo un refugio para ella.

Luego, refiriéndose al cuento "…", informa que se habla de depresión, de un intento de suicidio, de su hermana, quien estaría contenta si ella muere. Y entonces, agrega, al parecer tiene conflicto con el nacimiento de su hermana y por el lugar que ocupa cada una de ellas. Pero

65 Minuto 1.40.00

finalmente dice, se habla de la cura, sin intervención de psicólogos y psiquiatras, pese a haber acudido a muchos de ellos.

Y entonces concluye que el análisis de los cuentos permite identificar sus rasgos de personalidad, aunque no definitivos. Que, respecto a la parte cognitiva, demuestra una capacidad histriónica, de razonar, de imaginar, de inventar, estando ausente algún **"retardo ni nada por el estilo"**. Que desconoce su coeficiente intelectual, pero dice, es una persona inteligente, que tiene lenguaje rico, con capacidad de armar frases con sentido, capaz de **"…sacar todo su bagaje cognitivo y plasmarlo en un papel".** De la parte comportamental, dice, en los escritos ella refleja lo que hizo y lo que han hecho otras personas. Y por último, de la parte emocional, dice, está reflejando sus estados emocionales de depresión y paranoia, además de sufrimiento, tristeza y malestar, según criterios diagnósticos del manual DSM5, con el que dice, se diagnostica **"…una enfermedad mental… (…) locura, depresiones, esquizofrenias…",** incluido el Trastorno de vínculo afectivo en la infancia, que se genera desde la infancia por la ruptura afectiva con alguno de sus padres, el nacimiento de un hermano o cambio de residencia o colegio, trastorno que, si no se trata oportunamente, perdura a lo largo de la vida, tornándose, quien lo padece, en una persona con miedo al abandono y demasiado celosa.

Y entonces afirma que dicho trastorno puede "dar una visión distorsionada de la realidad" y con tendencia a victimizarse. Explica que un adulto tiene la capacidad de hablar, de expresar su malestar, pero un niño no, por lo que "…está en el subconsciente, sale tarde que temprano". Por otro lado, precisa que en los cuentos no se refleja ningún aspecto que tenga que ver con la sexualidad "…aunque como es adolescente debería aparecer en sus relatos al menos algún chico o algo para que … algo, pero no".

Y ante el interrogatorio del Juzgado, afirma que en el cuento "…" no se incluye a persona diferente a su madre y hermana, porque precisamente el padre se encuentra ausente.

Ante el contrainterrogatorio afirma que concluyó que el seudónimo era "…" y no el …, partiendo que su autora se llama HS. Y ante el interrogatorio del Ministerio Público, insiste en que la autora de los cuentos es HS y que llegó a esa conclusión porque "…en el prólogo dice, mi nombre es HS, tengo 16 años, y entonces H se refiere a un nombre femenino, ella dice que ella es la que escribe, lo dice muy claro". Y en otro aparte asegura: "La autora de los cuentos se llama ES en este caso". Pero acepta no haber realizado entrevista semiestructura a ningún miembro de la familia de HS.

Explica que un cuento no es real porque si lo fuera, sería una biografía o un "autorretrato", y dice que lo analizado por ella sí son cuentos porque tienen prólogo y capítulos. Pero luego, si bien sostiene que un cuento es resultado de la imaginación, "…siempre salen de su cerebro de su experiencia real de vida." Incluso se aventura a decir que la escritura de ficción, también se genera de la vivencia real, aunque acepta que no es experta en literatura.

En otro de los apartes, afirma que no sabe si lo narrado en los cuentos ocurrió realmente, que no constató si la fecha de nacimiento señalada en el cuento "…" es la misma fecha en que

nació la autora, si el tío que se menciona en el mismo existió en la realidad, que tampoco supo si, lo narrado en el capítulo "…" del cuento "…", respecto a la recuperación que experimenta la protagonista, realmente le sucedió a la hacedora de los cuentos, y que tampoco nunca la entrevistó. Que no verificó si la autora había tenido otras fuentes para escribir los cuentos, aunque vuelve a recabar que "…seguramente, las fuentes son las que tiene en su cabecita…" y no cree importante haber hecho esa verificación porque "…a mí me están pidiendo un informe de la autora, un perfil de la autora, entonces con esta prueba, solamente estos escritos". (sic)

Al ser interrogada sobre las pruebas recomendadas por la ciencia de la psicología para determinar un perfil psicológico, advierte que ella es especialista para pruebas de coeficiente y para diagnosticar si existe "retardo", pero sabe que para el perfil psicológico solo es necesario entrevistas no estructuradas con la persona y con la familia, y otras pruebas que sean descriptivas. Y acepta que es la primera vez que presenta en un juicio una valoración para perfilación psicológica.

Lo anterior permite a la Sala hacer las siguientes consideraciones: i) Si bien se reconoce la capacidad profesional de la perito, así como su discurso recursivo, se advierte que para rendir su dictamen y sus conclusiones, se dieron algunas circunstancias especiales que no permiten dar por probado, con alguna probabilidad, que la menor sufra de Trastorno de vínculo afectivo[66]. Como quedó en evidencia, si bien la perito, afirmó que, para lograr determinar el perfil psicológico de una persona, debe contarse con la entrevista de la valorada y de sus familiares, en este caso, no existió esa información, en tanto solo se analizaron los cuentos. Luego, se advierte en el desarrollo de su ponencia, que confunde a la autora con la protagonista de uno de los cuentos, HS, a tal medida que acepta no haber realizado entrevista semiestructura a ningún miembro de la familia S.

Como se dijo anteriormente, no se conoce si el análisis se hizo a los dos cuentos en forma simultánea, o en forma individual, y no se sabe con seguridad, si el examen para el correspondiente perfilamiento, lo hizo a la autora de los cuentos o a la protagonista de uno de ellos. lo que no permite consolidar un criterio objetivo, más aún cuando se conoce, el cuento "…", tuvo como inspiración una película de terror.

Por otro lado, llama la atención de la Sala que la perito concluya que la menor haya sufridodepresión[67] y paranoia[68], solo porque en los cuentos, sus protagonistas así lo hayan dicho, sin que,

66 Universidad VIC.com/es/actualidad/nuestros expertos/en-que-consiste-el-trastorno-del-vinculo. '…entendido este como una manifestación en algunos niños y niñas de conductas disruptivas producidas por la ruptura del lazo afectivo entre el niño con sus padres, especialmente con su madre".

67CUN.ES/enfermedades-tratamiento/enfermedades/depresión. Sobre la depresión se dice: 'Es un trastorno mental caracterizado fundamentalmente por un bajo estado de ánimo y sentimientos de tristeza, asociados a alteraciones de comportamiento, del grado de actividad y de pensamiento. Supone una de las patologías más frecuentes en atención primaria y es la primera causa de atención psiquiátrica y de discapacidad derivada de problemas mentales. Aparecen más frecuentes en mujeres y personas menores de 45 años.

68 Medlinesplus.gov. (Enciclopedia Clínica): 'El trastorno de personalidad paranoica (PPD, por sus siglas en inglés) es una afección mental en la cual una persona tiene un patrón de desconfianza y recelos en los demás en forma prolongada. La

como bien lo acepta, no sabe si lo narrado sucedió en realidad. Pero, sobre todo, porque olvida que se trata de trastornos mentales para cuyo diagnóstico, no resulta relevante ni suficiente el "diagnóstico" del mismo paciente, y menos cuando es una menor de edad sin conocimiento médico alguno, en tanto lo imprescindible y totalmente necesario es el criterio profesional de personal médico especializado en Psiquiatría, luego de someter a la persona a entrevistas psicológicas, médicas, valoraciones, exámenes, estudios, etc.

Sin embargo, teniendo en cuenta lo probado en el juicio, se sabe que la menor sí sufrió por el desapego de su padre y al parecer, una relación conflictiva con su madre, dos aspectos que seguramente le produjeron tristeza. Y también se conoce, como bien lo dice la perito, que sus cuentos demuestran que la autora, que no la protagonista, tiene capacidad de imaginar e inventar, pues solo así se entiende que haga esa clase de escritos. Sin embargo, probar lo anterior, no lleva a la conclusión de que sufra una Trastorno de vínculo afectivo, en tanto, se repite, no se probó que los hechos narrados en los cuentos, o al menos parte, hayan sucedido en la realidad, ni tampoco se contó con otra clase de información ni entrevistas que permitieran consolidar el dictamen, y menos, como ya se dijo, concluir a través del análisis de un personaje que su creadora es una persona depresiva y paranoide o con una capacidad histriónica[69].

El Juzgado, para mermar credibilidad al dicho de la menor, afirma que en los cuentos no se hace relación a experiencias negativas con PN ni aborda el tema de la sexualidad. Y en efecto, así se verifica de la simple lectura de dichas narrativas. Sin embargo, esa conducta tampoco desvirtúa las vivencias de abuso sexual que padeció, y resulta coherente con la decisión que en principio había adoptado M.G.S., de ocultar lo sucedido. De ahí que aunque acepta que el segundo cuento era una carta abierta a su madre, no reseñar en concreto, el abuso sexual del cual fue víctima, puede explicarse precisamente en sus sentimientos tendientes a no querer afectar a la familia, y en especial a su menor hermana, dada la dependencia económica con el procesado, como con solvencia ya se explicó con antelación. Sin embargo, si se parte de que algunas narraciones coinciden con sus experiencias, se puede observar que habla de situaciones y sentimientos que bien pueden identificarse, entre otros, a los generados en un abuso sexual.[70]

Por todo lo anterior, encuentra la Sala que la prueba pericial analizada, tampoco tiene la idoneidad para desacreditar el dicho de la menor y la fuerza suasoria de las pruebas de corroboración antes analizadas.

Por último, se analiza el testimonio del señor psiquiatra **Álvaro Chávez Cabrera.**[71] quien fue

persona no tiene un trastorno psicótico como la esquizofrenia."

69 Medlineplus.gov (enciclopedia Clínica) 'Histriónica: Es una afectación mental por la cual las personas actúan de una manera muy emocional y dramática que atrae la atención hacia ellas."

70 Cuento: '…". Capitulo …: 'La niña en mi ha sido asesinada a sangre fría con acciones despreciables que ninguna niña jamás debía haber experimentado, de tal forma ella ya estaba rota, ya no sentía empatía, ya no podía expresar lo que sentía, a la que obligaron a madurar a la fuerza, ella no vivió su infancia, ella ya no quiere seguir con la mentira de vida que los demás ven, ella soy yo." (pag. 161 carpeta)

71 Minuto 2.08.00

convocado con dos fines: i) Presentar la valoración de perfil psicológico del procesado; Y ii) Estudio y análisis del lenguaje escrito, verbal y corporal de M.G.S. en la entrevista que corrió traslado la Fiscalía, para demostrar una "imposición psicológica" o "alienación parental", según dicho la Defensa en la audiencia preparatoria.

Sobre el primero de los objetivos, informa que se recepcionó la entrevista al señor PN, pero que, si bien en el informe establece que realizó la valoración respectiva, no llegó a ninguna conclusión.

Respecto al segundo ítem, informa que para el peritazgo aplicó el protocolo utilizado por el Instituto de Medicina legal y Ciencias forenses para valoración de víctimas, implicados y procesados, que data del año 2001 y que como material de estudio contó con la carta que M.G.S. le entregó al señor HJYV y a su madre, el escrito de acusación, calificaciones escolares de tres años lectivos (no especificó los años), los cuentos a los que se ha hecho alusión, declaraciones de una exnovia y amigas del señor GDP, (sin determinar sus nombres) y un video que contiene las entrevistas a la menor y a la señora LNS, además de la entrevista realizada al procesado. Elementos que dice, son suficientes desde la perspectiva de la pericia, mismos que fueron valorados para luego ejecutar una triangulación y emitir el concepto.

Al abordar el análisis sobre el lenguaje verbal, corporal y escritural de M.G.S., inicia haciendo una referencia de lo dicho por ella en la entrevista en relación con los actos abusivos de los cuales fue víctima y de sus episodios de mucha depresión, pero, encuentra que, "Sin embargo, la coordinación del lenguaje ideativo con el lenguaje verbal se encuentra una persona muy tranquila, muy serena, que realiza esa expresión".

Y explica su criterio diciendo que en el examen mental se habla del porte y la actitud de la persona. Que, si bien no existen patrones establecidos sobre la actitud de una persona agredida sexualmente, es común, en un alto porcentaje, que se presente síndrome de estrés postraumático cuya base es la angustia, o depresión. Y sobre esta última, asegura que un menor de edad en ese estado, quien no tiene la dinámica de la censura, en su expresión verbal tendría llanto y coartación de lenguaje, y el progreso en los aspectos de su vida, se vería afectado. Por lo anterior, concluye que el lenguaje corporal de la menor no corresponde a una persona con depresión, ansiedad o estrés postraumático.

Sobre este estudio y sus conclusiones, la Sala considera que se deben tener en cuenta algunos aspectos que pueden explicar la razón por la cual, la menor M.G.S., a criterio del perito, se mostraba tranquila y muy serena cuando rendía su entrevista ante funcionarios de la Fiscalía. i) La entrevista fue recepcionada el 30 de septiembre del 2018, con ocasión de la investigación que diera lugar a este proceso, es decir luego de más de tres años de sucedidos los hechos (2013 a 2015), cuando ya la menor, de 17 años de edad, no solo había delatado su pesado y vergonzoso secreto, sino que ya se encontraba en el proceso de restablecimiento de derechos, entre cuyos componentes se encuentra la atención psicológica. Lo anterior puede explicar la razón por la cual M.G.S. en su entrevista, y luego en su testimonio rendido en el juicio, mantuvo una compostura serena y moderada. Por otro lado, es necesario recordar que

el mismo perito afirmó no existir estándares sobre el comportamiento de una víctima de un delito sexual, por lo que, no presentar llanto, no tener limitación en su lenguaje o no demostrar afectación en su vida cotidiana, no puede nunca ser sinónimo de la inexistencia del abuso sexual.

En cuanto al testimonio de la menor (léase, entrevista), dice que advirtió en el lo siguiente:

> *'…contradicciones, igualmente que hacen parte de un tipo de personalidad de (sic) la niña pueda tener. En ese momento, la personalidad puede ser que, planteo ahí, que haya una tendencia a la dramatización de su vida y con deseo de narrar una historia que no necesariamente puede estar llena de fantasía. No lo afirmó de esa manera, sino que toda su vida la puede plasmar tendiente a que haya un evento que puede ser negativo para el que fue en algún momento, su propio padre adoptivo, el señor GDP, qué si bien no llegó a ser padre adoptivo, lo miraban realmente como un padre de verdad, así era la relación."*

Agregando que no existe lógica en el testimonio, y que cuando eso ocurre, se genera un poco de duda, misma que será interpretada por la persona que realiza el juzgamiento.

Como razones para sustentar que el testimonio de M.G.S. no tiene lógica, expone: i) Que los intentos de suicidio, en ocasiones, se dan para llamar la atención y no para producir realmente el evento. ii) Que, en los cuentos, si bien se hace referencia a muchos aspectos, no existe ninguna referencia sobre el abuso sexual. iii) Que, si bien ella afirmó que existió disminución en el rendimiento académico, las calificaciones que el conoció, no demostraron ese hecho. iv) Que lo usual, luego de la vivencia traumática de un menor abusado sexualmente, es que la relación entre el victimario y la víctima, se rompe. v) Que el victimario siempre busca esconderse, no ser detectado, y que, de acuerdo a la narración de la menor, los episodios de abuso se hacían con riesgo de ser descubierto, porque eran en inmuebles donde estaban otras personas, y que eran actos que se hacían en un tiempo largo, de acuerdo a lo descrito. Que, si era en vía pública, en el vehículo, debían descender del mismo. Eventos que, dice, cruzados en la viabilidad intelectual de la persona que los hace, no tienen la lógica coherente que se ve usualmente en este tipo de delitos, cuando realmente se cometen.

Entonces concluye que, de acuerdo con la psicología, se puede identificar en la menor, comportamientos histriónicos, mismos que dice, caen en la dramatización y a veces en fantasía.

Y al ser interrogado sobre si detectó algún cambio comportamental de la menor M.G.S., afirma que no, excepto, las narrativas de moda en los jóvenes y aprendidas en internet, como aquella denominada "cutin", que consiste en gestos de suicidio sin que tengan la profundidad clínica adecuada para un suicidio real.

Esta Sala considera que en relación a los ítems ii), iii), iv) y v), las respuestas a esos razonamientos se consolidan en el análisis que, con precedencia, se realizó sobre el testimonio de la menor y las demás pruebas, tanto de la Fiscalía como de la Defensa, para concluir que el

testimonio de la menor, vertido en el juicio, en tanto la entrevista no fue introducida al acervo probatorio, como prueba de referencia ni tampoco fue utilizada para refrescar memoria o impugnar credibilidad, no es ilógico, como lo considera el perito.

Sobre el ítem i) se dirá que no se desconoce que, en efecto, hay ocasiones en las cuales se fingirá la intención de un suicidio para llamar la atención. Sin embargo, en el presente proceso no se probó que la menor habría tenido intentos de suicidio, en tanto de ello solo existe alguna referencia en el cuento "….", en cuya publicación la autora advierte que "…esto solo es una historia producto de mi imaginación…", referencia que hace relación a cortes en todo el cuerpo[72] no para producirse la muerte, sino dolor. El perito psicólogo forense habla que encontró en la menor ideas de muerte, pero nunca la existencia de intentos de suicidio. Sin embargo, probar que, en algún momento, la menor hubiera intentado suicidarse o al menos, hubiera fingido querer hacerlo, puede demostrar que, en efecto, quería llamar la atención, o que, en realidad, su estado emocional así se lo indicaba. Sin embargo, nuevamente se concluye que tal razón no es sustento alguno para demostrar que el testimonio es ilógico y, por ende, que su contenido sea falso.

Lo anterior permite concluir que el dictamen pericial no tiene la fuerza suficiente para desquiciar la credibilidad del dicho de la víctima.

CONCLUSIÓN

Se obtiene como respuesta a los problemas jurídicos planteados que:

No existen irregularidades que ameriten declaratoria de nulidad del juicio o de la sentencia, en tanto las advertidas, no logran desquiciar el derecho de defensa o el debido proceso en aspectos sustanciales.

Que no se advierte irregularidad alguna o ilegalidad en la actuación procesal del Ministerio Público, y menos con la potencialidad para generar una violación al debido proceso, o el principio de igualdad de armas.
Y por último, se concluye que el testimonio de la menor resulta merecedor de credibilidad, y encuentra suficiente apoyo en las demás pruebas que se practicaron en el juicio, por lo que, a criterio de la Sala, los atentados sexuales en contra de M.G.S. sucedieron y que su autor y responsable es GDPN, quien actúo en forma dolosa, por lo que la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se procede a emitir sentencia condenatoria.

---

72 Cuento …: Capitulo '…". 'Después de recaer en un (sic) depresión que hace mucho no sentía, era un sentimiento tan profundo que me obligaba a pensar cosas horribles y es hay (sic) donde me dije a mi misma ¿Como puedo evitar que este estado metal me deje de doler tanto? Era una pregunta que resolví de la peor manera posible, atente contra mi cuerpo ya que para mi el dolor mental se aliviaba con el físico, eso estaba mal, lo sabía, pero era la única forma en la que podía estar, mi mente me torturaba sin piedad y yo torturaba mi cuerpo en busca de una solución."

DOSIFICACIÓN PUNITIVA

Como consecuencia de la decisión que en esta instancia se adelanta, es menester imponer la pena en concreto, para lo cual debemos hacer el recorrido que siguió la Fiscalía en el proceso de adecuación jurídica, y al hacerlo encontramos lo siguiente:

En primer término, en la imputación se hizo alusión al delito de Actos Sexuales con menor de 14 años agravado, según lo previsto en el C.P. en sus artículos 209 y 211 numeral 5º, en concurso homogéneo y sucesivo, según el artículo 31, además de las circunstancias de agravación genérica previstas en el artículo 58 numerales 7º y 9º.

Posteriormente en la acusación[73], se mantuvo la posición jurídica respecto del delito de Actos Sexuales abusivos con menor de 14 años, agravado, en concurso homogéneo y sucesivo, atendiendo a lo normado en los artículos 209 y 211, numeral 2, así como la inclusión de las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 7 y 9.

Comparando la imputación y la acusación, se observa un cambio de la circunstancia de agravación específica que en principio se determinó correspondía al numeral 5º pero ya para la fase de conocimiento se reemplazó por el numeral 2º, variación que si bien no fue explicada, se denota que no se trató de un lapsus numérico, sino que fue intencional, en tanto que en una y otra audiencia se suministró el contenido integral de los numerales, y coinciden con los que se citan, es decir que la acusación refiere claramente el numeral 2º.

Al respecto, bien se sabe que una sentencia respetuosa del principio de congruencia debe atender la acusación y no la imputación[74], y ante todo el componente jurídico que entre el acto de comunicación inicial y la acusación puede variar atendiendo entre otros factores al principio de progresividad, aunque entre una y otra actuación procesal, sí se debe mantener invariable el componente fáctico, y sólo en casos extremos se puede modificar pero sin afectar su contenido principal y relevante, en aras de brindar garantías al ejercicio del derecho de defensa.

Siendo así, las normas aplicables son los artículos 209 y 211-2, al igual que las circunstancias de agravación punitiva previstas en los numerales 7 y 9.

Nos permitimos transcribir sus textos, lo que resulta importante en aras de establecer si se presenta una afectación del principio de non bis in idem, y en especial sobre las circunstancias de agravación específica y genéricas, determinar si es viable su aplicación.

ARTÍCULO 209. 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, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

---

73 Expediente escaneado Documento 2. Acusación – folio 2 a 7

74 CSJ, AP 13 abr 2011, rad. 36118

ARTÍCULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:
(…)
2. El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.
(…)

ARTÍCULO 58. CIRCUNSTANCIAS DE MAYOR PUNIBILIDAD. Son circunstancias de mayor punibilidad, siempre que no hayan sido previstas de otra manera:
(…)

7. Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.
(…)

9. La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.
(…)

Procede la Sala enseguida a analizar las anteriores circunstancias.

El responsable tuviere cualquier carácter, posición o cargo que le dé particular autoridad sobre la víctima o la impulse a depositar en él su confianza.

Al respecto cabe una acotación, ya que a criterio de la Sala la circunstancia de agravación prevista en el numeral 5º del artículo 211 del Código Penal, incluida en la imputación inicial se ajusta con mayor completitud a los hechos endilgados a GDPN, ya que, por haber contraído matrimonio con LNSB, madre de la menor víctima, y dada la convivencia de la pareja, él pasó a ser el padrastro, o lo que es igual, se presenta un parentesco por afinidad, y así se integró una unidad doméstica, que generó confianza.

En cambio, la causal de agravación del numeral 2º, "no reprocha el nexo familiar, sino el carácter, posición o cargo que ostente el sujeto activo sobre la víctima".[75]

No obstante, la Sala tendrá como base para efectos de adelantar los cálculos correspondientes a la dosificación punitiva, lo incluido en la acusación, a fin de respetar el principio de congruencia, como ya se advirtió.

En ese sentido bien lo explica la Corte, en su fallo SP del 27 de noviembre de 2013, rad. 41417, pues resulta que en el caso en esa oportunidad estudiado el agresor era el padrastro de la víctima, y por esa razón el primero ocupaba una posición de autoridad a la vez que se generó confianza en su víctima; igualmente había una relación de parentesco y de convivencia con la madre, por lo que se integró una unidad doméstica. En esa ocasión, se imputaron las circuns-

75 CSJ, SP 25 mayo 2011, rad. 34133, reiterada en SP 27 nov 2013, rad. 41417

tancias específicas de agravación de los numerales 2 y 5 del artículo 211 del C.P., sin embargo, aclaró la Corte que, si bien en ambos numerales existe un elemento común en cuanto a la confianza generada por parte del agresor hacia la víctima, al existir entre ellos un parentesco, no es factible imputar las dos causales sino únicamente la quinta.

Ahora bien, para el caso que nos ocupa, la Fiscalía no incluyó las dos causales a la vez, sino que imputó al inicio la quinta y en la acusación la segunda, y en ese sentido, no se tiene el inconveniente de que haya una afectación del principio de non bis in idem.

Pues bien, retomando el asunto que ahora llama nuestra atención, aunque existe la imprecisión anotada, resulta que de todas formas, dada la convivencia y el papel que ocupó el acusado respecto de la víctima, definitivamente se generó un grado de confianza al punto que en la etapa inicial del abuso sexual la menor no se percató de que los tocamientos en su cuerpo de los que era objeto, eran delictivos y así mismo fue fácilmente manipulable, solo el paso del tiempo y su crecimiento le permitieron un empoderamiento personal para reconocer que ello le generaba sensaciones negativas y adquirir la fuerza para rechazar tales acercamientos.

Y en cuanto a pruebas que demuestran ese grado de confianza, son suficientes los testimonios de la misma víctima y su madre, cuando aduce la primera que se comportaba como el padre que nunca tuvo, al punto que le decía papá y le pedía la bendición. Y su madre LSB rememoró que fue tal ese nexo de confianza entre el acusado y su hija que fue uno de los motivos que la llevó a casarse con él, y pensaron luego en un proceso de adopción, y explicó que él asumió muchos roles como padre, en tanto que llevaba a su hija al colegio, la recogía, estaba registrado como acudiente en la institución educativa, lavaban el carro juntos y la acompañaba a comprar las cosas, entre otras actividades que les permitía compartir tiempo juntos.

Ejecutar la conducta punible con quebrantamiento de los deberes que las relaciones sociales o de parentesco impongan al sentenciado respecto de la víctima.

Sobre esta circunstancia de agravación genérica, la Fiscalía, no suministró ninguna explicación ni en la imputación ni en la acusación, tal vez por lo obvio que resulta en principio que existen deberes por el parentesco por afinidad existente, al menos hasta septiembre de 2013[76] que se produjo la separación de la pareja conformada entre GDP y LNS.

Sin embargo, realizando un análisis más concreto se determina que los deberes que se impone en una relación entre un padrastro e hijastra en gran parte son similares a los que se establecen entre padres e hijos, entre ellos los de protección hacia la integridad física y mental de los segundos y sobre todo cuando son menores de edad.

Sin duda también se incluyen entre estos deberes los de protección de la integridad y formación sexuales.

---

76 Fecha establecida en la estipulación probatoria No. 3 y suministrada también por el acusado durante su interrogatorio rendido en Juicio

Dada entonces la gran variedad de obligaciones existentes en las relaciones de este tipo, la Fiscalía debía concretar y ser más precisa, en la imputación de esta circunstancia de agravación genérica, porque si del deber de protección de la integridad y formación sexuales se trata, se encuentra su vulneración incluida en el tipo penal de base por el cual se acusó a PN. De tal manera que ya sea por la falta de especificidad en la acusación por parte de la Fiscalía o ya sea porque el deber que lógicamente se entiende incumplido ya se encuentra incluido en el cargo penal principal, se debe descartar esta circunstancia de agravación.

La posición distinguida que el sentenciado ocupe en la sociedad, por su cargo, posición económica, ilustración, poder, oficio o ministerio.

Ni en el escrito de acusación ni en la audiencia que lo complementa, la Fiscalía indicó a cuál de estos conceptos hace referencia, pero sí encontramos una explicación al respecto en la imputación inicial, lo cual se expuso en estos términos: "… usted señor P pues se desempeña en un cargo de bastante posición distinguida como es ser decano de una institución educativa asimismo pues tiene la profesión de abogado".

Al respecto se debe aclarar en cuanto al cargo desempeñado por el acusado como decano de una institución educativa, que se trata de una circunstancia que debe estar referida a la fecha de los hechos y no a la fecha de la captura, por lo cual corresponde analizar sí ello tuvo ocurrencia.
Tomamos como punto de referencia el lapso temporal señalado como fecha de ocurrencia de los hechos, lo cual se ha fijado entre los años 2013 a 2015.

Resulta que PN, al ser interrogado en juicio por los cargos que ocupó en la institución educativa …, relató que fue en principio docente medio tiempo, luego pasó a ser docente de tiempo completo, más adelante lo encargaron de la dirección del programa de derecho y en el momento en que fue capturado se desempeñaba como decano de la facultad de Ciencias Sociales Humanas.

Ante la pregunta acerca del tiempo en el que logró acceder a estos cargos, indicó que lo hizo en un período aproximadamente de 5 años y luego indicó que se enteró de la existencia del proceso en su contra, el día en que se produjo su captura es decir el 24 de enero de 2019.

Esta información es corroborada en parte por el testigo GP, docente de la misma institución educativa, ya que mencionó que conoce a GDP, desde marzo del 2014, cuando este ingresó como docente de medio tiempo

Bajo tales circunstancias, no queda claro que para el periodo de comisión de los hechos el acusado ostentara el cargo de decano de Ciencias Sociales Humanas de la entidad …, pues conforme a su dicho, ello tuvo ocurrencia en fechas cercanas a enero del 2019, cuando ya habían transcurrido aproximadamente tres años desde la comisión del último acto delictivo que se le atribuye, que tuvo ocurrencia en diciembre de 2015.

Si acaso en parte del tiempo de comisión del comportamiento ilícito fue docente universitario, no obstante, esa calidad no fue indicada expresamente como circunstancia de agravación genérica en la acusación.

De otro lado, la Fiscalía hizo referencia a su posición distinguida por la profesión de abogado, sin embargo, no se explicó por qué la misma se diferencia de otras profesiones, como la de los médicos, los arquitectos o ingenieros, entre otras, y más en una época en la que permanentemente las nuevas generaciones de educandos buscan alcanzar no solo niveles de profesionalización, sino de especialización, maestrías y doctorados.

Al respecto, revisemos uno de los primeros pronunciamientos que provino de la Corte Constitucional, cuando se cuestionó que dicha circunstancia de agravación podría resultar discriminatoria. En la sentencia C-038 de 1998, que analizó la constitucionalidad del texto del artículo 66-11 del Decreto 100 de 1980, que es similar al de la Ley 599 de 2000, se explicó:

"Desde el punto de vista material la norma no consagra una causal de agravación punitiva que pueda tildarse de injusta o discriminatoria, ya que, si bien hace más difícil la situación de ciertas personas ante la aplicación de la ley penal, no lo establece así gratuitamente sino a partir de diferencias relevantes que precisamente llevan a considerar que, dentro de la sociedad, los individuos de quienes se trata son precisamente los "distinguidos", esto es, los que sobresalen por cualquiera de los factores enunciados, colocándolos en un nivel privilegiado frente a los demás. Es precisamente de ellos -a quienes más se ha dado- de quienes más se espera en lo relativo a la observancia de la ley y el respeto al orden jurídico. No puede ser mirada ni evaluada en la misma forma por el legislador ni por el juez la conducta de un individuo común que la de aquél que, precisamente por su puesto dentro de la escala social, tiene una mayor responsabilidad hacia el conglomerado y a quien se mira por muchos como paradigma y guía de conducta. Si, no obstante su jerarquía o su importancia, vulnera las reglas de convivencia, con mucho mayor conocimiento acerca del daño que su comportamiento causa, es natural que se le aplique una mayor severidad en el juicio y en la tasación de la pena".

Como se ve se trata de establecerse precisamente una posición que distinga al acusado entre los demás ciudadanos, lo cual no puede derivarse simplemente del hecho de que haya obtenido un título profesional.

En ese sentido se descarta también esta circunstancia de agravación genérica

Lo anterior, permite a la Sala adelantar el proceso de dosificación punitiva, con base en lo previsto en los artículos 209 y 211 numeral 2º del C.P., por lo cual se parte de la punibilidad fijada en la primera de las normas, de 9 a 13 años de prisión, límites que se incrementan conforme a la circunstancia de agravación enunciada, de una tercera parte a la mitad, resultando así entre 12 a 19 años 6 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	144 meses a 166 meses 15 días de prisión
Segundo cuarto	166 meses 16 días a 189 meses 1 día de prisión
Tercer cuarto	189 meses 2 días a 211 meses 17 días de prisión
Último cuarto	211 meses 18 días a 234 meses de prisión

Una vez adelantado este paso, 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 144 meses y 166 meses 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, que con el fin de evitar que fuera descubierto, llegó a un nivel de manipulación y de manejo emocional de la menor víctima, que desde un inicio le hizo creer que los besos y caricias que le propinaba, eran normales, y que no había ningún inconveniente porque ella los aceptaba, de ahí que pese al abuso sexual del que era víctima M.G.S. no fuera evidente al inicio una afectación emocional o deseos de alejarse de su padrastro.

ii) Sobre el daño real o potencial creado: Se estableció, a través de los testimonios de M.G.S., de LNS y del Psicólogo Forense Dr. Javier Hernán Almeida España, las graves secuelas de carácter emocional, que el abuso sexual repetido y prolongado en el tiempo, dejó en la vida de la menor víctima.

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 tiene que si bien, no se conoce que luego del año 2015, el procesado haya incurrido en conductas de la misma naturaleza de la aquí estudiada, resulta necesario desplegar acciones tendientes a la protección a la sociedad, y en especial a los niños y niñas y adolescentes, por lo que la pena se impone.

Razones que nos llevan a realizar un incremento del monto mínimo de la pena, de 10 meses, con un resultado punitivo de ciento cincuenta y cuatro (154) meses de prisión.

Como quiera que se está ante un concurso homogéneo y sucesivo de delitos (art. 31 del C. Penal), figura que hizo parte de la imputación y que quedó debidamente probada, encuentra la Sala procedente aumentar la pena en 10 meses más, quedando una sanción definitiva de **CIENTO SESENTA Y CUATRO (164) MESES DE PRISIÓN.**

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, es decir de **ciento sesenta y cuatro (164) 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. Por lo anterior, y como quiera que el procesado se encuentra en libertad, se ordena girar la boleta de captura correspondiente

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[77] 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 GDPN, de notas civiles conocidas en la actuación, a la pena principal de ***CIENTO SESENTA Y CUATRO (164) MESES*** de prisión, como autor responsable del delito de ACTO SEXUAL ABUSIVO CON MENOR DE CATORCE AÑOS, AGRAVADO, en concurso homogéneo y sucesivo, conforme a lo previsto en los artículos 209 y 211, numeral 2º del C.P., y 31 ibidem.

---

77 T. Superior de Pasto. 15 de mayo de 2019. NI, 24572. MP. Franco Solarte Portilla

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 **GDPN**, 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.

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 el procesado y/o su defensor y el recurso extraordinario de casación para el resto de partes e intervinientes 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: COMPULSAR COPIAS ante la Comisión de Disciplina de la Rama Judicial para que se verifique la conducta del señor Juez Cuarto Penal del Circuito de Pasto, sobre la omisión en que podría haber incurrido a la hora de aplicar los lineamientos legales previstos para la protección de menores de edad en los procesos penales, en especial, cuando fungen como víctimas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada Ponente

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRISIÓN DOMICILIARIA - Presupuestos legales y jurisprudenciales.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Fundamentos y elementos que lo estructuran.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD - Parámetros de aplicación.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Análisis de su aplicación frente a un cambio de postura jurisprudencial.

PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD: ALCANCES CONFORME LA SENTENCIA C 225 DE 2019: Inaplicabilidad frente al caso en concreto.

PREACUERDO SIN BASE FACTUAL - El delito incluido en la imputación y en la acusación, será el que fije el derrotero para la concesión de subrogados y sustitutivos, más no el que se tiene como base del preacuerdo.

SUSPENSIÓN CONDICIONAL DE LA EJECUCIÓN DE LA PENA Y PRISIÓN DOMICILIARIA – Improcedencia.

(…) desentrañando el núcleo central de los argumentos expuestos por la defensa se verifica que conjuga en un solo planteamiento el principio de favorabilidad y la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, (…) encuentra la Sala que bajo ninguna de las dos connotaciones aludidas resulta viable la solicitud (…)

(…) En primer lugar, si se trata de aplicar los artículos 38 B y 63 del Código Penal en cuanto al requisito que encontró la primera instancia como limitante para conceder tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, se trata de un obstáculo de índole meramente objetivo que ha sido claramente establecido por el legislador, en lo que no se presentan interpretaciones diversas sobre las cuales pueda aducirse que hay una menos restrictiva que permita eludir la aplicación de tal condicionamiento cuando se establece la prohibición de conceder los aludidos beneficios para los casos en los que se involucre la comisión de un delito de hurto calificado (…)

(…) si tratamos de ir un poco más allá de lo explicado por la defensa y ensayando una probable hipótesis podría entenderse que se hace referencia a la interpretación que se ha dado a nivel de la jurisprudencia tanto constitucional como penal respecto de las consecuencias de los preacuerdos (…)

(…) Sin embargo, en este punto tampoco puede hacerse referencia a una diversidad de interpretaciones aplicables al caso, ya que para el momento en que se adelantó el preacuerdo y hasta la presente, se encuentra ya definida una línea jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir de los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, en los que se acoge algunos de los planteamientos del fallo SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional. (…)

(…) Las anteriores orientaciones jurisprudenciales han tenido incidencia respecto de la aplicación de sustitutivos y subrogados penales cuya concesión depende en los acuerdos sin base factual del delito incluido en la imputación y en la acusación, y no de aquel que se utiliza para obtener netamente un beneficio punitivo, modalidad a la que pertenece la negociación adelantada por parte de la Fiscalía con el señor PDCB. (…)

(…) en segundo término, se analiza lo concerniente a la aplicación del principio de favorabilidad, según los lineamientos de la sentencia C 225 de 2019. (…) dicho principio permite la aplicación de normas legales, creadas por el aparato legislativo, sin importar que estas sean sustanciales o procesales, y que hayan surgido de manera posterior o anterior al hecho punible, para generar efectos de mayor favorabilidad al condenado. (…)

(…) partiendo del postulado principal otorgado por la Carta Política en su artículo 29 superior, se deben encontrar en cada caso tres aspectos los cuales deben concurrir para determinar si en una situación concreta es viable la aplicación de este principio y que procedemos a verificar.

i) Sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo. (…) para la fecha de los hechos esto es, el día 29 de octubre de 2020, se encontrada vigente en su plenitud la Ley 1826 de 2017, estableciendo un procedimiento especial abreviado para el tipo de casos que en esta oportunidad nos ocupa, razón por la cual no puede aducirse que resulten aplicables de manera simultánea dicha ley y la Ley 906 del 2004, tampoco se puede hacer referencia a una sucesión de leyes.

ii) Regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas. (…) Tampoco se encuentra cumplido este aspecto en la medida en que tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, establecen requisitos objetivos y subjetivos que se aplican por igual a casos tramitados con las reglas del procedimiento ordinario como el abreviado y las consecuencias son idénticas en la medida en que para ambos se debe verificar el cumplimiento del requisito exigido por el legislador respecto de la prohibición establecida para los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal.

iii) Permisibilidad de una disposición frente a la otra. (…) No se encuentran disposiciones disímiles que permitan hacer una comparación para determinar que una de ellas resulta más permisiva que la otra, lo cual está ligado íntimamente con el anterior aspecto en el que ya se indicó que los requisitos normativos se aplican por igual tanto para el procedimiento ordinario como el abreviado. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022).

Radicación : No. 520016000491-2020-01881-01 (34292)
Asunto : Apelación sentencia
Delito : Hurto calificado
Magistrada Ponente : Dra. BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO

OBJETO DE LA DECISIÓN

Resuelve la Sala el recurso de apelación interpuesto a través de apoderado judicial, a nombre de PDCB, contra la sentencia emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Función de Conocimiento de Pasto (Nariño), del veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), que negó al precitado los mecanismos sustitutivos de suspensión condicional de la pena y de prisión domiciliaria.

ANTECEDENTES

SUPUESTOS FÁCTICOS.

Tomando como pilar los fácticos plasmados en la sentencia condenatoria, se tiene que estos tuvieron ocurrencia el día 29 de octubre de 2020, siendo las 9:00 horas, cuando WARE, transitaba por una de las calles del Barrio Santa Lucía de Pasto, y fue abordado por un sujeto que se movilizaba en una motocicleta, quien utilizando una navaja le hurtó su teléfono celular marca Huawei y un maletín, ante lo cual reaccionó inmediatamente, logrando derribarlo de la motocicleta y su aprehensión con ayuda de otros miembros de la comunidad, quienes procedieron a incinerar la motocicleta, para luego dejarlo a disposición de agentes del orden quienes al practicarle la correspondiente requisa, le encontraron los elementos que momentos antes le hurtara al señor WARE así como el arma que utilizó para llevar a cabo el delito de hurto; se le dieron a conocer los derechos del capturado y fue trasladado a la URI, para su judicialización. El valor de lo hurtado asciende a la suma de $ 1.500.000 representados en un teléfono celular, y otros elementos.

La persona aprehendida se identificó con el nombre de PDCB.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

Trámite de legalización de captura y audiencia concentrada
La actuación se adelantó bajo el procedimiento abreviado, iniciando con audiencia preliminar concentrada ante el Juzgado Quinto Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías, que se efectuó el día 30 de octubre de 2020, diligencia dentro de la cual se legalizó la captura del aprehendido PDCB y la incautación de la motocicleta utilizada en el ilícito, decisión que fue objeto de apelación.

En cuanto al escrito de acusación se dejó constancia de que la Fiscalía corrió traslado de este al procesado y a la defensa, informando que se realizó por un punible de HURTO CALIFICADO consumado, a título de dolo y en grado de participación autor, de conformidad con los artículos 239 inciso 2º y 240 numeral 4º inciso 2º del C.P., dada la cuantía de lo hurtado y que se ejerció violencia contra la víctima, con una pena de 96 a 192 meses de prisión.

Respecto a la medida de aseguramiento si bien la Fiscalía requirió la intramural, la judicatura impuso medidas no privativas de la libertad según lo normado en el artículo 307 B de la Ley 906 de 2004, numerales 3 y 5, por lo cual el señor PDCB fue dejado en libertad previa suscripción del acta de obligaciones correspondiente.

El estudio de la apelación de la decisión adoptada sobre la legalización de la captura y la incautación de la motocicleta le correspondió al Juzgado Quinto Penal del Circuito de Pasto, que procedió a su revocatoria mediante providencia del 10 de marzo de 2021.

Para el trámite subsiguiente el asunto fue asignado al Juzgado Primero Penal Municipal con

Función de Conocimiento de Pasto, despacho en el cual se convocó para el desarrollo de la audiencia concentrada para el día trece (13) de enero de dos mil veintiuno (2021), fecha en la cual la defensa elevó petición para el aplazamiento de la misma, con el fin de entablar diálogo entre las partes y la víctima, y acordar la reparación integral de la última, así como determinar la posibilidad de un preacuerdo con el ente Fiscal. Sin oposición a la manifestación de la defensa, se reprogramó la audiencia.

Audiencia de Verificación de Preacuerdo.

Cumplido el cometido de las partes, una vez que son convocadas para llevar a cabo la audiencia concentrada a desarrollarse el veinticinco (25) de febrero de dos mil veintiuno (2021), se informa ante el juez de conocimiento de la realización de un preacuerdo, en el que efectivamente el señor PDCB acepta declararse responsable en calidad de autor material a título de dolo y por la conducta consumada de HURTO CALIFICADO, de conformidad con los artículos 239 inciso 2º, dado que el valor de lo hurtado no sobrepasa los diez salarios mínimos legales mensuales vigentes y 240 numeral 4º, inciso 2º del C. P., tomando en cuenta la violencia que se ejerció contra la víctima, con una pena de 96 a 192 meses de prisión, recibiendo a cambio y como único beneficio la eliminación de la circunstancia de calificación, negociación conforme con las previsiones del artículo 350 del Estatuto Procedimental Penal; por lo cual la pena se fija por el punible de HURTO SIMPLE conforme el inciso 2º del artículo 239 citado, para una pena de 16 a 36 meses de prisión, habiéndose preacordado dentro de dichos extremos punitivos una pena de VEINTIDÓS (22) MESES DE PRISIÓN, aquella que se ve disminuida por la reparación a la víctima, rebaja que se determinó en un 50%, (art. 269 C.P.), para una pena final de ONCE (11) MESES DE PRISIÓN, sin que se haya acordado otra clase de beneficios por la aceptación de responsabilidad.

Una vez se dieron a conocer las anteriores precisiones, y la verificación de su aceptación por parte del procesado, el Juzgado procedió a impartir legalidad al acto, dejando constancia de que la adecuación típica solo se realizó con fines punitivos y sin variar los presupuestos fácticos, resultando en una negociación acorde a los principios de legalidad y de reparación a las víctimas, sin concesiones desproporcionadas y con humanización de la pena.

Luego de lo anterior y a efectos de llevar a cabo la audiencia de individualización de pena dicho trámite fue aplazado por solicitud del abogado defensor, quien justificó su pedimento en el argumento de obtener una base factual, en los términos establecidos por la Sentencia SU-479 de 2019, para acceder a subrogados penales como garantía de su prohijado.

Audiencia de individualización de pena

Después de algunos aplazamientos de la audiencia, esta tuvo lugar el nueve (9) de agosto de dos mil veintiuno (2021), con ausencia del acusado. Inicialmente, se manifestó controversia por parte del abogado defensor, toda vez que solicitó un nuevo aplazamiento, en tanto que de acuerdo con las comunicaciones que llevó a cabo con su defendido, este le dio a conocer que cambiaría de abogado, situación que no fue informada al Juzgado.

No obstante, y ante la ausencia de información por parte del procesado, se adelantó el trámite, dando lugar para que las partes manifestaran cualquier hecho que demuestre las condiciones personales, modo de vida o antecedentes de todo orden, para tratar temas no abordados en el preacuerdo, sin embargo, no se presentó ningún alegato al respecto.

Audiencia de Lectura de Sentencia.

Se realizó el veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021). Dentro de la audiencia se dejó constancia de las diversas citaciones realizadas por parte del Juzgado al acusado, vía telefónica y mediante notificación personal, todas ignoradas por aquel, asimismo, el abogado defensor manifestó que aun cuando contaba con el poder para actuar en el proceso, su defendido no cooperó en ningún momento, e incluso rechazó sus servicios; bajo ese entendido, la Jueza Primera Penal Municipal, entendió que se le notificó debidamente, además de que, al no habérsele decretado medida de aseguramiento intracarcelaria, su comparecencia no resultaba como obligatoria, por ende, continuó la diligencia, al encontrarse las partes procesales necesarias.

DECISIÓN IMPUGNADA.

La Jueza de primera instancia, reseñó inicialmente los fácticos en los términos ya indicados, pasó luego a registrar los datos de identificación del procesado, la actuación procesal y los datos de la acusación contenida en el preacuerdo.

Enseguida adelantó el análisis y valoración probatoria, con base en lo cual contempló que, en el caso concreto, se probó más allá de toda duda razonable que el imputado actuó con conocimiento de la ilicitud de sus actos, con voluntad en la realización del ilícito, y en pleno uso de sus facultades mentales, siendo improbable considerarle como inimputable.

La pena se impuso conforme a lo pactado en un monto de once (11) meses de prisión, más inhabilitación en el ejercicio de derechos y funciones públicas, por el mismo término.

Al pronunciarse sobre los subrogados penales, primariamente, sobre la suspensión condicional de la ejecución de la pena, procedió a verificar los requisitos plasmados en el artículo 63 del C.P., encontrando que se alcanza a cumplir el primero de ellos, al fijarse la pena de prisión en 11 meses, lo que implica que es menor a 4 años, en cuanto a la exigencia del numeral 2º se estableció la ausencia de antecedentes penales, más sin embargo no logra superar el condicionamiento estatuido respecto de que no se trate de uno de los delitos contenidos en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, ya que el delito por el cual se impone condena es el de hurto calificado.

Sobre lo último aclaró que si bien para efectos punitivos el preacuerdo fijó la pena con base en el artículo 239 del C.P. que tipifica el delito de hurto simple, acogiendo los pronunciamientos jurisprudenciales vertidos en sentencia de la Corte Suprema de Justicia con ponencia de la Magistrada Patricia Salazar Cuellar en radicado 52227 de junio 24 de 2020, el delito real-

mente cometido será el que fije el derrotero para la concesión de los beneficios relacionados con subrogados y sustitutivos, más no el que se tiene como base del preacuerdo para los mencionados efectos punitivos, de ahí que tomando en cuenta que el delito base por el que se procede es el de HURTO CALIFICADO, se tiene que el mismo se encuentra enlistado en el inciso 2° del artículo 68A de la Ley 599 de 2000, respecto del cual no procede el beneficio en estudio ni la prisión domiciliaria.

Con las anteriores consideraciones, concluyó la jueza de primer nivel no conceder la suspensión condicional de la ejecución de la pena, ni la prisión domiciliaria como sustitutiva de la intramural, de allí que deberá purgarla en el establecimiento que para el efecto señale el INPEC, procedió por lo tanto a librar la orden de captura correspondiente.

SUSTENTACIÓN DE LA IMPUGNACIÓN

El Dr. José Bolívar Ortiz Bolaños como defensor público apelante, inicia su exposición dando a conocer las dificultades presentadas para el cumplimiento de su misión, debido a la inconformidad de su prohijado y usuario del sistema de defensoría pública, quien adujo en un momento dado que contrataría los servicios de un abogado privado, sin que se cumpliera ese cometido, a la vez que posterior a la audiencia de verificación de preacuerdo, perdió todo contacto.

Luego de lo anterior procede a exponer los puntos de controversia respecto de la sentencia de primera instancia, enfocados en la negativa a conceder el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y el acceso a la prisión domiciliaria.

Sobre el tema, sustentó que en el caso del señor CB, se configuran dos de los requisitos del artículo 63 del Código Penal, siendo estos, la pena menor a 4 años y la carencia de antecedentes penales.

Respecto al tercero, manifestó que, aun cuando se reconocen las excepciones legales, es dable aplicar el principio de favorabilidad, que permite realizar un análisis menos restrictivo de derechos fundamentales, conforme se desarrolla en la sentencia C 225 de 2019, para no imponer la medida carcelaria, en una situación donde la pena es temporalmente corta, y puede sobrellevarse de mejor manera con medidas alternativas como el subrogado de ejecución condicional de la pena o la prisión domiciliaria.

Agrega que para el caso en concreto no puede desconocerse el derecho fundamental a la libertad que se relaciona a la vez con el derecho a la movilidad y al trabajo, así como a la vida y la salud que se verían totalmente afectados cuando se impone a través de la sentencia la sanción máxima de restricción y afectación no solo estos derechos sino de los derechos humanos en general.

La medida menos restrictiva que se debe aplicar acorde al principio de favorabilidad es la de conceder la suspensión de la ejecución de la pena, teniendo en cuenta las circunstancias especiales del tipo penal sobre el cual se puede aplicar un trato benévolo, equitativo y justo,

con fundamento en argumentos legales, jurisprudenciales y personales en aras también de aplicar principios de humanización de la justicia y la dignidad humana.

Finalmente se debe tener en cuenta la aplicación de la justicia premial que apareja beneficios a cambio de la colaboración que los sujetos activos de la conducta delictiva pueden ofrecer a los órganos jurisdiccionales así en el caso que nos ocupa se establece la colaboración del señor C cuando resuelve aceptar cargos bajo la modalidad del preacuerdo y aspirando al mayor y mejor beneficio a cambio.

Igualmente, el procesado aceptó reparar a la víctima y no lo hizo en forma simbólica sino con dinero en efectivo de acuerdo con la valoración de perjuicios efectuada por un auxiliar de la justicia.

Y es importante tener en cuenta que el procesado no ostenta antecedentes penales lo cual lo convierte en un delincuente primario de segura y fácil rehabilitación, cumpliendo también con el requisito relacionado con el arraigo ya que reside en la ciudad de Pasto, en el barrio Emilio Botero etapa 1 casa 26 lo cual garantiza y asegura el cumplimiento de la pena impuesta y evita la evasión de la justicia.

LOS NO RECURRENTES

Se dejó constancia de la debida notificación a los no recurrentes, corriéndoles traslado del escrito de apelación, no obstante, no existió pronunciamiento alguno sobre el mismo.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA

De conformidad con lo preceptuado en el numeral primero del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, es competente esta Sala para resolver el recurso de apelación formulado por la defensa, en contra de la Sentencia del 20 de septiembre de 2021, proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con funciones de conocimiento.

PROBLEMA JURÍDICO.

En aras de estudiar el recurso interpuesto, la Sala entrará a establecer si se cumplen con los presupuestos legales y jurisprudenciales necesarios para conceder los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de suspensión condicional de la pena y prisión domiciliaria, en favor de PDCB.

Para tal objeto, se analizará si es aplicable el principio de favorabilidad según los parámetros de la sentencia C 225 de 2019 que cita la defensa apelante.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS Y JURISPRUDENCIALES

Sobre el principio de favorabilidad, de entrada, la Sala entrará a explicar la adecuada aplicación del principio de favorabilidad penal, en aras de concretar si el mismo es aplicable en esta situación, siendo menester recordar aquello que se ha estipulado constitucionalmente sobre tal precepto, en el artículo 29 de la Carta Política, el cual predica:

> *(…) 'Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.*
>
> *En materia penal,* ***la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable****". (…) (Negrita fuera del texto original)*

Tomando como base el postulado dictado por la Constitución, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha decantado que la favorabilidad penal:

> *'(…) constituye una excepción al principio de irretroactividad de la ley, pudiéndose aplicar en su desarrollo* ***una ley posterior al hecho cometido*** *(retroactividad) o prolongarle sus efectos más allá de su vigencia (ultractividad), siempre que en algún momento haya regido la actuación y que -desde luego- sea, en uno u otro caso, más favorable al sindicado o condenado. (…) Así, en el caso de sucesión de leyes en el tiempo, si la nueva ley es desfavorable en relación con la derogada, ésta será la que se siga aplicando a todos los hechos delictivos que se cometieron durante su vigencia, que es lo que la doctrina denomina ultractividad de la ley".*[1]

Sobre el punto, el Alto Tribunal dejó claridad sobre su aplicabilidad, misma que no distingue entre normas sustantivas y normas procesales, en concordancia con el texto constitucional, y delimitó su alcance, estableciendo que no comprende normas generales, impersonales o abstractas[2]. Estas determinaciones han sido acogidas con beneplácito por la Corte Suprema de Justicia, que a su vez, precisó los parámetros de aplicación del principio de favorabilidad, siendo necesario que concurran los siguientes elementos:

> *(…) 'i) Sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo; ii) regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas; y iii) permisibilidad de una disposición frente a la otra".*[3]

Ahora bien, nos permitimos esbozar los puntos principales que atañen a la sentencia C 225 de 2019, que invoca la defensa, para establecer sus alcances y si resultan aplicables al caso en concreto.

1 Corte Constitucional. Sentencia C-592 de 2005. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

2 Corte Constitucional. Sentencia C- 225 de 2019. M.P. Antonio José Lizarazo Ocampo, citando a las sentencias: C-301 de 1993, C-252 de 2001, C-200 de 2002, C-922 de 2001, C-371 de 2011 y C-371 de 2011.

3 Corte Suprema de Justicia. 20 de enero de 2017. Sala de Casación Penal, Expediente T-5.726.925, M.P. Dr. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo; 14 de noviembre de 2007, Rad. 26190. M.P. Óscar Mauricio Mesa Correa.

La demanda estudiada en la sentencia pretendía que se declare la inexequibilidad de los artículos 40 y 44 (parcial) de la Ley 1826 de 2017 por medio de la cual se establece un procedimiento penal especial abreviado y se regula la figura del acusador privado, en la medida en que dicha ley solo aplicaría a: (a) los delitos cometidos con posterioridad a la entrada en vigencia de dicha ley y (b) a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se hubiere realizado formulación de imputación, por lo que a criterio de los demandantes con el artículo 44 se restringió la posibilidad de solicitar la aplicación de una norma más favorable -artículo 40- a los procesos que están en curso, en contradicción con el principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política, según el cual "(e)n materia penal, la ley permisiva o favorable ***aun cuando sea posterior***, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable".

La Corte se inhibió de pronunciarse respecto al artículo 40, pero procedió al estudio de fondo del artículo 44 en dos componentes: i) se aplicará a los delitos cometidos con posterioridad a su entrada en vigencia, ii) También se aplicará a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigencia respecto de los que no se haya realizado formulación de imputación en los términos de la Ley 906 *de 2004*.

Sobre la primera parte consideró entre otros argumentos, que cuando el legislador, señala la vigencia hacia el futuro de una normatividad de contenido penal –procesal o sustantivo-, no obstaculiza ni restringe la aplicación inmediata del principio de favorabilidad, que debe ser objeto de examen y aplicación por parte del juez a quien le ha sido asignada la competencia para resolver el proceso penal respectivo. Por lo cual resolvió declarar su exequibilidad.

Para la segunda parte, estimó la Corte que se derivan dos posibles interpretaciones: En la primera, la disposición no afectaría el principio de favorabilidad, por cuanto este subyace a la ley penal, sin que sea necesario que el legislador lo consagre en una norma general y abstracta, sino que se aplicaría en cada caso concreto. Con la segunda, la norma proscribe la aplicación de las normas sustanciales y procesales de la Ley 1826 de 2017 que afecten derechos y garantías fundamentales, aunque estas resulten más favorables, tal como la causal de preclusión por atipicidad absoluta contenida en el artículo 40 de la misma normativa.

Por lo anterior resolvió declarar su exequibilidad condicionada en el entendido de que no excluye la aplicación del principio de favorabilidad contenido en el artículo 29 de la Constitución Política.

CASO CONCRETO

De antemano se debe indicar que conforme al principio de competencia funcional para dar trámite al recurso de apelación, la Sala sólo se ocupará de los temas objeto de impugnación y a los inescindiblemente vinculados a éstos, sin que ello constituya un desmejoramiento del apelante único, lo que implica limitarse a los asuntos que el recurrente ponga a consideración, sin que sea permitido inmiscuirse en otros temas que no son objeto de discusión o que han sido materia de conformidad, salvo que se advierta violación de derechos y garantías fundamentales.[4]

---

4 *SP 45223 del 20 de abril de 2016*

Conforme lo anterior, la Sala únicamente se pronunciará sobre la aplicación del principio de favorabilidad en los términos expuestos por la defensa para establecer si procede la concesión de los subrogados y sustitutivos penales reclamados, pues ningún reparo se gener**ó** en cuanto al tipo de preacuerdo atendiendo a que el mismo se estipuló en términos de aplicar la pena del delito de hurto simple únicamente para efectos punitivos.

De esa manera y desentrañando el núcleo central de los argumentos expuestos por la defensa apelante se verifica que conjuga en un solo planteamiento el principio de favorabilidad y la cláusula de favorabilidad en la interpretación de los derechos humanos, sin embargo, la Sala adelantará su estudio por separado por las diferencias que se presentan en su estructuración. Para lo primero ya se trajo a colación la jurisprudencia pertinente a través de la cual se indican los fundamentos y elementos que lo estructuran que serán retomados a efectos de determinar su aplicación al caso en concreto.

En cuanto a lo segundo, de antaño se ha indicado por la Corte Constitucional entre otros pronunciamientos en la sentencia C 148 de 2005, que de acuerdo con **el artículo 5° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos**[5] **y el artículo 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos**[6]**, siempre habrá de preferirse la interpretación que resulte menos restrictiva de los derechos a que aluden los tratados de derechos humanos**[7] conocida

---

5 'Artículo 5

1. 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.

***2. 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, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado**."*

6 'Artículo 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

a) 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;

b) 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;

c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y

d) 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.

7 Así, por ejemplo, el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala lo siguiente:

Artículo 5

1. Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de reconocer derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos o libertades reconocidos en el Pacto, o a su limitación en medida mayor que la prevista en él.

2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un país en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, a pretexto de que el presente Pacto no los

también como principio pro homine, **que tanto la jurisprudencia de la Comisión Interamericana[8], como de la Corte Constitucional ha aplicado en repetidas ocasiones[9].**

Aclarado lo anterior encuentra la Sala que bajo ninguna de las dos connotaciones aludidas resulta viable la solicitud elevada por la defensa a favor de su prohijado, por las siguientes razones.

En primer lugar, si se trata de aplicar los artículos 38 B y 63 del Código Penal en cuanto al requisito que encontró la primera instancia como limitante para conceder tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, se trata de un obstáculo de índole meramente objetivo que ha sido claramente establecido por el legislador, en lo que no se presentan interpretaciones diversas sobre las cuales pueda aducirse que hay una menos restrictiva que permita eludir la aplicación de tal condicionamiento cuando se establece la prohibición de conceder los aludidos beneficios para los casos en los que se involucre la comisión de un delito de hurto calificado como ocurre en el presente caso. O al menos la defensa no plantea cuáles son esas diversas interpretaciones.

Invoca también la defensa, en aras de que se imponga medidas menos restrictivas, que no resulta proporcional y razonable que se prive de la libertad al señor PDCB cuando ha colaborado con la justicia, y adelantó esfuerzos para reparar económicamente a la víctima, lo que le valió la imposición de una pena mínima de 11 meses de prisión, ya que implicaría que, por un lapso tan corto, se restrinjan otros derechos como los de la vida, salud y movilidad. No obstante, se debe tener en cuenta que la sanción punitiva deviene como consecuencia de la comisión de un delito por el cual fue encontrado responsable el precitado y que las otras afectaciones devienen como connaturales a la privación de la libertad que para el caso resulta totalmente legal, acorde además a lo regulado por el legislador que en su libertad de configuración fijó claras reglas para imponer prohibiciones de índole objetivo cuando esté de por medio la comisión del delito de hurto calificado, que bajo dichas reglas se considera de mayor gravedad. No establece entonces la ley medidas menos restrictivas a las que se pueda acoger el juez que impone condena por este tipo de ilícitos.

---

reconoce o los reconoce en menor grado.

8 Cuando la Corte Interamericana ha explicitado el alcance del principio pro homine en relación con las restricciones de los derechos humanos, ha expresado que 'entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo" Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85, 'La colegiación obligatoria de periodistas (artículos 13 y 29, Convención Americana sobre Derechos Humanos)", del 13 de noviembre de 1985, Serie A, nº 5, párrafo 46.

9 Ver, entre otras, las sentencias C-408 de 1996 y C-251 de 1997 M.P. Alejandro Martínez Caballero, C-251/02 M.P. Eduardo Montealegre Lynnett y Clara Inés Vargas Hernández S.V. Rodrigo Escobar Gil y Marco Gerardo Monroy Cabra.

Y aún si tratamos de ir un poco más allá de lo explicado por la defensa y ensayando una probable hipótesis podría entenderse que se hace referencia a la interpretación que se ha dado a nivel de la jurisprudencia tanto constitucional como penal respecto de las consecuencias de los preacuerdos dependiendo de si ellos contienen cláusulas que generan cambios con efectos punitivos o que se deriven de los cambios de calificación jurídica en virtud del principio de progresividad del proceso penal o como ajustes a la legalidad.

Sin embargo, en este punto tampoco puede hacerse referencia a una diversidad de interpretaciones aplicables al caso, ya que para el momento en que se adelantó el preacuerdo y hasta la presente, se encuentra ya definida una línea jurisprudencial por parte de la Corte Suprema de Justicia a partir de los radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020, en los que se acoge algunos de los planteamientos del fallo SU 479 de 2019 de la Corte Constitucional.

En el primer pronunciamiento la CSJ entre otros temas explicó las diferencias entre los preacuerdos que se formulan en la práctica judicial con y sin base factual siendo los últimos aquellos que se adelantan con la finalidad de que la persona procesada obtenga beneficios únicamente con efectos punitivos lo cual ha tenido incidencia a partir de entonces en cuanto a las consecuencias que se derivan respecto de los subrogados y sustitutivos penales.

En el segundo de los fallos, la Corte reitera y resalta las diferencias entre el control material a la acusación, entendida como la actividad de parte realizada en una determinada fase del procedimiento –ordinario o abreviado-, con las verificaciones que deben hacer los jueces al momento de emitir sentencia. Perspectiva, desde la cual ha de entenderse que la acusación contiene la pretensión que la Fiscalía le presenta al juez competente sobre la forma cómo debe resolverse el caso, y es en ese ámbito -el de la estructuración y presentación de la pretensión punitiva, concretada en la acusación- sobre el cual, a los jueces les está vedado realizar un control material, sin perjuicio de las consabidas labores de dirección, orientadas a que la Fiscalía cumpla los aspectos formales previstos en la ley.

Resalta también las diferencias entre la condena emitida en el trámite ordinario y el abreviado.

Explica además que la Fiscalía puede introducir algunos cambios a las premisas fáctica y jurídica incluidas en la imputación, los que, incluso, puede resultar favorables al procesado, y las verificaciones que se deben adelantar en esos eventos, ante todo cuando esas modificaciones se presentan como “ajustes a la legalidad” y tienen como base el principio de progresividad de la investigación. Y la diferencia con aquellos casos en los que no se trata de realizar estos cambios sino otorgar un beneficio netamente punitivo, en los que no se requiere la presentación de prueba de respaldo.

Las anteriores orientaciones jurisprudenciales han tenido incidencia respecto de la aplicación de sustitutivos y subrogados penales cuya concesión depende en los acuerdos sin base factual del delito incluido en la imputación y en la acusación, y no de aquel que se utiliza para obtener netamente un beneficio punitivo, modalidad a la que pertenece la negociación adelantada por parte de la Fiscalía con el señor PDCB.

Explicado lo anterior, en segundo término, analiza esta Magistratura, lo concerniente a la aplicación del principio de favorabilidad, según los lineamientos de la sentencia C 225 de 2019. Como ya se explicó dicho principio permite la aplicación de normas legales, creadas por el aparato legislativo, sin importar que estas sean sustanciales o procesales, y que hayan surgido de manera posterior o anterior al hecho punible, para generar efectos de mayor favorabilidad al condenado.

Por esta razón, partiendo del postulado principal otorgado por la Carta Política en su artículo 29 superior, se deben encontrar en cada caso tres aspectos los cuales deben concurrir para determinar si en una situación concreta es viable la aplicación de este principio y que procedemos a verificar.

i) Sucesión o simultaneidad de dos o más leyes en el tiempo

En la sentencia C 225 de 2019 la Corte se pronunció de fondo respecto del artículo 44 de la Ley 1826 de 2017 declarando la exequibilidad condicionada de su inciso 2º, para que se tenga en cuenta que el principio de favorabilidad también opera para aquellos procesos en curso que se adelanten bajo la ritualidad de la Ley 906 de 2004.

Sin embargo, para la fecha de los hechos esto es, el día 29 de octubre de 2020, se encontrada vigente en su plenitud la Ley 1826 de 2017, estableciendo un procedimiento especial abreviado para el tipo de casos que en esta oportunidad nos ocupa, razón por la cual no puede aducirse que resulten aplicables de manera simultánea dicha ley y la Ley 906 del 2004, tampoco se puede hacer referencia a una sucesión de leyes.

Resulta así evidente la inexistencia de simultaneidad legislativa en el tiempo de ocurrencia de los hechos delictivos cometidos por el señor CB en octubre del año 2020.

ii) Regulación de un mismo supuesto de hecho, pero que conlleva consecuencias jurídicas distintas

Tampoco se encuentra cumplido este aspecto en la medida en que tanto la suspensión condicional de la ejecución de la pena como la prisión domiciliaria, establecen requisitos objetivos y subjetivos que se aplican por igual a casos tramitados con las reglas del procedimiento ordinario como el abreviado y las consecuencias son idénticas en la medida en que para ambos se debe verificar el cumplimiento del requisito exigido por el legislador respecto de la prohibición establecida para los delitos contenidos en el inciso 2º del artículo 68 A del Código Penal.

iii) Permisibilidad de una disposición frente a la otra

No se encuentran disposiciones disímiles que permitan hacer una comparación para determinar que una de ellas resulta más permisiva que la otra, lo cual está ligado íntimamente con el anterior aspecto en el que ya se indicó que los requisitos normativos se aplican por igual tanto para el procedimiento ordinario como el abreviado.

Se concluye entonces que al amparo de los planteamientos elevados por la defensa apelante no procede la revocatoria de la decisión adoptada en primera instancia por lo cual se confirmará en su integridad.

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Pasto (N), en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión del Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pasto (Nariño), emitida el veinte (20) de septiembre de dos mil veintiuno (2021), que condenó al ciudadano PDCB, a la pena de once (11) meses de prisión y negó la concesión de los subrogados de suspensión condicional de la ejecución de la pena y de la prisión domiciliaria.

SEGUNDO. Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según así lo prevé el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada Ponente

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

PREACUERDOS - Modalidades.

PREACUERDOS - Límites al control judicial atendiendo la modalidad específica del pacto.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL– CONTROL JUDICIAL: No se puede exigir elementos materiales probatorios o evidencias físicas que permitan acreditar el beneficio concedido que se pacta.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL– CONTROL JUDICIAL: La viabilidad legal de esta modalidad de preacuerdos puede 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.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL– CONTROL JUDICIAL: Verificación del mínimo de prueba que permita inferir la autoría o participación en la conducta y que el beneficio otorgado no sea excesivo o desproporcionado, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la justicia.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL– Juicio de proporcionalidad de la pena.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL– El proceso de determinación judicial de las penas, se encuentra intercomunicado con otros factores procesales que influyen en la fijación de la sanción, como es el caso del Sistema de justicia premial.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – Criterios orientadores para establecer la proporcionalidad de la rebaja de pena.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – El estudio del momento en el cual se surte el preacuerdo es apenas uno de los elementos a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad o de prohibición de exceso.

PREACUERDOS CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – La eficaz colaboración con la administración de justicia, constituye un criterio orientador para aplicar el juicio de proporcionalidad de las rebajas punitivas.

PREACUERDO CON VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA SIN BASE FACTUAL – Procedencia de su aprobación.

(…) 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 y renunciar al juicio, pactando como contraprestación o beneficio único la readecuación del proceso para un delito estimado con pena menor. (…)

(…) cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, sin que exista una base factual que la soporte, 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, (…) no es menester aportar por las partes, ni exigir por la judicatura, elementos evidenciales de respaldo para la figura que orienta el beneficio.

En esa dimensión, se ha decantado que los conflictos se traducen a la estimación de la rebaja punitiva a aplicar (…)

(…) en los eventos en los cuales se ha llevado a cabo un preacuerdo o negociación, las partes pueden convenir la cantidad y calidad de las sanciones a imponer, evento en el cual no resulta exigible la aplicación del sistema de cuartos (…)

(…) Lo cierto es que la idea de proporcionalidad se relaciona con una prohibición de exuberancia, en la aplicación de la pena; y en punto de las rebajas punitivas derivadas de los preacuerdos y negociaciones, cuando no tienen una base factual de soporte, se prohíbe caer en excesivas mermas sancionatorias que generen en la sociedad una sensación de que la administración de justicia se maneja con flaqueza, lenidad o blandura punitiva. (…)

(…) de los criterios que deben orientar el juicio de proporcionalidad de las rebajas de pena, que se aplica en los casos de preacuerdos ausentes de base factual de soporte (…) debe desterrarse la idea de que la concesión de beneficios por compensación tiene unos límites absolutos, cerrados y estrictamente matemáticos, como serían los inherentes al momento procesal en los cuales se llega a estos pactos de terminación anticipada (…)

(…) el estudio del momento en el cual se surte el preacuerdo es apenas uno de los elementos a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, que se reclama frente a las rebajas punitivas producto del preacuerdo sin base factual de soporte. (…) También debe indicarse que la herramienta argumentativa que se debe aplicar, para ponderar el equilibrio de las rebajas de pena concedidas, es la que se corresponde con un "juicio de proporcionalidad", la cual es esencialmente dinámica por que incorpora exigencias valorativas básicas de racionalidad entre los medios y los fines de la norma, para justificar la actividad estatal; el cual es bastante diferente al cerrado y taxativo "juicio de estricta legalidad". (…)

(…) la Sala únicamente debe dedicar sus esfuerzos a establecer si realmente 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 (…) De igual forma, se ha de constatar que el beneficio pactado no sea excesivo o desproporcionado, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la administración de justicia o de los demás principios y finalidades que rigen las terminaciones abreviadas del proceso, como también que no se esconda en el acuerdo beneficios ilegales o expresamente prohibidos. (…)

(…) los elementos de convicción aportados por la Fiscalía como apoyo del pacto de responsabilidad al que llegó con la defensa del señor JR, constituyen una base probatoria eficaz que permite establecer la inferencia razonable de autoría y participación que se requiere para la validación de un preacuerdo (…)

(…) para establecer la proporcionalidad y racionalidad del acuerdo de rebaja punitiva, que se concreta en el pacto de imposición de 101 meses de prisión y multa por valor equivalente a 3162.5 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, como coautor material doloso de los delitos consumados de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES y de autor del CONCIERTO PARA DELINQUIR, resulta menester precisar que nos encontramos ante un evento en

el cual el preacuerdo se ha presentado para control al Juez de Conocimiento con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación y antes de que se surtiera la audiencia preparatoria. (…)

(…) Es claro que estos porcentajes de reducción punitivos están por encima de los rigurosos linderos de rebaja punitiva establecidos en los artículos 350, 352 y 367 del Código de Procedimiento Penal, pero el "juicio de proporcionalidad" establecido por la jurisprudencia superior para estos eventos llama a la flexibilización de estos rangos, para ponderar otros aspectos como el arrepentimiento activo del procesado, su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, el suministro de información relevante y eficaz para el procesamiento de otros autores y partícipes, como para la desestructuración de organizaciones criminales. (…)

(…) en la sistemática de aplicación de la figura del preacuerdo sin base factual presentada, porque esa contribución eficaz para desarticular la banda criminal a la que estaba vinculado el señor LAJR, y la delación de sus coimputados para que frente a ellos operaran capturas, inclusive en países extranjeros, con el riesgo propio de su vida e integridad, como la de los integrantes de su grupo familiar, se constituyen en criterios orientadores para aplicar el llamado "juicio de proporcionalidad" de las rebajas punitivas que se le pudieran autorizar por esta vía. (…)
(…) atendiendo que el filiado LAJR ha demostrado desde el acto inicial de formulación de imputación su soberana decisión de contribuir positivamente con la administración de justicia (…) fuerza admitir que no es desbordada la rebaja de pena concedida por la Fiscalía en el preacuerdo, en consideración al volumen de los aportes judiciales brindados. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PASTO - NARIÑO
SALA DE DECISION PENAL

San Juan de Pasto, dieciocho (18) de octubre dos mil veintidós (2022)

Radicación : 2017-00568-3 NI. 24156
Asunto : Apelación auto
Delito : Concierto para delinquir y otro
Magistrado : Dr SILVIO CASTRILLÓN PAZ

OBJETO DE LA DECISIÓN:

Es la tercera oportunidad en la que arrima a la Sala Penal de este Tribunal Superior el proceso penal seguido en el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto – Nariño en contra del señor LAJR. Corresponde resolver el recurso de apelación interpuesto por la Delegada de la Fiscalía y el apoderado de la defensa en contra del auto interlocutorio emitido el 27 de abril de 2022 por el despacho de conocimiento, a través del cual se improbó un preacuerdo de responsabilidad que dichos sujetos procesales pusieron de presente, para dar por terminado anticipadamente el proceso.

I. HECHOS BASE DE IMPUTACIÓN

El señor LAJR aparece vinculado al presente proceso penal como coautor de tres (3) episodios delictivos relacionados con el tráfico de drogas estupefacientes, que se aduce realizados

al interior de una organización ilegal a la que él pertenecía; la cual exportaba las drogas por vía marítima en lanchas rápidas con destinos a Panamá, México y otros países Centroamericanos.

La banda criminal fue identificada plenamente por interceptaciones telefónicas y de mensajes de BlackBerry, debidamente autorizadas al ente acusador, lo que –se anticipaba- también permitió la incautación de tres (3) grandes cargamentos de drogas ilícitas, movilizados en lanchas rápidas, en cantidades de 402, 804 y 683 kilogramos de cocaína respectivamente, procedentes de las costas Nariñenses (Tumaco), y que tenían como destino países Centro Americanos. Estos hechos aparecen referidos en la acusación, de la siguiente forma:

> *'PRIMER HECHO JURIDICAMENTE RELEVANTE.- EL DIA 02 DE ABRIL DE 2016, EN LAS COORDENADAS LAT 01°48.909N LON.078°51.410W, ISLA DE BOCAGRANDE (TUMACO - NARIÑO), SOBRE LAS 13:00; APROXIMADAMENTE, SE INMOVILIZAN DOS MOTONAVES, UNA (1) MOTONAVE TIPO METRERA, DE COLOR BLANCO CON AZUL, DE NOMBRE 'EL ESFUERZO", SIN MATRICULA CON (1) MOTOR 75 HP D, MARCA YAMAHA, SIN SERIAL, Y UNA SEGUNDA MOTONAVE TIPO METRERA, DE COLOR AZUL OSCURO, SIN MATRICULA, NI NOMBRE, CON (1) MOTOR 75 HP D, MARCA YAMAHA, SIN SERIAL, LAS CUALES MOMENTOS ANTES HABIAN SIDO ABANDONADAS POR SUS TRIPULANTES, HALLANDOSE AL INTERIOR DE LAS MISMAS, SUSTANCIA ESTUPEFACIENTE, INCAUTACIÓN DE 402 KILOGRAMOS DE COCAÍNA. Para este evento se contaba con la interceptación del Pin de BlackBerry No. 2BF86C3D, usado por alias LA Y/O C" (LAJR). Autorizado mediante resolución de fecha 28 de marzo de 2016, El cual fuera cancelado sus resultados el día 23/06/2016. Ante el Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal con Función Control de Garantías de Bogotá. Igualmente se contaba con la interceptación del abonado celular No. 318-2195096, Usado por alias L 'A Y/O C". Autorizado mediante resolución de fecha 08/07/2016. Y legalizado sus resultados ante el Juzgado Ochenta y Dos Penal Municipal Con Función Control de Garantías de Bogotá el día 27/09/2016. A través de la interceptación legal a estas líneas se cuenta con EMP y/o EF que permita señalar con probabilidad de verdad que LAJR coordinó el envío de esta sustancia estupefaciente, recibiendo la información precisa por parte de quien se conociera con el alias del CAPI, de las coordenadas por donde debían desplazarse las motonaves".*

> *'SEGUNDO HECHO JURIDICAMENTE RELEVANTE.- EL DIA 16 DE ABRIL DE 2016, SIENDO LAS 22:00 HORAS GUARDACOSTAS DE ESTADOS UNIDOS, TRAS SER ALERTADOS POR LA ARMADA NACIONAL DE COLOMBIA Y ECUADOR LOGRAN LA INTERDICCION EN AGUAS INTERNACIONALES A 473 MILLAS NAUTICAS DE GUATEMALA, COORDENADAS 06.30N Y 91.00 W, DE UNA EMBARCACION TIPO FLIPPER LA CUAL NO REUNIA CARACTERISTICAS PARA ESTAR REALIZANDO UN DESPLAZAMIENTO LEGAL, ENCONTRANDOSE AL INTERIOR DE LA MISMA 804 KILOGRAMOS DE CLORHIDRATO DE COCAINA, AL IGUAL QUE LA DETENCION DE LOS SEÑORES JGO (COLOMBIANO), JLZ (COLOMBIANO), JCMB (ECUATORIANO), SJQC (ECUATORIANO), AL IGUAL SE HALLO UNA BOYA QUE EMITIA SU UBICACION SATELITAL, LA CUAL SE RECARGABA CON UN SISTEMA DE PANEL SOLAR. INVESTIGACION SEGUIDA*

BAJO EL RADICADO DE INSTRUCCIÓN FISCAL No. 2001018160050008 PROCESO PENAL No.20331- 2006-00126 BAJO LA DIRECCION DEL FISCAL ANGEL ENRIQUE QUEVEDO MORA. GALAPAGOS - ECUADOR. Para este evento se contaba con la interceptación de del Pin de BlackBerry No. 2BF86C3D. Usado por alias LA Y/O C" (LAJR). Autorizado mediante resolución de fecha 28 de marzo de 2016, El cual fuera cancelado sus resultados el día 23/06/2016. Ante el Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal con Función Control de Garantías de Bogotá, medio de comunicación con el que tuvo contacto permanente con el pin de BB 5EEBC0E9, respecto a la coordinación de la salida de la embarcación con el alijo de sustancia estupefaciente, su desplazamiento a través de las coordenadas conocidas por estos medios de comunicación e información acerca de las marquillas de la sustancia incautada y utilizadas por la organización".

'TERCER HECHO JURIDICAMENTE RELEVANTE.- EL DÍA 03 MAYO DE 2016 EN AGUAS INTERNACIONALES DE ISLAS GALÁPAGOS (ECU) EN LAS COORDENADAS N. 01 55 644, - 089 10 089 W. SE LOGRÓ LA RECUPERACION DE SUSTANCIAS ESTUPEFACIENTES QUE FUERON ARROJADAS AL MAR, CON EL FIN DE EVADIR EL CONTROL DE LAS AUTORIDADES EN LA ZONA, LOGRANDOSE LA INCAUTACION DE 683 KG DE CLORHIDRATO DE COCAÍNA. INVESTIGACION SEGUIDA BAJO EL RADICADO DE INSTRUCCIÓN FISCAL No. 200101816050014 BAJO LA DIRECCION DEL FISCAL ANGEL ENRIQUE QUEVEDO MORA. GALAPAGOS -ECUADOR Para este evento se contaba además con la interceptación del Pin de BlackBerry No. 29AC4598, usado por alias Don Tito y/o Don TI. (Identificado como TARY) Autorizado mediante resolución de fecha 08/04/16, y cancelado sus resultados el día 25/05/2016, ante el juzgado 35 penal municipal con función de garantías Bogotá; a través de este acto de investigación, se tuvo conocimiento de los momentos antes, concomitantes y posteriores a este hecho, tales como la coordinación de la salida de la embarcación con el alijo de sustancia estupefaciente, su desplazamiento a través de las coordenadas conocidas por este medio. En el desarrollo de estos actos de investigación y de la evidencia recolectada, respecto a la función cumplida dentro de la organización por parte de LAJR: Uno de los principales líderes de la estructura del narcotráfico, quien se ha encargado de financiar la consecución, elaboración y transporte de estupefacientes en los departamentos del Valle Cauca y Nariño, especialmente en este último, usando como punto de inicio para el tráfico de estas sustancias el Puerto de Tumaco, valiéndose para tal fin de su principal colaborador, conocido dentro de la estructura con el alias de 'ERVIN", (Identificado como HS) quien se encarga de la consecución , acopio y transporte de estupefacientes los cuales tienen como destino final Centro América y México, para lo cual alias 'ERVIN" junto con otras personas se desplazan hasta diferentes laboratorios, acondicionados para el procesamiento de estupefacientes en las regiones conocidas como el Chontal, Llorente, Sala Honda, para luego ser transportados en lanchas tipo GO FAST, además de instalarles sistemas de ubicación satelital SPOT, para de esta manera ser transportadas a costas de países de Centroamérica. Para llevar a cabo esta actividad ¡legal, C y/o A contaba con la colaboración de varias personas quienes a su vez hacen parte de la organización aquí

investigada, como lo son : alias 'ERVIN", alias ' ALEX", (Identificado como AP), alias 'PORFILIO", (Identificado como PC) alias 'HUGO", (Identificado como HS) alias 'EL PROFE", alias 'EL. CALVO", alias 'JHON", entre otros y quienes cumplen una función específica al interior de la estructura dedicada al tráfico de estupefacientes".

FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN

El día 23 de febrero de 2017, ante un Juzgado Penal Municipal de control de garantías ambulante de Buga (Valle), fue formulada imputación en contra del señor LAJR por estos hechos, como coautor de un concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR CON FINES DE NARCOTRÁFICO, establecido en el artículo 340 inciso 2 del Código Penal (modificado por el artículo 19 de la ley 1121 de 2006), y TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES que trata el artículo 376 del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011; se indicó que este delito último se atribuía en doble modalidad AGRAVADA por las circunstancias establecidas en los artículos 377B [utilización de sumergibles o semi sumergibles] y 384 numeral 3 [tráfico de más de 5 kilos de cocaína] del Código Penal.

En el curso de esta audiencia el imputado manifestó su voluntad de allanarse a cargos, lo cual fue controlado y valorado positivamente por el Juez de Control de Garantías, dándose paso a la radicación del correspondiente Escrito de Acusación con allanamiento a cargos por parte de la Fiscalía, lo cual tuvo ocurrencia el día 5 de abril de 2017 ante el centro de servicios administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Pasto [ver folios 1 a 11 de la carpeta]. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, ante quien en audiencia celebrada el día 6 de julio de 2017 se invocó por la defensa un trámite incidental de nulidad del acto de allanamiento a cargos, aduciendo violación de garantías fundamentales, el cual fue resuelto positivamente por la Jueza del Conocimiento, pero en términos de "retractación del allanamiento", disponiendo que el proceso se siguiera adelantando por el trámite ordinario. La Fiscalía estuvo conforme con lo decidido.

PRESENTACIÓN DEL PRIMER PREACUERDO

En la misma audiencia en que se admitió la retractación al allanamiento, la Fiscal 30 Especializada de la Unidad DFBACRIM, en cuyas manos se había delegado el ejercicio de la acción penal, presentó un preacuerdo al que había llegado con el acusado LAJR y su equipo de defensa, el cual contenía una variación de la imputación, la cual se adujo como un "ajuste de legalidad", producto de la recopilación de nuevos elementos probatorios (progresividad de la acción), consistente en la variación de los cargos de coautoría a COMPLICIDAD frente a los delitos imputados inicialmente. Como beneficio compensatorio único se reconocía el sustituto de PRISIÓN DOMICILIARIA en favor de JR, ya que venía colaborando efectivamente con la justicia. Se indicó que también había un pacto de imposición de la pena principal de prisión en once (11) años.

Este preacuerdo fue aprobado inicialmente por el despacho de conocimiento y dio lugar a la emisión de sentencia condenatoria anticipada el día 22 de mayo de 2018, conforme lo que

se había acordado. Pero al ser impugnada por el Agente del Ministerio Público reconocido en la instancia, esta misma Sala de Decisión la invalidó por la vía de la nulidad, con auto 047 de segunda instancia, fechado a 1 de agosto de 2018, porque el preacuerdo celebrado era tanto vulnerador de los principios de legalidad del delito y de las penas, entre otras cosas por el indebido manejo de la imputación respecto de la circunstancia del artículo 377 B del Código Penal [utilización de sumergibles y semi sumergibles], como que contenía beneficios múltiples e incompatibles por las circunstancias del caso.

ESCRITO DE ACUSACIÓN Y PRECLUSIÓN DE ALGUNAS TIPOLOGÍAS IMPUTADAS

El día 3 de abril de 2019 se radicó escrito de acusación, y paralelamente la Fiscalía decidió adelantar un trámite de preclusión de la acción penal, frente a algunos de los delitos imputados, lo cual redujo los cargos. Pasamos a precisar estos aspectos:

> **1.-** La audiencia de preclusión se llevó a cabo el 17 de mayo de 2019, y cobijó todo lo relacionado con el "uso, construcción, comercialización y/o tenencia de semi sumergibles o sumergibles", como "el almacenamiento, transporte o venta de sustancias estupefacientes, o insumos necesarios para su fabricación o uso como medio para la comisión de actos delictivos", que tratan los artículos 377-A y 377-B, en la cual se habilitó con fuerza de Cosa Juzgada la terminación de las pesquisas relacionadas con dichos eventos delictuales.
>
> **2.-** La audiencia de formulación de acusación se llevó a cabo el día 13 de octubre de 2019, y en ella fueron ratificados por la Fiscalía los cargos que aparecían en el escrito de acusación, al indicarse que el señor CAJR debe responder en juicio criminal como coautor de un concurso homogéneo de tres (3) delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en modalidad AGRAVADO, verbo rector "TRANSPORTAR", establecido en los artículos 376 inciso primero y 384 numeral tercero del Código Penal; a su vez en concurso heterogéneo con el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, que trata el artículo 340 inciso segundo del Código Penal.

El artículo 376 citado prevé penas de 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, a "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". A su vez el artículo 384 establece que el monto mínimo de estas penas se duplicará, entre otras circunstancias, "3.- Cuando la cantidad incautada sea superior a mii (1.000) kilos si se trata de marihuana; a cien (100) kilos si se trata de marihuana hachís; y a cinco (5) kilos si se trata de cocaína o metacualona o dos (2) kilos si se trata de sustancia derivada de la amapola". Aquí se estaría en presencia de un punible que, por la circunstancia de agravación específica que le concurre, reportaría penas de 256 a 360 meses de prisión y multa de 2.668 a 50000 SMLMV.

Por su parte, el artículo 340 inicialmente establece penas de prisión de cuarenta y ocho (48) a ciento ocho (108) meses "Cuando varias personas se concierten con el fin de cometer delitos"; ya en su inciso 2° se indica que la pena será de 8 a 18 años y multa de 2.700 a 30.000 SMLMV "Cuando el concierto sea para cometer delitos de genocidio, desaparición forzada de personas, tortura, desplazamiento forzado, homicidio, terrorismo, tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas, secuestro, secuestro extorsivo, extorsión, enriquecimiento ilícito, lavado de activos o testaferrato y conexos, o Financiamiento del Terrorismo y administración de recursos relacionados con actividades terroristas".

Convocadas las partes a la realización de audiencia preparatoria, se informó por la Fiscalía sobre la suscripción de un nuevo preacuerdo de responsabilidad con la defensa, orientado a la terminación abreviada del proceso. Éste acto consensuado se dio a conocer al Juzgado de Conocimiento en audiencia celebrada el 27 de abril de 2022, el cual fue IMPROBADO. Frente a esta decisión presentaron recursos de apelación la delegada de la Fiscalía y el apoderado de la defensa de JR, cuyo trámite ha dado lugar al arribo del proceso a esta instancia judicial.

CONTENIDO DEL SEGUNDO PREACUERDO

Inicialmente la Fiscal 30 Especializada de Bogotá, doctora ANGÉLICA RODRÍGUEZ AGUIRRE, indica que el señor LAJR está dispuesto a aceptar los cargos que le han sido atribuidos en la audiencia de formulación de acusación del 13 de octubre de 2019, como coautor de un concurso homogéneo de tres (3) delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en modalidad AGRAVADO, verbo rector "TRANSPORTAR", establecido en los artículos 376 inciso primero y 384 numeral tercero del Código Penal; a su vez en concurso heterogéneo con el punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, que trata el artículo 340 inciso segundo del Código Penal.

A cambio de la aceptación temprana de cargos, la Fiscalía decide otorgarle un beneficio compensatorio consistente en readecuar la conducta punible de mayor entidad imputada, que es la de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES del artículo 376 numeral 1, en modalidad agravada por el numeral 3 del artículo 384 del Código Penal, atendiendo la cantidad de droga, verbo rector "TRANSPORTAR", variándola en toda su complejidad a la misma figura penal del inciso 2***°, la cual establece que*** "Si la cantidad de droga no excede de …cien (100) gramos de cocaína o de sustancia estupefaciente a base de cocaína …le pena será de 64 a 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes".

Igualmente estipularon la imposición de las penas principales de ciento uno (101) meses de prisión y multa por valor equivalente a de 2907 SMLMV. Estas penas se discriminaron así: pacto de noventa y ocho (98) meses de prisión por el delito principal del artículo 376 inciso 2° y tres (3) meses adicionales por la trilogía de delitos concurrentes. Así mismo, se dijo que la pena de multa equivale a la sumatoria de las que corresponden con los delitos por los que se ha de emitir condena. Nada se indicó sobre la procedencia o concesión de subrogados, sustitutos o beneficios adicionales.

El doctor EDGAR ANTONIO VILLAMARÍN, actuando como Procurador Judicial II, en agencia del Ministerio Público, refirió que el preacuerdo debía improbarse porque con él se está concediendo doble beneficio, al hacerse desaparecer la circunstancia de agravación punitiva del artículo 384 numeral 3 que ha sido imputada, de suerte que además se vulneraría el principio de legalidad de las sanciones.

Por su parte, el apoderado de la Defensa, doctor JUAN PABLO NUÑEZ FERNÁNDEZ, solicitó se le impartiera aprobación al preacuerdo, toda vez que el único beneficio que en él se concede es la variación de la calificación jurídica, en la cual se ha respetado el núcleo factico de la imputación; que se trata de un mismo tipo penal, pero de acuerdo a lo concerniente al artículo 376 inciso 2° del Código Penal, con el propósito de otorgar ese beneficio punitivo, pero no tiene un beneficio adicional, dado que "el cambio no implica la consideración de agravación punitiva ya que en eso consiste la ficción jurídica con ausencia de base fáctica que es, a lo que ha sido tenido en cuenta por la jurisprudencia". Refirió que el acuerdo está ajustado a legalidad y que el mismo tiene varias fuentes, como son la ley, la jurisprudencia, las decisiones la Sala Penal del Tribunal Superior de Pasto que ha recogido este tipo de preacuerdos. Que se está en presencia de un preacuerdo sin base factual, que contiene un cambio favorable en la calificación jurídica.

FUNDAMENTOS DE LA PRIMERA INSTANCIA PARA LA IMPROBACIÓN DEL PREACUERDO

En la sesión de audiencia del 27 de abril de 2022 el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto indica que si bien de un preacuerdo sin base factual pueden generarse algunos beneficios y situaciones favorables para el acusado, estos se encuentran limitados legalmente, y que precisamente en esta oportunidad se superan esos rangos de rebaja, motivo por el cual debe improbarse el preacuerdo.

Aduce que el delito de TRÁFICO, PORTE O FABRICACIÓN DE ESTUPEFACIENTES en modalidad AGRAVADA, por el cual se procede, consagra penas conjugadas de prisión entre 256 y 360 meses, y que en el presente caso la Fiscalía está variando los cargos hacia una conducta punible que -de admitirse- permitiría una rebaja superior a los 128 meses de prisión, lo cual supera los marcos de legalidad.

Recordó que la Corte Constitucional ha dicho que el cambio de calificación jurídica con base fáctica no puede ser utilizado para conceder beneficios desproporcionados, y que en ese caso encuentra desbordada la rebaja concedida, motivo por el cual no puede validarse el preacuerdo.

ARGUMENTOS DE LA IMPUGNACIÓN

La Delegada de la Fiscalía manifiesta en la apelación que el mecanismo utilizado para ofrecer las rebajas derivadas de la aceptación de responsabilidad en el preacuerdo, no aparecen prohibidas ni en la ley ni en la jurisprudencia nacional. Que además, el Tribunal Superior de Pasto ha venido avanzando en el análisis del estudio de la proporcionalidad en los preacuerdos, y que en este caso particular da luces en que el imputado y el proceso han pasado por diferentes circunstancias, incluyendo que el señor JR está preso en otro país.

Dice que se ha respetado el núcleo fáctico de la imputación, y que la rebaja concedida no es desbordada o desproporcionada, cuando el filiado ha colaborado con la justicia aportando información relevante que se necesitaba para materializar algunas capturas que permitieron desarticular organizaciones nacionales y extranjeras, pero que lastimosamente no se logró con él la aprobación de un principio de oportunidad, esto es que no ha obtenido aún beneficio judicial alguno.

Insiste en que no se trata de cualquier información la que él ha dado y que tampoco se trata de cualquier fórmula de preacuerdo, ya que no se están dando beneficios sin que realmente se esté aprestigiando la justicia. Insiste en que ha aportado información que permite que no se continúe cometiendo el delito de tráfico de sustancias estupefacientes, así como que ha tenido que acudir a la fórmula del preacuerdo, porque se le negó el principio de oportunidad.

Resalta que debe hacerse una ponderación entre la información que ha dado el acusado y el beneficio que se está otorgando a través del preacuerdo, que es de simple reducción de pena y nada tiene que ver con el otorgamiento de subrogados o sustitutos, por lo que deja claro que una vez el señor JR regrese a Colombia, terminará pagando la pena en prisión, que lo que se busca también es salvaguardar los derechos del procesado.

Señala que la Fiscalía de ninguna manera se encuentra desconociendo las directrices que la obligan, como tampoco desconoce que al ciudadano desafortunadamente se le ha incumplido con algunos de esos compromisos adquiridos frente a la información que ha brindado. Afirma que el preacuerdo es totalmente trasparente, ajustado a la ley y a los principios de proporcionalidad que deben acompañar los actos de un servidor público.

Llama a entender que se está ante un caso complejo, que se traduce en la cantidad de personas que participaron en esta entidad delictual a título de coautores, como que también el acusado desde el año 2017 ha realizado manifestaciones voluntarias de someterse a la justicia, además de que antes de que se surtiera la audiencia de formulación de acusación aportó la información que fue importante.

Concluye en la necesidad de revocar el auto impugnado y que se Apruebe el preacuerdo, con el que busca humanizar el caso que ya ha sido estudiado por el Tribunal de Pasto, quien mencionó que se podría llegar a un preacuerdo siempre y cuando se ajustara a los términos legales, siendo eso es justamente lo que la Fiscalía junto con el Defensor han realizado.

Por su parte, la defensa manifiesta que el preacuerdo es diferente al presentado en momento anterior, porque ya fueron depurados con preclusión algunos de los cargos iniciales, esto es que ya se hizo un ajuste de legalidad, situación que no puede traducirse en un beneficio.

Dice que el Preacuerdo contiene una variación de la calificación jurídica, que es el único beneficio compensatorio para su cliente, siendo esta una de las modalidades admitidas por la jurisprudencia para la celebración de preacuerdos sin base factual, por lo cual debe aprobarse.

PROBLEMAS JURÍDICOS A RESOLVER

1.- ¿Hay lugar a aprobar el preacuerdo sin base factual al que han llegado la Fiscalía 30 Especializada de Bogotá y la defensa del señor LAJR, en el proceso que se le adelanta como coautor del concurso de delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR y TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO?

2.- ¿Cuáles son los criterios para establecer la proporcionalidad de las rebajas punitivas, para este tipo de preacuerdos y negociaciones, sin base fáctica de soporte?

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1.- Anotaciones previas sobre el sentido, contenido y modalidades de preacuerdo.

En varias ocasiones ha reseñado esta Corporación Judicial que los preacuerdos y las negociaciones constituyen salidas alternas consensuadas[1] a la definición de los asuntos penales, sin necesidad que las partes pasen por la confrontación que marca el desarrollo de un juicio oral, público, contradictorio y con inmediación del Juez en la práctica de las pruebas. El marco jurídico de aplicación de la figura se encuentra en 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 su desarrollo aparece en 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".

Desde el punto de vista jurídico, la Fiscalía y el equipo de defensa pueden preacordar diversos aspectos sustanciales, pero determinados por las obligaciones reciprocas que les corresponden de acuerdo con el lugar que ocupen dentro del proceso. Por una parte el imputado se declara culpable del delito que se le atribuye o de uno relacionado con pena menor, a cambio de que el Fiscal elimine de su acusación alguna causal de agravación punitiva, o también haga desaparecer algún cargo especifico; igualmente surge la eventualidad de que el imputado se declare culpable 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 memorable sentencia 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"[2] .

---

1 USAID. 'TECNICAS DEL JUICIO ORAL EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO COLOMBIANO". Manual para operadores jurídicos. Segunda Edición. Impresión D'vinni S.A. Bogotá. 2009. Página 45.

2 Corte Constitucional Sentencia C-1260 de 2005, Magistrada Ponente CLARA INES VARGAS HERNANDEZ.

De lo anterior refulge que la Fiscalía siempre debe respetar el núcleo fáctico de las imputaciones que determinan una correcta adecuación típica, momento a partir del cual es posible que se entre a negociar con la defensa diversos tópicos, dentro de márgenes de razonabilidad jurídica, dado que si este mecanismo alterno de solución del proceso penal por vía consensuada pretende aprestigiar la administración de justicia, no se puede permitir que por falta de control el mismo se convierta "en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad"[3].

También es factible que la Fiscalía y la defensa preacuerden la sanción a imponer, esto es que las partes tienen la posibilidad de pactar un determinado quantum punitivo, evento en el cual el Juez no podrá imponer una pena superior a la que se le haya solicitado, según lo establecido en los artículos 369 y 370 del Código de Procedimiento Penal. De la misma manera resulta posible que la Fiscalía y la Defensa tomen como puntos de negociación el reconocimiento de sustitutos y subrogados punitivos, porque estos son temas específicos anexos o complementarios de las consecuencias penales del delito; se ha dicho por la jurisprudencia reciente del alto Tribunal de Justicia Penal Ordinaria que "…ello es apenas natural, e incluso deseable, acota la Corte, pues, para evitar innecesarias discusiones o prolongación del trámite procesal por la vía de las impugnaciones –recuérdese que aún en los casos de allanamiento o preacuerdos es factible acudir al mecanismo impugnaticio para discutir el monto de la pena o la negativa de subrogados-, que incluso tornan más dispendioso el proceso, al punto de eliminar por este camino lo que se obtuvo con la aceptación previa de responsabilidad penal, lo ideal es que entre las partes se acuerden previamente también esas cuestiones si se quiere accesorias"[4]. Finalmente concluyó que "…entonces, cuando el juez es desplazado y son las partes las que acuerdan efectivamente cubiertas las exigencias que tornan innecesaria la aplicación de la pena de prisión, simplemente se está reemplazando el relativo arbitrio judicial, como igual ocurre cuando en el preacuerdo se fija en concreto la sanción definitiva".

La verdad sea dicha, el cambio de paradigmas en torno al tema del contenido de los preacuerdos es profundo, y sobre el punto llamó la atención la corte en uno de sus pronunciamientos, al señalar:

> *'Evidente es, entonces, la profunda transformación que se ha producido en el ordenamiento jurídico con la adopción de la institución de los preacuerdos y negociaciones, la cual genera como consecuencia obvia que el acuerdo pueda incidir en los elementos compositivos o estructurales del delito, en los fenómenos amplificadores del tipo, en las circunstancias específicas o genéricas de agravación, en el reconocimiento de atenuantes, la aceptación como autor o como partícipe (cómplice), el carácter subjetivo de la imputación (dolo, culpa, preterintención), penas principales y penas accesorias, ejecución de la pena, suspensión de ésta, privación preventiva de la libertad, la reclusión domiciliaria, la reparación de perjuicios morales o sicológicos o patrimoniales, el mayor o menor grado de la lesión del bien jurídicamente tutelado".*

3 Corte Suprema de Justicia Sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27759.

4 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 7 de mayo de 2012, radicado 43523. MP. GUSTAVO ENRIQUE MALO FERNANDEZ.

'La amplitud del ámbito propicio a una negociación podría explicarse en que lo pretendido por parte del imputado o acusado es una reducción de las condignas sanciones o consecuencias de su delito y como son múltiples los fenómenos condicionantes de las mismas, se torna complejo el tratamiento de este tema, aunque suele superarse tal obstáculo recordando el valor teleológico de la institución que no se inclina por un criterio restrictivo sino por uno de acentuada naturaleza extensiva".

'Ello es así, en razón a que uno de los objetivos perseguidos por el legislador con el nuevo sistema procesal, sin descuidar el respeto absoluto por la defensa y el debido proceso, fue el de procurar otorgar celeridad al proceso mediante la confluencia de voluntades y el consenso en la solución del conflicto, que obedece a los fines esenciales del Estado social de derecho de facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan, según el artículo 2º de la Constitución Política"[5].

La Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como órgano de cierre de la justicia ordinaria, ha establecido en varios pronunciamientos [entre ellos el radicado 52311 del 11 de diciembre de 2018] 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 cual 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 suficiente información.

Entre las diversas modalidades de preacuerdo que se pueden concertar entre Fiscalía y Defensa 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 proceso para un delito estimado con pena menor.

Frente a los controles judiciales a esta específica modalidad de preacuerdo, que conlleva cambios en la calificación jurídica inicial de la Fiscalía, resultan aplicables como precedentes las sentencias SU-479 de 2019 de la Corte Constitucional, como las de Casación Penal en los

5 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia del 20 de noviembre de 2013. Radicado 41570. Magistrado Ponente FERNANDO ALBERTO CASTRO CABALLERO.

radicados 52227 del 24 de junio de 2020 y 54039 del 19 de agosto de 2020. La sistematización de estos fallos ha permitido trazar una primera línea conceptual, orientada a que se debe 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, tiene 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. Esta labor resulta fundamental para establecer las cargas que deben asumir Fiscalía y Defensa en la presentación del preacuerdo; pero también fija las pautas o límites de competencia del Juez de Conocimiento en los controles aplicables a cada modalidad de pacto.

En variados casos decididos por esta Corporación Tribunalicia[6] se ha indicado que cuando el pacto contiene modificación de la calificación jurídica, sin que exista una base factual que la soporte, 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; o cuando se degrada el delito a uno que contiene menor cantidad de pena, no es menester aportar por las partes, ni exigir por la judicatura, elementos evidenciales de respaldo para la figura que orienta el beneficio.

En esa dimensión, se ha decantado que 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".

Definitivamente la viabilidad legal de esta modalidad de preacuerdos puede 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 indicado por el Alto Tribunal de Justicia en el radicado 54039 de 2020[7]:"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

6 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. De la misma Sala, Auto penal 02 del 26 de enero de 2021, radicado 2018-04998 NI.29439.

7 Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 19 de agosto de 2020. MP. Patricia Salazar Cuéllar.

a la norma penal más favorable –para efectos de calcular la pena, evaluar subrogados penales, etcétera, según los 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.- Sobre los criterios orientadores para establecer la proporcionalidad de la rebaja de pena, en caso de preacuerdos sin base factual.

Una vez se encuentra claridad en que la viabilidad de un preacuerdo sin base factual podría verse afectada ante la concesión de rebajas desproporcionadas, porque estos excesos resultan contrarios a la necesidad de aprestigiar la administración justicia y demás principios que rigen estas formas de solución del conflicto derivado del delito, surge la necesidad de precisar las reglas de orientación que han de ser aplicadas en ese "JUICIO DE PROPORCIONALIDAD".

La exaltación en Colombia del llamado "principio de proporcionalidad de la pena", que aparece elevado a norma rectora en el artículo 3° del Código Penal, exige que todo cuanto influya jurídicamente en la calidad y cantidad de pena imponible, guarda estrecha y directa relación con la entidad del delito cometido, visto lo anterior tanto en el sentido abstracto de lo establecido en el nivel legislativo, y también en lo relacionado con el nivel de aplicación judicial o en concreto de las penas.

En la sistemática penal vemos como el proceso de determinación judicial de las penas, inicialmente instituido en el artículo 61 sustantivo penal, se encuentra intercomunicado con otros factores procesales que influyen en la fijación de la sanción, y que, por supuesto, no tienen relación alguna material ni directa con las circunstancias del delito cometido, pero que resultan trascedentes en atención a razones de política criminal, que son de diversa índole. Aquí cabe mencionar el "SISTEMA DE JUSTICIA PREMIAL", que permite rebajas de sanción por allanamientos a cargos, celebración de preacuerdos y negociaciones, y hasta eventos de renuncia a la persecución penal, en los casos de procedencia del "principio de oportunidad". Ya anticipaba un reconocido doctrinante nacional que "Todo ello ha generado un desbalance en la realización del principio de proporcionalidad, en cuanto la pena resultante ahora no depende exclusivamente de su merecimiento, como tampoco encuentra límite en la culpabilidad, sino que suele ser el resultado de negociaciones entre Estado y ciudadano, de manera que el negociador más hábil o quien tenga más por ofrecer en términos de colaboración va a obtener penas menores, comparadas a las que se imponen a quien no quiso aceptar cargos o no se prestó a un preacuerdo con la fiscalía"[8].

8 CAMACHO FLOREZ, Jaime. 'PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD DE LA PENA". Revista de derecho penal Contemporánea. N°:41, OCT.-DIC./2012, PÁGS. 53-78.

También se afirma en el texto citado a píe de página que, bajo esta dimensión, la pena viene asumiendo una naturaleza cualitativa nueva y adicional, no prevista en el Código Penal sustancial, siendo prácticamente un "instrumento de cambio o pena mercancía, cuyo valor se relaciona con utilidades mutuas, el Estado ahorrando esfuerzos investigativos, probatorios o simplemente procesales, entregando como contraprestación por tales ahorros porciones de sanción en beneficio del condenado, independientemente de la magnitud del delito cometido". De la misma manera cuestiona por inapropiada la denominación que se le hace a estos mecanismos de "DERECHO PENAL PREMIAL", como si se tratase de dádivas unilaterales o actos de generosidad estatal, cuando en verdad se trata de intercambios mutuamente productivos en los que "El Estado utiliza la pena como medio de pago".

Resulta entonces que la idea de proporcionalidad no puede ser desvinculada de las consideraciones sobre la teleología y función que tiene la figura penológica, que la ha de contener en un caso concreto; es claro que no será posible determinar la medida de la pena, si esta no se encuentra orientada a un fin o fines específicos. La consideración hacia los fines de la sanción, en el proceso de determinación judicial o en concreto, implica que la decisión que se adopte venga dada por los objetivos que se persiguen con la misma.

Normalmente la racionalidad de este proceso de tasación de penas, en términos estrictamente sustantivos, exige la orientación a los efectos que tendrá la pena en el individuo que va a recibir la sanción; no de otra manera pueden entenderse los artículos 4° y 61 del Código Penal, cuando señalan que "el principio de necesidad" debe entenderse en el marco de la prevención especial, lo mismo que "Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto". Con todo, es bien sabido que en los eventos en los cuales se ha llevado a cabo un preacuerdo o negociación, las partes pueden convenir la cantidad y calidad de las sanciones a imponer, evento en el cual no resulta exigible la aplicación del sistema de cuartos, quedando el Juez de conocimiento totalmente inhibido o con las manos atadas para realizar ejercicios argumentativos relacionados con la desvaloración de la acción o del resultado, o del grado de culpabilidad, que le permitirían aplicar con mayor o menor severidad la sanción, con respeto de los extremos legales preestablecidos.

Lo cierto es que la idea de proporcionalidad se relaciona con una prohibición de exuberancia, en la aplicación de la pena; y en punto de las rebajas punitivas derivadas de los preacuerdos y negociaciones, cuando no tienen una base factual de soporte, se prohíbe caer en excesivas mermas sancionatorias que generen en la sociedad una sensación de que la administración de justicia se maneja con flaqueza, lenidad o blandura punitiva. No puede desdeñarse que la determinación de la pena también está directamente relacionada con la exigencia, que se impone en el modelo de Estado Social y Democrático, de no desconocer la relevancia de la dañosidad social provocada por el delito, según las valoraciones dominantes, bajo el principio de intervención mínima.

Desde el anunció de implementación del modelo penal de tendencia acusatoria en Colombia, se vendió la idea de que un modelo de corte adversarial reclama brechas legales o válvulas de desfogue, para evitar el colapso de la justicia penal; porque no es aconsejable que todos los asuntos lleguen a juicio. Es apenas entendible que, en condiciones normales, nadie qui-

siera tener un litigio, un conflicto o una confrontación judicial; pero también es "verdad de Perogrullo" que una vez se tiene un proceso en contra, nadie lo quiere perder. Y el juicio penal no escapa a la regla anterior, bien indican los críticos del tema que el proceso penal, "… por el azar que envuelve, por la constante energía, atención y gasto económico que demanda, por el diario sufrimiento que siembra en quien lo afronta y en su familia, un factor impresionante de desgaste material, de angustia, desasosiego, desarmonía, descomposición. Y, naturalmente, a mayor extensión de esta causa, mayor el desastre en estos importantes ámbitos. Quien está en suspenso de ser condenado o absuelto, tiene una forma desgraciada de vivir su vida y una forma también de proyectarla después de un fallo de condena. Por eso la prontitud en resolver esta incógnita establece la conformación de un plan de vida, en todos sus órdenes, a partir de este momento. Mientras no se produzca esa ansiada definición es imposible crear un ambiente de recuperación y estabilidad. Todo lo que a ello conduzca debe mirarse como loable y exigible propósito de la legislación"[9].

También es desgastante y oneroso para el estado el ejercicio del Ius Puniendi; de suerte que como los resultados del proceso penal son bastante aleatorios, contingentes o circunstanciales, porque dependen de la prueba recopilada y la buena técnica para presentarla en el juicio, amén de las no escasas dificultades para que los testigos acudan al estrado a revelar con suficiencia el conocimiento de lo percibido, cuando los testigos son los ojos, oídos y sentidos del Juzgador, hoy cobran mayúscula relevancia tres (3) máxima expuestas en el texto milenario "EL ARTE DE LA GUERRA" [del maestro Sun Tzu. Editorial Negret Books. Bogotá 2002] que refieren: "(1)Toda guerra deja perdedores; (2)por ello la guerra debe evitarse; (3)el supremo arte de la guerra es doblegar al enemigo sin luchar"; al final concluye, que es esa la verdadera distinción entre el hombre prudente y el ignorante.

En los inicios de aplicación del nuevo sistema, la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia llamó la atención en varias ocasiones para que no se desestimulara la terminación temprana de los procesos, porque esto "•-• podría ocasionar el colapso del sistema, cuya fortaleza se apoya justamente en la previsión de que sea poca la cantidad de casos que agoten todas las etapas procesales... es un sistema que privilegia la terminación temprana del proceso y erige en principio rector los derechos de las víctimas a una pronta e integral reparación de los daños sufridos, a cargo del autor o participe del injusto -según fórmula contenida en el literal c) del artículo 11 de la ley 906 de 2004- ... ". [Sentencia de 22 de junio de 2006, M.P. Álvaro Orlando Pérez Pinzón]. Así mismo en la sentencia con radicado 24764 del 26 de agosto de 2005 [MP. Yesid Ramírez Bastidas] se indicó que "El novedoso sistema está diseñado para que a través de las negociaciones se finiquiten los procesos penales, siendo esta alternativa la que en mayor porcentaje resolverá los conflictos, obviamente sin desconocer los derechos de las víctimas y de los terceros afectados con la comisión de la conducta punible, partes que en este esquema recobran un mayor protagonismo dentro del marco de justicia restaurativa".

---

9 GÓMEZ VELÁSQUEZ, Ramón Gustavo. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto. 'PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES EN EL PROCESO PENAL". Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. (DOCUMENTO DE TRABAJO). IV curso de formación judicial inicial para Magistrados y Jueces de la República. 2009. Páginas 39 y 40.

Hoy, cuando por la proliferación de normas penales se han venido prohibiendo las rebajas punitivas por virtud de preacuerdos para algunas de las más graves modalidades delictuales, y cuando en otros dispositivos normativos aparecen limitados algunos beneficios compensatorios derivados del consenso, se avizora el sistema al borde del colapso por la disminución estruendosa del uso de las alegaciones preacordadas, como mecanismo de terminación abreviada de los conflictos. Son recurrentes las movilizaciones de las centrales obreras vinculadas a la Rama Judicial y de los diversos sectores que intervienen en el ejercicio judicial de esta especialidad, reclamando el aumento inaplazable de despachos judiciales y de personal para atender la creciente demanda de justicia penal. Esta catástrofe la presagiaba la misma Corporación de Casación Penal, cuando en importante aclaración de voto del Honorable Magistrado Mauro Solarte Portilla, a la sentencia del 26 de agosto de 2005 con radicado 21954, se permitió recordar que en Estados Unidos el Chief Justice Burger en el caso Santonello vs New York había señalado que "una reducción del 90 al 80% en el porcentaje de declaraciones negociadas exigiría que se duplicaran los medios humanos y técnicos (jueces, secretarios judiciales, jurados, etc.), mientras que la reducción al 70% exigiría triplicarlos". Colombia se encuentra muy lejos de alcanzar esos favorecedores porcentajes de terminaciones abreviadas.

Es en la línea de entendimiento anterior, que debe realizarse el estudio de los preacuerdos en Colombia, buscando desatascar las vías que impiden descongestionar el sistema penal, pero sin perder el norte del cabal cumplimiento de las finalidades trazadas por el Legislador en el artículo 348 del Código de Procedimiento Penal para la figura, el cual establece que las terminaciones anticipadas basadas en el consenso buscan humanizar la actuación procesal penal y la pena, obtener la aplicación de una justicia pronta y eficaz; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar por la reparación integral de los perjuicios causados a la víctimas; como de lograr la participación del imputado o acusado en la definición de su caso. Todo lo anterior, dentro de las pautas trazadas como política criminal; así como que los Delegados del ente acusador deben actuar con acatamiento de las directrices internas superiores, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento social.

Ahora bien, retornando a la tarea de verificar cuáles son los criterios que deben orientar el juicio de proporcionalidad de las rebajas de pena, que se aplica en los casos de preacuerdos ausentes de base factual de soporte, la Sala trae a colación apartes de la sentencia del 24 de junio de 2020, dentro del Radicado N° 52.227, con ponencia de la Magistrada PATRICIA SALAZAR CUELLAR, que es hito para este menester; en ella se precisó:

> *'... a la pregunta de si los fiscales, en el ámbito de los preacuerdos, están habilitados para conceder beneficios sin límite a los procesados a través de la modalidad de cambio de calificación jurídica sin base fáctica, la respuesta es negativa. Lo contrario implicaría aceptar que todas las formas de concesión de beneficios, menos esa, están sometidas a controles compatibles con el concepto de discrecionalidad reglada. Igualmente, aceptar una discrecionalidad ilimitada en ese ámbito implicaría entender, por ejemplo, que los beneficios para quien colabora eficazmente para desarticular una banda de delincuencia organizada están sujetos a la estricta reglamentación atrás enunciada, mientras que los otorgados a una persona para la 'solución" de su*

caso operan sin ningún límite ni control, lo que trasgrede la más elemental idea de proporcionalidad, sin perjuicio de la afectación de la igualdad, la seguridad jurídica y, en general, la sujeción a la Constitución Política y la ley.

En suma, aunque es claro que los fiscales deben tener un margen de maniobrabilidad para la concesión de beneficios en el contexto de los acuerdos, también lo es que el ordenamiento jurídico establece una serie de parámetros para la definición de los mismos, orientados a que estas formas de terminación de la acción penal no afecten el prestigio de la administración de justicia y, en general, se ajusten al marco constitucional y legal. Entre ellos cabe destacar: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes".

Varios aspectos deben destacarse de lo anteriormente expuesto:

1.- Lo primero es que estos parámetros jurisprudenciales, para establecer la proporcionalidad de las rebajas concedidas por virtud de las terminaciones consensuadas, no deben asumirse como un listado de elementos estricto o cerrado, sino que deben asumirse como importantes criterios orientadores para el estudio de cada situación particular, a los cuales pueden convergerles unos diferentes o incluso adicionales.

2.- En segundo lugar, no puede requerirse judicialmente su total convergencia; pero resulta lógico admitir que entre mayores sean los factores que concurran, seguramente podrán ser mejores los beneficios compensatorios autorizados. El juicio de proporcionalidad es bastante dinámico.

3.- En tercer lugar, debe desterrarse la idea de que la concesión de beneficios por compensación tiene unos límites absolutos, cerrados y estrictamente matemáticos, como serían los inherentes al momento procesal en los cuales se llega a estos pactos de terminación anticipada; esto es, hasta del 50% si se preacuerda entre la Formulación de Imputación y antes de la presentación del Escrito de Acusación [artículo 350 CPP]; de la tercera parte (1/3) de las penas si se trasciende de esa fase procesal hasta el inicio del juicio [artículo 352 CPP]; o de apenas la sexta parte (1/6) si el convenio se logra en el acto de apertura del juicio, antes de iniciarse la presentación de las pruebas [artículo 367 CPP] .

Una tesis de esta índole, conllevaría fatalmente la anulación de las varias modalidades de preacuerdo, que consagra el artículo 351 procesal penal, reduciendo el tema de las terminaciones anticipadas a los estrictos beneficios derivados de la simple y llana aceptación de cargos en cada una de estas fases; cuando la mayoría de estas variables de negociación conllevan modificaciones de los límites punitivos, por encima de estos baremos de pena legal.

Prueba de ello es cuando se pacta la degradación de un homicidio doloso a preterintencional, o a uno de naturaleza culposa, en los cuales la pena menor debe dosificarse hasta por debajo de la mitad de la establecida por el legislador en el artículo 103 del Código Penal. Mírese como en un preacuerdo con reconocimiento de la complicidad, como único beneficio compensatorio al autor, celebrado en la fase de juicio, puede conllevar rebaja punitiva de hasta de la mitad de la sanción a imponer, según el artículo 30 inciso 2 Ídem. Un convenio de responsabilidad, con reconocimiento de las rebajas inherentes al exceso en una causal de ausencia de responsabilidad [artículo 32 numeral 7, inciso 2 del código Penal] revierte en que las penas a imponer no pueden ser menores de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo, de suerte que -dadas las particularidades del caso- las rebajas podrían alcanzar hasta el 83%. Similar disquisición puede realizarse del reconocimiento de circunstancias genéricas de atenuación como el estado de ira e intenso dolor [artículo 57], o de la marginalidad, ignorancia o pobreza extrema [artículo 56], a las que se les ha establecido por el Legislador montos similares de reducción punitiva.

En conclusión, el estudio del momento en el cual se surte el preacuerdo es apenas uno de los elementos a tener en cuenta en el juicio de proporcionalidad o de prohibición de exceso, que se reclama frente a las rebajas punitivas producto del preacuerdo sin base factual de soporte [Ver sentencias con radicado 5227 de 2020, ya citada, y la del 21 de octubre de 2020, radicado SP4225-2020, radicado 51478, MP. EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER. En ambos fallos el citado Magistrado mostró disidencia]. También debe indicarse que la herramienta argumentativa que se debe aplicar, para ponderar el equilibrio de las rebajas de pena concedidas, es la que se corresponde con un "juicio de proporcionalidad", la cual es esencialmente dinámica por que incorpora exigencias valorativas básicas de racionalidad entre los medios y los fines de la norma, para justificar la actividad estatal; el cual es bastante diferente al cerrado y taxativo "juicio de estricta legalidad".

3.- <u>Análisis de la situación particular y concreta del acusado LAJR</u>.

Aparece claro que el presente asunto busca solucionarse de manera abreviada a través de un pacto de responsabilidad al que ha llegado preliminarmente una funcionaria delegada del ente acusador y el equipo de Defensa del señor LAJR, el cual ha sido presentado a consideración del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto, en funciones de conocimiento, quien lo improbó en audiencia celebrada el 27 de abril hogaño. El preacuerdo presenta el siguiente contenido:

> 1.- La Fiscalía precisa que JR ha sido formalmente acusado en calidad de coautor de un concurso homogéneo de tres (3) delitos de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en modalidad AGRAVADO, verbo rector "TRANSPORTAR", establecido en los artículos 376 inciso primero y 384 numeral tercero del Código Penal. Normas previamente transcritas y que al conjugarse reportan penas de 256 a 360 meses de prisión y multa de 2.668 a 50.000 SMLMV.

También se indica que la figura es concursalmente concurrente con el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, que trata el artículo 340 inciso 2 del mismo catálogo penal, el cual consagra sanciones punitivas de 8 a 18 años y multa de 2.700 a 30.000 SMLMV "Cuando el concierto sea para cometer delitos de… tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias sicotrópicas…". La pena privativa de la libertad ha de aumentarse en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen constituyan o financien el concierto para delinquir o seas servidores públicos. En estas circunstancias las penas de prisión oscilarían entre 12 y 27 años de prisión.

2.- La Fiscalía manifestó que había llegado a un preacuerdo con el equipo de defensa para variar la calificación jurídica del delito mayor o más grave, manteniendo los cargos en la misma modalidad delictual de TRÁFICO, PORTE O FABRICACIÓN DE ESTUPEFACIENTES, pero transformando los cargos hacia el inciso segundo del artículo 376, que consagra penas más favorables [64 A 108 meses de prisión y multa de 2 a 150 SMLMV]. Se indica que éste cambio es el único beneficio compensatorio por virtud de la aceptación temprana de responsabilidad.

3.- Fiscalía y Defensa aducen pactar la imposición de una pena mínima de 98 meses para el delito mayor, a lo que adicionan tres (3) meses por razón del concurso homogéneo y heterogéneo, para un total de 101 meses de prisión y multa por valor equivalente a 2.709 SMLM.

4.- Ningún pacto se refirió en torno a viabilidad de conceder subrogados o sustitutos punitivos.

Como se ha indicado, el Juez de Conocimiento decidió improbar esta negociación de responsabilidad fundamentalmente porque la rebaja de sanción que emanaba del preacuerdo era desmedida o desproporcionada, al superar un rango de 128 meses que se constituye en la mitad de la pena mínima establecida para el delito mayor o más grave, de los imputados concursalmente, lo cual estaba igualmente vinculado con afectación del principio de legalidad.

No existiendo margen de duda sobre que al encontrarnos en presencia de una modalidad de preacuerdo que contiene cambios en la calificación jurídica provisional, orientándola hacia un delito regulado con pena menor, con miras a generar un beneficio compensatorio al acusado por la admisión temprana de responsabilidad y la abdicación del juicio, sin que exista una base factual de soporte, NO resulta dable exigir por la judicatura elementos materiales probatorios o evidencias físicas que permitan "al menos sumariamente" acreditar el beneficio concedido que se pacta, entonces, en el caso en concreto la Sala únicamente debe dedicar sus esfuerzos a establecer si realmente 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. De

igual forma, se ha de constatar que el beneficio pactado no sea excesivo o desproporcionado, a efecto que no sea contrario a la necesidad de aprestigiar la administración de justicia o de los demás principios y finalidades que rigen las terminaciones abreviadas del proceso, como también que no se esconda en el acuerdo beneficios ilegales o expresamente prohibidos.

Para el caso que nos atañe, en desarrollo de los actos urgentes y del programa metodológico de investigación diseñado por la Fiscalía, para dilucidar el caso, se acopió la siguiente información fundamental, la cual ha sido puesta al alcance de la judicatura en la órbita de establecer el volumen probatorio mínimo de la ocurrencia de los hechos punibles imputados al señor LAJR y su correspondiente responsabilidad:

1.- Informe de Investigador de Campo de fecha 15 de noviembre de 2016, informe de individualización, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN con sus anexos.

2.- Informe de Investigador de Campo de fecha 27 de marzo de 2016, informe de fuente humana, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN con sus anexos.

3.- Informe de Investigador de Campo de fecha 28 de marzo de 2016, solicitud de interceptación de pines de BlackBerry.

4.- Orden de Interceptación de comunicaciones de fecha 08 de marzo de 2016 expedida por Fiscal 30 Especializada DFCRIM.

5.- Informe de Investigador de Campo de fecha 23 de junio de 2016, informe de resultados de interceptación y solicitud de cancelación de interceptación de pines, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

6.- Orden de cancelación de comunicaciones de fecha 23 de junio de 2016, suscrita por la fiscal 30 especializada DFCRIM.

7.- Acta de audiencia de control posterior de interceptación de comunicaciones y cancelación de fecha 23 de junio de 2016, Juzgado Setenta y Nueve (79) Penal Municipal con Función Control de Garantías.

8.- Informe de Investigador de campo de fecha 22 de junio de 2016, informe de resultados de pin 2BF86C3D, suscrito por el Patrullero Joel Jaidiber González Mora, PONAL - GRACO.

9.- Informe de Investigador de Campo de fecha 18 de abril de 2016, solicitud de interceptación de pines.

10.- Orden de Interceptación de comunicaciones de fecha 18 de abril de 2016 expedida por Fiscal 30 especializada DFCRIM.

11.- Informe de Investigador de Campo de fecha 14 de julio de 2016, informe de resultados de interceptación y solicitud de cancelación de interceptación de pines, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

12.- Orden de cancelación de comunicaciones de fecha 14 de julio de 2016, suscrita por el fiscal 3 especializado en apoyo al despacho 30 DFCRIM.

13.- Acta de audiencia de control posterior de interceptación de comunicaciones y cancelación de fecha 23 de junio de 2016, Juzgado Setenta y Nueve (79) Penal Municipal con Función Control de Garantías.

14.- Informe de Investigador de campo de fecha 13 de julio de 2016, informe de resultados de pin 2BF6C806, suscrito por el Patrullero Joel Jaidiber González Mora, PONAL - GRACO.

15.- Informe de Investigador de campo de fecha 13 de julio de 2016, informe de resultados de pin 7BEE3C28, suscrito por el Patrullero Joel Jaidiber González Mora, PONAL - GRACO.

16.- Informe de Investigador de campo de fecha 13 de julio de 2016, informe de resultados de pin 2B672E44, suscrito por el Patrullero Joel Jaidiber González Mora, PONAL - GRACO.

17.- Informe de Investigador de Capo de fecha 14 de julio de 2016, solicitud control posterior búsqueda selectiva en base de datos, suscrito por el funcionario de Policía Judicial Ponal GESIN - DIJIN.

18.- Informe de Investigador de Campo de fecha de fecha 04 de abril de 2016, solicitud de interceptación de comunicaciones 3107784847, suscrito por el funcionario de policía judicial IT Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

19.- Orden de Interceptación de comunicaciones de fecha 04 de abril de 2016, abonado 3107784847, expedida por Fiscal 30 especializada DFCRIM.

20. Informe de Investigador de campo de fecha 21 de agosto de 2016, informe de resultados parciales de línea 310-7784847, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

21. Orden de cancelación de comunicaciones de fecha 22 de agosto de 2016, suscrita por el fiscal 75 especializada DFCRIM en apoyo al Despacho 30 DFCRIM.

22.- Acta de audiencia de control posterior de interceptación de comunicaciones y cancelación de fecha 28 de agosto de 2016, Juzgado Veinticinco (25) Penal Municipal con Función Control de Garantías.

23.- Resultados a Inspección a la Noticia Criminal 528356005392016022, con sus correspondientes anexos.

24.- Informe de Investigador de Campo de fecha 22 de abril de 2016, solicitud labores de vigilancia y seguimiento a personas, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

25.- Orden de Vigilancia y seguimiento a personas y vigilancia de cosas de fecha 26 de abril de 2016, suscrita por la Fiscal 30 Especializada DFCRIM.

26.- Informe de resultado labores de vigilancia y seguimiento a personas de fecha 24 de enero de 2017, suscrito por el funcionario de Policía Judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

27.- Acta de audiencia de control posterior de seguimiento y vigilancia de personas de fecha 25 de enero de 2017, Juzgado 3° Penal Municipal con Función Control de Garantías.

28.- Informe de Investigador de Campo de fecha 24 de abril de 2016, solicitud de búsqueda selectiva en base de datos, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

29.- Orden de Búsqueda Selectiva en base de datos de fecha 26 de abril de 2016, suscrita por la Fiscal 30 Especializada DFCRIM.

30.- Acta de audiencia reservada de búsqueda selectiva de datos y vigilancia y seguimiento de personas de fecha 22 de abril de 2016, suscrita con el Juzgado Dieciséis Penal Municipal Control de Garantías.

31.- Informe de Investigador de Campo de fecha 22 de junio de 2016, control posterior a búsqueda selectiva en base de datos, suscrito por el funcionario de policía judicial Alfreth Libaguer Correa Policía Nacional - GESIN- DIJIN.

32.- Acta de audiencia de control posterior de interceptación de comunicaciones y cancelación de fecha 23 de junio de 2016, Juzgado Setenta y Nueve Penal Municipal con Función de Control de Garantías.

33.- Carpeta integral de los actos urgentes.

Para la Sala, los elementos de convicción aportados por la Fiscalía como apoyo del pacto de responsabilidad al que llegó con la defensa del señor JR, constituyen una base probatoria eficaz que permite establecer la inferencia razonable de autoría y participación que se requiere para la validación de un preacuerdo, ya que supera el estándar mínimo de conocimien-

to previsto en el artículo 327 del Código Adjetivo Penal, frente a las tres (3) delictuosidades de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, en modalidad agravada por la cantidad de sustancia alucinógena a base de cocaína transportada, como por el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, por los cuales se procede.

En realidad de verdad, la evidencia milita íntegra en contra del filiado, y ese debe ser el fundamento para abordar su recurrente admisión de responsabilidad, y su deseo de renunciar al juicio. El mínimo de prueba de la ocurrencia de los hechos, de las tipicidades referidas y de la probable responsabilidad del filiado en ellos, es evidente.

Superado el primer requisito exigido por la jurisprudencia para la aprobación del preacuerdo, solo resta constatar (1)que la rebaja punitiva pactada no resulte exorbitante o excesiva; (2)que sea de aquellos beneficios no prohibidos por la ley; (3)que no esconda la concesión de beneficios múltiples; (4)que atienda los principios legales que orientan esta modalidad de terminación anticipada del proceso, basada en el consenso; (5)que se aclare si el acuerdo abarca algún subrogado, sustituto punitivo o cualquier situación relevante sobre la forma de ejecución de la pena; finalmente (6) que se salvaguarden los derechos del procesado y de la víctima.

La Sala se permite advertir que frente a la dupla de modalidades delictuales base de acusación y juzgamiento (Artículo 340 y 376 del Código Penal) no existe norma sustantiva o procesal del ordenamiento jurídico que prohíba la celebración de pactos para la terminación anticipada del trámite, como que anule o limite la concesión de los beneficios jurídicos para los procesados que aceptan responsabilidad y renuncian al juicio. Igualmente NO se advierte que en su trámite se haya incurrido en conculcación de garantías al procesado comprometido en el pacto, ni aparecen víctimas reconocidas en el trámite, cuyos derechos haya la necesidad de proteger de manera directa.

Ahora bien, para establecer la proporcionalidad y racionalidad del acuerdo de rebaja punitiva, que se concreta en el pacto de imposición de 101 meses de prisión y multa por valor equivalente a 3162.5 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, como coautor material doloso de los delitos consumados de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES y de autor del CONCIERTO PARA DELINQUIR, resulta menester precisar que nos encontramos ante un evento en el cual el preacuerdo se ha presentado para control al Juez de Conocimiento con posterioridad a la celebración de la audiencia de formulación de acusación y antes de que se surtiera la audiencia preparatoria.

Eso sí, aparece en la foliatura que el acusado y su equipo de defensa han intentado encontrar una forma de terminación anticipada del proceso desde la audiencia misma de formulación de imputación, en donde hubo un inicial allanamiento a cargos, que después fue retractado al evidenciarse que en él se incurrió en violación de garantías del acriminado. Con todo, el filiado no declinó en su deseo de acogerse al esquema de justicia premial, porque en la misma audiencia de retractación facilitó que se presentara un preacuerdo con admisión de cargos, el cual llegó hasta una sentencia inicial de condena, la que fue nulitada por esta misma Corporación Tribunalicia.

Y paralelamente entró en franca colaboración para que se desestructurara la organización a la que pertenecía, se indica que se hizo bajo el ofrecimiento de un "principio de oportunidad" en su favor por parte de la delegada del ente acusador que gerenciaba su caso, pero que NO pudo concretarse al ser inadmitido por el Fiscal General de la Nación, dado que LAJR ha sido presentado como promotor o cabeza de la organización criminal dedicada al narcotráfico, bajo cuya égida se cometieron los delitos imputados.

Al decretarse la nulidad del primer preacuerdo, se vio la Fiscalía en la imperiosa necesidad de propulsar el trámite, presentando escrito de acusación y formulando legalmente la acusación respectiva, porque el filiado fue extraditado a los Estados Unidos, en donde se encuentra privado de la libertad en una cárcel federal de Miami [FEDERAL DETENTION CENTER – FDC - 33 NE 4th ST – FL 33132 - PHONE: 305 577 0010 FAX 305 536 7368 - MIAMI- ESTADOS UNIDOS], desde donde ha venido atendiendo las audiencia virtuales de este caso, en atención a la colaboración judicial intermediada por la Cancillería Colombiana. Entre tanto, la titular de la Fiscalía 30 y el equipo de defensa de JR continuaron en conversaciones para buscar fórmulas de negociación en el trámite, dicen ellos que buscaron más de cinco (5) maneras, hasta que presentaron la que ahora concita la revisión de la Sala.

Recordemos que el punible imputado atentatorio de la salubridad pública, por traficación de estupefacientes, es el del artículo 376 inciso primero del Código Penal, modificado por el artículo 11 de la ley 1453 de 2011, que contempla penas de prisión oscilantes entre 128 a 360 meses de prisión y multa de 1334 a 50000 SMLMV, cuyos montos mínimos se duplican cuando –entre otras circunstancia- la cantidad de droga incautada supere los 5 kilos de cocaína; es decir, que las penas para este delito oscilan entre 256 y 360 meses de prisión y 2668 a 50000 salarios mínimos de multa. Por su parte, el delito concurrente atentatorio de la seguridad pública por concertarse para delinquir con fines de narcotráfico, lo regula el artículo 340 inciso 2 del Código Penal, modificado por el artículo 5 de la ley 1908 de 2018, con penas de prisión de 8 a 18 años y multa de 2700 a 30000 SMLMV, las cuales se aumentan en la mitad para quienes organicen, fomenten, promuevan, dirijan, encabecen, constituyan o financien el concierto para delinquir o sean servidores públicos; en este evento las penas oscilarían entre 12 y 27 años de prisión y multa de 4050 a 45000 salarios mínimos.

Ahora bien, en ninguno de los apartados del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), ni en sus normas complementarias, existe una prohibición expresa de que -en los eventos de concurso de delitos- no haya lugar a preacordar sobre la eliminación o modificación del delito más grave, en busca de finiquitar el proceso penal anticipadamente; una premisa de esa naturaleza solo la ha generado la Fiscalía General de la Nación como simple pauta a sus delegados en la "Directiva 001 del 28 de septiembre de 2006", suscrita por el Ex Fiscal General doctor MARIO GERMÁN IGUARÁN ARANA, la cual en la Cuarta Directriz, relacionada con los límites que por política criminal deben instituirse desde dicha entidad a las negociaciones, establece en su literal b) que: "Cuando se trate de concurso de conductas punibles no podrá preacordarse la eliminación del cargo por el delito de mayor trascendencia, atendiendo el bien jurídico y la pena establecida para el mismo".

Pero dicha línea de conducta solo podría ser exigible internamente a los delegados del Fiscal General de la Nación, y de ninguna manera es posible que la judicatura la asuma como norma o regla prohibitiva en el estudio de los casos en particular. Con todo, el manejo de esta posibilidad de negociar el delito mayor o más grave en el concurso de delitos, no es asunto que se pueda asumir a la ligera por los actores del sistema penal; por el contrario, su utilización exige sindéresis, proporcionalidad y racionalidad, porque constituyen instrumentos fundamentales para el desarrollo del esquema de justicia premial.

No debe olvidarse que si este mecanismo alterno de solución del proceso penal por vía consensuada pretende –entre otras finalidades- garantizar la aplicación de justicia material, pronta y eficaz, y el aprestigiamiento de la administración de justicia, no se puede permitir que por falta de control interno en la Fiscalía o externo por el Juez de Conocimiento el mismo se convierta "en un festín de regalías que desnaturalizan y desacreditan la función de Administrar justicia, en un escenario de impunidad, de atropello a la verdad y al derecho de las víctimas de conocer la verdad"[10], lo cual pudiere ocurrir –por ejemplo- en un evento en el que concurran los delitos de Homicidio Agravado y Lesiones Personales menores, y bajo el supuesto de resolver el caso con prontitud, o con el prurito de descongestionar los asuntos en la judicatura, o para cumplir metas de acusación o de resolución de casos por el Fiscal, se acuda a un acuerdo de eliminación del delito mayor (Homicidio Agravado) y quede solamente una pena simbólica derivada de la aceptación de responsabilidad para el delito de menor entidad, aun cuando la rebaja que el acuerdo comporta aparezca como beneficio único para el condenado. Un caso como éste sería ominoso para la imagen del sistema de justicia; además ofensivo para los intereses de las víctimas y bastante desesperanzador para la comunidad en general, por el desconocimiento de las funciones básicas de prevención general, retribución justa, prevención especial y protección social que debe cumplir la pena.

Pero no es esta la situación que se presenta en el evento sometido a consideración de la Sala, porque en primer lugar no existe pacto alguno de eliminación del delito signado con la pena mayor o más grave (TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADA), porque simplemente hay consenso para variar la calificación al mismo delito, pero en una modalidad sancionada con penas menores; como que ninguna de las sanciones privativa de la libertad (prisión de 101 meses) y económica (multa de 3162.5 salarios) preacordadas por la Fiscalía y el equipo de defensa del imputado JR se avizoran residualmente alegóricas o simbólicas. Con todo, debe darse curso al "juicio de proporcionalidad" indicado previamente, para establecer la racionalidad de las rebajas punitivas que se comportan en el preacuerdo.

Ateniéndonos a lo establecido en el inciso final del artículo 61 del Código Penal, modificado por el artículo 3 de la ley 890 de 2004, según el cual el sistema de cuartos no resulta aplicable en aquellos casos en los cuales se llevan a cabo preacuerdos o negociaciones en los que se pacta la sanción, resulta claro que los acuerdos de rebaja de sanción a los que podían arrimar la Fiscalía y la Defensa en este caso, frente a la pena privativa de la libertada, podían partir de la pena mínima de 256 meses, que es el mínimo legal previsto por el legislador para la infracción del artículo 376 inciso 1 del catálogo penal, aplicado el aumento de pena que regula

10 Corte Suprema de Justicia Sentencia del 12 de septiembre de 2007, radicado 27759.

el artículo 384 numeral 3 Ídem. A su vez, en términos de estricta aplicación legal del artículo 31 sustantivo penal, por virtud del concurso, la pena pactada podía aumentarse desde un día hasta el doble [otro tanto] de dicho monto sancionatorio.

Ya en lo que corresponde con la pena pecuniaria de multa, conforme lo regulado en el artículo 39 numeral 4 del Código Penal, modificado por el artículo 46 de la ley 1453 de 2011, como cuando se presenta un caso de concurso de delitos las penas correspondientes a cada una de las infracciones deben sumarse, entonces la base de pena económica de la negociación resulta de la sumatoria de tres (3) proporciones de pena mínima para el delito mayor de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES AGRAVADO y de la unidad que corresponde con el delito concurrente de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO. El monto de multa mínimo que resulta al conjugar los artículos 376 inciso 1 y 384 numeral 3 del Código Penal es de 2688 Salarios Mínimos Legales Mensuales Vigentes, que al multiplicarse por tres (3), que son el número de delitos realizados en dicha modalidad, nos establece un monto parcial de 8004 SMLMV. A lo anterior debe sumarse 2700 SMLMV, que es el monto mínimo de sanción pecuniaria para el delito contemplado en el artículo 340 inciso 2 del Código Penal, para un total de 10704 SMLMV, que sería el monto base de negociación punitiva para el preacuerdo.

Se desprende de lo anterior que si el pacto de imposición de pena al que llegaron estas partes fue de ciento un (101) meses de prisión y de 3162.5 SMLMV, para lo cual intermedió la aplicación de la figura penal del inciso 2° del artículo 376, esto como único beneficio compensatorio para el acusado JR por su renuncia a debatir su caso en juicio, entonces los porcentajes de reducción penas que se contienen en el preacuerdo son los siguientes:

> a).- Pena de prisión: la pena pactada comporta una disminución de 155 meses de prisión, lo que en términos porcentuales equivale al SESENTA PUNTO TRES POR CIENTO (60.33%) de la pena mínima que correspondería por el concurso homogéneo y heterogéneo de delitos cometido, que como hemos dicho es la privativa de la libertad de 256 meses más un día.
>
> b).- Pena de multa: La sanción pactada comporta una rebaja de 7541.5 salarios mínimos legales mensuales vigentes, equivalentes al SETENTA PUNTO DOS POR CIENTO (70.2 %) de la pena mínima que le correspondería al concurso de delitos ya referido.

Es claro que estos porcentajes de reducción punitivos están por encima de los rigurosos linderos de rebaja punitiva establecidos en los artículos 350, 352 y 367 del Código de Procedimiento Penal, pero el "juicio de proporcionalidad" establecido por la jurisprudencia superior para estos eventos llama a la flexibilización de estos rangos, para ponderar otros aspectos como el arrepentimiento activo del procesado, su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, el suministro de información relevante y eficaz para el procesamiento de otros autores y partícipes, como para la desestructuración de organizaciones criminales.

Precisamente el caso de marras es uno de los vinculados con la MACROCRIMINALIDAD, porque los hechos atribuidos a JR han conectado situaciones de traficación de drogas en varios países del continente americano.

Ante la captura del filiado LAJR, merced a unos seguimientos e interceptación de comunicaciones, se pudo establecer la existencia de la compleja red criminal dedicada al Narcotráfico, que exportaba ilícitamente drogas desde la frontera de la costa sur de Colombia con Ecuador, con destino a los Estados Unidos de Norteamérica y México, pasando por Guatemala. Aquí resulta de trascendental categoría la importante y eficaz colaboración que este acriminado ha venido entregando a la justicia Colombiana y de los países citados para la desarticulación de dicha banda criminal, según lo indica la Fiscal encargada del caso, quien adujo que esas delaciones han permitido operar capturas en los países citados.

Hoy se encuentra el señor JR privado de la libertad en una cárcel Federal de Miami (EE.UU), merced a un trámite de extradición que operó en su contra, al ser requerido por un Tribunal de dicha localidad, por las actividades de tráfico ilegal de drogas que vinculaban a esa nación; pero desde ahí –se dice- ha persistido en su proceso de colaboración con la justicia.

Aparece una queja explícita del apoderado de la defensa, en torno a que a su cliente se le ofrecieron beneficios por la colaboración eficaz que estaba dando, pero que lastimosamente la Fiscalía no cumplió esas promesas porque quedó en vilo un "principio de oportunidad" que se estaba tramitando. En principio, la situación se torna más compleja porque -hemos indicado en decisión anterior- el nuevo sistema procesal penal Colombiano (Ley 906 de 2004) no reguló un sistema especial de "BENEFICIOS POR COLABORACIÓN EFICAZ", con los que pudiera ser beneficiado el señor JR, más allá de los propios que aisladamente consagran los institutos procesales que permiten aplicar rebajas punitivas y beneficios judiciales o administrativos en casos de allanamiento a cargos, preacuerdos o negociaciones, y lo relacionado al principio de oportunidad.

Todos estos caminos se han intentado recorrer por la Fiscalía y la Defensa, pero hasta ahora ha resultado infructuoso el allanamiento a cargos, porque fue retractado por la defensa; tampoco pudo llegar a feliz término la aplicación del "principio de oportunidad", porque no fue aprobado por el Fiscal General de la Nación; finalmente los esfuerzos anteriores para la validación de un preacuerdo resultaron ineficaces; y ahora, tras una importante depuración de los cargos se intenta una nueva posibilidad de terminación abreviada del proceso, en la que se puedan dar reconocimientos a esos beneficios por colaboración.

Y ello es posible, en la sistemática de aplicación de la figura del preacuerdo sin base factual presentada, porque esa contribución eficaz para desarticular la banda criminal a la que estaba vinculado el señor LAJR, y la delación de sus coimputados para que frente a ellos operaran capturas, inclusive en países extranjeros, con el riesgo propio de su vida e integridad, como la de los integrantes de su grupo familiar, se constituyen en criterios orientadores para aplicar el llamado "juicio de proporcionalidad" de las rebajas punitivas que se le pudieran autorizar por esta vía.

La doctrina nacional también aconseja tener en cuenta estas asistencias o colaboraciones de parte, para que puedan ser contra prestada con el monto de reducción de pena, en casos de preacuerdos y negociaciones, ante la consabida desaparición del sistema de "BENEFICIOS POR COLABORACIÓN", que si existía en la Codificación Procesal anterior (Ley 600 de 2000). Así se ha expresado:

> *'Caso de darse o intentarse dar esa colaboración eficaz con la justicia (descubrimiento de hechos ajenos al proceso o involucrados en el proceso, pero que no se haga un reconocimiento expreso y específico de reconocimiento de imputación o acusación),*

lo primero que debe hacer el fiscal es trasladar al proceso pertinente esta actuación, esté en marcha o haya terminado para los fines consiguientes y lo mismo hará, en circunstancias procesales similares, el juez".

'Si se refiere al proceso que se adelanta dentro de la vigencia del trámite mandado por el actual código de procedimiento penal, de reconocerse la propia responsabilidad, abrirá campo a los preacuerdos o negociaciones, y, aconsejan algunos, estos pueden ser más generosos o amplios por esos aportes que se proyectan hacia otros hechos investigados o no".

'Pero debe quedar claro, en la negociación realizada en estas circunstancias, que las rebajas consiguientes a esta posición se reducen de manera única a lo que se diga en el preacuerdo o negociación y eliminándose la posibilidad de que vaya a usarse en lo que regulan otros dispositivos especiales o el código de procedimiento derogado"[11].

Constituye un acto de equidad judicial retribuir con un margen importante de reducción punitiva aquellos ejercicios colaborativos del señor LAJR, para desarticular al grupo criminal al que estaba integrado y para capturar a algunos de sus integrantes, como lo ha venido predicando la Fiscalía, lo cual resulta posible porque no ha obtenido beneficio alguno por ello en otras instancias o escenarios judiciales.

Así las cosas, atendiendo que (1)el filiado LAJR ha demostrado desde el acto inicial de formulación de imputación su soberana decisión de contribuir positivamente con la administración de justicia, dando por terminado anticipadamente el proceso, sin necesidad de acudir al escenario del debate probatorio, propio del juicio y trámite ordinario; (2)lo mismo que ha facilitado a la Fiscalía la investigación de su propio caso y (3)la incriminación de otros autores responsables del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR con fines de narcotráfico, en el que se ha encontrado; (4)al haberse insistido por la Fiscalía que, además, el acriminado ha sido colaborador permanente con el sistema de justicia extranjero para que operen las capturas de personas vinculadas con su red criminal, a pesar de los riesgos que entraña el llamado "CORREO DI CHIAMATTA" o "DELACIÓN DE CORREO", que es un mecanismo fundamental para enfrentar judicialmente las estructuras delincuenciales en rango de "MACRODELINCUENCIA"; (5)sin soslayarse que, a pesar de que se encuentra extraditado y preso en una cárcel de los Estados Unidos, sigue facilitando el avance del presente proceso penal con su presencia en las audiencia virtuales, fuerza admitir que no es desbordada la rebaja de pena concedida por la Fiscalía en el preacuerdo, en consideración al volumen de los aportes judiciales brindados.

No se trata de un caso de negociación de la acción penal que avizore la imposición de meros simbolismos sancionatorios, ni que entrañe desbordada y odiosa lenidad en la aplicación de las sanciones. Nótese que el acusado acepta pena principal de CIENTO UNO (101) meses de prisión, lo cual resulta proporcionado o razonable para los fines del instituto penal que se está aplicando, por aquello de la renuncia al juicio que hace con su aceptación anticipada de responsabilidad y la necesaria condena que debe sobrevenir sobre él; todo esto frente a un caso que reviste complejidad jurídica y asaz desgaste judicial, no solo derivada de la pluralidad de sujetos que como testigos de factum, de acreditación y peritos habría lugar a convocar a juicio, para su pertinente adelantamiento, como por el volumen de cargos que el titular de la

11 GÓMEZ VELÁSQUEZ, Ramón Gustavo. CASTRO CABALLERO, Fernando Alberto. Obra citada. Página 22.

acusación estaría obligado a atribuirle. Estos altos costos del proceso, cuya inversión se ahorra el sistema penal, ameritan ser compensados en la racionalidad de las rebajas punitivas convenidas entre Fiscalía y Defensa

Los argumentos anteriores permiten a la Sala determinarse por la revocatoria de la decisión venida en alzada, para – en su lugar- disponer la aprobación del preacuerdo puesto a consideración de la judicatura.

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el auto interlocutorio proferido por el Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto (Nariño) en la sesión de audiencia del 27 de abril de 2022, a través del cual dispuso la IMPROBACIÓN DEL PREACUERDO de responsabilidad al que habían llegado la Fiscalía 30 Especializada DECN de Bogotá y el equipo de defensa de LAJR para dar por terminado anticipadamente el proceso. En su lugar se dispone la APROBACIÓN DEL PREACUERDO.

SEGUNDO: La presente decisión se notifica en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

TERCERO: Retorne el proceso en el menor tiempo posible a su lugar de origen, para que se asuman las decisiones que corresponden.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LÉON
Magistrado

JUICIO DE IMPUTACIÓN – Su análisis está reservado al fiscal y al ser un acto de parte no se encuentra sometido a control formal o material del Juez de Garantías ni de las partes o intervinientes procesales.

ACTO DE COMUNICACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES Y DE LA ADECUACIÓN NORMATIVA PENAL QUE DE ELLOS SE DERIVA: Puede incurrirse en anfibologías, ambigüedades e imprecisiones que tornen ineficaz el acto de comunicación por afectación del debido proceso y del derecho a la defensa.

DUBITABILIDAD DE CARGOS O ANFIBOLOGÍA DE LA IMPUTACIÓN POR INDEBIDA SELECCIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES - No se configura.

NULIDAD DE LA FORMULACIÓN DE IMPUTACIÓN POR INDETERMINACIÓN DE LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES: Improcedencia.

(...) Esta labor de subsunción de la conducta o comportamiento naturalístico atribuido al ciudadano, para adecuarla a una norma o grupo de normas penales respecto de las cuales debe enfrentar el proceso, se corresponde con un juicio de valor producto de la confrontación de los hechos frente al derecho penal, y se revierte en una facultad exclusiva y excluyente del órgano estatal, a quien constitucionalmente se le ha atribuido el ejercicio de la acción penal, para cuyo resultado de adecuación típica [JUICIO DE IMPUTACIÓN] debe ajustarse por completo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que la conducta fenomenológica ha tenido ocurrencia.

El llamado "JUICIO DE IMPUTACIÓN" se concreta en un acto de parte que, como tal, no está sometido a control formal o material del Juez de Garantías, ni puede ser vetado por las demás partes e intervinientes procesales, por la simple y llana razón que no hay forma de interferir en un proceso de auto evaluación probatoria, de auto reflexión en la dogmática penal -en punto de la adecuación típica- y, sobre todo de auto-convencimiento sobre la configuración de la inferencia razonable de autoría o participación, que la determina [artículo 287 de Código de Procedimiento Penal]. En su misma condición autonómica, tampoco puede ser cuestionado indirectamente el "JUICIO DE IMPUTACIÓN" en momento procesal superior del proceso [audiencia de formulación de acusación] por la vía de la NULIDAD (...)

(...) Situación diferente se presenta respecto del "ACTO DE COMUNICACIÓN" al acriminado de los hechos jurídicamente relevantes (imputación fáctica) y de la adecuación normativa penal que de ellos se deriva, labor en la que SI es posible que pueda incurrirse por la Fiscalía en anfibologías, ambigüedades e imprecisiones que tornen ineficaz el acto de comunicación con el que se da inicio al proceso, (...) yerros que eventualmente pueden generar nulidad por afectación tanto de las reglas del debido proceso, como por ensombrecer las posibilidades del cabal ejercicio del derecho a la defensa. (...)

(...) la Sala encuentra (...) que, si bien el acto de imputación no es un "dechado de virtudes", respecto de la forma como se debe concretar la comunicación de las imputaciones fácticas y jurídicas en el momento inicial del trámite, también es que de su contenido logran extractarse

las razones fundamentales en las que se soporta cada uno de los cargos, frente a los delitos atribuidos (...)

(...) los ataques de nulidad de la imputación, por presunta indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes, no están llamados a prosperar. Menos aún, cuando el contenido argumental de la Defensa, y apoyados por la Fiscalía misma, se pretenden soportar con ejercicios valorativos de la evidencia que se conoce, porque –ni más ni menos- con ello se está retando el llamado "juicio de imputación" que tuvo la Fiscal encargada de la iniciación del caso para promover la apertura del proceso, y, como bien se conoce, en esa instancia judicial dicha actividad de parte no está sometida a control material por los demás sujetos partes o intervinientes. (...)

(...) En esas condiciones, el argumento de "posible dubitabilidad de cargos" o de "anfibología de la imputación", por indebida selección de los Hechos Jurídicamente Relevantes (...) resulta estar bastante alejado de la realidad procesal advertida por la Sala y no deja de constituir una simple afirmación de parte, SIN respaldo existencial, la cual no está llamada a prosperar en esta instancia. (...)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, siete (7) de diciembre del dos mil veintidós (2022)

Radicación : 2022-00028 NI. 39190
Asunto : Apelación auto
Delito : Concierto para delinquir y otro
Magistrado : Dr SILVIO CASTRILLÓN PAZ

ASUNTO A DECIDIR

Procedente del Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto (Nariño) ha llegado por segunda oportunidad a esta corporación judicial el proceso penal tramitado en contra del señor JAME, por su probable responsabilidad en los delitos de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, FAVORECIMIENTO DE FUGA DE PRESOS, FRAUDE PROCESAL y SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO. Le corresponde a la Sala resolver la impugnación presentada por la apoderada de la defensa, doctora LORENA HOYOS IBARRA, en contra de la decisión emitida en desarrollo de una de las sesiones de audiencia de formulación de acusación, que dispuso negar una solicitud de nulidad que previamente había extendido en protección de las garantías fundamentales del debido proceso y del derecho a la defensa.

ACONTECIMIENTOS HISTÓRICOS INVESTIGADOS

Los hechos base de juzgamiento aparecen relacionados en el escrito de acusación presentado el día 5 de marzo de 2022 por la doctora SILVANA URIBE LÓPEZ, en su condición de Fiscal 4ª Especializada de Pasto, de la siguiente manera:

'Desde el año 2019 se inició el presente proceso penal donde se tomó contacto con un ciudadano que informó acerca de la participación del señor JAME, quien ostentaba la calidad de funcionario público, cumpliendo funciones de dragoneante del INPEC de la cárcel de Túquerres Nariño, en compañía de otros funcionarios de esa institución se concertaron en varias oportunidades para llevar a cabo la actividad Ilícita de tráfico de estupefacientes al interior del mencionado establecimiento carcelario".

'El día 28 de septiembre de 2020, por orden de la directora de la cárcel, se llevó a cabo procedimiento de registro en el patio donde se encontraban los ciudadanos privados de la libertad y en diferentes celdas sustancia estupefaciente se incautó cocaína, la cual no superó los términos máximos establecidos en el inciso segundo del artículo 376 del código penal, de lo anterior se logra vislumbrar la presunta participación del dragoneante M toda vez que las actividades de agente encubierto dieron cuenta de como este, era quien abastecía a las personas privadas de la libertad de dicha sustancia ilícita, además de otros EMP".

'El día 29 de septiembre de 2020 el señor JAM suplantando las funciones de la Directora de la cárcel de Túquerres, firmó un documento en el cual otorgaba permiso para trabajar al ciudadano EDISON CARABALI OSORIO, quien ostentaba una medida de aseguramiento Detención domiciliaria se fugó de su domicilio de quien pesaba una detención preventiva en su domicilio y fue el señor M quien suplantó a la Directora de la cárcel ordenando la salida del encartado, a través de la firma de la directora de la cárcel, claramente indujo en error a un funcionario de tránsito al momento de ser presentado el señor CARABALÍ oficio de permiso de salir de su vivienda, pues de manera fraudulenta concedido un beneficio sin que fuere el funcionario competente para ello".

TRÁMITE PROCESAL

En Audiencia de formulación de imputación fue vinculado debidamente el señor JAME como autor responsable de un concurso de cinco (5) delitos de [(1)]CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO [Artículo 340 inciso 2 del Código Penal], [(2)]TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES [Artículo 376 inciso 2 Ídem, [(3)]FAVORECIMIENTO DE FUGA DE PRESOS [Artículo 449 Ídem], [(4)]FRAUDE PROCESAL [Artículo 453 Ídem], y [(5)]SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO [Artículo 426 del Código Penal]. La investigación matriz se inició en contra de varios ciudadanos y por ruptura de la unidad procesal ahora se adelanta el radicado 2022-00028 exclusivamente en su contra.

El escrito de acusación fue presentado por la Fiscal Especializada SILVANA URIBE LÓPEZ ante el Centro de Servicios Judiciales de los Juzgados de Túquerres, siendo asignado al Despacho Penal del Circuito de dicha localía, en donde en desarrollo de la audiencia de formulación de acusación del 18 de mayo de 2022 se presentó una manifestación de incompetencia del Juez para conocer el asunto, debido a que uno de los delitos cobijados con la acusación era el de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, cuya competencia corresponde a los Juzgados Penales del Circuito Especializados. Se re-direccionó el caso a dicha autoridad, correspondiéndole por asignación al Juzgado Segundo Penal del Circuito Especializado de Pas-

to, despacho que convocó a nueva sesión de audiencia de Formulación de Acusación para el día 9 de junio de 2022.

A esta audiencia asistió en representación del Ente Investigador la doctora MÓNICA MARIANA MORA CÓRDOBA, Fiscal 4ª Especializada de Pasto, llevando el peso de la acción penal, quien inicio precisando que este proceso contra JAME sobreviene de una ruptura de unidad procesal, debido a que otras personas vinculadas a la investigación matriz han acudido a formas de sentenciamiento anticipado para resolver su situación jurídica. Resuelto lo pertinente a la radicación final que le corresponde a este asunto, la Fiscal indicó que ella había llegado al proceso muy recientemente y que había encontrado en él muchas falencias, al punto que no estaba en capacidad para soportar y argumentar la acusación, solicitando la suspensión del trámite para decidir el camino que iba a tomar.

El Juez dijo que no iba a suspender la diligencia y que ella tenía que escoger uno (1) de dos (2) caminos: retirar el escrito de acusación, que aún no se había verbalizado ante él, o simplemente formular la acusación y continuar el juicio.

La Fiscal indicó que retirar la acusación le generaba dificultades institucionales y eventualmente también responsabilidades disciplinarias, por razón de un inexorable vencimiento de términos libertarios, de suerte que la audiencia continuó su curso normal, a pedido de la Defensora LORENA HOYOS IBARRA, quien les pidió a Juez y Fiscal que no se olvidaran que había una persona privada de la libertad.

Acto seguido la Defensa postuló una nulidad del proceso, aduciendo violación de garantías de su cliente, la cual fue avalada por la citada Fiscal 4ª Especializada. Esta solicitud de nulidad fue despachada negativamente en la misma audiencia, por el Juez de Conocimiento, quien inicialmente adujo que esa decisión no era pasible del recurso de alzada, pero que después lo habilitó ante la insistencia de las partes, quienes debían sustentar la alzada en la misma actuación judicial, pero que por problemas de conectividad debió ser suspendida para reactivarse en sesiones del día 8 y 12 de julio de 2022.

Con todo, a pesar de lo avanzado en la depuración o saneamiento del caso, en la sesión de audiencia de acusación del 12 de julio de 2022, la doctora MÓNICA MARIANA MORA CORDOBA, en calidad de FISCAL 4ª Especializada, entró a postular una RECUSACIÓN en contra del Juez titular del despacho de conocimiento, doctor JORGE GONZÁLES BASTIDAS, aduciendo que podría estar inmerso en la causal establecida en el numeral 5° del artículo 56 de la Ley 906 del 2004, dada la amistad íntima que él sostiene con la doctora LORENA HOYOS IBARRA, quien actúa en calidad de abogada defensora, lo cual dio lugar a que el citado Juez se declarara impedido, aludiendo dicha causal, la cual debió ser calificada por la funcionaria homóloga que le seguía en turno, quien declaró no configurada la causal de impedimento y remitió el asunto a este Tribunal, en donde mediante decisión del 8 de agosto de 2022 se resolvió "PRIMERO: Declarar infundada la recusación planteada por la Dra. MÓNICA MARIANA MORA CORDOBA, en calidad de FISCAL 4 ESPECIALIZADA DE PASTO, en contra del Juez Segundo Penal del Circuito Especializado de Pasto y, en consecuencia de ello, deberá continuar con la actuación del proceso en referencia".

Al retornar el asunto al citado despacho judicial, se reactivó la audiencia de formulación de acusación el día 20 de octubre de 2022, en cuyo desarrollo se realizó la sustentación de la alzada interpuesta por la apoderada defensora contra el auto que negó la nulidad propuesta;

también se descorrió el traslado para sujetos partes e intervinientes no impugnantes, para finalmente concederse el recurso de apelación que ha de ser resuelto por este Tribunal.

EL DEBATE DE NULIDAD QUE SE PRESENTA

En la sesión de audiencia de acusación del 9 de junio de 2022 la Defensora de confianza, doctora LORENA HOYOS IBARRA, manifestó que en el presente caso avizora que se comenzaron a cometer irregularidades desde la audiencia de imputación de cargos, de suerte que debe decretarse la nulidad de lo actuado desde ese momento.

Refiere que la Fiscalía formuló imputación contra su cliente con unos elementos materiales probatorios que no tenían trascendencia y eran incongruentes con los cargos que le aducía. Estas incongruencias indica que quedaron de manifiesto en el escrito de acusación donde se indica que tenía consigo los resultados de actividades realizadas por un AGENTE ENCUBIERTO, el cual refiere que el procesado era quien abastecía de sustancias ilícitas a las Personas Privadas de la Libertad (PPL) dentro del establecimiento carcelario en donde trabajaba, y que inicialmente decía que les abastecía de cocaína, cuando realmente lo único que se encontró a lo largo de mucho tiempo, fue Marihuana, y bajo condiciones donde entraban familiares o amigos a visitar a los reclusos.

También dijo encontrar dentro de los EMP de la Fiscalía un documento de fecha 27 de marzo del 2020, dirigido por el AGENTE ENCUBIERTO a la Fiscalía Cuarta Especializada, en el que señala que, en un contexto general, la información que se brinda ha sido tergiversada; y lo que ha querido decir lo han tomado de manera en que se pueda acomodar a los intereses del ente acusador, más no a lo que se quiere decir objetivamente; este oficio lo relaciona debido a que en el escrito de acusación se dice que este informe del AGENTE ENCUBIERTO era la prueba reina que se tenía para establecer que el procesado es el responsable de ingresar sustancias estupefacientes al establecimiento carcelario, cuando lo cierto que la AGENTE dice algo totalmente contrario, porque afirma que ni sabe, ni le consta, y además menciona que la presionan acerca del ingreso de estupefacientes, en contra del procesado.

Refiere posteriormente que hay un informe de investigador de campo FPJ-11 del 28 de febrero del 2020, en el que aparece que dentro de los resultados "solicita se cancele la actuación del Agente Encubierto, debido a que no ha brindado ningún resultado favorable"; con fundamento en este informe menciona que el AGENTE ENCUBIERTO nunca llegó a tener certeza de qué se ingresaba al establecimiento de reclusión, que este no sabía, ni le constaba lo que sucedía, de tal manera que por ello debieron llegar a cancelar sus labores investigativas.

Con fundamento en lo anterior aduce que se vulneraron las garantías fundamentales y el derecho al debido proceso de su cliente, debido a que se le impuso medida se aseguramiento al procesado bajo pruebas confusas y ambiguas, como lo es que la persona quien testificó en su contra no sabe, ni le consta, lo que ingresaban al establecimiento: ella solamente miraba paquetes negros y que una vez el procesado se acercó a la reja, esto debido a que, en ningún momento mencionó que le constaba que él ingresaba sustancias estupefacientes, por lo cual se impone la declaración de nulidad, porque los EMP de la Fiscalía están mostrando descoordinación.

A su turno, La doctora MORA CÓRDOBA, Fiscal 4ª Especializada que atiende el caso en fase de juzgamiento, manifestó inicialmente que debe considerarse que las causales de nulidad son taxativas, de suerte que solo pueden decretarse por incompetencia del juez, y que con base en los delitos atribuidos al señor ME no le queda duda que el despacho del Circuito Especializado de Pasto es el competente para adelantar la investigación. Posteriormente se refirió a lo relacionado con los Hechos Jurídicamente Relevantes, mencionando que deben ser concretos y específicos, porque lo principal es el derecho que le asiste al procesado para conocerlos debidamente y saber cuáles son las consecuencias jurídicas que de ellos se le puedan derivar, aduciendo además que por eso resulta importante que ella como funcionaria de la Fiscalía esté debidamente preparada para realizar una audiencia de acusación, así como también preparada para una solicitud de nulidad.

Al hilo de lo anterior, adujo que aún no había podido escuchar la audiencia de formulación de imputación, de suerte que simplemente de manera a priori dijo advertir que un capturado envió declaración respecto a que en el interior del establecimiento carcelario de Túquerres, estaba involucrado el señor JM con la comercialización de estupefacientes, lo que de manera consecutiva se estaba realizando por parte de los Dragoneantes del INPEC; es de ahí de donde se menciona por la anterior Fiscal encargada del proceso que se logró determinar que no solo era una persona la comprometida con el delito, sino que también enfatizaba en que JM tenía responsabilidad en los hechos debido a que los otros responsables incluso habían aceptado cargos, lo cual era una manera de forzar la voluntad de este acriminado para que aceptara su responsabilidad.

También manifestó la Fiscal MORA CÓRDOBA que, por parte de su antecesora delegada de la Fiscalía, se habían dejado ciertos vacíos a la hora de la imputación de cargos, así como también en la valoración de los EMP y en la selección de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que, antes de que la Apoderada Defensora solicitara la nulidad del caso, ella como nueva Gerente del Caso estaba considerando solicitar la preclusión de la investigación.

De igual manera enfatizó en que la anterior Fiscal no mencionó debidamente lo necesario, procesalmente hablando, en la imputación de cargos. Cuestiona la imputación frente al delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, aduciendo que no encuentra establecidos los hechos que configuran este tipo penal; que tampoco se indica qué preso fue el que se fugó de la cárcel, ni qué documento fue firmado por JM, todo lo cual resultó fundamental para derivarle los delitos de FAVORECIMIENTO EN FUGA, SIMULACIÓN DE INVESTIDURA Y CARGO, como el de FRAUDE PROCESAL.

Refiere que los hechos jurídicamente relevantes deben ser más concretos, y que no se le dijo a ME por qué esos hechos atribuidos constituían un FRAUDE PROCESAL; la misma situación advierte con el delito de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, imputación que tenía errores sustanciales y de forma, bastante graves, que impedirían el ejercicio de derechos de JM, como el de aceptar cargos, debido a que si él supiera certeramente qué delito es el que se le imputa, cuántos gramos fueron captados, cuánto tiempo conlleva la pena de ese delito, y muchas cosas más, podría valorar debidamente si aceptaba la imputación.

Afirma la Fiscal del caso que como estos errores de la imputación son perfectamente corregibles, antes de llegar a una audiencia de conocimiento, resulta viable decretar la nulidad del trámite.

La señora Fiscal menciona que el proceso carece de EMP para demostrar la forma como se habría de demostrar la responsabilidad, reconociendo explícitamente que se han violado derechos fundamentales de la defensa y del debido proceso al filiado, por parte de la Fiscalía.

Reitera la existencia de un vicio procesal por el desconocimiento absoluto de los Hechos Jurídicamente Relevantes, toda vez que se entremezclaron anti técnicamente la imputación de hechos indicadores, con hechos jurídicamente relevantes. Ello deviene en que el señor JM no ha podido conocer debidamente los hechos jurídicamente relevantes que se le atribuyen, y que eso es lo más importante de la audiencia de formulación de imputación.

En torno al cuestionamiento del AGENTE ENCUBIERTO, menciona la Fiscal que las situaciones presentadas no afectan su contenido, lo cual puede ser demostrado en juicio, ya que la actuación de la ciudadana que realizó ese encargo fue debidamente sometida a los controles de legalidad que corresponden, y que posiblemente el miedo de las capturas inmediatas realizadas la hizo retrotraerse del contenido de sus hallazgos, al momento de colaborar con las autoridades.

Finaliza indicando que no se opone a la solicitud de nulidad extendida por la apoderada de la defensa, doctora LORENA HOYOS IBARRA.

El despacho de conocimiento negó la nulidad reclamada, indicando inicialmente que existen dos situaciones en el proceso que son susceptibles de ser corregidas, cuando presentan defectos, sin necesidad de llegar al extremo de la nulidad, como son la imputación y acusación.

Seguidamente se refirió a los argumentos de la Fiscalía para apoyar la petición de ineficacia, indicando que parte de una aceptación de errores de su propio despacho, al indicar que está convencida de que hay carencia de EMP, como que hubo una inadecuada imputación. Dice que ello lo debía conjurar con el retiro del escrito de acusación, para luego presentarlo corregido; que como no se acudió a ese mecanismo decidió enfrentar el problema coadyuvando la solicitud de nulidad, remedio extremo y delicado al que solo puede llegarse por vía excepcional.

Cuestiona las manifestaciones de la Fiscalía sobre que, si se retira por ella el escrito de acusación, se corre el riesgo de la libertad del señor JAME por vencimiento de términos, como que de ello podrían sobrevenirle las consecuencias disciplinarias por errores cometidos en un proceso que fue adelantado por otra Fiscal Delegada, frente a lo cual afirma, citando jurisprudencia superior, que debe la Fiscalía correr con la suerte de las malas decisiones que ha tomado. Con todo, refiere que la Fiscalía también pregona que hay delitos que sí están debidamente sustentados por su antecesora, y podrían ser discutidos en sede de conocimiento, pero que hay otros delitos en los que afirma que no le es posible enfrentar un juicio.

El Juzgador de primer nivel manifestó que el presente caso es muy similar a uno fallado por la Corte Suprema de Justicia en el que la defensa resaltó una deficiente exposición de los componentes facticos y jurídicos de la imputación, como la ausencia de valoración de pruebas, de lo cual se generó una petición de nulidad (sentencia AP5563 del 2016) la cual fue rechazada de plano, asumiendo la misma decisión negativa de la nulidad, pero habilitando posteriormente la alzada.

El recurso de apelación contra el auto que negó el decreto de nulidad del proceso, fue interpuesto exclusivamente por la apoderada de la defensa, doctora Lorena Hoyos Ibarra, quien pudo sustentar su alzada en la sesión de audiencia del 20 de octubre de 2022, pidiendo que esta Corporación revoque la decisión de primera instancia y decrete la nulidad del proceso, teniendo en cuenta que en este caso se comenzaron a cometer irregularidades desde la imputación de cargos, ya que inicialmente se encontraban EMP trascendentales para el propósito de la defensa, pero que no se trajeron con el escrito de acusación, aun cuando sí fueron utilizados por la Fiscalía en las audiencias preliminares.

Reiteró que, entre esas incongruencias, existe una dentro del escrito de acusación donde manifiesta que las actividades del Agente Encubierto establecieron que era el procesado ME quien abastecía a las personas privadas de la libertad de sustancias ilícitas, al interior de la Cárcel de Túquerres, inicialmente decía que les abastecía cocaína, cuando realmente lo único que se encontró a lo largo de mucho tiempo, fue Marihuana.

Dice que no existe congruencia en la imputación, al ser imprecisos los hechos jurídicamente relevantes, que se entremezclan con los hechos indicadores, motivo por el cual debe retrotraerse la actuación.

Al descorrerse el traslado por la delegada de la Fiscalía, asintió en que coadyuvaba la petición de nulidad, porque la anterior Fiscal no había mencionado lo necesario procesalmente hablando en la imputación de cargos, conforme a los siguientes aspectos:

> **¿Por qué se le imputa al señor ME el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR?,**
> **¿Cuál fue el preso que se fugó de la cárcel?,**
> **¿Qué fue lo firmado por JM?,**
> **¿Por qué es que de ahí deriva los delitos de FAVORECIMIENTO A LA FUGA, SIMULACIÓN DE INVESTIDURA Y CARGO, como de FRAUDE PROCESAL?**

Aduce que los hechos jurídicamente relevantes deben ser más concretos, y que la misma situación se advierte con el delito de TRÁFICO DE ESTUPEFACIENTES, imputación que tiene errores, debido a que ni siquiera se indica cuantos gramos de alucinógenos fueron incautados. Finaliza manifestando estar de acuerdo con la nulidad deprecada por la defensa.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

¿Se ha incurrido en ineficacia procesal, con fuerza de nulidad, que permita retrotraer la actuación dejando sin efectos el trámite desde la Audiencia de Formulación de Imputación cele-

brada, por violación de las garantías fundamentales del debido proceso y de la Defensa del acusado JAME?

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.- Cuestiones Preliminares respecto de la nulidad por defectos en la audiencia de formulación de imputación.

El debate jurídico planteado permite a la Sala abordar el estudio del acto procesal de imputación, con el cual se da inicio formal al proceso penal, cuyos sentidos y contenidos se encuentran establecidos en los artículos 286 y 288 del Código de Procedimiento Penal, que son del siguiente tenor literal:

> *'ARTÍCULO 286. CONCEPTO. La formulación de la imputación es el acto a través del cual la Fiscalía General de la Nación comunica a una persona su calidad de imputado, en audiencia que se lleva a cabo ante el juez de control de garantías".*
>
> *'ARTÍCULO 288. CONTENIDO. Para la formulación de la imputación, el fiscal deberá expresar oralmente:*
>
> *1. Individualización concreta del imputado, incluyendo su nombre, los datos que sirvan para identificarlo y el domicilio de citaciones.*
>
> *2. Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible, lo cual no implicará el descubrimiento de los elementos materiales probatorios, evidencia física ni de la información en poder de la Fiscalía, sin perjuicio de lo requerido para solicitar la imposición de medida de aseguramiento.*
>
> *3. Posibilidad del investigado de allanarse a la imputación y a obtener rebaja de pena de conformidad con el artículo 351".*

Unido a lo anterior, debe indicarse que con la Formulación de Imputación se habilita de mejor manera el derecho de defensa material y técnica, según lo establecido en los artículos 8 y 290 de la misma codificación adjetiva penal. Precisamente lo que habilita el cabal ejercicio del derecho a la defensa es una clara, inmaculada y concreta presentación de los cargos iniciales por la Fiscalía General de la Nación, en sus componentes fácticos y jurídicos, porque correlativamente es a partir de dicho conocimiento que se posibilita la adopción de una adecuada y pertinente estrategia defensiva.

Esta labor de subsunción de la conducta o comportamiento naturalístico atribuido al ciudadano, para adecuarla a una norma o grupo de normas penales respecto de las cuales debe enfrentar el proceso, se corresponde con un juicio de valor producto de la confrontación de los hechos frente al derecho penal, y se revierte en una facultad exclusiva y excluyente del órgano estatal, a quien constitucionalmente se le ha atribuido el ejercicio de la acción penal, para cuyo resultado de adecuación típica [JUICIO DE IMPUTACIÓN] debe ajustarse por completo a las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que la conducta fenomenológica ha tenido ocurrencia.

El llamado "JUICIO DE IMPUTACIÓN" se concreta en un acto de parte que, como tal, no está sometido a control formal o material del Juez de Garantías, ni puede ser vetado por las demás partes e intervinientes procesales, por la simple y llana razón que no hay forma de interferir en un proceso de auto evaluación probatoria, de auto reflexión en la dogmática penal -en punto de la adecuación típica- y, sobre todo de auto-convencimiento sobre la configuración de la inferencia razonable de autoría o participación, que la determina [artículo 287 de Código de Procedimiento Penal]. En su misma condición autonómica, tampoco puede ser cuestionado indirectamente el "JUICIO DE IMPUTACIÓN" en momento procesal superior del proceso [audiencia de formulación de acusación] por la vía de la NULIDAD, ya que – ha dicho recientemente la alta corporación de justicia penal ordinaria "Desde esa perspectiva, la pretensión de nulidad resulta improcedente, no solo porque se dirige contra la imputación como acto de parte de la Fiscalía, sino en razón a que, además, se edifica sobre la base de criticar los fundamentos fácticos y jurídicos del juicio de imputación, dejando de lado que aquellos aspectos son incontrovertibles antes del juicio oral"[1].

Situación diferente se presenta respecto del "ACTO DE COMUNICACIÓN" al acriminado de los hechos jurídicamente relevantes (imputación fáctica) y de la adecuación normativa penal que de ellos se deriva, labor en la que SI es posible que pueda incurrirse por la Fiscalía en anfibologías, ambigüedades e imprecisiones que tornen ineficaz el acto de comunicación con el que se da inicio al proceso, lo cual se encuentra consagrado en el artículo 288 procesal penal, yerros que eventualmente pueden generar nulidad por afectación tanto de las reglas del debido proceso, como por ensombrecer las posibilidades del cabal ejercicio del derecho a la defensa.

Sobre los yerros en la imputación, de los cuales puede predicarse ineficacia con fuerza de nulidad del acto, esta misma Sala de Decisión, en reciente pronunciamiento[2], refirió que pueden recaer sobre varios tópicos. Hablaremos de algunos, sin que ello se constituya en una lista acabada:

> *(1)Error en la especificación del tipo penal objetivo; como cuando no se detallan los elementos configurativos del tipo penal, esto es que no se seleccionan debidamente*

1 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Auto del 16 de Marzo de 2022. Radicado 61004. MP. PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR.

2 TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE PATO. Sala de decisión Penal. Auto Interlocutorio de segunda instancia número 31 del 19 de agosto de 2022, radicado interno 37461. MP. Silvio Castrillón Paz.

los hechos jurídicamente relevantes, al punto que permitan orientar el fenómeno de adecuación a un delito particular y concreto, de lo que deviene que se presenten vacilaciones entre tipologías que guardan alguna similitud (como por ejemplo peculado y abuso de confianza calificado o hurto; delitos de incendio y daño en bien ajeno; tentativa de homicidio y lesiones personales). Lo anterior en la medida que no se pueda especificar de manera indubitable por cuál de estos delitos es que se atribuye imputación, de suerte que el acriminado y/o su defensor profesional no tengan la posibilidad de enfrentar los cargos de manera atinada, o habiendo diseñado un programa metodológico de investigación defensivo frente a una tipología en particular, se les presente el grave riesgo de que en instancias posteriores se los termine condenado por delitos que no fueron objeto de real controversia, lo que hace nugatoria la defensa.

(2)Error en la determinación de los delitos conexos, lo cual puede incidir notoriamente y de manera negativa en el ejercicio de la defensa, por la imprecisión de los cargos.

(3)Error en el tipo subjetivo, lo cual puede presentarse cuando queda dudosa o dubitable la estructura del tipo subjetivo, es decir si la conducta fue materializada con dolo, culpa o preterintención, lo cual generaría incertidumbres sobre el objeto de la defensa que se habilita, como en el evento de un delito de homicidio ocurrido en accidente de tránsito y la Fiscalía argumente indistintamente en la audiencia preliminar de imputación que la conducta fue ejecutada con dolo eventual o culpa con representación. Con todo, de vieja data la doctrina nacional ha expresado que la posibilidad de nulitación por esta circunstancia se aleja 'en aquellos casos en los que el delito imputado no admite sino una de las tres formas referidas, porque allí es inequívoco que solamente puede existir un cargo, bien doloso, culposo o preterintencional"[3].

(4)Error en la descripción de la forma de participación, cuando no existe claridad sobre si el sujeto pasivo de la acción penal es imputado como autor o partícipe, lo cual tiene inocultable incidencia en la forma como debe estructurarse el ejercicio defensivo, o incluso puede generar vacilaciones para la aceptación de mecanismos de terminación anticipada del proceso [allanamiento a cargos o preacuerdos], porque cada una de estas figuras tiene elementos estructurales diferentes y ello repercute en el tratamiento punitivo, según lo establecen los artículos 29 y 30 del Código Penal.

(5)Error en las formas de ejecución de la conducta; piénsese en un evento en que exista total confusión y dubitabilidad en tratándose de la especificación de la tentativa en un delito de homicidio o la consumación de un delito de lesiones personales, lo cual no solo refluye en las formas propias del juicio, como también en la correcta selección del Juez Natural y, por supuesto, en el ejercicio del derecho de defensa, en sus componentes material y técnico.

---

3 NOVOA VELÁSQUEZ, Néstor Armando. 'ACTOS Y NULIDADES EN EL PROCEDIMIENTOPENAL". Tomo II. Tercera Edición. Biblioteca jurídica DIKE. Bogotá 2003. Página 975.

En torno a la CORRESPONDENCIA FACTUAL que debe existir entre la imputación, la acusación y la sentencia, y la imposibilidad de acusar y condenar a una persona por hechos jurídicamente relevantes que no le fueron comunicados debidamente en la audiencia de formulación de imputación, la Alta Corporación de Justicia Penal Ordinaria, en la decisión CSJ SP14792-2018, Rad. 52507, señaló:

> *«Pero, además, la Corte ha detallado que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso.*
> *(…)*
> *Ahora bien, si se entiende que el principio de congruencia comporta dos aristas básicas: (i) derecho a conocer de manera clara y suficiente los cargos por los cuales se acusa a la persona; y (ii) concordancia entre los cargos consignados en la acusación y aquellos objeto de sentencia –absoluta en lo fáctico, relativa en lo jurídico-; es dable concluir que la violación del principio puede obedecer a una fuente distinta y, desde luego, ocasionar un daño diferente.*
>
> *A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que, en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.*
>
> *En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una 'Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible"; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.*
>
> *Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.*

Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina.

A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.

Desde luego, no se trata de que el funcionario judicial reemplace a la parte o le imponga su particular visión de los hechos o su denominación jurídica, sino apenas exigir de ella que cumpla con el requisito legal, vale decir, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, en el entendido que la exigencia se representa necesaria para soportar la validez de la diligencia, dentro de los presupuestos que gobiernan la estructura del proceso; máxime cuando, cabe anotar, al amparo del principio antecedente – consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta.

De esta manera se evita que, a futuro, con el consecuente desgaste para la administración de justicia, la ausencia del requisito esencial conduzca a invalidar gran parte de lo actuado».

Al hilo de lo anterior, la misma Corporación de Casación Penal, en muy flamante fallo [Sentencia del 10 de marzo de 2021, radicado SP741-2021, 54658, MP. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN] indicó que, si en las audiencias de formulación de imputación y de acusación, el fiscal no define de manera clara, completa y suficiente los hechos jurídicamente relevantes, a tal punto que el indiciado o imputado no haya tenido la posibilidad de conocer por qué hechos se le vincula o está siendo investigado, se vulnera de manera incontestable el debido proceso – congruencia y defensa-, y el único remedio posible es la nulidad de la actuación. También se

dijo que el acusar y condenar a un procesado por hechos no comunicados en la audiencia de formulación de imputación, conlleva una lesión severa del debido proceso en términos de su estructura y garantía, que afecta gravemente el derecho a la defensa, contradicción, igualdad de armas, principio acusatorio y congruencia.

En el novísimo precedente vertical citado, la Corte CASÓ una sentencia proferida por la Sala Única del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Santa Rosa de Viterbo, el 19 de octubre de 2018, contra un grupo de personas, mediante la cual se había confirmado una sentencia condenatoria emitida el 22 de marzo de ese mismo año por el Juzgado Segundo Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Duitama, al encontrarlas como autoras responsables del delito de estafa agravada. Se declaró la nulidad de lo actuado, a partir, inclusive, de la audiencia de formulación de imputación, para que se adelantara el proceso como es debido, al encontrar que la Fiscalía en la audiencia de imputación no había seleccionado ni comunicado debidamente los hechos jurídicamente relevantes a los imputados, en un caso en el que se presentaba concurso de personas en la comisión del punible de Estafa o engaño con fines económicos, de suerte que –en sentir de la Corte- resultaba menester establecer con precisión la gestión factual o aporte que cada uno de los acriminados había prestado al delito, en torno a "(i) cuales fueron los artificios o engaños que realizaron, dirigidos a suscitar un error en las víctimas; (ii) cuál fue el error o el falso juicio que se representaron las víctimas, como consecuencia del despliegue de las conductas artificiosas de las implicadas; (iii) en qué consistió el provecho ilícito obtenido por las implicadas; y (iv) quiénes fueron las víctimas y a cuánto se elevó el perjuicio respecto de cada una de ellas".

En cumplimiento de su labor propedéutica, la Alta Corporación recordó a la comunidad jurídica que cuando surge la necesidad de formular imputación y acusación en eventos en los que se presenta pluralidad o concurrencia de sujetos activos, existe la obligación para la Fiscalía de delimitar los hechos jurídicamente relevantes, respecto de los siguientes aspectos: "(i) cuál fue el delito o delitos cometidos, con especificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar; (ii) la participación de cada imputado o acusado en el acuerdo orientado a realizar esos punibles; (iii) la forma cómo fueron divididas las funciones; (iv) la conducta realizada por cada persona en particular; (iv) la trascendencia del aporte realizado por cada imputado o acusado, lo que, más que enunciados genéricos, implica establecer la incidencia concreta de ese aporte en la materialización del delito". Indicó que los mismos requerimientos los había establecido en fallo anterior con radicado SP5660-2018, Rad. 52311.

3.- Análisis del caso concreto.

En la órbita de solución del problema jurídico planteado, con la corrección jurídica que corresponde, y bajo el entendido que la Defensa del acriminado JAME discute con vehemencia la nulidad del acto de vinculación de su prohijado al presente trámite, alegando que no ha habido una correcta selección de los fácticos que sirven de fundamento conceptual a los delitos imputados, como que cuestiona el acervo probatorio que dio lugar al "JUICIO DE IMPUTACIÓN" del Ente Acusador, debe la Sala partir del estudio de la forma como fue formulada la imputación el día 11 de diciembre de 2021, ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ricaurte – Nariño, en funciones de Control de Garantías, por la Fiscal 4ª Especializada doctora SILVANA URIBE

LÓPEZ, a efecto de realizar el estudio que permita determinar si en realidad de verdad se avizoran falencias estructurales en la concepción de los hechos jurídicamente relevantes y en la adecuación típica de los mismos, frente a los cargos que les subyacen. Como quiera que existe imputación frente al delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO y se particularizan imputaciones relacionadas con cuatro (4) punibles más, resulta pertinente escindir el estudio para cada evento delictivo.

La citada Fiscal 4ª Especializada, doctora URIBE LÓPEZ, encargada de llevar a cabo las audiencias preliminares de iniciación del presente trámite, manifestó que desde el año 2019 su despacho estaba adelantando una importante investigación con su equipo de Policía Judicial, para corroborar una información suministrada por un sujeto capturado por el delito de tráfico de estupefacientes, el cual les indicó sobre la existencia de una banda delincuencial que operaba en acciones de ingreso y venta ilegal de alucinógenos a base de cocaína y marihuana [Record 22:39 de la carpeta de audiencia preliminares distinguida con el nombre "audio02leg. capturaimputación.mp4"], al interior del Centro Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Túquerres Nariño, a la que estaban integrados varios Dragoneantes del INPEC, que prestaban sus servicios en ese centro reclusorio estatal.

En variados apartados de la audiencia de imputación se indicó, sin que fuera jurídicamente necesario la revelación de evidencia o labor investigativa alguna, que en desarrollo del programa metodológico de investigación se estableció un AGENTE ENCUBIERTO, se recibieron ONCE (11) ENTREVISTAS y se realizaron BÚSQUEDAS SELECTIVAS EN BASE DE DATOS a medios de comunicación de los sospechosos, lo que le permitió establecer "el perfil de ese grupo delincuencial dedicado al expendio de estupefacientes al interior del Centro Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Túquerres, quienes tienen una organización denominada LOS AZULES, para lo cual tienen un cabecilla principal que consigue la sustancia en los municipios de Ricaurte y Samaniego, apoyándose en unos Dragoneantes [citados como JORGE ANDRÉS PATIÑO SANTANDER, HÉCTOR SILVIO VARGAS MARTÍNEZ, FREY HERNÁN LAGARRAGA CERÓN, JAME y otro de apellido ROSERO], para ingresar la droga, que era distribuida para los internos".

Se indica además que en esa organización "está el conocido con el alias de EL GUAPO, quien efectivamente hacía parte de esta estructura, estuvo privado de la libertad, pero ya la había recobrado, y como tal tenía contacto con los Dragoneantes JORGE ANDRÉS PATIÑO SANTANDER, HÉCTOR SILVIO VARGAS MARTÍNEZ y FREY HERNÁN LAGARRAGA CERÓN, quienes ya se encuentran condenados por estos hechos o ad portas de que se les dé la sentencia condenatoria porque aceptaron cargos en audiencia preliminares del 27 de junio del presente año, lo mismo que otro de apellido ROSERO, que también se encuentra privado de la libertad, porque no aceptó cargos, y usted señor JAME. Ustedes serían los encargados de entregar la droga a los sujetos conocidos con los alias de EL CABALLO, CHARÁ, DARWIN y BIGOTES, para que la distribuyan al interior del centro penitenciario y carcelario".

También aparece en la audiencia que esta organización delincuencial, dedicada al tráfico de drogas al interior de la Cárcel de Túquerres, estuvo vigente desde el año 2019 hasta mediados del 2020, cuando fueron trasladados unos Dragoneantes y capturados otros.
Se indica que como la atribución de responsabilidad al señor JAME deviene de la circunstancia que en su condición de Dragoneante del INPEC era facilitador del ingreso de esos estupefacientes a la cárcel, para la distribución y venta a los internos, la imputación corre como autor material doloso del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO, que trata el

artículo 340 del Código Penal, que conmina penas de 8 a 18 años de prisión y multa de 2700 a 30000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, cuando el concierto para delinquir sea para cometer delitos de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes–entre otros. Se precisa además que el CONCIERTO PARA DELINQUIR es un delito autónomo, permanente en el tiempo y de tracto sucesivo.

Si se analiza en detalle esta relación fáctica, de cara a la debida estructuración de los Hechos Jurídicamente Relevantes del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, cuya comunicación al imputado es lo que sabemos permite el ejercicio de un adecuado derecho de defensa a partir de dicha fase procesal, la Sala no encuentra que se haya incurrido en anfibología o ambigüedad que genere hesitación alguna al equipo de defensa, para que pueda preparar su respectiva estrategias exculpatoria, porque si el tipo penal de CONCIERTO PARA DELINQUIR se estructura en su faz objetiva "Cuando varias personas se conciertan con el fin de cometer delitos, cada una de ellas será penada, por esa sola conducta, con prisión de…", es bastante fácil deducir del relato fáctico extractado que los elementos configurativos de la norma penal del artículo 340 se encuentran debidamente comunicados, tanto en punto de la identidad como en el rol que cumplían los plurales de integrantes de la organización conocida como "LOS AZULES" [Cabecilla Alias EL GUAPO, conseguía el estupefacientes en zonas cercanas a Túquerres; los Dragoneantes del INPEC JORGE ANDRÉS PATIÑO SANTANDER, HÉCTOR SILVIO VARGAS MARTÍNEZ, FREY HERNÁN LAGARRAGA CERÓN, JAME y otro de apellido ROSERO facilitaban el ingreso de la droga al establecimiento carcelario; los internos de alias EL CABALLO, CHARÁ, DARWIN y BIGOTES la distribu**ían** al interior del centro penitenciario y carcelario, entre los presos".

También se le surtió información sobre la vigencia en el tiempo del acuerdo criminal [se indica que estos hechos van desde el año 2019 hasta mediados de 2020 / con vocación de permanencia y durabilidad]; igualmente se les comunicó la georeferenciación del área de operaciones criminales [teniendo como lugares de aprovisionamiento de drogas los municipios de Ricaurte y Samaniego, pero la droga se expendía en el centro penitenciario y carcelario de mediana seguridad de Túquerres (Nariño)]; y tampoco se desdeñó comunicarle sobre lo que la Fiscalía había establecido como finalidad específica delictual colectiva, que no es diferente que la venta de drogas alucinógenas entre los presos de la cárcel de Túquerres.

Resulta de suma importancia destacar que como existe un vínculo, atadura o conexidad ideológica y jurídica entre el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR [DELITO MEDIO] y los llamados DELITOS CONCERTADOS [DELITOS FIN], esto es, los ejecutados en ejercicio y por virtud del acuerdo criminal previo, la delegada del ente titular de la acción penal decidió además atribuir cargos al señor JAME por el delito de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, que trata el artículo 376 inciso 2 del Código Penal, porque se afirma que las cantidades incautadas no superaron los 100 gramos de cocaína o sustancia a base de cocaína; en la modalidad AGRAVADA del artículo 384 numeral 1 inciso b), porque el suministro de estupefacientes aparece realizado dentro de un establecimiento carcelario.

Como fundamento de imputación fáctica para este punible, refirió que se trata de una incautación de alucinógenos tipo cocaína realizada por personal del INPEC el 28 de octubre de 2020, al interior del Centro Carcelario de Mediana Seguridad de Túquerres, que como se dijo no superaba los 100 gramos, al igual que se indicó que a través de un acto investigativo de Inspección Judicial se logró establecer que el día 13 de enero de 2020 la Directora de la Citada Cárcel de Túquerres, señora AIDA MARSELA CHILAMA CORAL, dio a conocer una denuncia

de tráfico de estupefacientes al interior del centro penitenciario y carcelario, motivo por el cual se agrava la conducta delictual de TRÁFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES, por ser realizada en ese lugar de especial protección. Si bien no se indica en poder de quién o quiénes fueron decomisados los elementos, se afirma la coautoría y responsabilidad en la que actuó ME, porque como Dragoneante del INPEC facilitaba el ingreso de los alucinógenos que después eran suministrados a los internos. Se le indicó que el artículo 376 inciso 2 regula penas de prisión de 64 a 108 meses y multa de 2 a 150 salarios mínimos legales mensuales a quien sin permiso de autoridad competente "suministre a cualquier título" sustancias estupefacientes. Como estas penas han de duplicarse, al tenor del artículo 384 numeral 1 literal b), cuando la conducta se realice en establecimientos carcelarios, se refirió que las penas de prisión oscilarían entre 108 y 256 meses y la multa de 4 a 300 salarios mínimos.

No sobra recordar que la captura realizada al señor JAME el día 10 de diciembre de 2021 se realizó mediando orden judicial número 004 del 16 de junio de 2021, emitida por el Juzgado Segundo Penal Municipal de Túquerres, en funciones de Control de Garantías, con vigencia de un año, a solicitud precisamente de la Fiscalía 4ª Especializada, precisamente por éste delito de tráfico de estupefacientes. Luego, en la formulación de imputación se adosaron otros punibles en contra del filiado, situación de la cual no emerge ninguna irregularidad sustancial o adjetiva, que enerve la legalidad del proceso.

Igualmente, la Fiscal 4ª Especializada puso de presente unas situaciones adicionales, en las que se había visto involucrado el señor JAME, que pudo conocerlas tras los resultados de la Inspección Judicial a un proceso de FUGA DE PRESOS, adelantado en contra del señor EDISON CARABALÍ OROBIO. Se indicó que este sujeto se encontraba de la libertad en condiciones domiciliarias, bajo el control de la Cárcel de Túquerres, y que se evadió de su sitio de reclusión, siendo sorprendido por las autoridades policiacas el día 29 de septiembre de 2020 ante quien exhibió "un permiso para desplazamiento firmado por el Dragoneante señor JAME, como Director Encargado del Centro Penitenciario y Carcelario de Mediana Seguridad de Túquerres, cuando la verdadera Directora del citado establecimiento de reclusión, señora AIDA MARISELA CHILAMA CORAL aduce que él no tenía esas funciones, porque era un simple Dragoneante del INPEC, y como tal tampoco podía dar permisos para que los internos se trasladaran o ejercieran algún tipo de desplazamientos". Se indica que ese acto de SUPLANTACIÓN DE AUTORIDAD O CARGO, resultó además siendo una contribución o FAVORECIMIENTO DE FUGA, como también un FRAUDE PROCESAL para las autoridades encargadas del control de la privación de la libertad del señor CARABALÍ OROBIO. Por tal motivo le atribuyó autoría dolosa en los siguientes delitos:

Artículo 426 del Código Penal que trata del delito atentatorio de la Administración Pública por SIMULACIÓN DE INVESTIDURA O CARGO, el cual conmina penas de prisión entre 2 y 4 años, lo mismo que multa de 3 a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque se hizo pasar como Director del Establecimiento Carcelario –sin serlo- y bajo esa condición otorgó un permiso a un recluso, sin tener competencia para ello, esto es que suplantó a la Directora.

Artículo 449 del Código Penal, denominado FAVORECIMIENTO DE LA FUGA, que establece penas de 80 a 144 meses de prisión, e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas hasta por el mismo término, para el Servidor Público o el particular encargado de la vigilancia, custodia o conducción de un detenido que procure o facilite su evasión. Se indica que la expedición ilegal del permiso de desplazamiento al detenido domiciliariamente

CARABALÍ OROBIO, fue lo que permitió su fuga del lugar donde debía permanecer recluido domiciliariamente.

Artículo 453 del Código Penal que trata del delito atentatorio de la Eficaz y Recta Administración de Justicia Administración Pública por FRAUDE PROCESAL, el cual regula penas de prisión entre 6 a 12 años, lo mismo que multa de 200 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, porque al emitir el permiso o autorización ilegal al citado interno para que se movilizara, estaba fraudulentamente induciendo en error a los servidores públicos que pudieran adelantar labores para verificación de su estado de privación de la libertad domiciliaria provisional.

Debe señalarse que en las audiencias preliminares concentradas el indiciado estuvo debidamente representado por el doctor VLADIMIR CHAUCANES FUELANTALA, como Defensor principal, quien interactuaba con el doctor MAURICIO HERNÁNDEZ ÁLVAREZ, como suplente. Frente al sentido, contenido, claridad y especificidad de aquellas imputaciones ninguno de ellos realizó cuestionamientos, así como que fue interrogado el sujeto pasivo de la acción penal sobre si había entendido los cargos, desde los extremos fácticos y jurídicos, manifestándose de viva voz en sentido positivo. Debidamente asesorado por ellos, manifestó que no aceptaba los cargos, motivo por el cual el proceso siguió su ciclo normal.

Extrañamente la nueva apoderada Defensora de la causa múltiple seguida en contra del señor ME, doctora LORENA HOYOS IBARRA, reclama en sede de audiencia de formulación de acusación la nulidad del acto de comunicación inicial de cargos, aduciendo que no hay claridad en la selección de los hechos jurídicamente relevantes de cada uno de estos delitos, como que ellos se entremezclan son los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida, de la que tiene conocimiento ha tenido a su alcance la Fiscalía General de la Nación para dichas imputaciones, las que además estima que no alcanzaban para tan alto menester.

Peor aún, la paladina manifestación de la también nueva Fiscal 4ª Especializada de Pasto, doctora MÓNICA MARIANA MORA CÓRDOBA, hoy encargada del ejercicio de la Acción Penal en el presente caso, quien avala o coadyuva la petición de nulidad esbozada por la defensa, a pesar que de entrada indicó que por su reciente llegada al proceso NO HABÍA PODIDO ESCUCHAR LOS AUDIOS DE LAS AUDIENCIA PRELIMINARES, en donde se encuentra la imputación, y que inclusive iba a pedir la preclusión del caso, en el evento de que se dispusiera por la nulidad del asunto por parte de la judicatura, porque en su criterio las evidencia recopiladas no le permitían avanzar a juicio.

Contrario a lo por ellas esgrimido, la Sala encuentra de la revisión de los audios correspondientes que, si bien el acto de imputación no es un "dechado de virtudes", respecto de la forma como se debe concretar la comunicación de las imputaciones fácticas y jurídicas en el momento inicial del trámite, también es que de su contenido logran extractarse las razones fundamentales en las que se soporta cada uno de los cargos, frente a los delitos atribuidos al señor ME, tal como se ha establecido en los acápites precedentes.

No resultan de buen recibo, porque no tienen respaldo existencial alguno, las aserciones de la Fiscal del caso sobre que no se le indicó al imputado las razones por las cuales se le atribuye el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, cuando de los audios se pudo extraer que su antecesora lo vinculó con el grupo delincuencial LOS AZULES, que ingresaban drogas al

establecimiento penitenciario y carcelario de Túquerres, para ser enajenadas a los reclusos; y que él, en asocio con otros Dragoneantes del INPEC [JORGE ANDRÉS PATIÑO SANTANDER, HÉCTOR SILVIO VARGAS MARTÍNEZ, FREY HERNÁN LAGARRAGA CERÓN, JAME y otro de apellido ROSERO] facilitaban dicha labor. Se le indicó la individualidad de quien era el Cabecilla de la organización [Alias EL GUAPO], como la de los sujetos que al interior del penal distribuían o comercializaban las drogas para los reclusos [Alias EL CABALLO, CHARÁ, DARWIN y BIGOTES]. Esta imputación se redondeó con la información sobre la vigencia en el tiempo del acuerdo criminal [desde el año 2019 hasta mediados de 2020], como también se surtió comunicación sobre los lugares donde se aprovisionaban de los estupefacientes [municipios d Ricaurte y Samaniego].

También se indica por la novísima Fiscal en el caso, que no se precisó en la imputación la identidad del preso que se fugó de la cárcel, lo cual desdice de la imputación de FAVORECIMIENTO DE FUGA DE PRESOS; pero resulta que en varios apartados de la audiencia de formulación de imputación, la que ella no tuvo a bien escuchar antes de llegar a la audiencia de acusación, se indica el nombre de EDISON CARABALÍ OROBIO, el cual se encontraba en detención domiciliaria, y fue el que recibió el permiso ilegal de desplazamiento por fuera de su órbita de reclusión en morada, para lo cual el dragoneante ME suplantó la investidura o cargo de la Directora de la Cárcel, facilitando con ello la evasión. Precisamente, son estas circunstancias últimas de las que derivó la inicial Fiscal 4ª Especializada SILVANA URIBE LÓPEZ las imputaciones de SIMULACIÓN DE INVESTIDURA Y CARGO, como de FRAUDE PROCESAL.

Ahora bien, comoquiera que aún no se ha podio arrimar a la fase de verbalización de la acusación fáctica y jurídica, que corresponde con la etapa procesal en la que nos encontramos (Audiencia de Formulación de Acusación), dado que ni siquiera se ha superado la fase de saneamiento del proceso, nada obsta para que, si la nueva Fiscal del Caso lo estima conveniente, en ejercicio de las facultades que constitucional y legalmente le asisten dentro del proceso, como titular exclusivo y excluyente de la acción penal, realice los "AJUSTES DE LEGALIDAD" que ética y responsablemente considere pertinentes, bien reduciendo los cargos iniciales, ora –incluso- retirando total o parcialmente los cargos del escrito de acusación, para direccionar el asunto hacia la PRECLUSIÓN de la investigación que –hasta ahora, de manera a priori- ha venido anunciando.

Lo cierto es que los ataques de nulidad de la imputación, por presunta indeterminación de los hechos jurídicamente relevantes, no están llamados a prosperar. Menos aún cuando el contenido argumental de la Defensa, y apoyados por la Fiscalía misma, se pretenden soportar con ejercicios valorativos de la evidencia que se conoce, porque –ni más ni menos- con ello se está retando el llamado "juicio de imputación" que tuvo la Fiscal encargada de la iniciación del caso para promover la apertura del proceso, y, como bien se conoce, en esa instancia judicial dicha actividad de parte no está sometida a control material por los demás sujetos partes o intervinientes.

Unido a lo anterior, cualquier afirmación sobre insuficiencia evidencial para formalizar acusación, resulta apriorísticamente conclusiva, y como tal por fuera del contexto del escenario procesal en el que nos encontramos; puede indicarse que pudiera resultar válida que la enarbole la defensa, pero en el extremo de un alegato final y como producto de una necesaria actividad probatoria, esto es, después del debate del juicio oral, para deprecar eventualmente una absolución.

En esas condiciones, el argumento de "posible dubitabilidad de cargos" o de "anfibología de la imputación", por indebida selección de los Hechos Jurídicamente Relevantes, planteados por la litigante LORENA HOYOS IBARRA, resulta estar bastante alejado de la realidad procesal advertida por la Sala y no deja de constituir una simple afirmación de parte, SIN respaldo existencial, la cual no está llamada a prosperar en esta instancia.

Finalmente, resulta aplicable al caso la jurisprudencia de la Alta Corporación de Justicia Penal Ordinaria, indicativa que cuando corresponda analizar la eventual ineficacia o nulitación de un trámite de imputación "…en cada caso debe evaluarse si, a pesar de ello, el imputado tuvo la posibilidad de conocer el componente fáctico y jurídico de los cargos enrostrados" [SP2042-2019, radicado 51007, precedente citado en la sentencia del 10 de marzo de 2021, radicado SP741-2021, 54658, MP. DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN].

Por lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto venido en apelación, proferido en audiencia de formulación de acusación, por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de Pasto, que resolvió negativamente una petición de nulidad extendida por la defensa del señor JAME.

SEGUNDO: Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella no procede ningún recurso. Retorne el asunto para su lugar de origen, para la continuación del trámite que corresponde.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

SILVIO CASTRILLÓN PAZ
Magistrado Ponente

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LÉON
Magistrado

IMPUTACIÓN – Hechos Jurídicamente Relevantes: Le corresponde a la fiscalía general de la Nación, la misión de decantar, redactar y exponer desde la audiencia de formulación de imputación los supuestos fácticos y jurídicos que enrostrará a quien en adelante será el sujeto pasivo de la acción penal.

IMPUTACIÓN FÁCTICA – Hechos Jurídicamente Relevantes: No solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que, en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo.

NULIDADES – Hechos Jurídicamente Relevantes: Fallas en la labor de presentación del recuento fáctico, pueden desembocar en la nulidad de la actuación por trasgresión del debido proceso y del derecho a la defensa.

DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA – Garantía constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial.

DERECHO A LA DEFENSA TÉCNICA – Su vulneración atenta contra la validez del procedimiento.

NULIDADES – Principios que las rigen.

NULIDAD – Procedencia al no cumplir la Fiscalía con su deber de hacer una exposición clara, precisa y completa de los hechos con trascendencia jurídica.

(…) Delinear los hechos con relevancia jurídico penal de manera clara y precisa rebosa cualquier apreciación simplista o cortical que pueda tenerse en el marco de un proceso penal, escenario en el cual va a juzgarse, nada más, pero nada menos, que la suerte judicial de una o unas personas a quien el Estado a través de su órgano constitucionalmente habilitado le encara la comisión de una conducta de la magnitud de un delito. Tal misión encarna una responsabilidad inconmensurable en quien ostenta la potestad funcional acusatoria.

Una primera connotación derivada de ese ejercicio trasciende al principio de la tipicidad estricta, porque deviene como elemental comprensión que los hechos deben estar tan claramente identificados, que puedan generar sin equívocos la persuasión de que ellos caben con extremo rigor en los trazos descripticos de la norma penal de prohibición, con todas las circunstancias que puedan incidir en la postulación del reproche jurídico. De ello se deriva concluyentemente que la delimitación correcta, completa y clara de los hechos jurídicamente relevantes se constituye en condición indefectible e inexorable para el cabal ejercicio del derecho de defensa y se articula por esa misma senda con el principio de congruencia. (…)

(…) La censura recae (…) en cuanto concierne a la especificación de los hechos, por cuanto no se cumplen las condiciones previstas en los artículos 288-2 y 337-2 del Código de Procedimiento Penal, con todas las implicaciones que tal falla acarrea. En efecto, llevar al extremo el concepto que de *"sucinto"* hacen esas normas es caer en los terrenos movedizos de lo incompleto, y es lo que sin realizar mayores esfuerzos se extrae acaeció aquí, porque el escrito de acusación no decanta con suficiencia los supuestos factuales de los que, categorizados por el ente investigador como jurídicamente relevantes, debía el procesado ejercer su defensa, error que a pesar de haberse propiciado la oportunidad de corregir o adicionar en la audiencia concentrada de juzgamiento, nada de ello se hizo. (…)

(…) El punto radica en que, por errática exposición de los fácticos enrostrados, se le está privando al procesado de la oportunidad de ejercer una defensa respecto del punible de violencia intrafamiliar, allí donde la sola mención de la agresión no basta para concluir en la perpetración del injusto. (…)

(…) Pero idéntica situación sucede en cuanto se refiere al otro punible enrostrado al implicado, el de inasistencia alimentaria. La exposición de los fácticos al respecto luce azas genérica y ambigua (…)

(…) Develados como han sido crasos errores cometidos a lo largo de la actuación y establecido que algunos de ellos manchan de manera sustancial el trámite procesal surtido, la Corporación decretará la nulidad de lo actuado, eso sí, tras verificar los principios que gobiernan el tema, háblese de los axiomas de trascendencia, taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad (…)

(…) la decisión de nulidad que ha sido anunciada, por donde se la vea, ora porque procura la salvaguarda de los derechos del procesado o bien porque va a impedir que los lamentos de las víctimas caigan al vacío, tiene como utilidad práctica la de permitir bajo la égida de la corrección prospectar una nueva posibilidad de investigación y juzgamiento, con el interés y seriedad que el caso amerita. Por lo demás, es esta quizás la mejor manera de honrar a unas personas que, por su condición de vulnerabilidad, el Estado tiene el deber de propiciar su amparo. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, veintisiete de octubre de dos mil veintidós

Radicación : 52678600053320190016 9-01N.I. 36044
Asunto : Apelación sentencia
Delito : Violencia intrafamiliar y otro
Magistrado : Dr FRANCO SOLARTE PORTILLA

1. Vistos

Corresponde al Tribunal resolver lo que en derecho corresponda en este asunto, una vez que fuere interpuesto por la delegada de la fiscalía recurso de apelación contra la sentencia emitida el 3 de junio de 2021 por la titular del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego (Nariño), mediante la cual absolvió a WAMC de los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria, contenidos en los artículos 229 y 233 del Código Penal, por los que fue llamado a responder en juicio aquel ciudadano.

2. Los hechos jurídicamente relevantes

Por la relevancia jurídica que ello entraña y por las consecuencias judiciales que se derivan, la Sala hará la reproducción total del recuento fáctico expuesto en la acusación, así:

> *'La víctima señora MLPN, en su denuncia informó que el ahora indiciado, el pasado 1 de agosto de 2019, llegó a su casa de habitación, acompañado del padre EOR, ya que*

el sacerdote les estaba haciendo una terapia, refiere la víctima que la sesión se desarrollaba normalmente, cuando de un momento a otro fue agredida físicamente por el señor WAMC, pretendía ahorcarla, además la aruñó (sic). Todo esto sucedió frente a sus hijas menores de edad, quienes inmediatamente comenzaron a llorar. El sacerdote y miembros de la familia intervinieron para que el indiciado no continuara con la agresión. Relata que sus menores hijas, una de ellas es hija del señor MC, también han sido víctimas de maltrato por parte del indiciado. Agrega la señora PN que también la ha amenazado, diciéndole que solamente está esperando encontrarla sola.

También obra denuncia por la presunta comisión de un delito de inasistencia alimentaria, siendo víctima la menor ASMP. Refiere la quejosa que el indiciado nunca se ha hecho cargo de la obligación alimentaria que tiene para con la menor, y que debido a su irresponsabilidad, surgieron los problemas de pareja que desembocaron en las agresiones físicas y verbales referidas en el acápite anterior. Asegura que el denunciado cuenta con los medios económicos suficientes como para hacerse cargo de la obligación alimentaria, ya que posee lotes de terreno en donde labora como agricultor, además de laborar como minero, obteniendo ingresos mensuales al millón de pesos".

3. Resumen de la actuación surtida

El día 25 de noviembre de 2020, la Fiscalía 29 Local de Samaniego presentó ante el señor WAMC y su defensor, el abogado FERNANDO ESCOBAR, escrito de acusación, acta de traslado del mismo y realizó el descubrimiento probatorio, dentro del trámite del Procedimiento Especial Abreviado. Lo anterior, por los delitos de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR E INASISTENCIA ALIMENTARIA, conductas descritas en los artículos 229 inciso 2 del Código Penal, y 233 ibidem, cometidas en calidad de autor bajo los verbos rectores *"sustraerse sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos, en este caso a su descendiente"* y, "*maltratar física y psicológicamente a su compañera permanente y a sus hijas"*; ambas conductas en modalidad dolosa.

Posteriormente, el día 2 de marzo de 2021 se llevaron a cabo las audiencias concentradas con asistencia de los sujetos procesales, en donde se interrogó al acusado sobre la aceptación de los cargos formulados en su contra, ante lo cual manifestó no allanarse a los mismos. La fiscalía informó al Juzgado que el acusado a través de su defensor había manifestado su intención de pagar la totalidad de la deuda alimentaria por la que se lo acusó, por lo que solicitaron se suspendiera la audiencia y se diera un plazo para verificar el pago de las cuotas alimentarias por parte del acusado. La señora Juez consideró procedente la suspensión de la audiencia, y señaló como fecha tentativa para continuar con la misma el día 17 de marzo. En la calenda determinada se reanudó el trámite, en vista de que perduraba el incumplimiento en el pago de la deuda alimentaria.

El día 20 de mayo de 2021, se realizó audiencia de juicio oral en la que se practicaron las pruebas, se escucharon los alegatos de las partes, y se profirió sentido de fallo. Finalmente, fue

emitida sentencia absolutoria el día 3 de junio de 2021 que, al ser apelada por la representante de la fiscalía, ocupa ahora la atención de la Colegiatura.

4. La sentencia apelada

Luego de un resumen de los hechos, de hacer un relato de las actuaciones procesales desarrolladas y plasmar los datos acerca de la identidad del acusado, pasó la señora Juez al acápite de *"consideraciones"*, en donde empezó por tratar el tema de la estructura de la conducta punible y la responsabilidad del acusado, refiriéndose a los alegatos de conclusión de las partes recapitulando los mismos.

Prosiguió estableciendo que la única declaración de cargo en contra del procesado es la correspondiente a la víctima, la señora MLPN, de cuyo relato no se determinó coincidencia o armonía con los resultados del dictamen pericial de Medicina Legal, pues dentro del mismo no se observó descripción de lesiones graves, secuelas físicas de una probable estrangulación, golpes o rasguños, sino únicamente una incapacidad médico legal de dos días producto de un empujón, situación que no se asemeja a la narración de la víctima. Ello generó dudas al no poder corroborarse con otros elementos de prueba, que llevaran al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la comisión de la conducta y la responsabilidad del acusado.
Citó decisión del 7 de junio de 2017, radicado 48047, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en referencia a la trascendencia de las lesiones frente al bien jurídico de la armonía y unidad familiar, en punto de la antijuridicidad de la conducta. Indicó que en el caso de marras, la leve lesión sufrida por la víctima no tiene la entidad suficiente para dar por perpetrado el reato de violencia intrafamiliar.

Precisó respecto al delito de inasistencia alimentaria, que la fiscalía no delimitó las circunstancias de modo, tiempo y lugar frente a las cuotas alimentarias adeudadas, ni demostró la solvencia económica del acusado, su situación laboral, los bienes muebles o inmuebles de los que pueda sacar provecho. Trajo a colación el fallo del 31 de julio de 2019, radicado 51530, de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, para reprochar ausencia de acreditación de causas justas o injustas de la abstención del procesado en la prestación de alimentos. En consecuencia, estableció que hasta que no se demuestre la responsabilidad del enjuiciado con los medios probatorios pertinentes, conducentes y útiles, no se puede proferir sentencia condenatoria.

Después señaló los aspectos fácticos, jurídicos y probatorios del delito, de los cuales consideró las pruebas introducidas a juicio como: el testimonio de la denunciante, el dictamen pericial de médico del Instituto de Medicina Legal, el certificado de registro civil de nacimiento de la menor A.S.M.P. y los certificados provenientes de la Comisaría de Familia de Samaniego, donde consta lo adeudado por el enjuiciado, entre otros. A la postre determinó que la agresión ejecutada es intrascendente para el bien jurídico de la armonía familiar, pues estimó que no está dada la antijuridicidad material del comportamiento. Además, puntualizó frente al reato de inasistencia alimentaria que, las solas certificaciones de lo adeudado no son suficientes, subjetiva y objetivamente, para tener al acusado como autor de ese injusto, pues no se demos-

tró si la abstención de prestar su obligación alimentaria se debió a justa o injusta causa, duda que resolvió a favor del enjuiciado.

Finalmente, respaldó su decisión con la sentencia con radicado 15834 del 26 de enero de 2005 de la Corte Suprema de Justicia y el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal, ello para concluir que al no haberse derruido la presunción de inocencia se impone proferir un fallo absolutorio, como en efecto lo hizo.

5. La apelación

La abogada MMAP, Fiscal 29 delegada ante los Juzgados Penales del municipio de Samaniego presentó con oportunidad sus argumentos destinados a persuadir de la decisión absolutoria proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego en sentencia del 3 de junio de 2021, para que en su lugar se imponga una de condena. Sus alegatos pueden ser resumidos así:

Después de una relación fáctica y jurídica, hizo un recuento de las estipulaciones probatorias a las que arribaron las partes procesales. A continuación, reprochó que la Juez no le otorgara plena credibilidad al dicho de la víctima, con el argumento de no revictimizar a la menor adolescente hija de la señora MLPN, así como justificó no haber solicitado la práctica de los testimonios de la madre y tías de la prenombrada, al no ser aquellas testigos directos de los hechos denunciados, pues solamente se percataron de lo ocurrido cuando la agresión ya se había consumado. También declaró que la fiscalía fue informada que el único testigo presencial, el padre EOR no se encontraba en el país por amenazas proferidas en su contra. Igualmente, indicó que la testigo de acreditación, la psicóloga Rosa Tulia Melo Díaz, no asistió a la audiencia a pesar de haberla requerido y no consideró necesario dilatar el procedimiento solicitando un aplazamiento para lograr su comparecencia, por lo que renunció a dicha prueba.

Advirtió que la víctima no solamente relató los hechos acaecidos el 1 de agosto de 2019, sino además las agresiones físicas y verbales anteriores a esa fecha, que no habían dejado huellas en su humanidad pero sí en su autoestima. De esta manera precisó que la Juez desconoció la jurisprudencia con enfoque de género para resolver este caso, para lo cual citó sentencia T 027 de 2017 de la Corte Constitucional, pronunciamiento que precisa las subreglas que debe tener en cuenta el fallador a la hora de analizar casos que involucren actos de violencia o discriminación contra la mujer. Reiteró que el testimonio de la víctima y el dictamen de Medicina Legal válidamente desvirtuaron la presunción de inocencia del encartado.

Posteriormente, respecto al delito de inasistencia alimentaria, expresó que el testimonio de la señora MLPN logró demostrar la capacidad económica del acusado. Señaló la dificultad para poder conseguir testimonios por la situación de orden público en la zona. Sobre el punto, trajo a colación el fallo del 21 de octubre de 2020 con radicado 58081 de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, recalcando que por cuenta del sistema de procesamiento penal vigente, no es dable hacer exigencias tarifarias de la prueba, por lo que basta para la fiscalía lo atestiguado por la quejosa, en punto de determinar la capacidad económica del acusado,

resultando asimismo fuera de contexto la aducción de probanza documental que respalde esa aseveración. De igual forma, dijo detectar que la declaración del acusado fue escueta a tal punto que no pudo justificar su comportamiento.

Con esos planteamientos la señora fiscal pidió del Tribunal la revocatoria del fallo recurrido, y en su lugar se dicte sentencia condenatoria en contra del señor WAMC por los delitos que fueron materia de acusación.

6. Los no recurrentes

Se observa que la defensa, el Ministerio Público, y la representación de víctimas no realizaron pronunciamiento alguno referente a la apelación interpuesta por la representante de la fiscalía, de lo cual se dejó constancia en auto fechado 23 de junio del 2021 proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Samaniego.

7. Consideraciones de la Sala

7.1. Competencia

Decantado está que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 34-1 del Código de Procedimiento Penal, esta Sala de Decisión es competente para conocer de la apelación en este asunto interpuesta, como que se trata de una sentencia penal emitida por un juzgado promiscuo municipal.

7.2. Problemas jurídicos a resolver

En condiciones normales, debería ocupar su atención el Tribunal en evaluar el mérito suasorio de las pruebas practicadas legalmente en juicio oral, para una vez realizado ello verificar si la decisión absolutoria asumida por la Juzgadora de primer grado fue emitida con la indispensable corrección jurídica o, en contraste, si le asiste razón a la apelante cuando afirma que el fallo aquí debió ser condenatorio. Pero es lo cierto que de la revisión detallada de la historia procesal, refulgen algunas particularidades, por decirlo así de ese modo, que obligan a examinar su trascendencia, valorar particularmente los efectos jurídicos de las mismas y en específico si por esa causa hay lugar a decretar oficiosamente la nulidad de lo actuado.

Acorde con la metodología que resulta más conveniente para desarrollar la temática propuesta, se trae a colación, primeramente, algunos apuntes relacionados con la manera imperiosa cómo debe hacerse por parte de la fiscalía la imputación fáctica y su relevancia en los contextos procesales para rodear de garantías a los sujetos intervinientes, pero en especial a la defensa, y su incidencia también en los entornos del debido proceso. Seguidamente habrá de abordarse el punto concerniente al derecho de defensa y las consecuencias derivadas de una precaria o palmariamente equivocada actividad procesal, para finalmente entrar al estudio del caso concreto.

7.3. La imputación fáctica y su impacto jurídico en la actuación penal

Delinear los hechos con relevancia jurídico penal de manera clara y precisa rebosa cualquier apreciación simplista o cortical que pueda tenerse en el marco de un proceso penal, escenario en el cual va a juzgarse, nada más pero nada menos, que la suerte judicial de una o unas personas a quien el Estado a través de su órgano constitucionalmente habilitado le encara la comisión de una conducta de la magnitud de un delito. Tal misión encarna una responsabilidad inconmensurable en quien ostenta la potestad funcional acusatoria.

Una primera connotación derivada de ese ejercicio trasciende al principio de la tipicidad estricta, porque deviene como elemental comprensión que los hechos deben estar tan claramente identificados, que puedan generar sin equívocos la persuasión de que ellos caben con extremo rigor en los trazos descripticos de la norma penal de prohibición, con todas las circunstancias que puedan incidir en la postulación del reproche jurídico. De ello se deriva concluyentemente que la delimitación correcta, completa y clara de los hechos jurídicamente relevantes se constituye en condición indefectible e inexorable para el cabal ejercicio del derecho de defensa y se articula por esa misma senda con el principio de congruencia.

Aunque a estas alturas luzca demasiado elemental decirlo, no está mal que se advierta que por cuenta de la estructura funcional del modelo de investigación y juzgamiento penal que nos gobierna, es a la Fiscalía General de la Nación a través de sus delegados a la que le corresponde privativamente la misión de decantar, redactar y exponer desde la audiencia de formulación de imputación los supuestos fácticos y jurídicos que enrostrará a quien en adelante será el sujeto pasivo de la acción penal, siendo que, con suficiencia se sabe, mientras que los términos de la imputación jurídica pueden estar sujetos a variaciones en el devenir procesal -ello por virtud del principio de progresividad-, no así sucede con la delimitación de los hechos, los cuales en su núcleo esencial deben permanecer inalterables y así estar hasta la emisión de la sentencia que ponga fin a la *Litis*.

Lo acabado de decirse se condensa y refrenda con autoridad en las siguientes notas jurisprudenciales de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, consignadas en la decisión asumida dentro del radicado 52507 de 2018:

> *'Pero, además, la Corte ha detallado que la obligación de conservar el núcleo central del apartado fáctico opera desde la formulación de imputación, esto es, que dicha delimitación se torna invariable a partir de este hito procesal, hasta que es emitida la sentencia, lo que reclama concluir que cualquier desarmonía sustancial entre estos estados -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso.*
> *(...)*
> *A este efecto, la Sala debe resaltar el carácter estructural de los hechos jurídicamente relevantes, pues, no solo representan una garantía de defensa para el imputado o acusado, en el entendido que este debe conocer por qué se le está investigando o es llamado a juicio, sino que, en razón a su carácter inmutable, se erigen en bastión insustituible de las audiencias de formulación de imputación y acusación, de cara al soporte fáctico del fallo".*[1]

---

1 CSJ SP, 7 nov de 2017, rad. 52507.

Y claro, dado lo determinante para la sanidad del proceso penal y la suerte jurídica del mismo, es que se ha enfatizado por la jurisprudencia de esa alta corporación en la necesidad -con carácter obligatorio- de que el ente fiscal tenga especial cuidado en la presentación del recuento fáctico, hasta el punto de considerar -en postura pacífica- que fallas en dicha labor pueden desembocar -claro está luego de superar el filtro de los principios que regentan el tema- en la nulidad de la actuación por evidente trasgresión del debido proceso y en especial de su apéndice, el derecho a la defensa. En la misma referenciada providencia, la Corte apuntó:

> *'En otras palabras, cuando el numeral segundo del artículo 288 de la Ley 906 de 2004, advierte que dentro de la imputación se ofrece obligatorio para el Fiscal efectuar una 'Relación clara y sucinta de los hechos jurídicamente relevantes, en lenguaje comprensible"; y, a su turno, el artículo 337 ibídem, reitera que la acusación debe consignar este mismo tópico; no solamente está referenciando una garantía para el procesado, sino que verifica inconcuso un elemento consustancial a dichas diligencias, a la manera de entender que sin el requisito en cuestión el acto procesal se despoja de su esencia y deviene, en consecuencia, nulo.*
>
> *Ello se entiende mejor al examinar la naturaleza y finalidades de ambos institutos procesales, en tanto, si se considera que la imputación emerge como el acto comunicacional a través del cual el Fiscal informa al imputado los hechos por los cuales lo investiga; y, a su turno, la acusación representa el momento en el que ese funcionario formula cargos al procesado, de manera que solo en torno de estos puede girar el juicio, elemental surge que consustancial a ambos trámites se erige la definición de cuáles son, de manera clara y completa, los hechos o cargos que los gobiernan.*
>
> *Entonces, si la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente ese elemento toral, apenas puede concluirse que no cumplió con su cometido y, así, el debido proceso en toda su extensión ha sido afectado, reclamando de condigna invalidez, única forma de restañar el daño causado en el asunto que se examina."*[2]

Y establece la obligación de la Judicatura de intervenir en el decurso de las diligencias donde se deban hacer esas exposiciones, previniendo precisamente la asunción ulterior de determinaciones judiciales invalidantes; ello, sin que se erija como pretexto la naturaleza adversativa del sistema penal, pero también previniendo de actuaciones judiciales desbordadas que precisamente rompan con el equilibrio e imparcialidad de los jueces. Veamos:

> *'A este respecto, la Corte no puede dejar de llamar la atención acerca de la necesidad de intervención del juez en este tipo de temas, pues, si se ha advertido que la esencia de las audiencias de formulación de imputación y acusación, reclama de adecuada y suficiente definición de los hechos jurídicamente relevantes, al punto que de no hacerse ello genera afectación profunda de la estructura del proceso y consecuente nulidad, la labor del funcionario judicial no puede erigirse pasiva, al amparo de una mal entendida imparcialidad.*

---

2 Ibid.

En efecto, si se entiende que el juez se alza como fiel de la balanza que garantiza derechos y posibilita la adecuada tramitación del proceso, no puede él permanecer impávido cuando advierte que la diligencia no cumple su cometido central, independientemente del tipo de acción u omisión que conduce a ello.

Así las cosas, siendo requisito sustancial de las audiencias de formulación de imputación y de acusación, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, es deber del juez de control de garantías y el de conocimiento, velar porque ese presupuesto se cumpla.

Desde luego, no se trata de que el funcionario judicial reemplace a la parte o le imponga su particular visión de los hechos o su denominación jurídica, sino apenas exigir de ella que cumpla con el requisito legal, vale decir, la presentación clara y completa de los hechos jurídicamente relevantes, en el entendido que la exigencia se representa necesaria para soportar la validez de la diligencia, dentro de los presupuestos que gobiernan la estructura del proceso; máxime cuando, cabe anotar, al amparo del principio antecedente – consecuente, que signa el proceso penal, no es posible acceder al próximo momento procesal si el anterior no se ha adelantado de manera completa y correcta.

De esta manera se evita que, a futuro, con el consecuente desgaste para la administración de justicia, la ausencia del requisito esencial conduzca a invalidar gran parte de lo actuado".[3]

Como quedó consignado atrás, este pensamiento ha sido mantenido firme y uniformemente por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia[4], siendo de destacar lo decidido en los asuntos con radicación 52364 del 17 de septiembre de 2019 y 54658 del 10 de marzo de 2021, en los cuales se decretó la nulidad de lo actuado desde la mismísima audiencia de formulación de imputación, porque no se cumplió por parte de la fiscalía con su deber de hacer una exposición clara, precisa y completa de los hechos con trascendencia jurídica. En el primer pronunciamiento merced a que no se precisó cuáles acciones u omisiones en concreto le eran atribuidas al procesado como configurativas de una falta al deber objetivo de cuidado en un delito culposo; y, en el segundo, porque no fue enrostrado con concreción el específico actuar criminoso desarrollado por cada uno de los procesados que los involucre en la coautoría de un delito de estafa.

7.4. El derecho de defensa y su influjo en las actuaciones penales.

El derecho que tienen todas las personas que se encuentran padeciendo el trance de un proceso penal a la asistencia jurídica cualificada, que arranca desde la mismísima investigación,

3 Ibid.

4 Entre otros, la Corte se ha referido pacíficamente sobre el tema en los siguientes radicados: 34022 de 2011, 45028 del 25 de mayo de 2015, 52311 de 2018, 52507 de 2018, 45028 del 17 de septiembre de 2018, 51007 del 5 de junio de 2019, 52364 del 17 de septiembre de 2019 y 54658 del 10 de marzo de 2021.

transita por el juzgamiento y va hasta que la actuación culmine de forma definitiva, se constituye en una de las más caras garantías fundamentales que el Estado debe inexcusablemente ofrecer a sus asociados y que, por su innegable trascendencia, forma parte del debido proceso, según de manera explícita de ese modo está reconocido en el texto constitucional del artículo 29 y en la norma rectora contemplada en el artículo 8 de la Ley 906 de 2004. En idéntico sentido se cataloga en los artículos 8.2 literales d) y e) de la Convención de San José de Costa Rica (Ley 16 de 1972) y 14.3 del Pacto de Nueva York (Ley 74 de 1968), los cuales a su vez forman parte del Bloque de Constitucionalidad por mandato expreso del artículo 93 de la Carta.

Por manera que, si el derecho a la defensa técnica ostenta semejante talante, la ausencia de él en el decurso de una actuación judicial se levanta como afrenta de tal magnitud que termina por atentar contra la validez del procedimiento. No por menos es que el artículo 457 de la Ley 906 de 2004 eleva ese hecho como causal explícita de nulidad.

Pero no solamente la ausencia total de asistencia técnica en el curso de un procesamiento penal constituye razón de invalidez, porque comoquiera que tal derecho no puede tener una presentación lisamente nominal sino material y efectiva, no basta con que el Estado posibilite el acceso a la designación de un togado, sea porque el mismo encartado lo eligió en confianza ora porque le fue concedido un profesional en derecho perteneciente al sistema público de defensoría, pues que la garantía solamente será plena en la medida en que el abogado designado para esos nobles fines haya desarrollado actuaciones que -salvo que se avizore una postura silente o pasiva por pura estrategia-, descifren en el profesional un empeño claramente direccionado a salvaguardar los intereses judiciales de su representado. La labor de verificación de ese acompañamiento y de su eficacia, se ha dicho, corresponde al juez.

La siguiente cita compendia de mejor manera lo expuesto en precedencia:

> *'Luego, el derecho a la defensa técnica constituye una garantía de rango constitucional, cuya eficacia debe ser vigilada y procurada por el funcionario judicial, sin que pueda quedar al libre ejercicio de quien oficiosamente es postulado e incluso del defensor de confianza, sino que debe ser controlada eficazmente por el director del proceso con el propósito de que dicha asistencia técnica no se quede en el plano meramente formal, sino que se traduzca en actos que la materialicen en el trámite que se cumple, sólo de esta manera se podrá entender el cabal respeto a lo dispuesto por el artículo 29 de la Carta Política.*
>
> *De manera tal, que el derecho a la defensa no se concibe sólo como la posibilidad de que el imputado, procesado o condenado esté representado por un defensor técnico, sino que su ejercicio debe ser calificado en virtud a sus conocimientos especializados, para que garantice efectivamente sus derechos fundamentales y haga respetar el debido proceso que le otorgan los preceptos, igualmente, de rango constitucional[5] y sea permanente, esto es, hasta cuando la situación de la persona sea resuelta definitivamente[6].*

5 Sentencia C – 488 del 26 de septiembre de 1996.

6 Sentencias C-836/02, C-451/03 y fallo T-16081 del 21 de abril de 2004.

La Corte tiene definido de antaño que el derecho a la defensa técnica, como garantía constitucional, posee tres características esenciales, debe ser intangible, real o material y permanente, en todo el proceso. La intangibilidad está relacionada con la condición de irrenunciable, por lo tanto, en el evento de que el imputado no designe su propio defensor, el Estado debe procurárselo de oficio; material o real porque no puede entenderse garantizada por la sola existencia nominal de un defensor profesional del derecho, sino que se requieren actos positivos de gestión defensiva y finalmente la permanencia conlleva a que su ejercicio debe ser garantizado en todo el trámite procesal sin ninguna clase de limitaciones[7].

En consecuencia, la no satisfacción de cualquiera de estas características, por ser esenciales, deslegitima el trámite cumplido, y por lo tanto, se impondrá la declaratoria de su nulidad, una vez comprobada su trascendencia[8].

Concretamente frente al derecho de defensa, ha sostenido la Sala que su vulneración deviene en inobjetable cuando el procesado ha permanecido desprovisto de ella durante la actuación procesal, esto es, ante la absoluta falta de defensa técnica, que bien puede presentarse porque no habiendo designado defensor de confianza el Estado permaneció indiferente ante dicha situación, absteniéndose de proporcionarle uno que asuma la protección de sus intereses. También cuando a pesar de estar dotado formalmente de un defensor, éste ha desatendido por completo los deberes que el cargo le impone, abandonando a su propia suerte a quien debe asistencia técnica, al punto que aparezca ostensible que no actuó o que estratégicamente tampoco ejerció ningún control o vigilancia sobre el proceso para que al final el fallo de condena hubiere podido evitarse, o por lo menos atenuarse"[9.10].

Ahora que, reconociendo que una labor dirigida a establecer vulneración cierta de la defensa técnica no es siempre fácil de desarrollar, la jurisprudencia constitucional ha elaborado unos criterios que ayudan a detectar si en un caso en específico se ha dado vulneración al referido derecho, precisando que ello ocurrirá cuando:

"i) efectivamente existieron fallas en la defensa que, ***desde ninguna perspectiva posible****, pueden ser amparadas bajo el amplio margen de libertad con que cuenta el apoderado para escoger la defensa adecuada;*

ii) que las mencionadas deficiencias no le son imputables al procesado; iii) ***que la falta de defensa material o técnica tuvo o puede tener un efecto negativo y evidente sobre la decisión judicial*** *de manera tal que pueda afirmarse que esta incurre en uno de los cuatro defectos anotados –sustantivo, fáctico, orgánico o procedimental-; iv) que, como consecuencia de todo lo anterior, aparezca una vulneración palmaria de*

7 Sentencias de casación del 22 de septiembre de 1998 y 22 de octubre de 1999.

8 CSJ SP. 19 oct. 2006, Rad. 22432.

9 CSJ SP. 3 Dic. 2001, Rad. 11085.

10 CSJ SP, 18 mar. 2015, rad. 42337.

los derechos fundamentales del procesado. En otras palabras, ***si las deficiencias en la defensa no tienen un efecto definitivo o notorio sobre la decisión judicial*** *o si no apareja una afectación ulterior de sus restantes derechos fundamentales, no podría proceder la acción de tutela contra decisiones judiciales"*[11].
(Negrillas fuera del texto original)

7.5. Actuaciones desplegadas por los distintos actores procesales en el caso en concreto y sus consecuencias jurídicas.

Claramente, es este diligenciamiento penal un modelo de lo que no debe hacerse. En su desarrollo, se observan intervenciones y omisiones por parte de todos los protagonistas procesales, incluida tristemente la señora Juez, que develan, unas, falta de conocimiento o destreza en el manejo del sistema que con magnanimidad quizás puedan tolerarse, pero otras que, dada su trascendencia, entrañan verdaderas ofensas insaneables para los derechos y garantías ya del procesado o también de las víctimas, como se pasa a ver.

Aunque en principio se vean inaceptables por provenir de profesionales que han trasegado en estas lides del derecho, dentro del primer conjunto de dislates podrían caber, por ejemplo, la sorprendente manera como fue adelantado el compartimento de producción probatoria en la audiencia de juicio oral, con claro desdén de las técnicas en el abordaje del interrogatorio a testigos, porque allí con complacencia de las contrapartes se realizaron preguntas sugestivas o más contentivas de las respuestas, principalmente detectado en la intervención del defensor con su único testigo, el acusado en este asunto, en un breve y lacónico pasaje, donde el deponente prácticamente no dijo nada útil para el proceso, que no sea develar un estado de perplejidad de lo que estaba pasando, aspecto este último que por su importancia será tratado más adelante.

Dentro de esas erradas actitudes que, como se dijo, no tienen el alcance de generar consecuencias invalidantes de la actuación, se incluye también el desconocimiento tanto de la delegada de la fiscalía como de la Juzgadora respecto a un punto elemental, cual es la identificación de la prueba que estaba siendo pedida por la primera y decidida por la segunda en la audiencia concentrada del juicio, en específico cuando se impetró como prueba documental y así se decretó, una valoración psicológica, cuando es que, como bien se sabe, tal medio se enmarca en los trazos definitorios de una peritaje. Al respecto, si bien es cierto que tal equivocación trasunta efectos procesales de importancia, porque la dinámica en su producción difiere uno de otro, aquí no cabe recabar en el asunto, porque finalmente dicha probanza fue al final renunciada por la peticionaria.

Ahora, si bien hay otras intervenciones procesales de ese estilo, el Tribunal no ve necesario referirse a ellas, pero sí, sin que luzca presuntuoso, solamente animada la Sala por pretensiones eminentemente propedéuticas, a más de invitar a tomar con un sentido de mayor responsabilidad estas delicadas tareas judiciales en el marco penal, se han hecho estas iniciales

11 Sentencia T-018 de 2017. La utilidad de este precedente es palmaria, no obstante sea un fallo de tutela, si en cuenta se tiene la innegable identidad del tema tratado en este asunto.

glosas llamando la atención de quienes desde sus orillas funcionales intervinieron en este proceso, esperando en lo sucesivo la corrección.

Empero, como ya fue anunciado supra, aflora en el decurso otras actuaciones que devienen intolerables, porque de permitir su permanencia y a pesar de ellas asumir una decisión final en el asunto, terminaría irreversiblemente resentido el debido proceso, con consecuencias nefastas para los derechos procesales no solamente del acusado, sino también los pertenecientes a las víctimas, que como ya ha sido esbozado por los alegatos impugnativos de la fiscalía, son prevalentes.

Digamos que, no obstante su importancia, la decisión particular de la delegada del ente acusador de enfrentar el juicio con la aducción única de un testimonio, específicamente de quien ha sido reportada como una de las víctimas en este caso, no admitiría en principio ningún reparo, porque como ya lo ha advertido en otras ocasiones el Tribunal[12], los eventuales errores en la selección del material probatorio por las partes, atendiendo el esquema del modelo penal que nos rige, se mide por antonomasia en las resultas finales del asunto, merced a que refulgirá como castigo un fallo adverso a las pretensiones planteadas. En el sub examine, han sido descubiertos otros errores por parte de la fiscalía, los cuales, dígase de una vez, reportan una trascendencia tal que ameritan el decreto de nulidad de lo actuado:

La censura recae nada más pero nada menos en cuanto concierne a la especificación de los hechos, por cuanto no se cumplen las condiciones previstas en los artículos 288-2 y 337-2 del Código de Procedimiento Penal, con todas las implicaciones que tal falla acarrea, según lo decantado en otro momento de esta providencia. En efecto, llevar al extremo el concepto que de "sucinto" hacen esas normas es caer en los terrenos movedizos de lo incompleto, y es lo que sin realizar mayores esfuerzos se extrae acaeció aquí, porque el escrito de acusación no decanta con suficiencia los supuestos factuales de los que, categorizados por el ente investigador como jurídicamente relevantes, debía el procesado ejercer su defensa, error que a pesar de haberse propiciado la oportunidad de corregir o adicionar en la audiencia concentrada de juzgamiento, nada de ello se hizo.

Del lacónico recuento de los hechos consignados en la acusación se extrae que, en lo que atañe al delito de violencia intrafamiliar, el persecutor se limitó a categorizar como constitutivo de ese reato lo acontecido el 1 de agosto de 2019, cuando el hoy acusado, según se informa, la emprendió en contra de la madre de su hija, la señora MLPN, agrediéndola físicamente, "pretendía ahorcarla, además la aruñó", evento ejecutado con la presencia de dos menores de edad; todo eso en los contextos de una sesión terapéutica que lideraba el sacerdote de nombre EOR.

Se sugiere en la imposición de cargos, entonces, que el encartado realizó, en principio, violencia física en contra de quien al menos fue para ese momento, porque no es dato que se haya precisado, su compañera sentimental, en una fecha única, pues no se plasmó tampoco que

12 Providencia con radicado número interno 36004 de septiembre de 2022 de la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Pasto, M.P. Franco Solarte Portilla.

tal agresivo comportamiento haya sido repetitivo. Frente a ese aserto, conviene precisar que, no es que el Tribunal descarte que el punible en comento pueda quedar estructurado con la ejecución de un solo acto de agresión física, pues que tampoco la composición descriptiva del tipo objetivo exija un ingrediente conductual recurrente. El punto radica en que, por errática exposición de los fácticos enrostrados, se le está privando al procesado de la oportunidad de ejercer una defensa respecto del punible de violencia intrafamiliar, allí donde la sola mención de la agresión no basta para concluir en la perpetración del injusto. Veamos:

> *"Recuérdese también que, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Sala, el análisis de la conducta en comento pasa más por el disvalor de acción que el de resultado, circunscrito este último a la mera constatación de las lesiones objetivamente producidas, mientras que el primero recae en la afectación que el acto de maltrato tiene frente al bien jurídico protegido, en este caso la unidad familiar como entorno de armonía y solidaridad, de manera que se debe escudriñar hasta qué punto el maltrato en particular tiene la connotación de vulnerar esa unidad, para de ahí colegir si el comportamiento se puede considerar o no como antijurídico (CSJ SP, abr. 29 de 2020, Rad. 50899)".*[13]

Es allí donde se echa de menos la mención de un recuento más elaborado de los hechos, como corresponde con la trascendencia del deber, en donde se indique con claridad las circunstancias modales y temporales que circundaron el suceso, de tal manera clara e inequívoca que permita el adelantamiento de un debate en igualdad de condiciones, sin ventajas y colmado de todas las garantías procesales. Para solamente referirnos a él, por ahora, dígase que WAMC ostentaba el derecho inexcusable de saber si la acusación que el Estado le hacía como delincuente trasgresor de la armonía familiar se circunscribía al evento episódico del 1 de agosto de 2019, por motivaciones que iban más allá de los ataques físicos que propinó o ese acto envolvía una connotación adicional de la que se le licenciase ejercer su defensa.

Podría surgir como contrargumento, que eso que se denota como ausente bien podría lograse mediante un ejercicio inferencial, porque en la acusación se añadieron informaciones tales como que la pareja estaba sometida a terapia conciliatoria, que justamente en la aludida calenda se desarrollaba teniendo como mediador a un sacerdote. Empero, ello no resulta ser tan cierto como se pensaría, pues solamente piénsese en que la susodicha sesión terapéutica no necesariamente podría provenir a causa de acciones violentas en el seno de la familia, sino por simples desacuerdos sin connotación jurídica, y menos con relevancia penal. Si estas hesitaciones se plantean ahora, habrá de reiterarse, ellas son atribuibles a ese escueto y nada preciso ni detallado recuento fáctico de la imputación.

El cuestionamiento se hace más vigoroso, cuando es que ha sido plasmado en el escrito de llamamiento a juicio que el hoy encartado ejerció también maltrato a las menores hijas de MLP o que perpetró también en contra de su compañera sentimental amenazas, sin que se expusiera de qué manera es que fueron ejecutados esos supuestos maltratos a las niñas, impidiéndole al señalado supuesto infractor diseñar una estrategia defensiva, por absoluto des-

13 CSJ SP, 22 sep. 2021, rad. 58670

conocimiento de las circunstancias modales y temporales en que esos desafueros tuvieron ocurrencia. Lo propio acontece en cuanto a las pretensas amenazas que M ejerció en contra de su compañera, porque tampoco se explicó detalles de las mismas, limitándose a anotar la fiscalía una solitaria frase tan corta como equívoca, esta es, "diciéndole que solamente está esperando encontrarla sola".

El relato de los hechos expuesto por el ente instructor respecto a la supuesta violencia intrafamiliar fue a tal extremo desdeñoso, que fue consignada una situación de agravación por ser la víctima mayor de 60 años, sin que se indicara que efectivamente la susodicha agredida ostentaba esa edad y, lo que es más, esa ligera aseveración devenía palmariamente contraevidente, porque a las claras la susodicha mujer lejos está aún de tener 60 años de vida.

En similar sentido puede decirse en cuanto concierne con la agravante enrostrada respecto a considerar que los actos violentos imputados al enjuiciado fueron ejecutados en contra de una mujer. Si han de ser respetados los precedentes judiciales venidos de las altas cortes, como así debe suceder, en la narración factual debió haberse explicado de qué actos en específico se deriva que hubo ataques a la mujer por el hecho de pertenecer a ese género, cuando los precedentes han sido suficientemente enfáticos en clarificar que no basta la mención e incluso la constatación objetiva de que la víctima de esta clase de reatos sea mujer, cuando es que la señalada agravante se estructura solamente con la verificación sin vacilaciones de que las agresiones fueron perpetradas dada esa condición[14].

Respecto a la acusación del delito de violencia intrafamiliar, brilla por su ausencia además informaciones fácticas acerca del tiempo en que fueron ejecutados los actos de maltrato verbal a la compañera del acusado y también de las menores hijas de aquella, como lacónicamente se plasmó en la acusación, dato de esencial importancia incluso para la verificación de la tipicidad del comportamiento en su componente objetivo, pues si en este asunto se ha mencionado que el vínculo de pareja ya había sido roto -sin decir desde qué tiempo-, resultaba imprescindible que se diga cuándo es que ocurrieron esas agresiones, porque si estas se ejecutaron antes del 20 de junio de 2019, podrían devenir penalmente atípicas, merced ello a que es apenas desde esa data donde el legislador, mediante la Ley 1959 del referido año, decidió incluir que en tal punible podrían incurrir personas que no hacen parte del núcleo familiar[15].

Eso, respecto al injusto de violencia intrafamiliar. Pero idéntica situación sucede en cuanto se refiere al otro punible enrostrado al implicado, el de inasistencia alimentaria. La exposición de los fácticos al respecto luce azas genérica y ambigua, como que la imputación recae sobre la ausencia total del cumplimiento por parte de WAM respecto de su menor hija, comoquiera se dijo por el ente instructor en el escrito acusatorio y luego en la audiencia concentrada que, atendiendo a su vez el decir de la quejosa, "el indiciado nunca se ha hecho cargo de la obligación alimentaria que tiene con la menor", añadiéndose que precisamente esa omisión fue la que desencadenó la violencia de la que da cuenta este diligenciamiento.

---

14 Entre otras, ver CSJ SP, 23 mar. 2022, rad. 60781

15 Ver al respecto CSJ SP, 22 sept. 2021, rad. 58670

La señalización precisa y clara de los incumplimientos alimentarios no solamente se torna indispensable para el ejercicio cabal del derecho de defensa, como ya ha sido expuesto, sino que en adición define los límites funcionales de los operadores judiciales para procesar y sancionar al incumplido, dada la categorización del delito de inasistencia alimentaria enmarcado dentro de aquellos considerados de ejecución permanete.[16]

Respecto a lo último expuesto se hace necesario hacer algunas precisiones. En el decurso de este nada paradigmático proceso, se hizo conocer que por parte de la fiscalía fue descubierta, entre otros elementos, una constancia emitida por la Comisaría de Familia de Samaniego, en donde se plasmaba los valores que por cuenta de alimentos de su hija adeudaba el procesado y ya en los alegatos finales la representante del órgano persecutor mencionó una cifra. Es claro para la Sala que bajo ningún punto de vista puede considerarse saneada la falla de la exposición fáctica en la acusación, cuando es que la exigencia de la ley en cuanto a cómo debe hacerse esa relación de los hechos y dada su inocultable importancia debe quedar plasmada en el juicio de acusación -y desde la imputación en los procesos ordinarios- y no puede considerarse satisfecha con la información vertida por lo que será potencialmente una prueba, dada la diferencia natural de las dos piezas.

Pero es que además, en esa serie de errores cometidos en este decurso, se topa el Tribunal con que la referida constancia de la Comisaría fue estipulada por las partes, pero la señora Juez pasó por alto disponer su incorporación al juicio, dislate este que no es de poca monta, porque si acaso una actitud al extremo complaciente permitiera considerar que en este caso por virtud de una prueba convenida se pudiera saber el monto de la obligación alimentaria insoluta e incluso el periodo de incumplimiento, tal cosa deviene imposible de corroborarse por la simple pero determinante razón de que por sustracción física, el juzgador, sea de primera o segunda instancia, no tuvo a su disposición ese elemento para valorarlo. No de otra forma se explica el por qué la aludida constancia de la Comisaría de Familia no forma parte del expediente virtual de este asunto.

Como si fuera poco, a propósito de las estipulaciones probatorias que en este caso suscribieron las partes, cosa que ya no sorprende, se delata la comisión de otros errores que, aunque en principio bien pudiese pensarse en su irrelevancia porque se diga que se trata de aspectos atinentes a la técnica, sin embargo en los contextos de este maremágnum avizorado, bien podrían encarnar, si no afrentas directas a caros derechos fundamentales, sí por lo menos devienen en factores que suman al análisis de su vulneración.

En efecto, mucho es lo que se ha escrito en torno al tema de las estipulaciones probatorias, concepto, alcances, límites, competencias, etcétera[17], pero en lo que en su médula está, es lo concerniente a lo que es con concreción lo que las partes procesales acuerdan como proba-

16 En detalle sobre los conceptos a tener en cuenta para precisar las obligaciones alimentarias desatendidas, ver providencia del Tribunal Superior de Pasto, Sala Penal, radicado 25493 del 25 de febrero de 2020, MP. Blanca Lidia Arellano Moreno.

17 Solo por citar algunos precedentes: CSJ SP, 15 jun. 2016, rad. 47666; CSJ SP, 10 ago. 2017; CSJ SP, 23 abr. 50643; CSJ SP, 5 dic. 2018, 54014; CSJ SP, 11 sep. 2019, rad. 53006; CSJ SP, 4 dic. 2019, rad. 50696; CSJ SP. 29 jul. 2020, rad. 55542; y, CSJ SP, 26 feb. 2020, rad. 54734.

do, sin que sea materia que se vaya a debatir en consecuencia en el desarrollo del juicio oral, haciendo claridad que lo que se estipula son los hechos y no los medios probatorios, siendo que estos, por la naturaleza de la figura, no se presentarán a controversia en audiencia.

Aquí ha sucedido que en puridad fueron estipuladas algunas probanzas -entre las cuales se cuenta la ya referenciada constancia de la Comisaría- y no hechos o circunstancias como en rigor era exigible-, error que no sería digno de remarcar, sino fuere porque este es un elemento que se suma a la imposibilidad de extraer el conocimiento cabal e indiscutible de los hechos, porque ni siquiera el Tribunal tiene esa claridad que le permita sin caer en terrenos de irresponsabilidad jurídica examinar una eventual responsabilidad del acusado en ese punto.

Develados como han sido crasos errores cometidos a lo largo de la actuación y establecido que algunos de ellos manchan de manera sustancial el trámite procesal surtido, la Corporación decretará la nulidad de lo actuado, eso sí, tras verificar los principios que gobiernan el tema, háblese de los axiomas de trascendencia, taxatividad, protección, convalidación, instrumentalidad y residualidad[18], aplicables al modelo acusatorio así este ordenamiento no los conciba explícitamente, como sí el precedente sistema lo hacía; de ahí su remisión a aquel bajo la égida de la integración normativa.

Dígase sin ambages que el principio de trascendencia se colma, comoquiera que en lo expuesto la Colegiatura ha hecho énfasis en las lesivas consecuencias derivadas de los yerros acaecidos a lo largo del trámite, que se vierten sobre los derechos del procesado, pero que también, la Sala anticipa lesión para las garantías de quienes de alguna forma han sido reputadas víctimas, según más adelante habrá referencia específica.

Honrando el precedente horizontal, conviene advertir que esta Corporación consciente de la naturaleza residual de las nulidades que supone su decreto solamente y en la medida en que ese remedio extremo se vea como única salida de sanidad, en asunto radicado con número interno 25493 del 25 de febrero de 2020, con ponencia de la H. Magistrada Blanca Lidia Arellano, pese a haberse descubierto notables irregularidades en el trámite del asunto, casualmente donde se juzgaba la comisión de un delito similar al que nos ocupa y con claros dislates también en la exposición fáctica, decidió conocer el fondo de la contención y dictar la sentencia que en derecho correspondía, pero ello acaeció porque allá fue posible rescatar la imputación de unos hechos de tal manera que respecto de ellos el procesado tuvo cabal conocimiento y de contera promover con su equipo de defensa una estrategia exculpatoria. Por lo que ha podido verse, aquí no se contó con igual suerte.

En cuanto al de protección, si bien no puede desconocerse que las irregularidades tuvieron génesis en el actuar de la fiscalía y también en la defensa -esto último que ocupará un espacio argumentativo más adelante- lo cierto es que dada su magnitud no puede pregonarse que por haber surgido los dislates por cuenta de esos sujetos procesales, sean el acusado y las víctimas los receptores de esos efectos nocivos para sus superiores garantías.

---

18 CSJ SP, 13 mar. 2013, rad. 39.574.

Lo acabado de decir se enlaza estrechamente con el principio de convalidación. Y aquí es menester que la Sala se detenga un poco en su disertación. En el radicado 45028 del 25 de mayo de 2015 la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia pudo sanear algunas irregularidades avistadas en el desarrollo de un proceso, cuyo sustento de la decisión se ubicó precisamente en la realización de actuaciones procesales del defensor, que la Corte no dudó en calificarlas como convalidantes. Que en este particular asunto no pueda obrarse de manea similar se explica en las particularidades de cada caso, y para lo que incumbe al sub examine, dígase sin vacilaciones que la actuación del defensor si bien en apariencia se mostró activa en procura de tender una salvaguarda a los intereses de su representado, quizás sea que de esa misma actividad pueda extraerse la persuasión de un obrar perjudicial para este.

Así fue. Tal vez sea suficiente memorar al defensor admitiendo sin la menor reticencia una exposición de los hechos de la forma como lo hizo la fiscalía, actitud que no refulge como una postura estratégica direccionada a sacar provecho del dislate de su contradictor, porque a pesar de ser tan evidente nunca hizo mención alguna al respecto, sino lo que es más, aceptando sin chistar y con absoluto desparpajo la responsabilidad penal del procesado, en unos apartes de sus intervenciones antes y en el mismo momento de los alegatos finales, pidiendo con apreciable vehemencia de la Judicatura la emisión de un fallo condenatorio por uno de los delitos enrostrados. Y no se confunda esa posición con un acto de lealtad procesal, merced a que, como ya fue dicho, precisamente respecto del reato que pedía condenar a su cliente es donde menos existió una decantación fáctica que pudiera garantizar una correcta defensa técnica, que por lo demás, ningún intento investigativo tampoco promovió, pese a que probado fue que entre el señalado profesional y el encartado hubo la oportunidad de un diálogo fluido.

La conclusión que emerge de ese proceder deviene tan lógica como evidente: si acaso la convalidación de un acto procesal irregular por la parte afectada se opone a su invalidez, para casos como el que analizamos ello no resulta plausible, por la potísima causa de que quien sobre el papel estaría llamado a realizar ese gesto de sanación procesal, paradójicamente está siendo trasgresor de los derechos de quien representa; ergo, por carencia de una gestión profesional no habría del lado del defensor legitimidad para convalidar los yerros que la actuación desnuda, según lo que se viene haciendo notar en esta providencia.

En cuanto al presupuesto de instrumentalidad, es evidente que no se ha cumplido con el propósito que la regla legal contempla, porque aunque se ha emitido una sentencia que pone fin al proceso y esta es absolutoria, a ese culmen se ha arribado con avasallamiento de garantías constitucionales, sin la posibilidad de un debate justo y sin insumos para una emisión de un correcto pronunciamiento. En materia de la residualidad, hay que decir que no existe otro mecanismo que pueda sanear los vicios detectados, porque además, dada la relevancia de los mismos, resulta imposible que la segunda instancia despliegue un ejercicio de valoración que pueda ofrecer un condigno resultado judicial.

Al cierre, considera oportuno la Sala hacer brevemente las siguientes acotaciones: si sucesos procesales como los delatados en este diligenciamiento fuesen sometidos al escrutinio de pensamientos fundamentalistas, aquellos que reclaman a ultranza la aplicación sin excepciones de la naturaleza adversativa del sistema, muy seguramente quedaría descartada como solución jurídica la que este Tribunal está ahora mismo asumiendo, merced ello a que, se diría, los errores funcionales de una de las partes procesales los capitaliza la otra.

Tal concepción luce más persuasiva, si como en este caso, ha sido dictado un fallo absolutorio y, en esos entornos, bien cabe promulgar la idea de que no puede haber mejor manera de restañar una lesión a las garantías constitucionales del procesado, que la que dimana de una decisión judicial que lo libere de cualquier consecuencia punitiva. Amén de que un decreto de invalidez procesal, que necesariamente implica la repetición de las actuaciones, estaría apadrinando la licencia a la fiscalía para que enmiende los errores cometidos, allí donde en representación del Estado tuvo ya su oportunidad -y la desaprovechó- de ejercitar sin trabas y con seriedad la acción penal.

Esa respetada posición, sin embargo, no puede mirarse fuera de los contextos ideológicos que inspiran el ordenamiento jurídico, desde la cúspide, porque para decirlo con palabras precisas, el sustento constitucional colombiano que tiene asiento en la dignidad humana -por ende con sustrato indiscutiblemente axiológico- y que pregona como Estado Social de derecho el respeto por inalienables garantías fundamentales, orienta las actuaciones judiciales y particularmente los procesos penales donde potencialmente están en riesgo altísimas prerrogativas de los intervinientes, incluye también a quienes tuvieron el infortunio de ser receptores de una conducta delictual. Por ser de conocimiento general, no es menester que se hable en este espacio de los connotados esfuerzos de la jurisprudencia nacional, enfáticamente la Corte Constitucional, en procura de reivindicar los derechos de las víctimas en actuaciones penales y de las potestades otorgadas para una participación procesal activa.

Traemos a colación estos apuntes, merced a que, si bien fueron descubiertas irregularidades en el decurso de este asunto, mismas que sin dudarlo afectaron caros derechos del ahora encartado, básicamente porque no se tuvo la precaución de hacerle conocer con detalle los hechos y circunstancias por los que estaba siendo convocado a responder en juicio criminal y que por esa senda en puridad pudiera enarbolar una estrategia defensiva, amén que para conjurar esa afrenta nada hizo su defensor, no puede desconocerse empero que aquí se destacan otros damnificados, justamente quienes han sido reputadas víctimas, que particularmente ostentan una condición especial, esto es, una mujer y unas menores de edad, que como se sabe, están rotuladas como sujetos de especial protección constitucional, dada su vulnerabilidad.

Aquí sí es momento de poner de relieve aquellas tesituras reivindicadoras de la perspectiva de género y no en otros pasajes judiciales como lo propuso la señora fiscal en la apelación, reclamando que, con fundamento en ello y con desdén de un procesamiento opacado por la ejecución de dañosas actuaciones, se emita una sentencia condenatoria en contra del acusado. No. Hasta allá no va esa valiosísima herramienta hermenéutica, porque como ya lo ha advertido esta Colegiatura en otras ocasiones, la reivindicación de los derechos de las mujeres desconocidos triste e inaceptablemente durante la historia de la humanidad no puede servir de soporte para pasar de calle otras garantías constitucionales de equivalente valía, como las que procesalmente deben ser respetadas sin excusa dentro de un diligenciamiento penal, tales como, verbigracia, la presunción de inocencia, el debido proceso, el respeto por la dignidad humana y otras de semejante cariz.[19]

Así, habrá que decirse que el Estado no puede despojarse sin más de su deber de intervenir en este asunto con decisiones que ofrezcan tutela efectiva en favor de personas que demandan atención jurídica, merced a que se dice que probablemente fueron víctimas del obrar delic-

19 Esa misma advertencia ha sido hecha por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, por ejemplo, en CSJ SP, 1 jun. 2019, rad. 52394 y muy recientemente en CSJ SP, 23 mar. 2022, rad. 60781

tuoso de un individuo. Sin necesidad de una elaboración discursiva de encumbrado jaez, la decisión de nulidad que ha sido anunciada, por donde se la vea, ora porque procura la salvaguarda de los derechos del procesado o bien porque va a impedir que los lamentos de las víctimas caigan al vacío, tiene como utilidad práctica la de permitir bajo la égida de la corrección prospectar una nueva posibilidad de investigación y juzgamiento, con el interés y seriedad que el caso amerita. Por lo demás, es esta quizás la mejor manera de honrar a unas personas que, por su condición de vulnerabilidad, el Estado tiene el deber de propiciar su amparo.

Sin que se ofrezcan necesarias adicionales consideraciones, se decretará entonces la nulidad de lo actuado, que va desde el traslado de la acusación por parte de la fiscalía al implicado y su defensor, para que subsanados los yerros denotados, proceda, si acaso dentro de sus potestades constitucionales el ente persecutor considera menester, promover el adelantamiento de un nuevo juzgamiento.

8. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, en Sala de Decisión Penal,

RESUELVE:

Primero. Decretar la nulidad de lo actuado en este proceso, que abarca desde el traslado de la acusación realizado por la fiscalía al encartado y su defensa, de conformidad con lo argumentado en la parte considerativa de esta providencia.

Segundo. Esta decisión se notifica en estrados y se hace saber que contra ella no procede recurso alguno

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado Ponente

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LÉON
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL - Potestades y limitaciones legales que ostentan frente a la comisión de delitos.

MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL - La facultad de captura en flagrancia delictual está atribuida a cualquier persona, con mayor razón la puede realizar un funcionario perteneciente al ejército.

MIEMBROS DEL EJÉRCITO NACIONAL – Delimitación funcional: De efectuar la captura, deben colocar a la persona o material incautado en manos de servidores públicos revestidos de funciones de policía judicial, no estando facultados para realizar gestiones adicionales.

(...) por su intrínseca naturaleza, los miembros pertenecientes al Ejército Nacional de Colombia carecen de esenciales potestades para cumplir funciones de policía judicial. En esos contextos, en principio le está vedado a esa fuerza pública el adelantamiento de aquellas actividades que son propias para la investigación de delitos, porque el ordenamiento entregó esa tarea funcional a otros servidores (...)

(...) Esa delimitación funcional, empero, no puede ir al extremo de despojar de forma absoluta a los militares de la posibilidad de intervención en específicos eventos, cuando en el ejercicio de sus constitucionales actuaciones, se vean enfrentados a situaciones circunstanciales que deban afrontar, como sucede con frecuencia con el sorprendimiento de la comisión de delitos (...)

(...) no incurren en ninguna ilegalidad los funcionarios pertenecientes al Ejército Nacional cuando en desarrollo de sus habituales actividades, tengan que adelantar capturas de individuos sorprendidos en situación de flagrancia o también cuando encuentren evidencias que den cuenta de la comisión de un delito que tengan que amparar. Pero debe advertirse que esa referida facultad allí se agota, porque su papel subsecuente se circunscribe a poner en manos de los servidores del Estado revestidos de funciones de policía judicial al aprehendido o el material incautado. En ese aserto cabe la intelección obligada de que, cuando los mentados servidores de la fuerza pública adelantan gestiones adicionales, estarían desbordando su rol funcional y de contera sus actos lucirían cargados de ilegalidad. (...)

(...) en los precisos entornos de lo realizado por el militar no le era exigible la investidura funcional de policía judicial, porque en estrictez jurídica se circunscribió a capturar a quien desde los entornos objetivos había sido sorprendido en situación de flagrancia (...)

(...) si bien como se ha dicho no se avizora irregularidad alguna en el procedimiento que abrió paso a la captura del hoy procesado y a la incautación del material alucinógeno y del vehículo donde fue encontrado, ello de suyo no descarta que en las ulteriores intervenciones que según la prueba se estableció adelantó el aludido militar, sean descubiertos algunos precisos comportamientos que, ejecutados como si tuviesen licencia legal o constitucional, en específico al estilo allí sí como un miembro con funciones de policía judicial, destilen palmarias irregularidades. (...)

VALORACIÓN PROBATORIA - El juzgador debe valorar el mérito suasorio de las pruebas en su conjunto.

TESTIGO ÚNICO – Valoración: Puede sustentar un fallo de condena, aunque en esos eventos opera como condición la de denotarse una exposición enmarcada en la lógica y la racionalidad y que, además, no existan ele-

mentos de juicio que también con razón la controviertan.

TESTIGO ÚNICO – Valoración: Al no estar respaldado con otras evidencias, no logra el convencimiento más allá de la duda acerca de la ocurrencia de la conducta punible y la responsabilidad del procesado.

FLAGRANCIA - No constituye medio de prueba sino una circunstancia fáctica, que debe ser probada en el juicio.

IN DUBIO PRO REO - Toda duda razonablemente persistente se resuelve en favor del procesado.

(…) para analizar la fortaleza o debilidad suasoria de quien refulge en la actuación como testigo único, es que emerge indispensable (…) valorar los llamados "elementos de corroboración periférica", que en términos de simple comprensión significan elementos de juicio aducidos de forma legal al diligenciamiento procesal, los cuales ostentan una carga informativa de relevancia, a tal punto capaz de contribuir con eficacia a la toma de la decisión con la mayor corrección jurídica (…)

(…) no desconoce la Sala que dentro de las muchas y variadas herramientas de convicción destinadas a la constatación de los susodichos componentes estructurales, sin duda está la de acudir a la particularidad de haberse sorprendido al agente en situación de flagrancia delictual (…)

(…) La utilidad inferencial de la flagrancia, tampoco puede negarse, parece refulgir en tratándose de investigaciones y juzgamiento de delitos relacionados con el narcotráfico (…). Pero es lo cierto que, al margen de admitir la entidad demostrativa de ese evento, no puede olvidarse su naturaleza rigurosamente objetiva, con lo que bien podría decirse que luciría insuficiente si se ofrece insular, para los fines de establecer la concurrencia de otros elementos del injusto, algunos de ellos de naturaleza subjetiva. Dicho con otras palabras: la equivocidad de la flagrancia -porque de suyo apenas se constituye en un indicador de responsabilidad-, exige que la investigación no se quede anclada en esa evidencia solitaria, sino que obliga a buscar otros elementos de juicio que permitan construir sin sobresaltos un condigno juicio de responsabilidad penal (…)

(…) Habida cuenta que la delegada de la fiscalía fijó sus esperanzas de lograr un fallo condenatorio en este caso con la aducción solitaria del testimonio de quien en puridad fue el agente captor, en la práctica se quedó aquella sin soportes probatorios con los que hubiese podido enfrentar la teoría del caso de la defensa, (…) probar que MCB fue víctima de una celada, en cuyos entornos emergía la idea de haber sido puesto, desde luego sin que pudiera saberlo, el vegetal ilícito en su carro. (…)

(…) una revisión cuidadosa de los detalles y las circunstancias podría develar, como de una vez lo anuncia la Sala sucedió en el presente proceso, que al menos la proyectada teoría defensiva pudo tener ocurrencia, merced a que razonablemente no puede hacerse al convencimiento de que ello no fue así o que, como lo aseveró la fiscalía, se trate de una coartada carente de respaldo evidencial. (…)

(…) En conclusión, no es este caso uno de aquellos donde se ha arribado a la convicción de que lo jurídicamente acertado sería la emisión de un fallo de condena, merced a que las inevitables dudas puedan ser desalojadas del pensamiento mediante un ejercicio de razonabilidad aplicado. Aquí ronda un estado de hesitación que, por lo visto con la necesaria extensión, persiste y obliga a la aplicación del ecuménico principio de in dubio pro-reo. (…)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN PENAL

San Juan de Pasto, ocho de septiembre de dos mil veintidós

Radicación : 520016000491202000896O1 N.I. 33219
Asunto : Apelación sentencia
Delito : Tráfico, fabricación o porte de Estupefacientes
Magistrado : Dr FRANCO SOLARTE PORTILLA

1. VISTOS

Corresponde al Tribunal resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía, contra la sentencia emitida el 21 de mayo de 2021 por el titular del Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Pasto (Nariño), mediante la cual absolvió a MCD, quien fue procesado en este asunto por la comisión como autor del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

2. LOS HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

Según lo narrado en la acusación, siendo aproximadamente las 8 y 10 de la mañana del día 11 de junio de 2020, unidades pertenecientes a inteligencia militar fueron informadas por fuente anónima acerca del transporte de sustancia estupefaciente en el vehículo de placas …. Establecido el paradero del automotor, el aludido personal emprende la persecución, y en el semáforo ubicado en la calle 19 con carrera 19 de la ciudad de Pasto fue interceptado, encontrando al registro, concretamente debajo del asiento del copiloto, 465 gramos netos de una sustancia vegetal que luego con prueba preliminar se determinó que se trataba de marihuana. En el acto fue capturado el conductor del rodante, quien se identificó con el nombre de MCD.

3. RESUMEN DE LA ACTUACIÓN SURTIDA

El 12 de junio de 2020 ante el Juzgado Segundo Penal Municipal Ambulante de Pasto, cumpliendo funciones de control de garantías, se llevó a cabo audiencias concentradas de legalización de captura del ciudadano MCD y de la incautación del vehículo automotor donde fue hallado el alijo; además de surtirse formulación de imputación en contra del aprehendido, a quien se le enrostró la comisión como autor, a título de dolo, verbo “transportar”, del delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes, según los trazos descriptivos del artículo 376 inciso 2º del Código Penal. No fue solicitada por la fiscalía imposición de medida de aseguramiento alguna.

En la audiencia de formulación de acusación, que tuvo lugar el 30 de octubre de 2020, se mantuvieron por parte de la fiscalía los mismos cargos otrora imputados. La preparatoria se adelantó el 10 de marzo de 2021, mientras que el juicio oral tuvo ocurrencia durante los días 12 y 21 de mayo del precedente año, fecha esta última en la que, luego de los alegatos finales, la Judicatura de primer grado emitió sentido absolutorio del fallo y allí mismo dio lectura a la sentencia que al ser apelada por la señora fiscal del caso, concentra la atención del Tribunal ahora.

4. LA SENTENCIA APELADA

Luego de resumir los hechos, de plasmar datos acerca de la identificación e individualización del acusado y de referirse muy sintéticamente a los alegatos de las partes en la clausura del juicio oral, pasó el señor Juez al acápite de "consideraciones", en donde se refirió al contenido normativo del artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que dispone como regla la persuasión más allá de la duda para legitimar un fallo condenatorio, para enseguida anticipar que hará una apreciación del mérito probatorio arrimado al juicio, sin soslayar el concepto de libertad probatoria y tampoco pasar por alto que es al ente acusador a quien le corresponde destronar la presunción de inocencia que ampara al enjuiciado, según las voces de los artículos 29 de la Constitución Política y 7 del Código de Procedimiento Penal.

De inmediato se refirió el señor Juez a la atestación ofrecida en juicio por el suboficial del Ejército, JAVZ, en donde hizo saber la manera cómo discurrieron los hechos, en cuyos entornos fue una llamada hecha a la "red básica" la que el día de marras alertó la intervención de esa dependencia militar, en procura de verificar la ocurrencia delictual que había sido informada, ante lo cual tomaron la decisión de interceptar el vehículo automotor en el que supuestamente se estaba transportando sustancia alucinógena, lo que en efecto se comprobó con el hallazgo tras requisa del material ilícito ya referenciado.

De entrada cuestionó que se haya traído a colación la fuente humana que dio origen al procedimiento por parte de los uniformados, aduciendo que, como según el sistema de enjuiciamiento penal vigente solamente constituyen prueba aquellas que se suscitan en audiencia de juicio oral, bajo el amparo de los principios de confrontación e inmediación, lo correctamente jurídico respecto al punto era traer a declarar al proceso a la persona que suministró la susodicha información sobre los hechos, pues si así no se procede, acotó que se está ante la modalidad de prueba de referencia. Citó un aparte de la sentencia C-673, donde la Corte Constitucional clarificó que las declaraciones de los llamados "informantes" tienen como labor única la de servir de soporte para establecer la verosimilitud de los hechos, con miras a verificar "si existen motivos fundados para decretar una medida restrictiva del derecho a la intimidad".

Recabó entonces que era deber del funcionario cognoscente, dar aviso inmediato de lo conocido a la fiscalía para que sea esta la que direccione las actuaciones que con ocasión de sus funciones le correspondía, y no abrogarse las que no eran de su resorte, que para el asunto se circunscribieron a la investigación y la del registro de personas y vehículos, atribuciones estas dispuestas en la ley a servidores que ostentan la calidad de policía judicial, a voces del artículo 156 de la Constitución Política.

De todas maneras demeritó capacidad demostrativa a la declaración de VZ, por cuanto se limitó a hacer conocer sobre el ilícito descubrimiento y, se tornaba indispensable la comparecencia de la señalada fuente humana, para que esta sí ofrezca detalles de los sucesos acaecidos, en tanto que "si bien la marihuana es una sustancia psicotrópica, no se debe desconocer sus usos medicinales para la elaboración de pócimas, ungüentos o pomadas para tratar distintas dolencias", esto para convenir en que, son muchas las utilidades o servicios que a dicha sustancia puede dársele.

Con ese orden de ideas declaró que del aludido testimonio no se puede extraer datos que persuadan acerca de la configuración del tipo subjetivo del delito, "si la sustancia incautada estaba destinada para suministrarla a terceras personas, tampoco se demuestra si CD ejercía una

actividad de narcotráfico", limitándose a informar acerca de la incautación, pero en contraste, la declaración del acusado luego de contar acerca de sus actividades cotidianas en ese día, recogió a una mujer que llevaba unos paquetes, a quien con obviedad le asigna haber dejado el alijo en el carro. Asumió que, si bien por deficiencias en el manejo de la técnica no se pudo incorporar al juicio evidencias que demostraban cómo cierto fue que el encartado permitió subir a su vehículo a una mujer, ello no descarta la veracidad de su aseveración.

En el cúmulo de cuestionamientos a la versión de VZ, incluyó el Juez la forma genérica de su recuento, porque no pasó de hacer saber del hallazgo de la sustancia debajo del asiento del copiloto, pues "no informa como se encontraba, las condiciones de embalaje, la forma como se encontraba oculta, para no ser detectada", haciendo entrever en ese dicho que pudo encontrar fácilmente el alijo, siendo que por experiencia se conoce que en tales eventos "se busca ocultarlos de forma no muy fácil". Además, que a la postre solamente fueron encontrados 465 gramos de marihuana, lo que no cabe en los conceptos de un cargamento, que es lo que fuente humana había delatado.

Calificó con acidez al militar que adelantó el operativo en este caso, expresando sin reparo que su conducta "no es muy transparente dentro de sus labores investigativas", para cuyo sustento invocó una supuesta reunión que aquel tuvo con un investigador de la SIJIN de Cali donde se adelanta unas pesquisas precisamente en contra de un excompañero de la hija de quien en este asunto funge como procesado, en cuyo confuso relato se habla de una colaboración con la justicia en aquel diligenciamiento. Dice el señor Juez que, aunque aparentemente ese decantado suceso no parecería tener ninguna ligazón con el que nos ocupa, "es posible que la sustancia haya sido colocada por un tercero dentro del automotor conducido por CD con la finalidad de capturarlo y a través de esta maniobra involucrar a MP en la investigación en contra de su compañero".

No le parece correcto al Fallador, que VZ, entonces, haya abordado a la hija del acusado justamente luego de que este fuera sorprendido con el alijo. Así como tampoco concibe correcto que en desarrollo del operativo haya dejado avanzar el carro y obligarlo a estacionarse en el lugar en que lo hizo, cuando bien pudo hacerlo con anterioridad. Del mismo modo, censuró al testigo de haber dicho que este caso fue informado a sus superiores, reiterando que no eran esas labores que pudiera por competencia desarrollar, pero en cambio no haber dicho nada de la investigación que adelantaba la SIJIN de Cali.

Concluyó diciendo que, en suma "no se ha demostrado la antijuridicidad de la conducta desplegada por CD, se presentan dudas en la forma de ocurrencia de los hechos para demostrar su responsabilidad en el reato de tráfico de estupefacientes", motivo por el cual le resultó jurídica al señor Juez de primera instancia la emisión en este caso de una sentencia absolutoria, como en efecto así lo determinó.

5. LA APELACIÓN

Con oportunidad la señora Fiscal Octava Seccional de Pasto allegó escrito que en su contenido expone las razones de disenso con el fallo que confutó, las que pueden ser resumidas de este modo:

Primeramente, la apelante clarificó que la responsabilidad penal en contra del acusado se deriva no de la ignota fuente humana que dio el aviso sobre el transporte ilegal de la sustancia estupefaciente, sino de la situación de flagrancia delictual en que fue descubierto aquel refe-

renciado ciudadano, siendo que el delator no pasa de ser un "instrumento para direccionar y encausar la actividad investigativa del Estado", tal como así lo enseña la sentencia C-673 de 2005.

Aseguró que el procedimiento surtido en este caso por personal del ejército está ajustado a la legalidad, según se desprende de un pronunciamiento que reprodujo con alguna extensión[1], el cual en su contenido esencial se ocupa de examinar algunas actividades adelantadas por unidades militares, tras de lo cual decantó que devienen legales aquellos procedimientos ejecutados con el propósito de amparar la protección de las personas, dentro del marco funcional que a esas autoridades les otorga el ordenamiento jurídico, tales como la defensa de la integridad nacional y la preservación del orden público y la convivencia pacífica. En ese marco resulta plausible que miembros del Ejército Nacional puedan legítimamente adelantar actuaciones temporales que normalmente compete desarrollar a la policía judicial.

De otro lado, la impugnante precisó que el material ilícito en cuestión no se hallaba a plena vista, pues fue descubierto embalado en una bolsa plástica y bajo el asiento del copiloto del carro, lo que sugiere a la lógica de que si las cosas hubiesen sucedido como el Juzgador lo propuso, es decir, con la posibilidad de que iba a darse a la marihuana un loable fin, no habría sido necesario que se la oculte. Del mismo modo que acentuó la certidumbre de no estar de cara a un tema de aprovisionamiento personal, ya porque la cantidad incautada supera con creces la permitida o porque si la condición del dependiente reclamaba un uso mayor, no se alegó que este fuese el caso.

Finalmente, la señora Fiscal se refirió al socorrido argumento del A quo, relacionado con la reunión que tuvo VZ con la hija del enjuiciable. Descartó que tal episodio tuviera la capacidad jurídica de incidir en un tema que lleva inmersa una captura en estado de flagrancia delictual, porque si bien es cierto que dicha entrevista se dio tres días después de los hechos, ninguna mención se hizo al caso que tiene en este trance a MC y que todo finiquitó con la negativa de M para prestarse a colaborar en las pesquisas en las que mostró interés el aludido militar. Para la recurrente, en juicio fue demostrado que ninguna conexión había entre un suceso y otro, en consecuencia, a lo probado debería el Sentenciador limitarse.

Con eso, la delegada de la fiscalía pidió la emisión de un fallo de condena para el procesado de este asunto.

6. LA DEFENSA COMO NO APELANTE

El abogado Andrés Felipe Mendoza Rosero, defensor del acusado, descorrió traslado de la impugnación y en ese decurso planteó las siguientes consideraciones:

Respaldó la decisión del Juez de primera instancia por cuanto la fiscalía no pudo demostrar más allá de la duda que la sustancia incautada "estuviere destinada con fines narcotráfico" (sic). Además, que tampoco fueron claros los cargos enrostrados por el ente instructor, debido a que se incumplió con la verificación de postulados de "la jurisprudencia reciente", de conformidad con los cuales en tratándose de delitos de fabricación o tráfico de estupefacientes, se debe "demostrar la finalidad que se pretende con las sustancias Psicoactivas". Trajo jurisprudencia vertical para afianzar su aserto[2].

---

1 Citó CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 34867.

2 Citó CSJ SP, 11 jul. 2017, rad. 44997

Seguidamente el abogado avaló como probadas las supuestas irregularidades cometidas por el agente captor en el susodicho procedimiento, según así de ese modo dijo haberlo detectado el A quo, como aquella de haber esperado cinco cuadras desde el avistamiento del vehículo para proceder a su detención y posterior registro, aludiendo aquel en su testimonio que no pudo mirar si alguien descendió del rodante en el parque Nariño de esta ciudad, omisión calificada por el defensor como reprochable viniendo de una persona perteneciente a la inteligencia militar, porque con ello dejó abierta la posibilidad de que, en efecto, según lo aseverado por su representado, hubo alguien más a bordo del vehículo.

Desde otro ángulo, concibió irregular la captura que el día de marras se hizo al hoy procesado, por cuanto en su sentir para ello no estaba facultado el señor AV siendo miembro del Ejército Nacional y estando adscrito a inteligencia militar, ello según las voces de "la ley estatutaria 1621 del 17 de abril de 2013", amén que tampoco se infiere esa potestad del manual de inteligencia previsto en la Resolución 1446 de 2014 o del Decreto 1070 de 2015 del Ministerio de Defensa Nacional, ergo, apuntó, se avizora una extralimitación de funciones por parte del aprehensor.

Asimismo, se refirió el abogado al episodio mencionado en el fallo, que hace referencia al encuentro que el señalado militar tuvo con la hija del acusado, con el supuesto designio de ayudar a los intereses judiciales del capturado, a cambio de colaboración de la mujer para lograr la captura del exnovio de ella, entendiéndose que este se hallaba bajo la mira de la justicia. El defensor asegura que es palmaria la irregularidad en esa conducta, por cuanto V al ser preguntado que si cuenta con algún documento o prueba donde se diga que el aludido sujeto tiene algún pendiente judicial, el testigo respondió negativamente. Adveró que, de labios de "la señora M" se supo que fue un sujeto conocido como el ingeniero Carlos, que tanto a ella, al procesado y a su familia les confesó que "supuestamente fue el exnovio de la hija del procesado quien mando (sic) a colocar la sustancia al vehículo".

Al cierre pero antes de solicitar al Tribunal la confirmación de la sentencia recurrida, el defensor del enjuiciable hizo esta expresa manifestación: "En conclusión y como alegatos de conclusión (sic), esta defensa propone una tercera tesis alterna que no fue debatida dentro del juicio penal, y es que dentro del debate ni el despacho a quo, ni la fiscalía, ni la defensa preguntó (sic) al procesado el señor MC, si él era una persona consumidora, lo cual deja abierta la posibilidad de que la sustancia que se estuviera transportando fuese para el propio consumo".

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

7.1. Competencia y problema jurídico

A voces del numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004 es esta Corporación competente para desatar la alzada propuesta por la delegada del ente acusador.

Se asume entonces como cuestionamiento jurídico establecer si con la prueba practicada legalmente en el juicio oral pudo la fiscalía desvirtuar la presunción de inocencia que constitucionalmente ampara al ciudadano MCD, y en consecuencia lo jurídicamente correcto era la emisión de una sentencia de condena en su contra, como lo depreca la parte recurrente; contrario sensu, si acertó el señor Juez de conocimiento al haber sido persuadido de que la absolución se imponía, precisamente por no haber cumplido el órgano persecutor su labor de allegar probanzas que sin dudas demuestren la responsabilidad penal de procesado.

Como un problema anejo al debate, la Sala abordará el estudio acerca de las potestades y limitaciones legales que miembros del Ejército Nacional ostentan frente a la comisión de conductas delictuosas.

7.2. Breves anotaciones preliminares

Parte el Tribunal diciendo que, desde la epistemología, los procesos judiciales se erigen como los escenarios en donde con el ejercicio de garantías constitucionales se procura la fiel reconstrucción de unos hechos con trascendencia jurídica. En el proceso penal se busca encontrar la verdad de lo sucedido, tras de lo cual establecer las consecuencias jurídicas derivadas de la verificación de la ocurrencia o no de la conducta que importa al derecho punitivo, del autor de la misma y su responsabilidad en el marco de considerar el comportamiento en cuestión en sus componentes estructurales, esto es, bajo los conceptos de tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

La verdad, a su turno, no es más que la correspondencia entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por este y se logra tras la aducción legal de los medios de conocimiento que las partes previamente han impetrado, de conformidad con su particular teoría del caso. Luego de ese ejercicio, que se insiste debe ser respetuoso de los derechos de los sujetos procesales y del ordenamiento mismo, es que el juez se habrá persuadido del sentido de su decisión, que se circunscribe a la absolución o la condena. Frente a ello, no debe olvidarse que merced al principio de presunción de inocencia, toda duda razonablemente persistente se resuelve en favor del procesado[3]. En esos contextos, el juzgador deberá valorar el mérito suasorio de las pruebas en su conjunto.[4]

7.3. Los miembros activos del Ejército Nacional, sus potestades y limitaciones frente a la comisión de delitos.

Puntualmente, dígase sobre el tema que, de conformidad con la jurisprudencia vertical, claro deviene que, por su intrínseca naturaleza, los miembros pertenecientes al Ejército Nacional de Colombia carecen de esenciales potestades para cumplir funciones de policía judicial. En esos contextos, en principio le está vedado a esa fuerza pública el adelantamiento de aquellas actividades que son propias para la investigación de delitos, porque el ordenamiento entregó esa tarea funcional a otros servidores, tales como aquellos que pueden desempeñarlas de manera permanente, cual es el caso de ciertos miembros pertenecientes a la policía nacional, los investigadores adscritos al CTI de la fiscalía, entre otros, o lo hacen de manera especial en el marco de su rol, como acontece con servidores de la Procuraduría, de la Contraloría, autoridades de tránsito, alcaldes, inspectores de policía o el INPEC, según las voces del artículo 202 de la Ley 906 de 2004.

Esa delimitación funcional, empero, no puede ir al extremo de despojar de forma absoluta a los militares de la posibilidad de intervención en específicos eventos, cuando en el ejercicio de sus constitucionales actuaciones, se vean enfrentados a situaciones circunstanciales que deban afrontar, como sucede con frecuencia con el sorprendimiento de la comisión de delitos, ya porque se topan con una situación en que una persona sea descubierta en una situación de flagrancia criminal o con evidencias de la perpetración de la conducta delictuosa.

---

3 Artículos 7º y 381 de la Ley 906 de 2004

4 Artículo 380 ibídem

Nadie osaría en dudar que, en tales hipótesis, no solamente refulge posible sino obligatorio que los militares puedan proceder a la captura del delincuente o la protección o aseguramiento de las evidencias del delito encontradas, pues ello no se opone al ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, consecuente ello con disposiciones superiores tales como los artículos 2, 113 y 217 de la Carta Política. Es más, como bien es sabido, la facultad de captura en estado de flagrancia delictual está atribuida a cualquier persona, de donde refulge que con mayor razón la puede realizar un funcionario perteneciente al ejército.

El siguiente aparte jurisprudencial explica con mayor solvencia lo acabado de anotarse:

"La afirmación de la casacionista, en el sentido de que la Armada Nacional no tenía competencia para cumplir funciones de policía judicial, no admite discusiones, pues la normatividad legal no incluye esta fuerza dentro de los órganos autorizados para hacerlo, y el ordenamiento superior tampoco lo consiente.

Plurales han sido los pronunciamientos de la Corte Constitucional en los que ha sostenido que la asignación de funciones de policía judicial a las Fuerzas Militares, de la que hacen parte el Ejército, la Armada y la Fuerza Aérea, está prohibida por la Carta Política, porque desnaturaliza la estructura y objetivos esenciales de dicha fuerza y contraría la prohibición contenida en su artículo 213.

Pero esto no significa, como lo entiende la casacionista, que las actividades realizadas por los miembros de la Armada Nacional o cualquier otro órgano de las Fuerzas Militares, en ejercicio del deber de protección de las personas, o de la preservación del orden público y la convivencia ciudadana, o de la facultad consagrada en el artículo 302 de la Ley 906 de 2004, se tornen ilícitas o ilegales por el simple hecho de provenir de un órgano que no tiene asignadas funciones de policía judicial.

Además de la finalidad primordial que el artículo 217 de la Constitución Nacional le asigna a las Fuerzas Militares, de la "defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional", también tiene el deber de proteger a todas las personas en su vida, honra y bienes, que el artículo 2° ejusdem le impone a todas las autoridades de la República, y el de colaborar en forma armónica con las demás ramas del poder público para la realización de los fines del Estado, que el artículo 113 asigna a todos sus órganos.

En cumplimiento de estas finalidades de origen también constitucional y legal, es frecuente que las Fuerzas Militares tengan que intervenir para prevenir o conjurar alteraciones del orden o la paz ciudadana, o repeler actividades ilícitas, o capturar delincuentes en flagrante actividad delictiva, y que en ejercicio de esta actividad se vean enfrentados a situaciones en las que las circunstancias exigen realizar preventivamente funciones que normalmente cumple policía judicial, mientras ésta asume su control.

Para la Corte es claro, por tanto, que la respuesta de la fuerza pública en estos casos es legítima, por estar amparada en el deber de protección de las personas y la necesidad de intervención que como autoridad le compete, que la Constitución Nacional igualmente les asigna, tal como viene de ser expuesto y ha sido reconocido por la jurisprudencia constitucional.

(…) si las fuerzas militares se limitan a dar respuesta a una situación de peligro, o a un llamado de ayuda, sin desplazar a los cuerpos de policía judicial en las funciones de indagación que les son propias, como ocurre cuando solo realizan requisas preventivas, o capturas de personas sorprendidas en flagrante actividad delictiva, o actos de protección y aseguramiento de los elementos probatorios y las evidencias físicas descubiertos, mientras los órganos de policía asumen el control de la situación, la actuación será lícita, si se cumple dentro de los marcos de respeto de las garantías fundamentales. (…)"[5]

De esos apartes queda precisado, entonces, que no incurren en ninguna ilegalidad los funcionarios pertenecientes al Ejército Nacional cuando en desarrollo de sus habituales actividades, tengan que adelantar capturas de individuos sorprendidos en situación de flagrancia o también cuando encuentren evidencias que den cuenta de la comisión de un delito que tengan que amparar. Pero debe advertirse que esa referida facultad allí se agota, porque su papel subsecuente se circunscribe a poner en manos de los servidores del Estado revestidos de funciones de policía judicial al aprehendido o el material incautado. En ese aserto cabe la intelección obligada de que, cuando los mentados servidores de la fuerza pública adelantan gestiones adicionales, estarían desbordando su rol funcional y de contera sus actos lucirían cargados de ilegalidad. Veamos:

'El problema jurídico se plantea alrededor de las actividades que en desarrollo de esta facultad de respuesta adelante la fuerza pública, pues debe entenderse que su capacidad de acción en estos casos no puede ser ilimitada y que la legalidad o ilegalidad de las actuaciones que cumpla dependerá de que sean respetuosas de los derechos fundamentales y de las fronteras de competencia de los órganos de investigación.

Si invade competencias que son privativas de policía judicial, entendidas por tales las que por su naturaleza implican una actividad investigativa, como sería el caso de los interrogatorios, los análisis de campo, la recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, el levantamiento de planos, de registros fotográficos, las inspecciones, etcétera, que comportan, de suyo, funciones propias de investigación con pretensión probatoria, la actuación, en lo que tiene que ver con las actividades desbordadas, será ilegal, como ya lo ha reconocido la Corte en otras oportunidades".
[6]

Trae a colación la Sala este acápite, por razón de que el señor Juez de conocimiento dentro de las plurales como disímiles consideraciones invocadas para afianzar su decisión absolutoria en este caso, se detuvo con ácida crítica en contra de quien probadamente estuvo al mando del procedimiento que germinó la presente actuación penal, constituido luego en el único testigo que la fiscalía convocó a juicio para sustentar su teoría incriminatoria del caso. Aquellas censuras del A quo tienen asiento en que, según él así lo creyó, no le estaba permitido a JAVM realizar la captura del hoy procesado, merced a su pertenencia activa al Ejército Nacional de Colombia, condición que no le otorga funciones de policía judicial.

Sin entrar a juzgar aún el acierto o no de esas elucubraciones, al menos sale a flote un reparo visto desde la técnica jurídica, porque en rigor si en gracia de discusión lo que el Sentenciador de primer grado oteó es que el procedimiento en cuestión trasuntó por lo menos una irregularidad de tipo legal -sin descartar que la misma incluso hubiese podido tener incidencias

---

5 CSJ SP, 5 jun. 2013, rad. 38467. Ver también C-251 de 2002 y CSJ SP, 13 sep. 2006, rad. 23251

6 Ibídem.

constitucionales- el camino judicial correcto a recorrer debería tener como destino la aplicación de la figura de la exclusión probatoria, la cual, como se sabe, dada la trascendencia de su afectación, no la restaña el hecho de haberse surtido sin debates las audiencias preliminares, ni siquiera tampoco que haya superado el tamiz de la preparatoria.

Empero de lo antedicho, el Tribunal no ahondará más en el punto, por cuenta de considerar que -asignándole en ello la razón a la delegada de la fiscalía- en el específico aspecto no está inmerso ningún dislate procedimental, ello, porque si nos atenemos a lo revelado a lo largo de la actuación, lo que adelantó el referenciado miembro del ejército se enmarca con rigor en las potestades de las que constitucionalmente está revestido, esto es, conocida por los cauces que fueren la ejecución de un comportamiento delictuoso en curso, alistó un operativo destinado irrefragablemente a la aprehensión material del delatado infractor penal, sin que sea motivo de censura la realización de preparativos que conduzcan -sin afectación de garantías constitucionales, desde luego- a verificar previamente la realidad de la información sobre la ocurrencia del hecho reportado como delictuoso.

Para decirlo con concreción, en los precisos entornos de lo realizado por el militar no le era exigible la investidura funcional de policía judicial, porque en estrictez jurídica se circunscribió a capturar a quien desde los entornos objetivos había sido sorprendido en situación de flagrancia, del mismo modo, se itera, como si una persona particular lo hubiese podido hacer, aptitud ceñida a derecho, siguiendo los trazos de la jurisprudencia antes citada. Dígase por último al respecto, que VZ no ha negado carecer de funciones de policía judicial, no solamente porque nunca aludió en juicio tenerlas, sino porque se erige esa convicción de su propia conducta posterior a la mentada captura, dejando el caso, al menos hasta allí, en manos de quienes ostentaban la condición requerida para la prosecución del asunto en sus fases subsiguientes.

No obstante lo acabado de señalar, se torna imperioso que desde ya haga la Sala esta advertencia: si bien como se ha dicho no se avizora irregularidad alguna en el procedimiento que abrió paso a la captura del hoy procesado y a la incautación del material alucinógeno y del vehículo donde fue encontrado, ello de suyo no descarta que en las ulteriores intervenciones que según la prueba se estableció adelantó el aludido militar, sean descubiertos algunos precisos comportamientos que, ejecutados como si tuviesen licencia legal o constitucional, en específico al estilo allí sí como un miembro con funciones de policía judicial, destilen palmarias irregularidades.

Por método, no va la Sala a referirse en este momento a ellas, aunque deja sentando anticipadamente que en efecto la prueba practicada las puso en evidencia, es decir, ciertamente el referido miembro de la fuerza pública realizó unas actividades irregulares que si bien carecen de aptitud jurídica para socavar las bases del debido proceso y empañar por consecuencia el trámite procesal surtido hasta el final, no por ello devengan inanes en la senda de verificar el compromiso penal del encausado en los hechos. Al respecto, el Tribunal se referirá en un momento posterior de este fallo, específicamente en el espacio siguiente, donde concierne la valoración del mérito probatorio, que es el escenario en el cual se estima menester hacerlo.

7.4. Estimación del mérito probatorio

La historia procesal hace notar que la representante del órgano persecutor tomó la decisión de enfrentar el juicio oral con la aducción en puridad de un solo testigo. Desde una óptica es-

trictamente jurídica, teniendo en cuenta la naturaleza adversativa del sistema penal que nos regenta, ninguna glosa amerita esa personalísima determinación. Bien se sabe que las partes gozan de la potestad libre, privativa y exclusiva de elegir los medios cognoscitivos con los que en su sentir sirven de soporte para sacar avante su teoría del caso. Es en esencia una labor que hunde raíces en un sustento estratégico, cuya sanción en caso de un eventual equívoco se mide en las resultas finales del proceso.

Mas, anótese que, la específica selección de los medios de convicción por cualquiera de las partes sin dudarlo puede repercutir negativamente en el campo reservado para la valoración, ya porque el caudal ofrecido luzca cuantitativamente insuficiente ora debido a que carece del poderío demostrativo esperado. Respecto a lo primero, cierto es que el ordenamiento penal desde hace mucho tiempo abandonó el modelo tarifario de la prueba para inscribirse en aquel que reivindica la persuasión racional, escenario en el cual se destaca que más que la cantidad de probanzas lo que persuade es su capacidad suasoria. En esos contextos es donde fulgura la posibilidad, incluso, de validar un fallo condenatorio con la aducción solitaria de un testigo, aunque en esos eventos opera como condición la de denotarse en aquel una exposición enmarcada en la lógica y la racionalidad y que, además, no existan elementos de juicio que también con razón la controviertan. Veamos este apartado jurisprudencial:

> *'Sobre el testigo único la Sala ha recordado que si bien «pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de 'testis unus testis nullus", de modo que en medios probatorios tarifados se desechaba el poder suasorio del declarante único», con el sistema de la libre apreciación de las pruebas «tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos, sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza» (CSJ SP16841-2014).*
>
> *En consideración de lo anterior, es posible que un único testigo, como ocurre en este caso, pueda sustentar un fallo de condena siempre y cuando su exposición de los hechos sea lógica, unívoca, coherente y esté corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio".*[7]

Deviene consecuente de la anterior cita que, para analizar la fortaleza o debilidad suasoria de quien refulge en la actuación como testigo único, es que emerge indispensable acudir a lo que últimamente ha sido motivo de particular mención en los estrados judiciales, esto es, la importancia de valorar los llamados "elementos de corroboración periférica", que en términos de simple comprensión significan elementos de juicio aducidos de forma legal al diligenciamiento procesal, los cuales ostentan una carga informativa de relevancia, a tal punto capaz de contribuir con eficacia a la toma de la decisión con la mayor corrección jurídica .[8]

Aterricemos esos asertos al caso que nos ocupa. Como se dijo, a instancias de la fiscalía acudió a declarar en juicio JAVMZ[9], precisamente el militar que lideró el operativo que llevó ipso facto a la privación de la libertad del ahora procesado. La labor del Tribunal será, entonces,

---

7 CSJ SP, 17 jul. 2019, rad. 51528. En similar sentido, CSJ, SP, 10 dic. 2014, rad. 44602

8 Sobre el tema, ver entre otras, CSJ SP, 16 mar. 2016, rad. 43866

9 A partir récord 27:10

siguiendo los derroteros atrás referidos, ver si con ese solo testimonio es posible lograr el convencimiento más allá de la duda acerca de la ocurrencia de la conducta punible enrostrada y, por esa senda, avanzar hacia la determinación de la responsabilidad del enjuiciable. Tal verificación deberá contar con los insumos de informaciones que, a manera de corroboración, puedan avalar o debilitar el poder demostrativo de esa solitaria prueba.

En la médula del testimonio rendido por VZ está, claramente, la rememoración de los detalles que circundaron los hechos partiendo de su génesis, esto es, desde que siendo aproximadamente las 7 o 7:30 de la mañana del día de marras, fue informado él por conducto de la "red básica" del ejército acerca del transporte de material estupefaciente, con la indicación de las características específicas y completas del automotor utilizado para ello y también con la indicación inequívoca del sitio geográfico por donde el rodante transitaría. Que, debido a lo circunstanciado de esa delación, el militar pudo, previa información a sus superiores jerárquicos, planificar un operativo que de suyo ya avizoraba unos resultados exitosos, como en efecto así de ese modo se reportó, porque tras un breve seguimiento al vehículo y ordenar detener su marcha, un consecuencial registro al mismo arrojó el hallazgo de 465 gramos netos de marihuana descubiertos debajo del asiento delantero provisto para un tripulante, lo que conllevó a la captura calificada en flagrancia.

Visto ese relato hasta ahí, su aporte parecería circunscribirse a consolidar la estructuración del tipo objetivo del delito, porque sin dubitaciones está acreditado el transporte de un material vegetal ilícito, cuyo descubrimiento iba a tener un desenlace bastante lógico, cual sería la captura del único ocupante del rodante, precisamente su conductor, ahora procesado en este asunto. Pero si eso en específico era la pretensión de la fiscalía, quizás la aducción de esa prueba luciría incluso innecesaria, porque tales aspectos relatados por el referenciado deponente ya habían sido pactados como tema dado por probado, por cuenta de estipulación suscrita entre las partes.

Ahora que, naturalmente que la pretensión de la delegada del ente instructor no tenía ese limitado propósito, pues que, por tratarse de un tema de ineludible obligación, la misión que constitucionalmente está asignada a la fiscalía en las actuaciones penales le impele inexcusablemente avanzar hacia la comprobación de todos los elementos que conforman la estructura de un injusto culpable, esto es, que la conducta enrostrada se aviste típica también en su componente subjetivo, pero además, que denote ser afrentosa de forma material del bien jurídico que la norma tutela y, que, finalmente, el agente no se haya encontrado con circunstancias propias o extrínsecas que le hayan impedido comportarse de conformidad con la ley.

Ahora, no desconoce la Sala que dentro de las muchas y variadas herramientas de convicción destinadas a la constatación de los susodichos componentes estructurales, sin duda está la de acudir a la particularidad de haberse sorprendido al agente en situación de flagrancia delictual; en los contextos de un episodio de ese linaje, están inmersas valiosas informaciones que pueden delatar elementos de tan compleja constatación, como aquellos que desde el plano subjetivo impulsan a la ejecución del comportamiento contrario a derecho. A ese aserto es que la señora fiscal se aferró en este asunto, no solamente por el énfasis que al respecto hizo en los alegatos tanto de apertura como conclusivos del juicio, sino también en su escrito de sustentación del recurso que nos ocupa. En ese orden, también se comprende la comparecencia a declarar del militar que realizó la aprehensión del ahora encausado.

La utilidad inferencial de la flagrancia, tampoco puede negarse, parece refulgir en tratándose de investigaciones y juzgamiento de delitos relacionados con el narcotráfico, según así la praxis judicial lo denota. Pero es lo cierto que, al margen de admitir la entidad demostrativa de ese evento, no puede olvidarse su naturaleza rigurosamente objetiva, con lo que bien podría decirse que luciría insuficiente si se ofrece insular, para los fines de establecer la concurrencia de otros elementos del injusto, algunos de ellos de naturaleza subjetiva. Dicho con otras palabras: la equivocidad de la flagrancia -porque de suyo apenas se constituye en un indicador de responsabilidad-, exige que la investigación no se quede anclada en esa evidencia solitaria, sino que obliga a buscar otros elementos de juicio que permitan construir sin sobresaltos un condigno juicio de responsabilidad penal; de no ser así, carecería de sentido práctico que a pesar de la flagrancia las actuaciones prosigan con el decurso legalmente establecido. El Tribunal tomando precedentes de la jurisprudencia nacional ya ha tenido la oportunidad de referirse sobre el asunto, con estas palabras:[10]

> "En el modelo de investigación y juzgamiento que gobierna este asunto, la flagrancia no constituye medio de prueba sino una circunstancia fáctica, que de todos modos sin embargo debe ser probada en el decurso del juicio. Que se demuestre su ocurrencia tiene la utilidad judicial práctica de determinar la legalidad de la aprehensión que es natural que acontezca, si es que acaso se dan las hipótesis de que habla el artículo 301 de la Ley 906 de 2004. Desde luego, como componente factual que es, puede servir como elemento indicador de la comisión de una conducta punible, pero eso sí, no es dable asignarle absoluta o suficiente connotación demostrativa para derivar convencimiento indubitable sobre la responsabilidad penal del encartado".[11]

Palabras autorizadas así lo han decantado:

> "A diferencia del sistema de la Ley 600 de 2000, en el actual Código de Procedimiento Penal la captura en flagrancia no es una prueba en sí misma, sino una circunstancia que se debe probar en el juicio, con el fin de acreditar que la captura en el momento de cometer un delito o inmediatamente después, es un elemento a considerar para inferir que el acusado fue el autor de la conducta por la cual se le juzga.
>
> Dicho de otro modo, la flagrancia es una situación que permite la aprehensión de un ciudadano que comete un hecho delictual y es descubierto en las condiciones definidas en el artículo 301 del Código de Procedimiento Penal, cuestión por supuesto distinta a la demostración que de dicha situación se debe hacer en el juicio y de su incidencia en la comprobación de la autoría y la responsabilidad (CSJ SP del 23 de noviembre de 2017, Rad. 45899)".[12]

En otra oportunidad la Corte había señalado:

> *'Por tanto, si un juez de control de garantías concluye que el imputado efectivamente fue sorprendido y capturado durante la comisión de la conducta punible, ello sólo es trascedente para el análisis de la medida preventiva, pero bajo ninguna circunstancia puede tenerse como hechos demostrados a efectos de establecer la responsabilidad penal.*

---

10 Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, sentencia del 24 de septiembre de 2020, radicado NI: 16192, M.P. Franco Solarte Portilla

11 Ver al respecto CSJ SP, 15 mar. 2017, rad. 48175

12 CSJ SP, 31 oct. 2018, rad. 46995

Esto último (la responsabilidad penal) debe resolverse en el juicio oral, por un juez imparcial, luego de un debate regido por los principios de inmediación, concentración, contradicción, confrontación, etcétera (Art. 16 de la Ley 906 de 2004).

(…)

Si se asume, como lo insinúan el delegado de la Fiscalía y la representante del Ministerio Público, que la captura en flagrancia, y las decisiones que al respecto tome el juez de control de garantías, implican dar por probado algunos hechos de cara al análisis de la responsabilidad penal del procesado, se dejarían sin efecto los principios rectores del sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, así como las garantías judiciales mínimas de los procesados, simple y llanamente porque la responsabilidad penal no se resolvería con base en la prueba 'que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento", como lo ordena el artículo 16 ídem".[13]

Habida cuenta que la delegada de la fiscalía fijó sus esperanzas de lograr un fallo condenatorio en este caso con la aducción solitaria del testimonio de quien en puridad fue el agente captor, en la práctica se quedó aquella sin soportes probatorios con los que hubiese podido enfrentar la teoría del caso hecha evidente por virtud de variadas intervenciones de la defensa, pero en particular por causa de lo que en juicio iba a ser recontado por los testigos, y que, al margen del estilo con el que haya sido propuesta, a la postre se tornaba simple y elocuente: aunque no le era exigible al profesional del derecho encargado de defender los intereses del acusado "demostrar la inocencia" de su representado, como así él lo dijo en los alegatos iniciales del juicio, de todos modos endilgaría su estrategia a probar que MCD fue víctima de una celada, en cuyos entornos emergía la idea de haber sido puesto, desde luego sin que pudiera saberlo, el vegetal ilícito en su carro.

Una calificación ligera de esa postura, hay que reconocerlo, llevaría a considerar su descrédito, primero, porque se trata de una salida desgastada en los estrados judiciales, que de entrada generalmente se desecha; y, segundo, por lo ya examinado en cuanto equivocadamente pervive la persuasión de que la demostración de reatos de la especie puede hacerse con suficiencia con la verificación del estado de flagrancia. Mas, una revisión cuidadosa de los detalles y las circunstancias podría develar, como de una vez lo anuncia la Sala sucedió en el presente proceso, que al menos la proyectada teoría defensiva pudo tener ocurrencia, merced a que razonablemente no puede hacerse al convencimiento de que ello no fue así o que, como lo aseveró la fiscalía, se trate de una coartada carente de respaldo evidencial. Veamos. Empecemos por decir que, no puede dejar de llamar la atención que la captura de MC se haya dado muy coetáneamente con el conocimiento de pesquisas adelantadas por las autoridades en contra del excompañero sentimental de la hija de aquel, un tal "Jair", aspecto que fue admitido sin reticencias por JAV. Pero claro, no es que este episodio aisladamente considerado pueda servir para erigir con contundencia un discurso que avale la teoría del caso de la defensa, porque en la veleidad del mundo de la fenomenología, las coincidencias se presentan, desafiando incluso inferencias cargadas de la máxima razonabilidad.

Siendo así, son otras circunstancias las que sumadas van dejando esa estela de dudas que impiden sin vacilaciones enarbolar un fallo condenatorio. Ya fue mencionado que aunque del referenciado testigo único de la fiscalía se extrajo información concerniente a cómo fue adelantado el procedimiento en cuestión, desde su génesis hasta su culmen, salen empero a la luz

13 CSJ SP, 15 mar. 2017, rad. 48175

algunos comportamiento del militar que, por ser francamente atípicos, destilan perplejidad y de contera irremisible cuestionamiento.

El Tribunal ocupó otro espacio de esta providencia para decantar las potestades y limitaciones que en eventos delictuosos ostentan quienes tienen vinculación con el Ejército de Colombia; además, que V sabía de esos hitos funcionales, demostrado con la realización de sus actividades en ese día, justo hasta donde se confió ser competente -la verificación de la flagrancia y la captura inmediata- y dejar el caso en manos de quienes poseían facultad para lo subsiguiente. Sin embargo, de sus propios labios se supo que posterior a la judicialización del asunto, prosiguió él adelantando gestiones que no le correspondía hacer, precisamente porque en el espíritu del ordenamiento jurídico le estaban asignadas a policía judicial, condición que el militar por lo visto no poseía.

En efecto, por más que su esfuerzo estuvo dirigido a despojar de irregularidad su actitud, lo cierto es que eso de citar y lograr una entrevista con la mencionada hija del procesado para comprometer su ayuda en unos procedimientos tendientes a acopiar datos que inequívocamente develarían supuestas acciones delincuenciales de quien fue su compañero sentimental, ponen al descubierto revelaciones de algo que, por lo menos, no resulta ser cristalino, como se corresponde con los estándares previstos para la investigación de delitos, marcados con la preservación y respeto de mínimas garantías ciudadanas.

No va a detenerse el Tribunal en determinar si resultaba legalmente posible que por conducto de la susodicha mujer pudiese clandestinamente dotar al ignoto investigado de un celular, con el fin de que a través de ese instrumento claramente iba a acopiarse conversaciones o diálogos, siendo que refulge la posibilidad de que con ello se buscaría saltar el rigor del rito que para esos menesteres implica la orden del fiscal sometido al debido control ante el correspondiente juez de garantías. Así está instituido legalmente, merced a que tal procedimiento implica la invasión al derecho constitucionalmente protegido de la intimidad.

Pero haciendo abstracción de eso, el cuestionamiento ya luce suficientemente visible, cuando es que quien hizo la captura del acusado y de haber agotado lo que legalmente le estaba permitido, se presta en una pretensa colaboración con miembros de la SIJIN para abordar a la hija de quien fue precisamente su capturado y hacerle de inmediato una propuesta que, si acaso resultaba lícita, eran justamente los miembros de aquella dependencia, dotados ellos sí de facultades de policía judicial, los llamados a ejecutarla.

Imposible soslayar, en ese orden de ideas, que la hija del enjuiciado se haya visto compelida a afrontar un enigmático encuentro no con cualquier persona, sino con una a quien su envestidura le otorgaba un plus de notorio poder, que emergía palmario por su sola condición de autoridad por ser un miembro del ejército –que para el caso ya resultaba azas suficiente-, pero además porque ese funcionario había sido ni más ni menos el que había realizado la captura de su padre; añádase la advertencia que V le hizo a la mujer, de que podría resultar probable que ella saliera involucrada en los supuestos actos delictuosos de su expareja.

Cuando se analiza todos estos acontecimientos vistos así, en conjunto, indefectiblemente domina al pensamiento una gran dubitación acerca de que el procedimiento y captura del hoy encartado y el subsiguiente abordaje del militar aprehensor a la hija de su capturado se debió a una simple y lisa coincidencia. Y el Tribunal lo sostiene no solamente por esa serie de actuaciones acabadas de referir, que por supuesto ameritan ser evaluadas en los escenarios de una

investigación disciplinaria, para lo cual se compulsará copias, sino además porque revisado con el indispensable detalle el discurrir del nada paradigmático operativo, de él se extraen algunas peculiaridades que, por eso mismo, terminan por fortalecer ese estado de incertidumbre hasta estas alturas ya robustecido.

En primera medida, resulta bastante extraño, por decirlo así, que el multicitado JAVZ en gesto de respeto por sus jerarquías en el ejército haya tenido la delicadeza de dar a conocer a sus superiores acerca de la información del transporte de estupefacientes y que merced a ese conocimiento iba a adelantar el procedimiento que en efecto hizo, pero en cambio ocultó a los altos mandos de la institución que prolongaría su gestión, previo sorprendente pedido de funcionarios de la SIJIN, programando encuentros justamente con la hija de la misma persona que previamente había capturado. En los justos planos de un obrar correcto, la información a sus superiores no debió estar sesgada, porque a más del evidente reporte positivo de la captura era menester que también haga saber lo que siguió haciendo, desde luego, bajo la égida de considerar que sus competencias funcionales lo habilitaban para ello.

Lo anterior, solamente desde la óptica de la prueba de cargo. Pero cuando se estudia el contenido de las probanzas aducidas al juicio por la defensa, ese estado de dubitación se consolida, así con la legitimidad que no se discute, la delegada de la fiscalía quisiera despreciar, con el socorrido argumento de que su contraparte ha intentado sin éxito enarbolar una coartada, precisamente aquella que en condiciones normales se desecha de plano, esta es, que el procesado fue en últimas víctima de una trama, consistente en que alguien literalmente "lo cargó", como es expresión que se acostumbra a utilizar en sucesos así.

Tal hipótesis fue apadrinada sin reticencias por el bloque defensivo y los testigos convocados para ese propósito, claramente lo sostuvieron en sus declaraciones. Claro está, bien se sabe que, en el rigor de la carga dinámica de la prueba, por cuenta de que en esos entornos se formuló por la defensa una específica e inequívoca teoría del caso, la simple exposición del dicho de los declarantes no basta para dar por cierto el contenido de un testimonio, cuando es que estos deberán ser sometidos al tamiz de la sana crítica y tras de ello, deducir su poder suasorio.

Así es que, tras renunciar a su derecho a guardar silencio, MCD suministró una versión de los hechos [14], en forma tal que, en esencia, alegó haber sido desconocedor de que en el vehículo que él conducía en la referenciada calenda, se encontraba el alijo de marihuana; vale decir, alguien subrepticiamente lo puso allí. Para persuadir, contó en detalle todas las actividades realizadas desde la víspera, en cuyos escenarios conoció por aparente coincidencia a una mujer, que dijo llamarse Marcela, la que le propuso le fuera prestado el servicio de transporte personal, que inicialmente lo prestó, quedando para el día siguiente volverla a transportar, que en efecto lo hizo, dejándola en el parque Nariño de esta ciudad, luego de lo cual fue interceptado por las consabidas autoridades, que hallaron la sustancia y lo capturaron.

La otra prueba que a instancia de la defensa se practicó en juicio, fue la atestación de MPV, hija del procesado.[15] De su intervención se destaca la confirmación de algo que no ha sido controvertido, ya analizado con la debida suficiencia en otro momento de esta sentencia, y que dice relación con la sorprendente reunión que tuvo con el aprehensor de su padre. Ya en lo que toca con la teoría exculpatoria, podría pensarse en principio que muy poco aporte

14 A partir del récord 1:06:23.

15 A partir del récord 1:31:21

brinda ese testimonio, debido a que, en puridad eso de que la sustancia pudo ser puesta en el lugar de su hallazgo no le consta a la deponente y más bien corresponde a una deducción que, asignándole credibilidad a su padre, devendría lógica.

Mas, su utilidad demostrativa está radicada en otros terrenos de la evaluación. En efecto, la posición activa y proactiva de MP luego de conocida la captura de su progenitor, que incluye desde luego por simple lógica la versión que de los hechos éste le propició, no corresponde con la que pudiesen adoptar las personas que sobre sus hombros -o de quienes ostenta alguna especie de interés sano- pesa una sindicación que fuese cierta sobre la comisión de un delito. La referida mujer, con necesario apoyo del procesado, emprendió la ejecución de una serie de actividades claramente direccionadas a encontrar elementos de juicio con los que demostraría la veracidad de la versión de su padre.

Ello, de suyo ya resulta bastante elocuente en la senda de considerar la inocencia del encartado, puesto que, contrariando en eso a la delegada de la fiscalía, no se observa que las connotadas pesquisas que la susodicha testigo emprendió por su propia cuenta, tuviesen el estímulo de la creación ficticia de una realidad, por el solo prurito de consolidar una coartada. Si bien en el plano especulativo quepan proposiciones como esa, también lo es que no cuenta el plenario con el menor elemento de convicción que apunte a esa posibilidad. Por el contrario, emergen razones persuasivas que hacen pensar en que MPV orientó sus actividades motivada por el propósito de descubrir la verdad, sin que sus gestiones se demeriten por haberse efectuado bajo los rudimentos empíricos y casi que instintivos, dado su comprensible desconocimiento de las técnicas investigativas.

El todo es que la testigo se desplazó por los lugares aledaños a la casa de habitación de sus padres y se aferró a la esperanza de acopiar registros visuales de algunas cámaras instaladas en establecimientos de comercio cercanos, logrando según su dicho evidencias que en su sentir iban a probar que no era imaginaria o infundada la existencia de la enigmática mujer a la que el acusado le atribuyó la posible puesta de la sustancia en el carro, porque según fue informado en audiencia, en el video que pudo recopilar se podía observar a aquella merodeando la residencia del enjuiciado, momentos previos a que sucedieran los hechos.

Lastimosamente no pudo la Judicatura tener acceso al contenido de su registro, y se lamenta que ello no ha sido posible por cuenta de una errática exigencia técnico jurídica hecha por el señor Juez de conocimiento, demandando insistentemente sentar las bases para su ulterior aducción cuando es que el defensor ya había cumplido suficientemente con esa forma. Mas, para lo que se viene tratando, la importancia de esa mención radica en que, se itera, había un marcado interés por parte de la deponente en comento, de buscar sustentos probatorios para afianzar la versión exculpatoria rendida por su padre, para cuyo logro medió el convencimiento de su realidad.

Pero eso no fue lo único que hizo MP. Desde su perspectiva había avizorado que en los contextos factuales donde su padre resultó privado de la libertad, ondeaban actuares poco claros, como resultaba ser la convocatoria a reunión que le hiciera el mentado JAV, lo que motivó a grabar en su celular las conversaciones con ese interlocutor sostenidas, lo mismo que hizo cuando dice haber sido visitada por otro enigmático personaje, un tal “ingeniero Carlos”, el que precisamente le habría confirmado la ocurrencia de una especie de complot que en su médula consistía en “cargar” del alucinógeno al procesado. Tampoco y por las mismas equivocadas exigencias judiciales le fue permitido a la defensa introducir esos medios de conocimiento, no obstante haber sido ordenada su aducción en la preparatoria.

En conclusión, no es este caso uno de aquellos donde se ha arribado a la convicción de que lo jurídicamente acertado sería la emisión de un fallo de condena, merced a que las inevitables dudas puedan ser desalojadas del pensamiento mediante un ejercicio de razonabilidad aplicado. Aquí ronda un estado de hesitación que, por lo visto con la necesaria extensión, persiste y obliga a la aplicación del ecuménico principio de in dubio pro reo, como lo hizo el Juzgado de origen. Tal cosa es así, sin entrar a considerar por innecesario otros puntos aducidos por el A quo, tales como el posible destino curativo que podría tener la sustancia vegetal encontrada o que pudiese considerársela como constitutiva de una dosis personal de aprovisionamiento. Se confirmará entonces la providencia confutada.

8. 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 la decisión asumida en la sentencia impugnada.

Segundo. **Compulsar** copias de la actuación ante la Procuraduría General de la Nación correspondiente para que investigue bajo los planos disciplinarios la actuación de JAVZ, en especial a lo realizado por él con posterioridad a la captura del procesado de este asunto.

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.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

FRANCO SOLARTE PORTILLA
Magistrado Ponente

HÉCTOR ROVEIRO AGREDO LÉON
Magistrado

BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
Magistrada

JURISPRUDENCIA CON PERSPECTIVA DE GÉNERO



MAGISTRADAS:

Dra. Marcela Adriana Castillo Silva
Dra. Paola Andrea Guerrero Osejo
Dra. Clara Inés López Dávila
Dra. Blanca Lidia Arellano Moreno
Dra. Aida Mónica Rosero García

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA LABORAL

M. PONENTE	**: DRA CLARA INÉS LÓPEZ DÁVILA**
NÚMERO DE PROCESO	**: 520013105003-2018-00438-01 (153)**
TIPO DE PROVIDENCIA	**: SENTENCIA**
CLASE DE ACTUACIÓN	**: RECURSO DE APELACIÓN**
FECHA	**: 16/12/2021**
DECISIÓN	**: CONFIRMA**

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION EN EL ÁMBITO LABORAL - Protección constitucional e internacional.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Obligación de los jueces de analizar los casos con enfoque diferencial.

PROHIBICIÓN DE DISCRIMINACIÓN – CRITERIOS SOSPECHOSOS: No se puede aplicar un trato diferente a partir de criterios sospechosos construidos con fundamento en razones de sexo, raza, origen étnico, identidad de género, religión y opinión política, entre otros.

DERECHO A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACION EN EL ÁMBITO LABORAL - CRITERIOS SOSPECHOSOS: Identidad de género y orientación sexual.

(…) las diversas manifestaciones, inclinaciones, orientaciones y opciones de género son válidas y legítimas en nuestro país y avaladas por el derecho Internacional, pues constituyen un elemento esencial de las personas y de su psique; por consiguiente, la protección debe ser amplia y encaminada a hacer respetar sus derechos a la igualdad, personalidad y a su libre desarrollo (C.P. arts. 13, 14 y 16), dado que, la identidad y la conducta sexual ocupan en el desarrollo, libertad y autonomía un lugar trascendental, como claramente lo dispone la Constitución Política y demás disposiciones legales, que en forma reiterada prohíben la discriminación, en cualquier escenario, en cuanto a orientación sexual, raza, u otro factor diverso. (…)

(…) el juez, al identificar un criterio sospechoso de diferenciación, debe abordar el asunto con enfoque diferencial, impartiendo a su decisión una perspectiva de género como forma de contribuir a superar la discriminación que históricamente ha existido y restablecer el derecho a la igualdad, esto es, tener en cuenta la posición de desigualdad histórica y debilidad manifiesta al momento de repartir la carga probatoria y valorar las pruebas. Bajo tales perspectivas, el enfoque de género le permite al juez evaluar el material probatorio de manera flexible e invertir la carga de la prueba, si resultare necesario, sin que ello implique, de manera alguna, abstenerse de estudiar el asunto conforme a los parámetros de la sana crítica. (…)

(…) con el propósito de garantizar el derecho a la igualdad en todas sus dimensiones, se requiere del operador judicial un riguroso análisis en su contexto temporal, social e histórico, pues una actuación discriminatoria basada, por ejemplo, en la orientación sexual, constituye lo que la jurisprudencia nacional e internacional ha denominado "clasificación o categoría sospechosa". (…)

(…) siendo que el actor pertenece a la comunidad LGBTIQ y cuenta con especial posición de debilidad manifiesta, lógico resulta analizar el caso desde una perspectiva de género y por ello, aplicando la facultad otorgada al juez en el artículo 167 del C.G.P. inciso segundo, le correspondía a la demandada la carga de probar que la omisión administrativa en el trámite relativo a la denunciada conducta de acoso laboral, se debió a una causa justificable, alejando toda sospecha de discriminación por razones de género del demandante. (…) Contrario a ello, las razones que el ente universitario aduce, en su defensa, es que el demandante nunca pidió al Comité continuar con el trámite, tampoco remitió memorial pidiendo impulso procesal o cualquier otra manifestación que permitiera entender su deseo de continuar con él, cuando todo ello resultaba innecesario si la demandada tenía un claro interés en alcanzar el objetivo o razón de ser de tales Comités. (…)

(…) las actuaciones administrativas necesarias para llevar un correcto manejo de una queja por razones de acoso laboral, a la luz de la Ley 1010 de 2006, le corresponden únicamente a la Universidad convocada a la presente Litis a través de su Comité de Convivencia Laboral, a quien de la misma manera le asiste el deber de prevenir cualquier forma de discriminación frente a su personal, dado que, conforme al artículo 14 de la Resolución 2646 del 17 de julio del 2008, estos Comités se constituyen como una medida preventiva del acoso laboral que contribuye a proteger a los trabajadores contra los riesgos psicosociales que afectan la salud en los lugares de trabajo.
(…)
En consecuencia, el ingente esfuerzo mostrado por pasiva de salvar sus responsabilidades transfiriéndoselas al demandante, a quien verdaderamente no le atañen, como una forma de ocultar la realidad, lejos de exonerar a la Universidad Mariana de actuaciones sospechosas y discriminatorias en contra del demandante la ratifican, por lo que para el Juez Colegiado, como lo fue para la jueza de primer grado, tuvo actuaciones sospechosas de discriminación (…)

PERJUICIOS MORALES SUBJETIVOS – TASACIÓN: Conforme principios de equidad, reparación integral e igualdad.

(…) dado el incuestionable "detrimento moral" sufrido por el demandante y los múltiples trastornos ocasionados por estrés y discriminación laboral, trastorno depresivo recurrente, ansiedad, entre otras afectaciones psíquicas, lo han llevado a estar bajo tratamiento médico hasta la fecha y le han generado sentimientos de perturbación, congoja, al punto de causarle un daño irreparable, que indiscutiblemente viabilizan condena por "daños morales". (…)

(…) ningún reproche merece la decisión impartida en primera instancia y por lo mismo será confirmada, en el sentido de condenar a la Universidad Mariana a pagar los perjuicios morales ocasionados al Sr. JDPR por exhibir claros actos de discriminación y desigualdad por razones de género. (…)

NOTA: La providencia en su integridad, puede ser consultada en la Revista El Foro Nariñés, edición No. 252, año 2021, pág. 179 y ss.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA PENAL

M. PONENTE : BLANCA LIDIA ARELLANO MORENO
NÚMERO DE PROCESO : 520016000492-2018-00134-01
DELITO : Actos sexuales con menor de 14 años
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA
CLASE DE ACTUACIÓN : RECURSO DE APELACIÓN
FECHA : 16/01/2023
DECISIÓN : REVOCA PARCIALMENTE

NULIDADES PROCESALES - No es cualquier irregularidad la que amerite tal declaración, sino una de tal naturaleza que no exista otro camino que retrotraer la actuación, siendo esta solución la última opción posible.

NULIDADES PROCESALES - Causales de nulidad: Taxatividad.

NULIDADES PROCESALES – Principios.

NULIDADES PROCESALES - Violación del derecho de defensa o del debido proceso en aspectos sustanciales: No se configuran.

(…) en el desarrollo del juicio, el Juzgado inobservó en forma flagrante los lineamientos que normativa y jurisprudencialmente se han establecido para evitar en esta clase de procedimientos, la vulneración de los más elementales derechos y garantías de un menor víctima, y su revictimización. (…)

(…) Estas falencias de tipo procedimental, sin embargo, no resultan determinantes para sancionar el avance procesal logrado, y corresponde atendiendo al principio consecuencialista mantener la audiencia de juicio oral, porque implicaría que la menor afectada se presente nuevamente a rendir testimonio, cuando es la misma ley la que exige que como regla general que los NNA víctimas sean escuchados en una sola ocasión, es decir que para el presente caso, aplicar el remedio extremo de la nulidad, implicaría someter a la menor víctima a un nuevo juicio (…)

(…) Pero además, se tiene que lo actuado no impedirá que se adopte una decisión de fondo, en tanto la prueba practicada en el juicio ofrece suficientes elementos para avanzar hasta determinar si se confirma o se revoca lo resuelto en primera instancia, en tanto se hace necesario aplicar los moduladores y principios fijados en el artículo 27 de la Ley 906 de 2004, que se armonizan con el interés superior de la menor (…)

EFECTIVA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE NNA VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES - Aplicación de los Instrumentos Internacionales en conjunto con la Constitución y el Ordenamiento Jurídico Interno.

DERECHOS ESPECIALES DE NNA 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.

PREVALENCIA DEL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR Y PRINCIPIO *"PRO INFANS"* - En toda actuación legal o administrativa, se debe buscar el bienestar integral del menor.

DERECHOS ESPECIALES DE LOS NNA 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.

DELITOS SEXUALES - Reglas para la valoración de las pruebas.

TESTIMONIO DE MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES – Valoración en forma integral con las demás pruebas obrantes en el proceso.

TEORÍA DE LA EVIDENCIA DE CORROBORACIÓN - Aplicación en los casos en los cuales el único testigo presencial de los hechos es la propia víctima o un menor de edad.

IN DUBIO PRO REO – ANÁLISIS PROBATORIO: El grado de certeza lo excluye de plano.

SENTENCIA CONDENATORIA - Convencimiento y conocimiento, más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado.

(…) de no decretarse la nulidad, para la Sala es imperioso traer a colación consideraciones sobre la proyección que se debe aplicar en el análisis probatorio, de la Perspectiva de Género, en casos, como el que aquí ocupa la atención, en tratándose de un delito de carácter sexual, donde confluyen en la víctima dos factores de vulnerabilidad que exigen de la Judicatura atención especial no solo por la condición etaria a la fecha de los hechos que la ubica en la fase de la niñez, sino además por su condición de mujer (…) Factores a los cuales se suma la relación existente entre el procesado y la menor, en medio de un entorno familiar, en el cual él ejercía el papel paternal, de autoridad y proveedor económico.

Además, se destaca que en casos como el hoy objeto de estudio, resulta necesario no solo que el Juez reconozca las condiciones de vulnerabilidad de la víctima, 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. Reconocimiento que no solo debe surtirse para determinar cómo desarrollar el juicio oral con participación de la menor, sino también para abordar el análisis probatorio. (…)

(…) encontramos en la Ley 1098 de 2006 o Código de Infancia y Adolescencia, varias normas que se constituyen en herramientas indispensables e imperativas, (no optativas) a la hora de

adelantar un proceso en el que las víctimas son menores de edad, siendo el Juez de conocimiento, en la etapa de juzgamiento, el garante principal de su aplicación. (…)

(…) el testimonio de la menor resulta merecedor de credibilidad, y encuentra suficiente apoyo en las demás pruebas que se practicaron en el juicio, por lo que, a criterio de la Sala, los atentados sexuales en contra de M.G.S. sucedieron y que su autor y responsable es GDPN, quien actúo en forma dolosa, por lo que la sentencia de primera instancia será revocada y en su lugar se procede a emitir sentencia condenatoria.(…)

MINISTERIO PÚBLICO – Funciones.

MINISTERIO PÚBLICO – Vulneración del debido proceso por afectación del principio de igualdad de armas: No se configura.

(…) Que, en este proceso, su criterio no coincide con la tesis defensiva sino con la expuesta por la Fiscalía, no significa que haya actuado en forma ilegal y sesgada. Recuérdese que, en cumplimiento de sus deberes, y dependiendo de cada caso y de lo probado en cada juicio, es posible, y por supuesto muy frecuente, que termine compartiendo la posición de alguna de las partes, ya del ente acusador, ya de la Defensa, sin que, hacerlo, signifique una actuación irregular, y mucho más en sede de juicio en el que el legislador solo prevé dos salidas jurídicas la absolución o la condena. (…)

(…) la participación activa de la delegada del Ministerio Público no ha propiciado ninguna situación que altere el procedimiento ni vulnere el principio de igualdad de armas (…) y no existe fundamento objetivo y comprobable que lleve a pensar que sea parcializada, sesgada y desproporcionada (…)

N**OTA: La providencia en su integridad, puede ser consultada en la Revista El Foro Nariñés, edición No. 253, año 2022, pág. 300 y ss.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO
SALA CIVIL FAMILIA

M. PONENTE : DRA AIDA MÓNICA ROSERO GARCÍA
NÚMERO DE PROCESO : 520013103004-2013-00026-02 (513-02)
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA
CLASE DE ACTUACIÓN : RECURSO DE APELACIÓN
FECHA : 17/11/2020
DECISIÓN : CONFIRMA

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 el 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 – 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.

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 y 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 - 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.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – Efectos de la absolución penal en los procesos de carácter civil: El principio de unidad de la jurisdicción es un criterio orientador en la actividad del juez civil, 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 (…) dentro del cual se absolvió al demandado del delito de acceso carnal o acto sexual en persona puesta en incapacidad de resistir.

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.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL – ELEMENTOS: Se configuran.

Conforme el 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, siendo que 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 familiares, sociales, económicos y afectivos; demostrándose así mismo, que tales daños fueron consecuencia de la violencia psicológica ejercida por el demandado sobre la actora.

N**OTA: La providencia en su integridad, puede ser consultada en la Revista El Foro Nariñés, edición No. 251, años 2019-2020, pág. 112 y ss.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA CIVIL FAMILIA

M. PONENTE : DRA PAOLA ANDREA GUERRERO OSEJO
NÚMERO DE PROCESO : 520013103002-2020-00091-02 (841-02)
TIPO DE PROVIDENCIA : SENTENCIA
CLASE DE ACTUACIÓN : RECURSO DE APELACIÓN
FECHA : 14/12/2022
DECISIÓN : MODIFICA

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – Elementos.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – Análisis con Perspectiva de Género.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – La víctima está legitimada para grabar su propia voz, cuando es afectada por una conducta ilícita y por ende vulneradora de sus derechos fundamentales.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL POR DAÑO PROVENIENTE DE UN DELITO – Exclusión Probatoria de grabación de conversaciones decretadas como prueba: No procede.

(…) ciertamente las grabaciones aportadas con el libelo genitor, se podrían calificar de ilícitas, al tocar con la intimidad del señor LAMR y no apreciarse que hubiere mediado una autorización de su parte al respecto. Empero, estando comprometida también la intimidad y la dignidad personal de MAEP, mujer que habría sido presuntamente víctima de acoso sexual y, contándose con su autorización como interviniente en la comunicación telefónica finalmente grabada, (…) se infiere que resultaba factible su aportación al proceso con fines probatorios. (…)

(…) Por ende, puede tenerse por demostrado que el demandado participó de la conversación telefónica contenida en las grabaciones aportadas por la actora. (…)

(…) en relación con este demandado, destacamos que se abstuvo de controvertir el acto que el extremo activo de la relación jurídico procesal le endilgó y que denominó acoso sexual, mismo que la primera instancia encontró demostrado con las grabaciones que acompañaron la demanda y con las manifestaciones expuestas por el mismo demandado en su intervención ante el Tribunal de Ética Médica, limitándose a censurar el valor probatorio otorgado a las grabaciones que acompañaron a la demanda, así como a alegar que el acoso se verifica por conductas reiteradas y, que en realidad no existía una relación de subordinación con su docente. (…)

(…) si bien la génesis del daño reclamado está determinada por un acto personal y privado del señor LAMR, quien fuera docente de la Facultad de Medicina de la Universidad … avizora la Sala que para eludir su responsabilidad, el centro de estudios argumentó que ante la queja presentada por la estudiante MAEP se tramitó el respectivo proceso disciplinario y se dispuso la desvinculación del docente. (…)

(…) analizada la aludida actuación disciplinaria, sin dificultad se avizora que el ente universitario estuvo lejos de adelantar una investigación seria y a profundidad, como lo ameritaba el caso (…)

(…) En cuanto a la separación del cargo del docente, tomando en consideración las características del vínculo que ataba al docente MR con la Universidad…, (…), se deduce que más allá de una desvinculación de cara a lo sucedido, lo que ocurrió fue nada más que la finalización del término del vínculo. (…)

PERJUICIOS MATERIALES – Tasación.

(…) aunque si podría considerarse una objeción la controversia acerca de la generación de los gastos de la estudiante en la ciudad de …, se sale al paso manifestando que los ítems relacionados, como son la manutención, transporte, internet y demás servicios públicos, aún cuando obviamente se consumían también durante la estancia de la estudiante en su ciudad de origen, se justifican porque en su residencia eran absorbidos por los gastos generales del hogar, mientras que al estar en otro municipio adquieren carácter independiente y de igual forma deben cubrirse.

En este orden, se asoma factible el reconocimiento pleno de los perjuicios solicitados, como lo proponen los actores, habida consideración de que no se encuentra la razón para que la a-quo hubiere procedido a su disminución, más aún cuando por lo expuesto, la falta de prueba de los perjuicios no puede constituir una objeción propiamente dicha y, aparece coherente la generación de gastos adicionales debido al traslado y que antes permanecían al cobijo de los gastos hogareños, acotando que es un hecho notorio que el costo de vida en una ciudad como …, es superior al de la ciudad de Pasto. (…)

PERJUICIOS MORALES - Valoración según el arbitrio judicial, conforme las pruebas, naturaleza del derecho afectado y magnitud del daño.

(…) se avizora que los perjuicios morales reconocidos a los actores por cuenta del acoso del que fue víctima la hija de la familia, que implicó su traslado por espacio de 2 años a una ciudad lejana y hondas repercusiones en sus vidas, no resultan desproporcionados. (…)

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES: Protección en materia civil de los bienes jurídicos de especial relevancia constitucional.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - La defensa del principio supremo de la dignidad humana mediante el resarcimiento integral del perjuicio que se ocasiona a los bienes más preciados para el individuo, es una institución del derecho civil, y como tal, requiere para su concesión del cumplimiento de los requisitos de esta clase de responsabilidad.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - Es posible que el quebranto de los intereses superiores de carácter personalísimo coexista con otro tipo de daño cuando cada uno de ellos tiene su causa adecuada en una conducta distinta y no confluye en un único perjuicio.

DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES POR LA VULNERACIÓN DE DERECHOS HUMANOS FUNDAMENTALES - Reparación simbólica: Procedencia al ser independiente de la reparación por daño moral, por lo cual no habría doble resarcimiento.

(…) En el caso presente, se tiene por establecida la responsabilidad civil referenciada en la demanda, encontrándose involucrada la dignidad humana de una mujer que fue víctima de una conducta de ribetes sexuales en su contra que en su momento llegó a trastocar su proyecto y condiciones de vida por espacio de dos años, afrenta cuyo resarcimiento se pretende también a través de esta acción.

Con esto en mente y aplicando la perspectiva de género, se juzga factible proceder con el resarcimiento integral de modo tal que abarque el generado por el desconocimiento de la aludida garantía *ius fundamental* y, por aludir a un daño ocasionado en su dignidad de mujer, escapa a la indemnización por daño moral reconocido a la víctima directa, con el cual coexiste. (…)

(…) la demandante suplica que este especial resarcimiento se verifique a través de un acto de perdón público en las instalaciones de la Universidad … siendo esta una reparación simbólica (…)

N**OTA: La providencia en su integridad, puede ser consultada en la Revista El Foro Nariñés, edición No. 253, año 2022, pág. 44 y ss.**

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO SALA CIVIL FAMILIA

M. PONENTE : DRA MARCELA ADRIANA CASTILLO SILVA
NÚMERO DE PROCESO : 2023-00088 (362-23)
TIPO DE PROVIDENCIA : ACCIÓN DE TUTELA
CLASE DE ACTUACIÓN : IMPUGNACIÓN
FECHA : 29/05/2023
DECISIÓN : REVOCA Y CONCEDE AMPARO

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Procedencia excepcional cuando la trasgresión de los derechos fundamentales es protuberante.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES – Efectiva protección de los derechos de las mujeres: Perspectiva de género en la administración de justicia.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES –Subsidiaridad: Procedencia a pesar de no haberse agotado los medios de defensa legales.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES - Defecto Sustantivo: Vulneración del derecho fundamental al debido proceso por indebida motivación de la sentencia.

(…) si bien la accionante no interpuso el recurso de reposición y queja en contra de la providencia que negó el recurso de apelación que presentó, es palpable la incursión de la juzgadora acusada en un defecto que autoriza la intervención del juez constitucional, dado que no era viable proferir esa decisión (…)
(…) se ha censurado las actuaciones del Juzgado (…) dentro del proceso de restitución de inmueble arrendado (…), pretendiendo que se declare la nulidad de todo lo actuado en el proceso y se ordene la suspensión de la materialización de la entrega del bien raíz encartado, pues la accionante afirma que es poseedora del inmueble involucrado en el asunto. (…)

(…) En este caso se configura el defecto sustantivo por insuficiente motivación en la decisión cuando la argumentación utilizada para rechazar de plano la oposición abordó la legitimidad de la accionante y los efectos de la sentencia en su contra, con fundamento en ser la compañera permanente del arrendatario, pero dejó de lado estudiar y pronunciarse sobre que esa llegada fue producto de la convivencia y de la familia que ese momento formaban (…)
(…) la motivación de la providencia que resolvió la oposición es superficial pues valoró la prueba desde una perspectiva limitada, soslayando que el panorama planteado por la incidentalista se fundaba precisamente en que rotos los lazos familiares el demandado en restitución salió del inmueble objeto del proceso que había sido antes la vivienda propia familiar, pero poco antes y en simultánea realizó dos actos jurídicos: se lo vendió a su hermano y este el mismo día se lo arrendó al vendedor quien pocos días después salió de la vivienda común.

Inexplicablemente el proveído acusado no hizo ninguna consideración de las circunstancias en que se llevaron a cabo los negocios jurídicos simultáneos de venta y arrendamiento celebrados entre los hermanos, soslayando simplemente su análisis señalando que no se estaba ante un proceso de simulación, lo que impidió conocer el tratamiento dado a las razones que esgrimió la opositora para fundar la posesión del inmueble a partir del momento en que ingresó al mismo como compañera permanente del demandado en el año 2013, pues continúo residiendo en el inmueble con sus hijas, después de la separación.

Obvió hacer un análisis de la procedencia de aplicar la perspectiva de género ante la existencia de una categoría sospechosa por la posibilidad de que el ahora excompañero permanente de la opositora pudiera haber utilizado sus derechos como propietario del inmueble, como una herramienta de violencia en contra de ella y de sus hijas comunes, quienes habitaban el inmueble objeto de restitución. (…)

(…) ese análisis superficial de las pruebas supone la incursión de la funcionaria acusada en un defecto fáctico que amerita la intrusión excepcional del juez constitucional para dejar sin efectos el proveído atacado y ordenar la emisión de un nuevo pronunciamiento judicial en el que se aborden los tópicos enunciados y se resuelva nuevamente la oposición planteada. (…)

N**OTA: La providencia en su integridad, puede ser consultada en la Revista El Foro Nariñés, edición No. 253, año 2022, pág. 35 y ss.**



MARÍA P.
ESTACIO ALEGRÍA

Lideresa social y comunitaria
Tumaco, Nariño

En su entorno la conocen como María P. María Presentación ha estado, está y, por lo visto, estará en todo. Su liderazgo se nota tanto en la catequesis junto a las niñas y los niños que prepara para los rituales de su fe, en el barrio donde hace parte de la Junta de Acción Comunal, así como en la búsqueda de personas desaparecidas o atendiendo las demandas de su comunidad.

María P sabe sobre lo que significa gestionar energía para su pueblo, así como de defender la tierra o de hacer sentir la voz de las mujeres en la Mesa Municipal de Género. Si hay que atender el tema de la migración también ahí está MaríaP y si tiene que trabajar con las y los jóvenes ella ahí está, en la primera línea de acción.

Si es tiempo de recuperar las manifestaciones de la cultura propia del pacífico, pues ahí también surge el nombre de María Estacio para que los cantos tradicionales, los arrullos y los alabaos, no mueran en el corazón de los más jóvenes.

Siendo muy niña fue testiga de cómo el maltrato y la violencia contra las mujeres iba en contra de su sentir y su visión de futuro. Su ombligo está en el campo, pero desde joven supo que tenía que salir a formarse, a estudiar y a no ser, más adelante, una víctima más de las violencias de las que miró en su juventud. Sin saberlo ya se perfilaba como una defensora de los derechos de las mujeres.

Aunque le gusta la política, desde su empoderamiento sabe que su nombre no podrá ser usado como relleno para buscar la paridad en el escenario electoral. Promueve que las mujeres crean en las mismas mujeres y desde donde pueda, quiera y tenga que estar, el nombre de María P, de María Presentación Estacio se seguirá escuchando como la evidencia clara de las capacidades, poder y determinación de las mujeres del pacífico.

Narrada por la protagonista.

SENTENCIAS DE LOS JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO

JUECES:

Dr. Mario Ernesto López Garcés
Dra. Eva Sofia Salcedo Galvis
Dr. Mario Ricardo Paz Villota

SIMULACIÓN ABSOLUTA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA – Elementos.

SIMULACIÓN ABSOLUTA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA - ANALISIS PROBATORIO: El indicio como medio para llegar a la verdad de los hechos.

INDICIOS: APRECIACIÓN PROBATORIA: Su análisis debe efectuarse en conjunto con los demás medios de prueba obrantes en el proceso.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA RAMA JUDICIAL - Deber constitucional de administrar justicia aplicando este enfoque.

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA – PREVENCIÓN Y SANCIÓN DE TODAS LAS FORMAS DE VIOLENCIA O DISCRIMINACIÓN CONTRA LAS MUJERES: Análisis de la negación de derechos de propiedad con base en las labores del hogar, reservadas por estereotipo a las mujeres, lo cual es un aporte en efecto a la sociedad patrimonial.

SIMULACIÓN ABSOLUTA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA – Se configura.

(…) debe anunciar el despacho que abordará el análisis del caso junto a las pruebas, desde una perspectiva de género, porque dentro del trámite procesal se han presentado varias circunstancias que así lo reclaman. (…)

(…) Estos factores nos alertan que puede haber una desigualdad por el tema de género, pues, contrastados con la situación que ha vivido históricamente la mujer, son característicos de la violencia hacía ella. (…)

(…) bajo una óptica de género, este juzgado encuentra a través de la prueba recaudada la configuración de varios indicios que nos permiten avizorar que la venta consignada en la escritura (…) es totalmente simulada. (…)

(...) Deja entonces entrever esa actitud evasiva frente a un hecho probado, que el demandado es reacio a aceptar que el bien inmueble pueda entrar a formar parte de la masa patrimonial y sea repartido entre los excompañeros permanentes. (…) ¿Y esto por qué puede darse? cabe la pregunta. Y la respuesta la avizoramos con el análisis de la actitud del señor F bajo una perspectiva de género, que nos deja concluir simplemente que, para él, la demandante no tiene derecho frente a ese bien porque no trabajó para conseguirlo. (…)

(…) Mírese como aquí se ve reflejado el estereotipo (…) cómo la negación de cualquier derecho patrimonial de la actora frente al bien obedece al rol estereotipado y discriminatorio del papel de la mujer, que desconoce que su trabajo en el hogar contribuye al crecimiento de la sociedad patrimonial. (…) Se devela luego que el motivo que realmente impulsó al señor MS a enajenar el inmueble en favor de un tercero fue sacar el bien del inventario de la sociedad patrimonial, porque, para el demandado no le resulta justo que, habiendo él iniciado como comerciante y matriculado a su nombre el establecimiento de comercio, su ex compañera permanente tenga derecho sobre el bien donde funciona ese establecimiento, cuando ella solo se desempeñó como ama de casa. (…)

(…) se han satisfecho los presupuestos establecidos para la prosperidad de la pretensión de declaración de simulación, en la medida en que: primero, se probó la existencia del contrato que se dice es fingido por medio de la escritura pública (…); también se probó en segundo lugar la legitimación de la demandante para proponer la

pretensión en cuanto ella reclama que ese bien, siendo adquirido dentro de la unión marital de hecho, fue vendido con el objeto de que no entrara como activo dentro de la sociedad patrimonial que se encuentra en estado de liquidación; y la legitimación de los demandados en tanto son ellos los que concertaron el negocio simulado sobre el que hacen parte como vendedor y como comprador; y la tercera situación que se prueba, es la presencia de suficientes indicios, que atados, analizados en conjunto y articulados, nos indican que el negocio no es real. (...)

JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE LA CRUZ, NARIÑO.

La Cruz, seis (06) de marzo de dos mil diecinueve (2019)

Radicación : 2018-00019.
Asunto : Sentencia
Juez : Dr. MARIO ERNESTO LÓPEZ GARCÉS

I. HECHOS

Los hechos que resultan relevantes para resolver el asunto fueron resumidos de la siguiente forma:

El señor F se inscribió como comerciante el 6 de octubre de 2004 ante la Cámara de Comercio e inició un negocio de venta de celulares y equipos de comunicación denominado "La Patojita".

El 12 de marzo de 2008, el señor F y la señora Y iniciaron una unión marital de hecho [la que posteriormente fue] declarada judicialmente.

El 1° de noviembre de 2015 la mencionada pareja comenzó a tener problemas maritales.

El 5 de noviembre de 2014, el señor F adquirió a nombre suyo el inmueble en donde venía funcionando el establecimiento de comercio "La Patojita".

El 29 de agosto de 2017, el señor F vendió el inmueble a el señor P.

El 4 de octubre de 2017 la unión marital de hecho entre el señor F y la señora Y se dio por terminada.

II. CONSIDERACIONES

DE LA SANIDAD PROCESAL. - No se advierte que en la tramitación del presente proceso, se haya incurrido en causal de nulidad insanable o una de aquellas que deban ser puestas en conocimiento de las partes. Cabe mencionar que la sentencia se dicta en el lapso de un año establecido en el artículo 121 del C. G. del P., teniendo en cuenta que el proceso fue suspendido de común acuerdo por las partes por el término de un mes.

DE LOS PRESUPUESTOS PROCESALES.- Los presupuestos procesales, considerados como requisitos para la conformación válida de la relación jurídico procesal, se cumplen a cabalidad en este caso, pues, en primer lugar, el escrito de demanda se elaboró con observancia de las exigencias contempladas en la ley procesal; en segundo lugar, este despacho es competente para conocer del asunto, dada la su naturaleza, su cuantía y la ubicación del inmueble objeto del litigio; y tres, la demandante y los demandados tienen capacidad para ser parte y para comparecer al proceso, al tratarse de personas naturales, sin ningún decreto de interdicción judicial que acudieron con la mediación de apoderado judicial con capacidad postulativa y debidamente constituido.

DE LA LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA.- Se halla acreditada esta, por activa y por pasiva, puesto que se encuentran vinculadas en el proceso como demandante quien afirma tener derecho sobre el inmueble que fue vendido por su compañero permanente, el señor F, ya que aquel hace parte integrante de la sociedad patrimonial surgida entre la señora Y y el mentado señor F; y tiene como demandados a quienes hicieron parte del negocio jurídico de compraventa alegado como simulado, en calidad de vendedor el señor F y de comprador el señor P.

DE LA SIMULACIÓN. - Antes de analizar las particularidades del caso, es necesario hacer referencia o referirnos, con el propósito de ambientarnos, a la figura jurídica de la simulación.

Pues bien, [la simulación] se configura, cuando las partes vinculadas en un contrato consignan en un documento, declaraciones que total o parcialmente no corresponden al convenio realmente celebrado, lo que hace que se presente una disparidad entre la voluntad real, que es la que se oculta, y la voluntad aparente, que es la que se hace pública ante las demás personas.

Ahora, esta simulación puede presentarse de forma relativa y/o absoluta.

Es relativa cuando s**í** se quiere realizar un negocio, pero distinto al establecido en el contrato, por ejemplo, cuando en el contrato se plasma una donación para trasferir la propiedad de un bien y lo que realmente se está celebrando es una compraventa oculta.

Y es absoluta cuando el negocio es totalmente ficticio, es decir, no existe un ánimo verdadero de entregar a otra persona la propiedad de un bien, sino en ocasiones la intención es desprenderse de [la cosa] aparentemente, pero para burlar a los acreedores, por ejemplo, a la DIAN; no dejar los bienes como herencia a los herederos o al cónyuge supérstite, o sacar los bienes de la sociedad conyugal o patrimonial, en fin, para quebrantar derechos de terceros.

Ahora bien, para que prospere las pretensiones de simulación es necesaria la demostración de tres elementos esenciales:

El primero, la existencia de un contrato que se dice es fingido; la segunda, la legitimación del demandante para proponer la acción y la legitimación del demandado para responder por ella; y el tercer requisito, es la presencia de pruebas que indiquen que el contrato no es real.

Frente a lo expresado de último, cabe mencionar que el material probatorio debe apreciarse y valorarse en conjunto, de acuerdo a la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades exigidas en la ley sustancial. Aunado a que los indicios constituyen la prueba por excelencia en la simulación, porque ante la realidad aparente del contrato, dado que está rodeado de la formalidad necesaria, casi no existen pruebas directas acerca de que el negocio es fingido.

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, se pronunció sobre este punto, realizando las siguientes precisiones:

Por las características, modalidades, cautela de las partes y circunstancias 'que rodean este tipo de negocios, en orden de desentrañar la verdadera intención de los contratantes, se acude las más de las veces a la prueba de indicios, mediante la cual a partir de determinados hechos, plenamente establecidos en el proceso, como lo exige el artículo 248 del Código de Procedimiento Civil, el juzgador despliega un raciocinio mental lógico que le permite arribar a otros hechos desconocidos' (CSJ SC 24 de octubre de 2006, rad. 00058-01)

Ahora, teniendo en cuenta lo expuesto en la doctrina y la jurisprudencia, es posible realizar un listado enunciativo de las circunstancias consideradas como indicios de simulación, para lo cual, traemos a colación lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Civil, quien se pronunció en el siguiente sentido:

"De ordinario, se establecen por indicios de la simulación, 'el parentesco, la amistad íntima, la falta de capacidad económica del adquirente, la retención de la posesión del bien por parte del enajenante, el comportamiento de las partes en el litigio, el precio exiguo, estar el vendedor o verse amenazado de cobro de obligaciones vencidas, la disposición del todo o buena parte de los bienes, la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes, la forma de pago, la intervención del adquirente en una operación simulada anterior, etc.', 'el móvil para simular (causa simulandi), los intentos de arreglo amistoso, el tiempo sospechoso del negocio, la ausencia de movimiento en las cuentas bancarias, el precio no entregado de presente, el lugar sospechoso del negocio, la documentación sospechosa, las precauciones sospechosas, la no justificación dada al precio recibido, la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz, etc.."[1]

DEL CASO EN CONRETO. - Se entrará a resolver el caso puesto a consideración de este Despacho, teniendo en cuenta las bases jurídicas reseñadas en precedencia y atendiendo la discusión planteada desde el punto de vista de la demandante y del punto de vista de los demandados, siendo la tarea que surge en primer término para este juzgador, el establecer si las pruebas recogidas en el proceso permiten concluir que la venta contenida en la escritura pública 142 de 29 agosto de 2017, corrida en la Notaría Única de San Pablo, registrada en el folio de MI 246-27237, es absolutamente simulada.

Y en aras de asumir dicha tarea, debe anunciar el despacho que abordará el análisis del caso junto a las pruebas, desde una perspectiva de género, porque dentro del trámite procesal se han presentado varias circunstancias que así lo reclaman.

---

1 Sentencia del 13 de octubre de 2011, rad. 2002-00083-01

El punto de partida que lleva a este Juzgador a considerar que estamos frente a un tema de género es precisamente que el extremo demandante lo ocupa una mujer.

Pero a ello, también se suma que nos encontramos con una persona que a partir de la ruptura de la relación con quien fue su compañero permanente, se ha visto en una situación económica desmejorada, ya que quedó sin los ingresos que le generaba el establecimiento de comercio "La Patojita", sin ningún bien a su nombre, sin dinero en sus cuentas bancarias y bajo el mantenimiento de sus padres, esto según se extrae de los documentos aportados por la parte demandante al momento de solicitar una reducción en la caución necesaria para registrar la medida cautelar pedida por la parte demandante, documentos que hacen referencia: (i) a la Resolución 004 expedida por el Comisario de Familia de San Pablo; (ii) las declaraciones extrajuicio de las señoras A y M; (iii) los extractos bancarios y (iv) la consulta realizada a Instrumentos Públicos acerca de la propiedad [sobre] inmuebles en cabeza de la señora Y (demandante); y lo que llevó al Juzgado, en su momento, a considerar esta situación y permitir, precisamente, que el monto de la caución fuera menor al inicialmente establecido.

Además, no se pasa por alto que la señora Y hasta el momento de rendir su declaración comentó que no había terminado el bachillerato.

Estos factores nos alertan que puede haber una desigualdad por el tema de género, pues, contrastados con la situación que ha vivido históricamente la mujer, son característicos de la violencia hacía ella.

Como se dijo, históricamente la mujer, ha sido víctima de la violencia estructural ejercida por la sociedad y las leyes desde una lógica de cumplimiento de estereotipos, que la ha llevado a asumir roles de género no productivos y a ser víctima de tratos diferenciales por su simple condición de ser mujer. Siendo igualmente invisibilizada desde lo social, lo político y lo económico.

Vemos en este contexto que mientras a los hombres les fue asignado un rol productivo, a las mujeres, mientras tanto se les dio uno reproductivo, que por muchos años les ha imposibilitado acceder a la educación, trabajar y manejar o adquirir propiedad sobre bienes, aspectos avizorados en este caso.
Esto no es [algo que resulte de] la imaginación, miren por ejemplo hasta antes de las reformas introducidas al Código Civil en 1974 existían artículos como el 177 que decían, expresamente**:**

> *'ARTÍCULO 177. La potestad patrimonial es el conjunto de derechos que las leyes conceden al marido sobre las personas y bienes de la mujer."*

Otro ejemplo es el artículo 181. El que decía antes de ser derogado "Sin autorización escrita del marido no puede la mujer casada comparecer en juicio, por sí, ni por procurador, sea demandado, o defendiéndose".

Asimismo, el artículo 182 señalaba: "La mujer no puede, sin autorización del marido, celebrar contrato alguno, ni desistir de un contrato anterior, ni remitir una deuda, ni aceptar o repudiar

una donación, herencia o legado, ni adquirir a título alguno oneroso o lucrativo, ni enajenar, hipotecar o empeñar".

La desigualdad que se refleja en esta legislación se da pues porque precisamente, se consideraba a la mujer casada como una persona incapaz y, en tal virtud, le impedía, que pudiera ejercer la administración y disposición de sus bienes, pues ello sólo le incumbía a su esposo, por eso las mujeres no podían ni contratar, ni hipotecar, ni vender, ni comprar bienes inmuebles, ni aceptar herencias, ni comparecer a los juicios, sin la autorización del marido.

Esta problemática aunque pudiera decirse que ya no se presenta tan abiertamente con un respaldo de las leyes, no ha desaparecido y se ve acentuada en nuestro imaginario colectivo, pues no ha desaparecido la subordinación de la mujer frente al hombre, debido en muchos casos a la dependencia económica, ya que se ve al varón como proveedor de bienes y servicios y a la mujer como la que se encarga de los quehaceres de la casa, pero esa labor que la mujer desempeña en el hogar no es reconocida ni valorada como un verdadero aporte de trabajo a la sociedad conyugal o patrimonial de los compañeros permanentes, sino como una actividad que la mujer debe desempeñar obligatoriamente por ser mujer, precisamente por eso, por ser mujer, ya que por estereotipos, ella es la que sabe barrer, cocinar, lavar ropa, cuidar niños, es decir esas labores están reservadas exclusivamente a ellas, y eso hace que no se le dé el valor que realmente tiene.

Este estereotipo también ha hecho que el trabajo de la mujer no tenga ningún reconocimiento económico y que los hombres sean quienes tomen, unilateralmente las decisiones relacionadas con los bienes y sean quienes deciden qué hacer con el dinero, así la mujer haya aportado con actividades en el hogar.

Son estos motivos los que llevaron al constituyente de 1991, a tomar medidas para cerrar la brecha a la desigualdad material entre hombres y mujeres, incluyendo políticas e incorporando tratados y convenios internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad y que luchan por ese fin, removiendo las barreras o aliviando las consecuencias que la discriminación ha provocado en contra de las mujeres.
En ese sentido, la Ley 1257 de 2008, mediante la cual se propende por la sensibilización, prevención y sanción de todas las formas de violencia o discriminación contra las mujeres, empieza por consagrar en su artículo 3º cuáles las tipologías de daño contra la mujer con la finalidad de aplicarlas a las políticas públicas y la implementación de las perspectivas de género en el acceso a la justicia.

De esta manera se puede decir qué se constituye [como] daño, para lo cual [se hará] especial énfasis en el cuarto, que hace referencia al daño patrimonial:

a. Daño psicológico.
b. Daño o sufrimiento físico.
c. Daño o sufrimiento sexual.
d. Daño patrimonial: se entiende como la perdida, transformación, sustracción, des-

trucción, retención o distracción de objetos, instrumentos de trabajo, documentos personales, bienes, valores, derechos o económicos destinados a satisfacer las necesidades de la mujer.

Descendiendo al caso en particular, bajo una óptica de género, este juzgado encuentra a través de la prueba recaudada la configuración de varios indicios que nos permiten avizorar que la venta consignada en la escritura 142 de 29 agosto de
2017 de la Notaría de San Pablo, es totalmente simulada.

El primer indicio que nos lleva a ello es el denominado por la doctrina y la jurisprudencia como "causa simulandi" o la causa de simulación. Este indicio es de gran relevancia, pues nos muestra el móvil o la causa que llevó a realizar el contrato.

Cabe señalar que no se discute que el señor F se registró como comerciante desde el 6 de octubre de 2004 y matriculó a su nombre el establecimiento de comercio "La Patojita", pues así lo demuestra el certificado de Cámara de Comercio que obra a folio 99 del proceso.

Tampoco que la señora Y y el señor F convivieron como pareja desde el 12 de marzo de 2008 hasta el 4 de octubre de 2017, formando una unión marital de hecho, como lo indica la parte resolutiva de la sentencia de 11 abril 2018[2] proferida por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de La Cruz y que dentro de esa relación procrearon un hijo.

Igualmente, no se discute que el 5 de noviembre de 2014 por medio de la Escritura Publica 193 de la Notaria de San Pablo, el señor F compró parte del lote identificado con la MI 246-1984, por valor de 130 millones. Y que después esa parte fue segregada, individualizada y registrada a nombre del señor F con la MI 246-27237; dicho predio es distinguido por las partes en este proceso como lote No. 1.

Así mismo, no se controvierte que el bien en mención fue enajenado por el señor F en favor de P, el 29 de agosto de 2017 por medio de E.P. 142 de la Notaría de San Pablo.
De esta reseña surge con claridad que el inmueble en disputa fue adquirido indudablemente en vigencia de la unión marital de hecho mantenida entre la señora Y y el señor F, entre el 12 de marzo de 2008 hasta el 4 de octubre de 2017, tiempo, dicho sea de paso, superior a los dos años, lo que da a entender que este inmueble debe entrar en la liquidación de la sociedad patrimonial surgida a partir de la desintegración de la unión marital de hecho declarada por la señora Jueza Promiscuo de Familia de este Circuito, primera circunstancia que nos esboza el indicio de la causa simulandi: Un inmueble que pertenece a la sociedad patrimonial es enajenado por uno de los compañeros permanentes.

Ahora, nos cuestionamos: ¿Dentro de qué contexto se vende ese inmueble? No es negado por el señor F que venía sosteniendo problemas maritales con su compañera, según su propio decir, cuando fue interrogado dentro de la declaración de parte que rindió en este asunto, señaló que esto [venía sucediendo] desde hace mucho tiempo, al punto de no compartir

2 folio 214

el mismo lecho; asimismo, en la denuncia[3] presentada por el señor F ante la Fiscalía el 15 de noviembre de 2015, su apoderado dijo que hace aproximadamente dos años comenzaron a tener problemas debido a una infidelidad de su poderdante, sin que hasta esa fecha se hubiese podido solucionar tales inconvenientes.

Además, la señora M, quien señaló haber trabajado para la pareja Y-F en su casa de habitación, dio cuenta que la demandante era objeto de maltratos por parte de su excompañero, lo que dio pie a que la relación se terminara.

Esto concuerda con lo dicho por el señor E, al dar a conocer que vio a su hija y golpeada en algunas ocasiones.

Tales declaraciones merecen credibilidad sobre este particular porque se trata de personas que por las circunstancias se aprecia que han percibido situaciones de la vida íntima de la pareja. ¿Quién más que un familiar o una persona contratada para realizar las labores del hogar nos puede informar sobre cuestiones tan íntimas de la pareja?

Lo contrario se estima de las declaraciones de los señores C y AR, quienes a pesar de manifestar que no vieron maltratos frente a la demandante por parte del señor F, estos no se encuentran en las mismas circunstancias de intimidad que los anteriores testigos. Recordemos que los maltratos generalmente suceden en la esfera de la intimidad y no en la órbita pública. De ahí que merezcan mayor valor las declaraciones de los señores E y M.

Esta es otra circunstancia que robustece el indicio de la causa simulandi: Existían desavenencias en la pareja con anterioridad a la venta del inmueble social, que condicionan el querer enajenar el inmueble para que no entre en la sociedad conyugal.

Y esto toma sentido en la medida que vamos analizando la conducta del demandado F dentro del proceso. Merece reparo el que, aunque la demandante haya señalado en el escrito de reforma de la demanda en los numerales 11 y 17 que el inmueble adquirido por el señor F el 5 de noviembre de 2014 ingresó a la sociedad patrimonial, el mencionado demandado haya contestado en esos hechos que [estos] no le parecen "claros", cuando en realidad lo son, pues se trata de una cuestión meramente objetiva, porque para ese momento de la contestación ya existía un pronunciamiento judicial de la señora Jueza Promiscuo de Familia, que reconocía la unión marital de hecho entre el señor F y la señora Y, desde 12 de marzo de 2008 hasta el 4 de octubre de 2017 y en estado de liquidación la sociedad patrimonial que surgió de esa unión.

Deja entonces entrever esa actitud evasiva frente a un hecho probado, que el demandado es reacio a aceptar que el bien inmueble pueda entrar a formar parte de la masa patrimonial y sea repartido entre los excompañeros permanentes.

---

3 folio 218

¿Y esto por qué puede darse? cabe la pregunta. Y la respuesta la avizoramos con el análisis de la actitud del señor F bajo una perspectiva de género, que nos deja concluir simplemente que, para él, la demandante no tiene derecho frente a ese bien porque no trabajó para conseguirlo.

Dice la demandante en la demanda, que trabajó desde el inicio de la relación hombro a hombro con el demandado F para desarrollar la actividad económica y ampliar el establecimiento de comercio "La Patojita", lo que sirvió para incrementar el activo social de los compañeros; pero esa afirmación es negada por el demandado bajo el argumento que la señora Y nunca estuvo dedicada permanentemente al negocio, ¿y por qué dice esto el demandado? Pues porque ella era "AMA DE CASA", tal y como lo señaló en el interrogatorio que se le realizó al señor F.

Quedó claro en ese interrogatorio que para el señor F, la demandante no tuvo participación en el negocio de la compra del inmueble, porque, tal y como se cita textualmente lo [mencionado] en la audiencia: "la señora Y desde el comienzo de la relación conmigo siempre fue mi pareja, pero con relación a los negocios no tuvo participación porque ella estaba dedicada a la casa" y continúa diciendo "desde cuando inició la relación conmigo la señora no había cursado sino hasta octavo de bachillerato, lo que hace que no tuviera capacidad para los negocios" y reiteró con mucho énfasis "la señora era ama de casa no participó en el negocio de compra, porque se desempeñó como ama de casa".

Mírese como aquí se ve reflejado el estereotipo que veníamos hablando, cómo la negación de cualquier derecho patrimonial de la actora frente al bien obedece al rol estereotipado y discriminatorio del papel de la mujer, que desconoce que su trabajo en el hogar contribuye al crecimiento de la sociedad patrimonial.

Se devela luego que el motivo que realmente impulsó al señor F a enajenar el inmueble en favor de un tercero fue sacar el bien del inventario de la sociedad patrimonial, porque, a manera de conclusión en este punto, para el demandado no le resulta justo que, habiendo él iniciado como comerciante desde el 6 de octubre de 2004, y matriculado a su nombre el establecimiento de comercio "La Patojita", su ex compañera permanente tenga derecho sobre el bien donde funciona ese establecimiento, cuando ella solo se desempeñó como ama de casa.

Con lo anteriormente dicho no se está desestimando de tajo que la señora Y haya realizado otro tipo de actividad en torno al negocio de la venta de equipos de comunicación y encasillándola en el rol de ama de casa, lo que pretende este despacho es visibilizar que se niega derechos de propiedad con base en las labores del hogar, reservadas por estereotipo a las mujeres, lo cual es un aporte en efecto a la sociedad patrimonial.

Por el contrario, gran parte de los testigos señalaron que la señora Y era la encargada de administrar el negocio. Nos lo dijo el señor H, quien iba a hacer recargas al negocio, la señora M quien se encargaba del cuidado de la casa y del hijo de la pareja, también nos lo dijo el señor

C, amigo del señor F, quien dijo que la demandante trabajaba en la atención del local y lo manifestó AR quien dirigió el negocio consignado en la escritura pública 193 de 5 de noviembre de 2014, al señalar que la señora Y participó en el negocio como activa socia del establecimiento de comercio "La Patojita". A esto agréguese que la declaración del señor E no riñe con lo dicho por estos testigos.

Solo la señora J manifestó que en un inicio el señor F trabajaba al lado de una sola empleada, pero esto no le resta credibilidad a un hecho que resulta ser notorio para un número significativo de testigos.

Ahora bien, siendo que ese indicio no se torna insular, hay otros que afincan la tesis de la simulación. Por ejemplo, la jurisprudencia antes citada, nos dice que otros indicios son "la documentación sospechosa y las precauciones sospechosas".

En este caso refiere la demandante que se enteró de la venta del inmueble a partir del momento en que abrió un correo electrónico dirigido a su ex compañero por parte de su apoderado judicial y leyó un documento adjunto titulado "certificación de negocio simulado", el cual detallaba que la venta del lote No. 1 consignada en la escritura tachada, era ficticia.

La parte demandante conformada por el Señor F reconoce la existencia del correo y que se proyectó, en efecto, un documento denominado "Certificación de Negocio Simulado", mas no reconoce el documento aportado por la demandante como prueba, porque carece de firmas.

Pues bien, frente a la prueba documental aportada por la demandante a que hacemos referencia, obrante en el expediente desde el folio 100 hasta el folio 107, es decir, las imágenes de una pantalla de computador y en sí el "certificado de negocios simulado" no tienen valor probatorio, porque no cumplen con los requisitos legales establecidos en los artículos 244 y 247 del C.G del P.

Sin embargo, no se pasa por alto que el apoderado del señor F, reconoce que le envió a su poderdante, adjunto a un correo electrónico, un documento titulado "certificación de negocio simulado". Esto sin duda llama la atención, y en el contexto de las cosas resulta sospechoso e indiciario. Además, esta afirmación del apoderado se trata de una confesión por apoderado tal y como lo establece el art. 193 del C.G. del P.

Entonces trata de explicar el señor abogado que denominó así el documento debido a que el comprador P, "se estaba demorando en el pago" del saldo del precio del contrato de compraventa del inmueble por valor de 70 millones, y para no demandarlo por un incumplimiento de sus obligaciones contractuales y en aras de obtener la tranquilidad del pago y en una muestra del deseo de cumplir el precio pactado fue que lo tituló así, como "certificado de negocio simulado".

Ahora bien, aunque no se conocen los detalles del documento, suena muy extraño realmente que un documento creado con el propósito que dice el abogado se creó: "que el comprador

pague oportunamente el precio", merezca un título así: "certificado de negocio simulado"; por qué titular un documento que tiene que ver con un negocio real y verdadero como "negocio simulado"? es una situación que no suena realmente lógica.

A esto súmese otra inquietud, por qué temer o desconfiar que el señor P no pague el saldo cuando éste ha demostrado gran solvencia económica y una relación muy cercana al vendedor.

Esto guarda más lógica con la tesis que sostiene la demandante y refrenda el Juzgado, que la venta del bien inmueble es ficticia y que por ello el señor F tomó las precauciones necesarias para eventualmente poder reclamar nuevamente la titularidad del bien en manos de quien estuviese.

Cabe resaltar que en la práctica judicial constituye otro indicio demostrativo de la simulación contractual el vínculo de familiaridad, parentesco o amistad entre las partes contratantes, así lo señala la jurisprudencia que tuvimos la oportunidad de mencionar. Como es lógico, en la medida en que la simulación supone un fraude y puede comportar un perjuicio directo para quien simula, este podrá intentar minimizar estos riesgos realizando el contrato con personas a los que le liga un vínculo afectivo fuerte de parentesco o amistad, esto es, de personas que presume no traicionarán o incumplirán lo pactado.

Vemos en el presente asunto que indudablemente la relación entre el vendedor F y el comprador P es muy cercana y se fundamenta en una gran confianza, esto se corrobora a partir del propio dicho del señor P, quien nos dio a conocer esta particularidad. Esto también se aprecia de las circunstancias comentadas por él.

Por ejemplo, afirmó que conoce al señor F hace 20 años y que cada vez que ha tenido la oportunidad lo ha ayudado, le ha prestado dinero desde el año 2008 en varias oportunidades, pero solo en una oportunidad le hizo aceptar una letra de cambio y también en una sola ocasión le cobró réditos. Afirmó además que son amigos y que "el uno siempre está pendiente del otro".

Esa relación realmente es de mucha confianza, va hasta el punto de entregar dinero en préstamo sin ningún tipo de respaldo. La experiencia demuestra que esto solo es usual con personas muy cercanas y sobre la cual hay entera confianza. Entonces, qué más propicio que una amistad así para asegurar que a futuro el inmueble quede en manos de alguien cercano y garantizar que no salga de la órbita de dominio del falso vendedor, hecho que lleva a esta judicatura a fortalecer más aún que el negocio fue simulado.

También se debe analizar en esta tarea que, si lo pretendido con la simulación es falsear la realidad, no es de extrañar que un indicio que nos encontramos frecuentemente en la práctica sea la falta de uso del bien objeto del contrato por el simple desinterés que, en el mismo, normalmente, tendrá el titular aparente. Por eso la Corte como lo indicamos antes, es que dice que un indicio es "la retención de la posesión del bien por parte del enajenante".

Aquí encontramos que luego de haberse vendido el inmueble, las cosas poco cambiaron en torno a su destinación comercial y su uso por parte del señor F, pues a pesar de haber sido enajenado este sigue usufructuándolo para desarrollar su actividad comercial, bajo la treta de un contrato de arrendamiento. De eso da cuenta el testimonio de H, quien visitó el lugar hace 15 días a fin de hacer una recarga. Y aunque la señora J dijo que el negocio está cerrado hace un mes, existe una contradicción en su propio dicho en la medida que por otra parte dijo que no iba al negocio hace 3 o 4 meses. Por tal motivo esta declaración es incongruente.

Y ligado a lo dicho encontramos configurado otro indicio como lo es la informalidad de ese contrato de arrendamiento. En este aspecto se destaca que el actual dueño del inmueble, siendo una persona dedicado el negocio de bienes raíces, poco le importa el valor del arriendo que paga el señor F, pues en su declaración, nos dijo sin ninguna preocupación que no se acordaba si el arriendo eran 500 mil u 800 mil pesos, incluso nos señaló no acordarse dónde se encuentra ese contrato de arrendamiento.

A esa informalidad súmese, como lo dice la Corte, "la falta de examen previo por el comprador del objeto adquirido, especialmente cuando se trata de un bien raíz". Al respecto, cuando el señor P declaró, nos dijo que poco le importó las condiciones reales del inmueble, su cabida, que contaba con tres locales; él nos dijo que se guio especialmente a la hora de decidir comprar el bien por lo consignado en la escritura pública antecedente. Esta actitud, ciertamente es poco frecuente en una persona del común y más en alguien dedicado al negocio inmobiliario.

También nos habla la jurisprudencia de un indicio caracterizado por "la carencia de necesidad en el vendedor para disponer de sus bienes". En este caso el vendedor es una persona dedicada al negocio de venta de celulares y equipos de comunicación desde el año 2004, a través del establecimiento de comercio "La Patojita". Tanto el señor F, como la señora Y coinciden en que ese negocio era próspero y dejaba ganancias de 3 o 4 millones de pesos mensuales, al punto de que fue abierto en 2015 otro negocio denominado "el Palacio del Celular", el cual sin embargo no fue registrado. También se señaló en la demanda que con las ganancias de los negocios se logró adquirir otros bienes de significativa cuantía como, al menos lo son, un carro, una moto y una bicicleta de gama alta, lo cual se corrobora en la prueba documental aportada por el demandado F consistente en la denuncia presentada ante la fiscalía el 15 de noviembre de 2017.

Estas circunstancias, permiten esbozar que en efecto no existía ninguna necesidad en cabeza del señor F de enajenar el inmueble donde, precisamente, funciona su negocio.

Ahora bien, existe una disquisición por parte del señor F en torno al punto de la necesidad de vender el inmueble. Dice él que, finalizando el 2016 o a comienzos de 2017, le prestó una suma de 100 millones de pesos al padre de la señora Y, crédito que fue respaldado con una letra de cambio aceptada por la demandante. Que ese crédito no fue sufragado y que por eso se descapitalizó. Sin embargo, el soporte de esa obligación, es decir, el título valor no fue allegado al proceso para respaldar el argumento del demandado, muy a pesar de tenerlo en

su poder, como nos lo dio a conocer en la declaración rendida, y de ser de cardinal importancia para avalar su versión. Por este motivo y en atención a lo establecido en inciso segundo del art. 225 del C. G. del P. que dice,: "Cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, o el correspondiente pago, la falta de documento o de un principio de prueba por escrito, se apreciará por el juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión", en razón a ello, es que esta circunstancia del préstamo de 100 millones de pesos al padre de la señora Y, no se encuentra probada, pues el señor F estaba en la posibilidad de allegar ese documento en el cual se ha consignado esa obligación, sin embargo, a pesar de tenerlo en su poder, no lo hizo.

También, alegó el demandado en su declaración que su descapitalización se debió, igualmente, a que la demandante el 4 de octubre de 2017, sustrajo una mercancía del negocio. No obstante, este punto no tiene incidencia probatoria, debido a que es una situación que se presentó con posterioridad a la venta del inmueble y por lo tanto no podemos predicar que el bien se vendió como consecuencia de una circunstancia futura, una circunstancia que no había ocurrido para el momento de la venta de ese bien.

Así mismo, debemos tener en cuenta que el demandado F sustentó la venta del inmueble en el pago de un crédito por valor de 50 millones de pesos en favor del señor P, crédito que en efecto está soportado en la letra de cambio aceptada el 9 de enero de 2017, por los ex compañeros F-Y, cuya fecha de vencimiento de la obligación fue el 9 de agosto de 2017.

Sin embargo, a pesar de que la deuda frente al comprador del inmueble P yace probada, hay situaciones que, nos indican que el vendedor, se deshizo del inmueble, no para saldar la deuda, sino para impedir que este entrara eventualmente en la liquidación patrimonial.

En ese sentido surgen dos cuestionamientos. El primero, cómo es posible que aun cuando se aceptara en gracia de discusión que el comprador estaba descapitalizado, no hubiese tomado mano de otros bienes, por ejemplo del carro, la moto, la bicicleta, para venderlos y saldar o al menos amortizar la deuda de 50 millones de pesos, pero no, el señor F prefirió vender el local donde funcionan los establecimientos de comercio que son la base principal de su actividad comercial, algo que resulta poco ajustado al sentido común. Y el segundo, cómo es que el señor P, no obstante [haber referido] la gran confianza y amistad mantenida con el señor F, que le ayudó siempre, que le prestó dinero sin intereses ni respaldo, [ahora] no le dé una espera al deudor, sino que tan solo 20 días después de haberse vencido la obligación contenida en la letra de cambio, porque recordemos que [esta] se venció el 9 de agosto de 2017 y el inmueble fue vendido el 29 de agosto de ese año, le haya recibido como parte de pago a su amigo el inmueble que con esfuerzo [adquirió] durante toda una carrera como comerciante. Esto hasta aquí resulta bastante sospechoso.

Ahora, acuden testigos como la señora J, C y AR que señalan que el señor F buscaba un comprador para el inmueble para con su venta saldar una obligación en favor de P. Sin embargo, lo concerniente a la deuda, el pago de esta, las circunstancias en que la casa fue adquirida,

son cuestiones sobre las cuales los testigos se enteraron por medio de lo que les comentó el señor F y no directamente, es decir se trata de unos testigos de oídas que no tienen conocimiento directo sobre este aspecto, de ahí que su valor probatorio sea mínimo.

Otro claro indicio de una simulación contractual se evidencia cuando el precio pactado por el bien es irrisorio o ridículo. Suele ser frecuente que, para cumplir con el requisito legal de establecer un precio, y pretender así dejar constancia de la concurrencia de los elementos esenciales del contrato, éste tenga un carácter vil.

En nuestro asunto vemos que el precio pactado en la escritura que contiene el negocio fue de 50 millones de pesos. No obstante, explica la parte demandada que ese valor no fue el realmente pagado, sino el de 120 millones de pesos y sustenta ese pago con la compensación de la obligación por valor de 50 millones de pesos contenida en la letra de cambio suscrita por los ex compañeros a favor de P, y con el giro de un cheque por parte del mentado a favor de F, el 4 de octubre de 2017, por valor de 70 millones de pesos, el cual fue presentado para el cobro ese mismo día.

Bien, se debe aceptar que en ocasiones el precio vil no es suficiente para probar la simulación, especialmente cuando es el único indicio y hay elementos fácticos que podrían justificar el desajuste entre el precio pactado. Ciertamente existe una mala costumbre contra la ley afincada en nuestra sociedad que ha hecho que en los negocios de venta de inmuebles no se reporte dentro del instrumento público el valor real de la cosa, todo por evadir el pago de impuestos. Luego, resulta en cierta medida entendible que el precio de la venta consignado en la escritura pública 142 haya sido solo de 50 millones de pesos. También aparece probado que el vendedor junto a su ex compañera adeudan una cantidad similar a la mencionada, lo cual consta en la letra de cambio que obra a folio 293. Y que el comprador giró un cheque en favor del señor F por valor de 70 millones de pesos, lo cual obra a folio 294, cantidades que sumadas dan en efecto 120 millones de pesos. Con esto no solo se desvirtuaría el indicio del precio irrisorio, si en cuenta se tiene que el bien fue adquirido por 130 millones, sino que el pago del precio también estaría demostrado.

Sin embargo, hay una situación que sumada a los otros indicios nos indica que dichos pagos no son más que un maquillaje dentro de la treta simuladora. Para este despacho tiene poco sentido que una persona avezada para los negocios, como se describe el señor F, con gran capacidad para ellos; es más, él nos comentó en el interrogatorio, con gran seguridad, que "a cualquiera le gusta ganarse una plata cuando hace un negocio"; cómo es posible que, tras haber comprado el 5 de noviembre de 2014, junto a los señores W, O y B, un lote de terreno distinguido con la MI- 246-1984, dando como cuota parte la suma de 130 millones de pesos, tras haber hecho los trámites necesarios para disolver la comunidad de propietarios, tras dividir el predio y conseguir una cuota parte de ese bien, registrarlo a su nombre bajo la MI 246-27237, venga después de 3 años a vender un predio, que no es un lote, sino un inmueble conformado por tres locales comerciales, como lo corroboran testigos como AR, C y J, donde funcionan otros establecimientos de comercio, ubicado en una calle comercial del municipio de San Pablo, como lo dice el señor F y como su propio nombre lo indica: "Calle

del Comercio", que lo venga a vender por un precio de 120 millones de pesos, después de tener en cuenta todo esto, es decir, por un valor menor al pagado en 2014, luego de haber invertido tiempo y dinero en la segregación se su predio. Ello ciertamente no encaja con el proceder de una persona que vive de los negocios, esto más bien se constituye en otro indicio que nos lleva a entender que la venta fue simulada.

Con respecto a la solicitud del apoderado de la parte demandada acerca de que se tenga en cuenta como prueba pericial el avalúo del inmueble comprometido presentado por la parte demandante, cabe señalar que si bien es cierto la parte demandada contra quien se aduce el peritaje no pidió la comparecencia del perito que realizó el experticio en el término de traslado de la demanda, lo que haría entender que no existe oposición al dictamen, de todos modos, su valoración no es procedente, comoquiera que carece de los requisitos legales para su idoneidad probatoria, estos son los establecidos en el art. 226 del inciso sexto numerales 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9 y 10 del C.G. del P.

Otra particularidad en este caso que resulta poco común en un negocio de venta de un bien raíz, se presenta en cuanto a las fechas de suscripción de la escritura pública 142, la fecha de la inscripción de la venta en la oficina de registro de instrumentos públicos y el pago del saldo del precio del inmueble, aquí notemos que la escritura se firma el 29 de agosto de 2017, con el pago de la obligación por valor de 50 millones, el registro del instrumento se realizó ante la respectiva oficina el 2 de octubre de 2017 y el pago de los 70 millones de pesos se hizo el 4 de octubre de 2017. Quiere esto decir que el señor F transfirió el bien al Señor P antes de que este le pagara el precio. Esto solo afianza la conclusión que entre ellos existe una gran confianza, que les permite realizar estas actuaciones poco usuales en los negocios de este tipo.

En cuanto a la capacidad económica del comprador, ciertamente esta prueba que cuenta con recursos suficientes para haber adquirido el bien, sin embargo enfrentando esta situación con los indicios antes analizados, como por ejemplo la amistad que liga al comprador y al vendedor, tal situación no tiene la entidad suficiente para derrumbar la idea de que el negocio es simulado. Además, la prueba testimonial traída por la parte demandada constituida por el señor P, se aprecia parcializada y prácticamente entrenada para responder un cuestionario. Se hace extraño que los señores G y FR sepan de detalles o se acuerden de cosas tan puntuales como la fecha exacta en la que fueron a ver un inmueble que no les interesaba, y el medio de pago que utilizó el señor P para pagar el precio del inmueble y de qué banco es ese cheque. Por estos motivos, contrario sensu de lo dicho por el apoderado de la parte demandada, estos testimonios no merecen ninguna credibilidad.

La declaración de AM nada aporta al proceso, pues no demuestra conocimiento en los hechos.

De lo visto hasta aquí se puede concluir que se han satisfecho los presupuestos establecidos para la prosperidad de la pretensión de declaración de simulación, en la medida en que: primero, se probó la existencia del contrato que se dice es fingido por medio de la escritura

pública 142 de 29 de agosto de 2017, de la Notaría de San Pablo, Nariño; también se probó en segundo lugar la legitimación de la demandante para proponer la pretensión en cuanto ella reclama que ese bien, siendo adquirido dentro de la unión marital de hecho conformada por la actora y el señor F, fue vendido por este con el objeto de que no entrara como activo dentro de la sociedad patrimonial que se encuentra en estado de liquidación; y la legitimación de los demandados en tanto son ellos los que concertaron el negocio simulado sobre el que hacen parte como vendedor y como comprador; y la tercera situación que se prueba, es la presencia de suficientes indicios, que atados, analizados en conjunto y articulados, nos indican que el negocio no es real.

Además, en observancia a los actuales lineamientos jurídicos nacionales e internacionales que hacen parte de nuestro bloque de constitucionalidad, que propenden no solamente por una igualdad meramente formal sino material entre mujeres y hombres, es que este funcionario optó por examinar y ponderar con cuidado aquellas manifestaciones que pretenden poner a la mujer en una posición de subordinación, para así lograr tomar medidas para la satisfacción del derecho económico que surge de una vida en pareja de una forma material en pro de la demandante.

Por otro lado, y haciendo alusión a la tacha formulada por el apoderado de la parte demandada en contra del testigo E, en razón de que es padre de la demandante, debemos decir que Jurisprudencialmente se ha señalado que la declaración de una persona tachada de sospechosa "al valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones de personas libres de sospecha", o sea, que estos testimonios simplemente se aprecian con mayor rigorismo a fin de ser acogidos o no de acuerdo a la espontaneidad y credibilidad que le otorguen al juzgador.

Teniendo en cuenta esas directrices señaladas por la jurisprudencia, y evaluando las versiones aportadas al proceso y la prueba documental, dentro de la sana critica probatoria, se concluye que el testimonio rendido por el padre de la demandante no riñe con los demás medios de prueba valorados por este Despacho para determinar que el contrato motivo de demanda es simulado. Ante tales consideraciones el juzgado declara no prospera esa tacha formulada en contra del señor E.

Ya para finalizar ante las conclusiones a las que llega este despacho, es claro que se encuentran implícitamente resueltos los argumentos vertidos por la parte demandada en los alegatos de conclusión y los medios exceptivos formulados por ella, que denominó: (i) INEXISTENCIA DE SIMULACION ABSOLUTA EN EL NEGOCIO JURIDICO CONTENIDO EN LA ESCRITURA N° 142, (ii) INEXISTENCIA DE FUNDAMENTOS JURIDICOS DE HECHO Y DE DERECHO PARA INTERPOSICION DEL PROCESO VERBAL DE SIMULACION, (iii) FALTA DE LEGITIMACION EN LA CAUSA POR ACTIVA PARA INICIAR LA DEMANDA, (iv) INEXISTENCIA DE DERECHO, (v) FALTA DE CAUSA PARA DEMANDAR (vi) INEXISTENCIA DE LA OMISION DE LAS FORMALIDADES AD SUSTANTIAM ACTUS y (vii) ABUSO DEL DERECHO; las cuales vienen montadas sobre una misma línea argumentativa, consistente en que, en primer lugar, el negocio celebrado en la escritura pública 142 de 29 de agosto de 2017 goza de todos los requisitos legales establecidos,

que el precio establecido para el predio fue cancelado en su totalidad y que el señor P demuestra capacidad económica para comprar el inmueble. Así las cosas, habrá de declararse no probadas estas excepciones.

Lo anterior da pie para analizar si hay lugar a emitir las condenas con respecto a los frutos que pudiera haber producido el inmueble en manos de los contratantes, ya que debemos tener en cuenta que el poseedor vencido está obligado a restituir los frutos naturales y civiles generados por la cosa, los que bien pudiesen haberse percibido o que con mediana diligencia y actividad se recibieran si la cosa hubiera estado en poder del propietario. El de mala fe está obligado, entre otras cosas, a restituir los frutos o su valor desde que posee, el de buena fe, desde la notificación de la demanda, esto no lo dice el Art. 964 del Código Civil.

No obstante, en el caso particular no existe prueba alguna que acredite el valor de los frutos generados por el inmueble, carga que le correspondía asumir a la demandante, más sin embargo, ni siquiera relacionó los medios probatorios a través de los cuales acreditaría su producción, sin que frente a este escenario sea viable tampoco la actividad oficiosa del juez, es más ni siquiera hubo un pronunciamiento sobre algún juramento estimatorio que tenga que ver con el reconocimiento de tales prerrogativas. Debemos tener en cuenta que La Corte Suprema en fallo de 1997 había señalado en un proceso, cuya pretensión era la reivindicatoria, que "[…] a la parte actora correspondía, sin perjuicio de las atribuciones oficiosas del Juez, impulsar con su comportamiento procesal las bases sobre las cuales se haría posible la condena por ella solicitada al pago de frutos y perjuicios". Esta posición fue reiterada más recientemente en un fallo de 2017 de la Corte, que dice: "Alrededor de los frutos del inmueble, acorde con los factores de persuasión de este expediente, es inviable disponerlos en esta sentencia, en la medida en que la parte interesada no los pidió, ni promovió actuación eficaz alguna tendiente a que fueran tasados, desdeñanza que, inclusive, descarta la posibilidad de intervención oficiosa del juzgador". Esta es la sentencia de 24 de junio de 2016, Rad. N° 20001-31-03-001-2007-00071-01.

Siendo así, teniendo en cuenta que la pretensión de simulación absoluta ha prosperado, se condenará a la parte demandada a pagar las costas de primera instancia, fijando para tal efecto como agencias en derecho la suma de 5 salarios mínimos legal mensuales vigente a favor de la parte demandante de conformidad a lo establecido en el acuerdo 2222 de 2003.

III. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, **EL JUZGADO PROMISCUO DEL CIRCUITO DE LA CRUZ**, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. - DECLARAR NO PROBADAS las excepciones de mérito formuladas por la parte demandada.

SEGUNDO. - DECLARAR INFUNDADA la tacha del testigo E, por las razones expuestas en precedencia**.**

TERCERO. - DECLARAR ABSOLUTAMENTE SIMULADO el contrato de compraventa que obra en la escritura pública No. 142 de 29 de agosto de 2017, corrida en la Notaría de San Pablo, Nariño, suscrito entre F y P, respecto del bien inmueble distinguido con el No. de matrícula inmobiliaria 246-27237.

CUARTO. - Ordenar al Registrador de Instrumentos Públicos de La Cruz, la cancelación de la anotación correspondiente a la escritura pública atrás referida en el folio de matrícula correspondiente.

QUINTO. - SIN LUGAR A Condenar a los demandados a restituir los frutos civiles producidos por el inmueble comprometido en el asunto.

SEXTO. - **CONDENAR** a la parte demandada a pagar las costas de primera instancia. Al momento de elaborar la liquidación de las mismas, téngase como agencias en derecho la suma CINCO SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES".

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

MARIO ERNESTO LÓPEZ GARCÉS
JUEZ

ACCIÓN DE TUTELA - DERECHOS FUNDAMENTALES AL DEBIDO PROCESO, SALUD, TRABAJO Y DE VÍCTIMAS DEL CONFLICTO ARMADO.

TRASLADOS DE DOCENTES DEL SECTOR PÚBLICO - Procedencia de la acción de tutela cuando se afectan derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar y la vida e integridad física, tanto propia como de familiares.

(…) hay bases suficientes para considerar que la integridad de la accionante podría estar en peligro. Y ese sentido, teniendo en cuenta que si bien la SED accionada, en un principio otorgó la condición de docente amenazada, en su actuación administrativa (…) no analizó, ni tampoco consideró los argumentos presentados por la petente, lo que de inicio se considera que tal actuación es una medida completamente arbitraria, toda vez que la misma no evaluó sus circunstancias objetivas, y absolutamente relevantes en el presente asunto, tales como, por una parte, su condición de mujer sobreviviente del conflicto armado, y de ello, su inclusión en el registro único de víctimas del conflicto armado. (…)

TRASLADOS DE DOCENTES DEL SECTOR PÚBLICO – PRINCIPIO DE IUS VARIANDI: No es absoluto.

(…) los traslados suponen cambios sustanciales en la cotidianidad de los docentes, existe una íntima relación con derechos fundamentales como la integridad personal o el libre desarrollo de la personalidad, pues esas modificaciones pueden alterar el proyecto de vida del trabajador, por tanto, el empleador debe, antes de ordenar un traslado, procurar por la protección de los derechos fundamentales del docente y de su familia. (…) En este sentido, las decisiones sobre los traslados a cargo del empleador público particularmente deben obedecer a necesidades públicas en la prestación del servicio de educación (elemento objetivo) y, de otra, atender las circunstancias personales del docente o de su núcleo familiar (elemento subjetivo). Así las cosas, el empleador debe tener en cuenta conjuntamente dichos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente. (…)

PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA RAMA JUDICIAL - Deber constitucional de administrar justicia aplicando este enfoque.
PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA - Efectiva protección de los derechos de las mujeres a ser protegidas de toda forma de violencia.

VIOLENCIA CONTRA LAS MUJERES - Obligación de debida diligencia en su prevención, de conformidad con la cual los distintos órganos e instituciones estatales deben adoptar medidas integrales dirigidas a disminuir y, en lo posible, erradicar los factores de riesgo para las mujeres.

(…) se presentan situaciones que afectan a la docente y que le impiden llevar el correcto desempeño de sus actividades laborales, pues la misma en la actualidad es una mujer sujeta de protección especial al ser víctima y sobreviviente del conflicto armado, además de su condición de salud (…) en este caso, se debe aplicar acciones integrales en la prevención de la violencia contra la mujer (…) este tipo de violencia no puede ser tolerada ni subestimada en ningún ámbito, y menos admitir los argumentos de la accionada, en cuanto señala que la docente puede retirarse del servicio para cuidar sus padecimientos de salud que la aquejan, o caso contrario por su condición psiquiátrica obtener la pensión de invalidez, pues refiere que con su conducta la precitada accionada afecta la prestación del servicio educativo en sus educandos.

(…) aceptar este tipo de argumentos y visiones, sin evaluar las verdaderas condiciones de la accionante, contribuyen a perpetuar los patrones, estereotipos y prácticas que subvaloran la condición femenina. Por tanto, esta judicatura, desde ya señala que el análisis de fondo ira encaminado a garantizar las medidas de protección que resulten pertinentes para garantizar los derechos de la accionante. (…)

(…) con el objetivo de eliminar todos los factores de riesgo de violencia o la garantía del ejercicio de todos los derechos en igualdad de condiciones, desde una visión integral, implica (…) en el ámbito administrativo, que ante situaciones que tengan una incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales, se deben adoptar decisiones que apunten a eliminar los riesgos de discriminación en cualquiera de sus modalidades. Mientras que, desde el ámbito judicial, dicha obligación se traduce en la garantía del acceso a la justicia en igualdad de condiciones, lo cual implica el deber de analizar todas las circunstancias desde los impactos diferenciales para las mujeres para el efectivo goce de una igualdad sustantiva.

Es claro que en el asunto que hoy se analiza, nos encontramos ante la circunstancias de una mujer que ha sido sobreviviente de amenaza contra su vida y desplazamiento forzado por parte de los grupos al margen de la ley, estando en ejercicio de su actividad como docente, situación que obliga a esta judicatura no solamente a hacer un análisis jurídico en términos generales de su situación fáctica, sino que además este debe realizarse bajo una carga probatoria más laxa, con menos exigencias probatorias y aplicando con mayor ahínco la figura de la presunción de veracidad respecto de los hechos denunciados. (…)

(…) para este Despacho se encuentra demostrado que existen amenazas para la integridad de la señora (…), en la medida en que es clara su ya mencionada calidad, de donde, la necesidad de su traslado se hace inminente por razones de seguridad.

La accionada en ningún momento, en las consideraciones de sus ya referidos actos administrativos, ha tenido en cuenta las reiteradas condiciones personales de la precitada docente, no da aplicación a un criterio diferencial ante lo advertido por la misma, omitiendo interpretar su solicitud de traslado de conformidad con sus condiciones particulares, en las que se advierte una flagrante amenaza a sus garantías constitucionales, y contrario a lo expresado por la Corte Constitucional, en cuanto a la omisión en la aplicación de la perspectiva de género en el caso concreto.

(…) si bien existe un amplio margen de discrecionalidad para variar (o mantener) las condiciones de trabajo de los docentes del sector público en ejercicio del ius variandi, esta prerrogativa encuentra sus límites en el respeto de los derechos fundamentales de los educadores y específicamente cuando se trata de mujeres, quienes tienen una protección especial, sobre todo respecto de amenazas de violencia.

(…) En conclusión, cuando un docente oficial presente una solicitud de traslado en el marco del proceso extraordinario fundada en razones de seguridad, la entidad territorial deberá analizar si estas circunstancias tienen una relación de causalidad con el ejercicio del cargo del respectivo educador. En caso afirmativo, se deberá acudir al trámite regulado en el Decreto 1782 de 2013. Sin embargo, en ausencia de dicha relación de conexidad, la autoridad nominadora deberá establecer la procedencia del referido traslado, previa acreditación de la existencia de razones de seguridad debidamente comprobadas (…)

(…) la prevención de la violencia de género conlleva obligaciones positivas para garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres, particularmente el derecho al trabajo (…) De igual modo, como si su situación de violencia no fuera suficiente, la parte accionada también se encuentra desatendiendo su situación médica, la que también en la actualidad afecta de forma grave y directa su derecho fundamental a la salud.

(…) Con base en el análisis realizado, esta judicatura concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud, al trabajo y de las víctimas del conflicto armado (…)

JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE PASTO
CON FUNCIÓN DE CONTROL DE GARANTÍAS PARA ADOLESCENTES

San Juan de Pasto, siete de octubre de dos mil veinte

Radicación : 202000056
Asunto : Acción de tutela
Jueza : Dra. EVA SOFIA SALCEDO GALVIS

IDENTIFICACIÓN DE LAS PARTES

Se procede a proferir el fallo dentro de la Acción de Tutela presentada a través de apoderado judicial por la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN contra la GOBERNACIÓN DE NARIÑO-SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO. Como vinculadas la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP-, la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS -UARIV- y la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE PASTO.

DETERMINACIÓN DE LOS DERECHOS TUTELADOS

De petición, al debido proceso, al trabajo, a la salud, y de las víctimas del conflicto armado, consagrados en los artículos 23, 29, 49, y 25 de la Constitución Política.

ANTECEDENTES

Señala el apoderado judicial que la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, se ha desempeñado como docente de idioma extranjero ingles por más de 20 años en la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN FRANCISCO DE ASÍS ubicada en el corregimiento de San Francisco del Municipio de Linares (N).

Debido a amenazas contra su vida e integridad personal se vio obligada a iniciar el trámite administrativo correspondiente para que la Secretaria de Educación Departamental de Nariño (SED), le reconociera el status de docente amenazada y se la reubicara en otro ente territorial. La SED, resolvió su solicitud, mediante la Resolución No. 0442 de 06 de agosto de 2019, en la cual decidió reconocerle temporalmente y por el término de 3 meses prorrogables hasta tanto se decida por la Unidad Nacional de Protección el nivel de riesgo, la condición de docente amenazada; a la vez, concedió la comisión de servicios por el mismo término para que se desempeñe en el mismo cargo –Licenciada de inglés- francés-, en la IE La Paz del municipio de los Andes (Nariño).

Sostiene que la Resolución No. 0442 de 06 de agosto de 2019, fue recurrida en reposición por su prohijada puesto que, en dicha decisión si bien se hacía alusión literal a la normatividad aplicable en casos de traslado por razones de seguridad de educadores, la decisión tomada por la administración, no tuvo en cuenta las condiciones particulares de la docente, toda vez que, la Institución Educativa la Paz, del municipio de los Andes (N), a la cual se la trasladó en la medida en que se le otorgó la respectiva comisión de servicios, se encuentra a escasos 28 kilómetros del municipio de linares (N), municipio este donde la docente recibió las amenazas contra su vida e integridad que motivaron la solicitud de traslado por condiciones de seguridad.

Explica que ante la negativa señalada, su representada presentó acción de tutela contra la SED, siendo conocida por el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONOCIMIENTO DE PASTO, bajo el radicado 2019-00343, en la que la juez de instancia decidió tutelarle sus derechos fundamentales y en consecuencia, entre otras cosas dispuso a la accionada, otorgar a la docente comisión de servicios en un Municipio del Departamento de Nariño, donde no se afecte su seguridad dado que la misma se ve vulnerada por la existencia de grupos al margen de la ley como lo es el ELN.

Medida que deberá mantenerse hasta tanto se efectivice el informe de ponderación de nivel de riesgo que emita la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN, a partir de la cual la SED, adoptará las correspondientes determinaciones del caso, advirtiendo claro está que si se pondera el nivel de riesgo como extraordinario o extremo en el Municipio de Los Andes, la determinación que adopte de traslado deberá ser acorde con la situación de seguridad y no configure ninguna situación de amenaza a la vida de la docente en ese o en otro municipio, dado que el riesgo se genera por la presencia del grupo al margen de la ley ELN (…)"

Manifiesta que la SED informó a la docente ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, que el nivel de riesgo fue ponderado como ordinario por la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN mediante la Resolución No. 910 de 17 de diciembre de 2019. Sin embargo, en dicha oportunidad se dejó sin resolver de fondo la situación jurídica de la docente, dado que por medio del acto administrativo antes aludido solo se le informó el resultado de la ponderación del nivel de riesgo.

Aduce que la accionada a través de la Resolución No. 0028 de 04 de febrero de 2020, decidió dar por terminado el reconocimiento temporal como docente amenazada de la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN y en consecuencia, dispuso que debía seguir en la misma institución donde laboraba cuando fue amenazada, ubicada en el corregimiento de San Francisco del Municipio de Linares, lugar donde precisamente ocurrió el hecho victimizaste de desplazamiento forzado.

Indica que el día 20 de febrero de 2020 se presentó ante la SED solicitud con la postulación de los lugares para que se surta el traslado definitivo por condiciones de desplazamiento, puesto que, para dicha calenda se tuvo conocimiento de que la docente había sido incluida en el Registro Único de Victimas-RUV-, causal objetiva que contemplan los Decreto 1782 de 2013 y Decreto 1075 de 2015 para surtirse el traslado. En ese orden de ideas, advierte que la precitada reunía todos los requisitos establecidos en la normatividad vigente para que se surtiera el traslado por condiciones de desplazamiento.

La secretaria de Educación resolvió la solicitud tendiente a que se realice el TRASLADO POR CONDICIONES DE DESPLAZAMIENTO mediante escrito fechado el mismo 20 de febrero de 2020, en el cual adujo que en ninguno de los municipios postulados se reporta la existencia de vacantes dentro del área de IDIOMA EXTRANJERO INGLES, situación por la cual y de momento no es posible darle tramite a la solicitud presentada.

El día 25 de febrero de 2020, interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación contra la precitada Resolución, no obstante, la SED a través, de la Resolución No. 0187 del 18 de marzo de 2020, la cual fue notificada el 22 de mayo del año en curso, resolvió negar la entrega de las vacantes definitivas docentes en el área de idioma extranjero ingles por considerarlo inconducente y poco útil para determinar la viabilidad del traslado por condiciones de desplazamiento.

Refiere que los hechos victimizantes sufridos por la docente, lo prolongado de los trámites judiciales y/o administrativos que sirven de antecedentes a la presente acción de tutela, e inclusive los comentarios desobligantes de algunos de sus compañeros docentes de la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN FRANCISCO DE ASÍS, quienes según información fehaciente de administrativos y otros educadores de la misma institución han llegado a afirmar que "si la docente CERÓN CALDERÓN regresa a la institución es muy tonta y la van a afinar para que se dé cuenta cómo marchan las cosas en el colegio", han generado en la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN una alteración de su estado emocional. Al punto de tener que ser tratada por un grupo multidisciplinario de médicos de especialidades como psicología y psiquiatría, diagnosticándole un TRASTORNO AFECTIVO BIPOLAR, recomendando que la docente desempeñe sus labores en un sitio que no implique la exposición a altos niveles de estrés y relaciones laborales conflictivas que puedan desencadenar su sintomatología actual y conlleven a complicaciones de su enfermedad. Cuadro médico que es beneficiado al dejarla en la IE donde fue amenazada y se presenta este panorama.

Señala que lo anterior encuentra sustento en la historia clínica de la docente y en el concepto emitido el día 26 de marzo de 2020 por el comité laboral de PROINSALUD S.A., para el caso de la educadora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, concepto en el cual se recomienda incluso se inicie el trámite para traslado docente no sujeto al procedimiento ordinario por condiciones de salud.

Considera que, si bien hasta el momento no se ha presentado ninguna solicitud para traslado por condiciones de salud, la docente ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, además de cumplir con los requisitos de traslado por desplazamiento –inclusión el RUV-, también cumple con todos los requisitos establecidos para este tipo de traslado por salud.

Argumenta que esta acción es el medio idóneo para procurar por los derechos de la docente, habida cuenta que en caso contrario tendrá que acudir a la jurisdicción contenciosa administrativa para demandar los actos administrativos proferidos por la SED, advirtiendo la tardanza de dichos trámites judiciales, en los cuales incluso la admisión de los asuntos suele tardar unos 6 meses debido a la congestión judicial, de modo que, ni siquiera el uso de las me-

didas cautelares contenciosas sirven para salvaguardar de manera preventiva los derechos. Adicionalmente, sostiene que ante la pandemia actual por el virus Covid 19, los términos judiciales en la jurisdicción contenciosa–nulidad y restablecimiento del derecho se encuentran suspendidos. Igualmente, alude que, al tener el estatus de víctima de desplazamiento forzado, sus derechos son prevalentes y el estudio de procedencia de la tutela debe ser más laxo y estar acompasado con la vulnerabilidad de la población víctima.

Informa que el núcleo familiar de la docente se conforma por su hijo y nieto, quienes están a su cuidado y bajo su responsabilidad económica, incluso ayuda a sus otros familiares, como a su madre que es sujeto de especial protección por su edad.

Con fundamento en los hechos narrados y en las consideraciones expuestas, solicita se tutelen los derechos fundamentales de petición, debido proceso, salud y trabajo de su prohijada y en consecuencias se ordene a la SED, que entregue a la docente ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, el consolidado real y actualizado de vacantes definitivas docentes en el área de idioma extranjero inglés y en ese sentido, se permita a la docente postular a 5 lugares en orden de prioridades como lo establecen los Decretos 1782 de 2013 y 1075 de 2015, de modo que se surta su traslado definitivo, por condiciones de desplazamiento. Igualmente se ordene a la SED, para que realice dicho traslado sin mayores contratiempos y/o trabas injustificadas y de esa forma se garanticen y materialicen sus derechos fundamentales.

Subsidiariamente, solicita y solo en el evento de no prosperar la primera pretensión, se ordene a la SED surtir el traslado de la docente no sujeto al trámite ordinario por condiciones de salud, toda vez que, la misma también reúne todos los requisitos necesarios para ser beneficiaria de este tipo de traslado.

ACTUACIÓN ADELANTADA

Mediante auto calendado a 04 de junio de 2020, este Despacho resolvió reconocer personería para actuar al doctor IVAN DAVID NARVÁEZ CALDERÓN, admitir la acción de tutela presentada por el precitado en representación de la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, se vinculó a la secretaria de Educación Municipal de Pasto, y se ordenó notificar de ello a la parte accionada y vinculada, solicitándoles que en el término improrrogable de dos días presente las explicaciones que considere pertinente se tuvieron como prueba la documental aportada con el escrito de tutela. Con proveído del 10 de junio de 2020, el Despacho no reconoció personería para actuar al doctor JAIRO HERNÁN CADENA ORTEGA, en su calidad de Secretario de Educación del Departamento de Nariño-SED- y a la doctora MARTHA CECILIA RUANO MORENO, como Jefe de la Oficina Jurídica de la Secretaría de Educación Municipal de Pasto- SEMP-[1].

Posteriormente mediante Sentencia No. 58 del 12 de junio de 2020, este Juzgado tuteló los derechos fundamentales de la precitada accionante[2]. Con escrito del 19 de junio del corriente

1 Auto Reconoce Personería 202000054, 10 de junio de 2020. Pdf

2 Sentencia 202000054, 01 de julio de 2020. Pdf

año, la SED, impugnó la precitada decisión[3], la cual fue concedida, a través de auto fechado el 26 de junio de 2020[4]. Ahora bien, con proveído del 25 de agosto de 2020, el Juzgado Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Pasto, declaró la nulidad de la actuación de primera instancia a partir del auto de 04 de junio de 2020 en adelante, dejando validadas las pruebas recaudadas[5]; razón por la cual, mediante, auto del 24 de septiembre del hogaño[6], esta judicatura ordenó obedecer lo resuelto por el superior, admitir la acción de tutela presentada por la precitada agente oficiosa y vincular al trámite tutelar al a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP- y UNIDAD PARA LA ATENCIÓN y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS -UARIV- y a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DEL MUNICIPIO DE PASTO. Con auto del 06 de octubre del 2020, se reconoció personería para actuar a los representantes de la SED, la UARIV y la UNP, y se tuvo como información la respuesta allegada por la Secretaria Municipal de Educación de Pasto[7].

ARGUMENTOS DE LA PARTE ACCIONADA SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO-SED

El apoderado judicial hace una serie de precisiones sobre los hechos del escrito de tutela, señalando que conforme la solicitud de la accionante y la certificación proferida por el Subsecretario Administrativo y Financiero de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, para el área de idioma extranjero inglés, no existen vacantes en municipios cercanos a Pasto, aclarando que en la actualidad, los traslados obedecen exclusivamente a necesidades del servicio del área que necesite cada institución educativa, tal como le fue informado a la accionante, razón por la cual deberá prestar sus servicios como docente donde realmente se la requiere.

De igual manera, sostiene que la SED, no desconoce las patologías que padece la docente, prueba de ello es el acceso a los servicios de salud y la continuidad en los tratamientos que recibe.

Refiere que, revisada la base de datos de la Fiduprevisora S.A., la accionante, tiene pensión de jubilación reconocida mediante Resolución No. 1926 de 03-09-2018, razón por la cual ella puede retirarse del servicio para cuidar sus padecimientos de salud que la aquejan, o caso contrario por su condición psiquiátrica que refiere en el escrito de tutela según los documentos anexados, este debe llevar no al traslado o reubicación, en perjuicio de derechos de los estudiantes, sino a obtener la pensión de invalidez y retiro del servicio, en razón a no poder desempeñarse laboralmente en el ámbito de su condición de educadora, situación evidentemente lamentable, mas no por eso menos justa y equidistante a los preceptos del orden jurídico, lo que ha conllevado a que se entorpezca la prestación del servicio educativo.

---

3 Escrito de Impugnación, 19 de junio de 2020.Pdf

4 Auto Concede Impugnación, 26 de junio de 2020.Pdf

5 Auto Declara Nulidad, 25 de agosto de 2020. Fl.1-7. Pdf

6 Auto Obedece Circuito 202000054.1, Fl.1. Pdf

7 Auto Reconoce Personería 202000054.1, 06 de octubre de 2020. Pdf.

Aclara que el fallo de acción de tutela 2019-00343 proferido por el Juzgado Primero Penal Municipal con funciones de conocimiento de Pasto, fue impugnado concediendo la apelación el a quo el 18 de noviembre de 2019, razón por la cual no se ha desatendido orden judicial y sin que se haya dejado sin resolver la situación de la docente como se refiere en el escrito de tutela.

Frente al caso sub examine, afirma que la acción de tutela no es el mecanismo idóneo para cubrir las pretensiones de la accionante; pues ésta es una acción residual que sólo se puede impetrar a falta de otra, debe ser el único medio de defensa judicial con que cuenta la persona como así lo establece el artículo 6 del Decreto 2591 de 1991.

Explica que, ante el perjuicio inminente, las medidas a adoptar deben ser urgentes, lo que determina que la acción de tutela sea impostergable, además debe existir evidencia fáctica de la amenaza, situación que no se presenta en este caso.

Advierte sobre las implicaciones que conllevaría para la administración que prosperen la acción de tutela interpuesta, señalando que la administración de planta de personal docente y directivo docente, tiene como objeto primigenio el cubrir necesidades del servicio educativo, para garantizar así el derecho a la educación de los menores educandos y que se debe tener como supuesto de hecho anterior al traslado, el garantizar en todo momento la prestación del servicio (referido en stricto sensu al Principio del Buen Servicio Administrativo que a su vez, se encuentra en consonancia con el Principio de la Buena Administración).

Por otra parte, alude que en lo que compete al reconocimiento de derechos que están a cargo de esa territorial, trasladar a la docente de la forma como lo ha planteado sin existir vacantes ni necesidad del servicio, crearía serias necesidades en otra entidad territorial, que podría ir en detrimento de una correcta administración de los recursos humanos. Pues indica que las necesidades del servicio educativo deben ser cubiertas conforme a los criterios que de carácter técnico se han dispuesto en normas como la Ley 715 de 2001, los Decretos 3020 de 2002 y el 520 de 2010, compilados en el Decreto 1075 de 2015, y que aquellas decisiones que extrapolan aquellas normas no sólo van en conculca del deber ser en ellas contenidas, sino también de aquellos principios de carácter constitucional que propugnan por la administración de los recursos -humanos- conforme a los principios de Eficacia, Economía y Eficiencia.

Sostiene que la optimización del recurso humano con el que cuentan, el deber de distribuirlo en la forma más adecuada y el cumplimiento de un sin número de decisiones judiciales en lista de cumplimiento, junto con las peticiones de traslado que por salud o amenaza se encuentran pendientes de resolver en el departamento, son razones por las cuales la administración no puede trasladar a la accionante, donde no existen vacantes para el área de idioma extranjero inglés en municipios cercanos a Pasto.

Haciendo referencia al principio de subsidiariedad de la acción de tutela, considera que no ésta, el medio por el cual la accionante debe obtener sus pedimentos, indicando que en el Estado Social de Derecho, será imperioso que administración y administrados agoten otros

mecanismos de defensa administrativa y judicial antes de acudir al medio subsidiario que caracteriza a la acción de tutela, que para el caso concreto será la jurisdicción contencioso administrativa, frente a no estar conforme los actos administrativos expedidos por la Administración Departamental, los cuales se encuentran dentro del marco de la legalidad y la norma que rige a los docentes, razón por la cual será procedente levantar la medida provisional de suspensión de efectos de actos administrativos, porque con dicha determinación se está afectando los derechos fundamentales de los niños que requieren los servicios de la accionante como docente en el área de su formación como es el idioma extranjero inglés.

En el caso sub examine y conforme los documentos que reposan en el acervo probatorio, advierte que no existe recomendación del comité de medicina laboral que señale que el traslado sea a una institución educativa más cercana a Pasto, de la cual trabaja en la actualidad, teniendo en cuenta que se le garantiza su derecho al trabajo, y si bien el estado de salud de la accionante es grave, debería retirarse del servicio para que cuide su salud y disfrute de la pensión de jubilación que tiene, y frente a la no existencia de necesidad del servicio, ni vacantes para el área de idioma extranjero inglés en los municipios cercanos a Pasto, afirma que la administración garantiza este derecho bajo el estricto cumplimiento del Decreto 1278 de 2002, en lo relacionado con permisos.

Menciona que la Secretaría de Educación, es absolutamente respetuosa del ordenamiento jurídico vigente e imperante en el Estado Colombiano, por tanto, la señora CERÓN CALDERÓN cuenta con permisos remunerados donde medie justa causa, demostrando nuevamente que la administración es garante de sus derechos fundamentales permitiendo sus tratamientos médicos, sin injerencia en su contraprestación salarial y claramente se demuestra que la entidad territorial, en razón a su vínculo laboral, cumple cabalmente con las obligaciones laborales en calidad de empleador, entre ellas, las correspondientes a los aportes a la seguridad social en salud.

Plantea que del análisis efectuado por la Administración Departamental frente al asunto objeto de la presente acción constitucional, se llevó a concluir que de acceder la administración a todas las solicitudes de traslado en las condiciones particulares que exija cada docente, se terminaría por desmontar todo el proceso de reorganización, pues no se puede desconocer que muchos de los docentes pertenecientes a la planta global del sector educativo del Departamento sufren o soportan diferentes situaciones personales similares o peores, a la que sufre la accionante y pese a ello, han asumido sus funciones, en consecuencia la administración departamental, puede continuar con el cumplimiento de la inexcusable obligación de garantizar el derecho a la educación en todo el territorio del Departamento de Nariño.

Considera que el objetivo de la administración no ha sido ni será el de vulnerar derechos fundamentales de los administrados, y que lo que se presenta en este caso es el enfrentamiento de derechos fundamentales y para ello es necesario tener en cuenta que en el sector educativo del Departamento de Nariño se encuentra en un proceso de reorganización educativa que tiene como objetivo principal distribuir el personal docente perteneciente a la planta global, acorde con las necesidades presentadas en cada establecimiento educativo, por cuanto los

establecimientos educativos rurales de los municipios más alejados del Departamento carecían de docentes; situación que se trata de equilibrar con el proceso de reorganización, para mejorar la calidad educativa dentro del Departamento.

Argumenta que el Estado Colombiano tiene el deber de garantizar la prestación del servicio educativo -materialización del derecho a la educación de los menores- y el interés particular que pretende la docente, es evadir sus responsabilidades pretendiendo ser ubicada cerca de los sectores urbanos donde no se requiere docentes o no hay necesidad del servicio, como en el presente caso, la no existencia de vacantes en municipios cercanos a Pasto, en el área de idioma extranjero inglés para lo cual es claro para la administración departamental que debe prevalecer por encima del interés general que ostentan los menores educados que cursan sus estudios en las Instituciones Educativas del Departamento de Nariño, pues dichos servicios pedagógicos se tornan en indispensables para garantizar el derecho a la educación de los niños y niñas que están bajo la administración del Departamento de Nariño.

Comenta que en la actualidad y en virtud de la pandemia por COVID-19, todos los docentes, estudiantes y personal administrativo de las instituciones educativas de los municipios no certificados del Departamento de Nariño, están laborando desde sus casas desde la virtualidad, razón por la cual no se vería afectada con el retorno a su sitio de trabajo, no evidenciando con ello vulneración a derecho fundamental alguno.

Da a conocer que la medida provisional ordenada en el fallo de primera instancia, así como lo ordena nuevamente su despacho, respecto de las Resoluciones No. 0028 de 04 de febrero de 2020 y No. 0187 de 18-03-2020, se encuentran suspendidos efectos, evidenciando con ello, que, pese a la necesidad del servicio educativo en el municipio de Linares, esa Administración ha cumplido con las órdenes dadas.

Reitera que a la accionante, como docente del idioma extranjero inglés se la requiere en la Institución Educativa San Francisco de Asís del Municipio de Linares, y que no existen vacantes ni necesidad del servicio en municipios cercanos a Pasto, tal como lo certificó en el mes de junio la Profesional Universitario de Recursos Humanos de la Secretaría de Educación Departamental, documento que reposa en la contestación inicial del día 8 de junio de 2020 y que hasta la fecha la no existe vacantes, y afirma que teniendo en cuenta que el Departamento de Nariño se encuentra a cargo de 61 municipios no certificados en educación, ha visto disminución de matrícula estudiantil, que trae consigo la afectación de la relación técnica estudiante - docente implicando con ello exceso de docentes, que deban ser reubicados en los diferentes municipios donde exista la necesidad del servicio y por ende disminución de recursos del sistema general de participaciones, de conformidad con lo establecido en el artículo 16 de la Ley 715 de 2001.

Solicita se declare la improcedencia de la presente acción de tutela, porque el Departamento de Nariño- Secretaria de Educación Departamental, no ha incurrido en vulneración alguna de los derechos reclamados por la accionante, razones por la cual solicita negar el presente amparo constitucional.

De igual manera, insta para que se levante la medida provisional respecto de la suspensión de los efectos de los actos administrativos proferidos por la SED, teniendo en cuenta que se ve afectada la prestación del servicio público educativo donde se la requiere efectivamente como docente del área de idioma extranjero inglés.

ARGUMENTOS DE LA VINCULADA

SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PASTO

Con referencia a lo argumentado por la accionante en la acción de amparo, señala que no le constan, debido a que la docente no hace parte de nuestra planta global de cargos, sino presuntamente tiene vinculación laboral con el Departamento de Nariño- Secretaria de Educación Departamental de Nariño y el trámite de docente amenazada se surtió en la Secretaría de Educación Departamental de Nariño y con la Unidad Nacional de Protección.

Aduce que su representada no ha debido ser vinculada a la presente acción de tutela, debido a que no existe ninguna vulneración de ningún derecho fundamental a la petente, porque es una problemática que debe ser resuelta por la Secretaría de Educación Departamental de Nariño siendo el empleador de la accionante y es quien debe promover las soluciones que amerita el caso, con base en lo consagrado en los artículos 287, 298 y 311 superior, y la Ley 115 de 1994 y 715 de 2001.

Con base en las Sentencias T-130 de 2014, SU-975 de 2003, T-883 de 2008, entre otras, manifiesta que la presente acción de tutela es improcedente, porque no existe por parte de la Secretaria de Educación Municipal la vulneración de ningún derecho fundamental a la accionante.
Una vez realizado los análisis valorativos del caso y con fundamento en las anteriores consideraciones de orden legal, solicita desvincular a la Secretaria de Educación Municipal, ante la inexistencia de vulneración.

UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS

Señala que, para el presente caso, la accionada efectivamente cumple con la condición de sobreviviente del conflicto, quien se encuentra incluida en el registro único de víctimas, por el hecho victimizante de DESPLAZAMIENTO FORZADO bajo el marco normativo Ley 1448 de 2011, con FUD. BG000427489.

Con relación a lo solicitado, por la accionante señala que su representada no tiene dentro de sus competencias legales dicha materia, respecto a la solicitud de traslado a la SECRETARIA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO y por tal motiva, solicita remitir a las autoridades administrativas competentes, quienes tienen la responsabilidad de dar trámite a la mencionada solicitud dando información respecto a la reglamentación actual que existe frente a la materia.

Con base en la Ley 1448 de 2011, los Decretos 4800 y 4802 de 2011 y demás normas concordante, reitera que la Unidad Para las Victimas, no es la entidad del Estado que tiene la responsabilidad constitucional y legal de absolver las pretensiones de ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN; y cada entidad pública vinculada al Sistema Nacional de Atención y Reparación Integral a las víctimas tiene sus propios proyectos, funciones y planes específicos; debiéndose así acudir a ellos, de acuerdo a cada necesidad.

Teniendo en cuenta lo anterior, aduce que la vinculación realizada por el despacho contiene un defecto procedimental absoluto, como quiera que, al solicitar a la Unidad para las Víctimas accione a favor del accionante garantizando derechos aludidos, carece de fundamento legal y jurídico pues dicho requerimiento debió haberse realizado a la entidad encargada de dar trámite a la solicitud de la acción de tutela como entidad competente de dar solución a la petición del accionante la cual no puede ser resuelta por la Unidad para las Víctimas dado que no se enmarca dentro de las competencias que le fueron legalmente atribuidas; situación que no fue tenida en cuenta por el despacho.

Aunado a lo anterior, señala que se evidencia que el requerimiento judicial al ordenar un trámite a favor del accionante, crea una obligación irreal a cargo de la Entidad a pesar de la ausencia de objeto jurídico frente a la petición de la accionante, en consecuencia alega que se configura la máxima jurídica de que nadie está obligado a lo imposible, ello ante la imposibilidad de dar trámite alguno por carecer de competencia legal y jurídica y la flagrante violación al debido proceso; según lo previsto por el marco normativo que rige la creación y funciones de la Unidad.

De conformidad con lo anterior, sostiene que el fin natural de la Unidad es realizar un acompañamiento a las víctimas del conflicto armado para que puedan acceder a los beneficios que restablezcan los derechos que les fueron arrebatados en el momento de ocurrencia de los hechos victimizantes de los cuales fueron víctimas, sin embargo, carece de competencia legal para definir el trámite de traslado, y en ese sentido solicita desvincular a la Unidad para las Víctimas, indicando que no tiene competencia en el presente asunto.

UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN

Después de señalar la naturaleza de la Unidad, menciona que la accionante ostenta la calidad de docente, razón por la cual, el Programa de Prevención y Protección liderado por la Unidad Nacional de Protección debe activar la ruta de protección a favor de los docentes que prestan sus servicios en los establecimientos educativos estatales, ubicados en las entidades territoriales certificadas en educación, a solicitud de los establecimientos educativos a los que se encuentran adscritos, en virtud de lo dispuesto en el Decreto 1075 del 26 de mayo 2015.

Explicando la evaluación de nivel de riesgo señalada por el precitado decreto, esto es, el TRÁMITE DE LA SOLICITUD DE RECONOCIMIENTO DE LA CONDICIÓN DE AMENAZADO, informa que el Comité de Evaluación de Riesgo y Recomendación de Medidas - CERREM, órgano encargado de realizar las recomendaciones idóneas para cada uno de los casos, en

virtud del resultado arrojado en la evaluación de riesgo, no recomienda medidas materiales de protección para los casos de los docentes, ya que en virtud del Decreto 1075 de 2015, la medida de protección es adoptada por la Secretaria de Educación y corresponde al traslado del educador a una nueva institución educativa, en caso de que su riesgo sea ponderado como extraordinario o extremo.

Sobre los hechos expuestos de la docente, señala que una vez fue allegada la solicitud de protección a favor de la docente por parte de la Secretaria de Educación Departamental, la Unidad Nacional de Protección, se procedió a dar inicio al estudio del nivel de riesgo en favor de la accionante, bajo la población reglada en el artículo 2.4.1.2.6, numeral 14 del Decreto 1066 de 2015, la Resolución 1240 de 2010, y activando a su favor la orden de trabajo No. 353012 de fecha 04 de octubre de 2019.

Aduce que una vez realizado el trabajo de campo dentro de la orden de trabajo No. 353012, en el caso de la petente CERÓN CALDERÓN, fue expuesto en la sesión 46 del Grupo de Valoración Preliminar - GVP de fecha 12 de noviembre de 2019, en el cual los miembros del GVP validaron y ponderaron su riesgo como ordinario con una matriz de 43.33%, y, posteriormente, fue presentado ante los delegados interinstitucionales que conforman el Comité de Evaluación del Riesgo y Recomendación de Medidas - CERREM, en la sesión realizada el día 20 de noviembre de 2019, donde los miembros del CERREM recomendaron para su caso: "Comunicar el resultado del estudio de nivel de riesgo".

Respecto al resultado del estudio de nivel de riesgo, señala que el precitado arrojó como un nivel Ordinario, y con base en las Sentencia T-124 de 2015 explica cuando una persona que pertenece al nivel de riesgo mínimo u ordinario no está facultada para exigir del Estado, medidas de protección especiales.

Comenta que la Unidad Nacional de Protección, a la fecha no ha recibido nuevamente solicitud de protección y/o realización de estudio de nivel de riesgo a favor de la docente, por parte de la Secretaría de Educación Departamental de Nariño.

De otro lado destaca que según lo dispuesto en el artículo 24 de la Ley 1755 de 2015, en armonía con lo dispuesto en el artículo 2.4.1.2.2 numeral 13, y en el artículo 2.4.1.2.47 numeral 3 del Decreto 1066 de 2015, la información contenida en la presente contestación goza de reserva legal.

Finalmente, de acuerdo con las normas parcialmente transcritas y los planteamientos expresados sobre el tema, solicita que la Unidad Nacional de Protección sea desvinculada de esta acción constitucional, toda vez que, el caso objeto del presente pronunciamiento se atendió oportunamente y bajo las competencias que le corresponden a esta Entidad respecto a la población establecida en el numeral 14 del artículo 2.4.1.2.6 del Decreto 1066 de 2015.

Así mismo, solicita no tutelar los derechos fundamentales invocados por la accionante, por cuanto no puede desconocerse que en cumplimiento del Decreto 1075 de 2015 y Decreto

1066 de 2015, la UNP conceptuó y comunicó a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, el resultado del estudio del nivel de riesgo ordinario que arrojó la matriz de la accionante.

CASO CONCRETO

La señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, es una docente nombrada en propiedad, perteneciente a la planta global del personal docente del departamento de Nariño en la Institución Educativa San Francisco de Asís, en el Municipio de Linares, Corregimiento de San Francisco, a quien a través de la Resolución No. 0028 del 4 de febrero de 2019, le fue concedida una comisión temporal de servicios como docente amenazada en la Institución Educativa La Paz del Municipio de Los Andes (N), la cual fue prorrogada, a través de un mecanismo de protección, acción de tutela, proferida el día 27 de septiembre de 2019, por el Juzgado Primero Penal Municipal Con Funciones de Conocimiento de Pasto. No obstante, la Secretaría de Educación Departamental de Nariño- SED-, a través de la Resolución 0028 del 4 de febrero de 2020, dio por terminada la comisión otorgada, aduciendo en sus consideraciones que la accionante en la actualidad y por estudio realizado por la Unidad de Protección-UNP-, ya no gozaba de dicho status y por lo tanto, ante la necesidad del servicio en su plaza inicial, debía retornar a sus labores a la plaza de su propiedad, esto es, nuevamente al municipio de Linares (N).

Ante dicho panorama, el apoderado de la docente CERÓN CALDERÓN, interpone la presente acción de tutela y afirma que la entidad accionada, se encuentra presuntamente vulnerándole a su representada, sus derechos fundamentales de petición, al debido proceso, a la salud, al trabajo y de las víctimas del conflicto armado, pues desconocen sus circunstancias tanto de docente en situación de amenaza debidamente reconocida por la Unidad para la Atención y la Reparación Integral a las Víctimas- UARIV-, como de salud. Razón por la cual, solicita se ordene a la Gobernación de Nariño- Secretaría de Educación Departamental de Nariño, revoque el precitado acto administrativo que ordena su regreso al municipio de Linares y la misma entidad, le proporcione el listado actualizado de vacantes definitivas docentes en el área de idioma extranjero inglés y en ese sentido, se le permita la postulación a 5 lugares en orden de prioridades, como lo establecen los Decretos 1782 de 2013 y 1075 de 2015, con el objetivo de elegir y se surta su traslado definitivo, por condiciones de desplazamiento.

Para considerar y resolver dichas pretensiones, se plantearán los siguientes problemas jurídicos:

¿Es procedente la acción de tutela presentada por la precitada accionante para ordenarle a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, revoque el acto administrativo, Resolución No? 0028 del 4 de febrero de 2020 que resuelve dar por terminada su condición de docente amenazada y dispone su traslado a la Institución Educativa San Francisco de Asís del municipio de Linares (N), el cual desatiende sus razones personales como víctima del conflicto y su situación de salud?

De ser procedente la presente acción ¿se encuentran la accionada, vulnerando los derechos fundamentales de la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN al negar su traslado a uno de los municipios de su elección, como docente perteneciente a la planta global del Departamento, ¿desconociendo su condición personal como víctima del conflicto y situación de salud?

Si la respuesta es afirmativa, ¿se debe ordenar su traslado a una Institución educativa del departamento de Nariño, donde se garanticen sus derechos fundamentales?

Inicialmente diremos que, para resolver sobre la procedencia de esta acción tutelar, cabe traer a colación lo que ha considerado la Corte Constitucional sobre el carácter subsidiario de la acción de tutela:

> *'…El artículo 86 de la Constitución señala expresamente que la acción de tutela 'solo procederá cuando el afectado no disponga de otro medio de defensa judicial, salvo que aquella se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable". En armonía con ello, el artículo 6° del Decreto 2591 de 1991 estableció, entre las causales generales de improcedencia de la acción de tutela, 'cuando existan otros recursos o medios judiciales de defensa" (numeral 1°), instituyendo así el carácter subsidiario y residual de esta acción, de donde debe deducirse que su objeto no es suplir otros medios judiciales, salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable, o que la vía común, regular u ordinaria de defensa carezca de idoneidad o de oportunidad para la subsanación requerida".*

No obstante, en lo referente a mecanismos de trámite de traslados laborales, y en tratándose de docentes en el sector público, no es la acción de tutela la llamada a resolver dichas situaciones, sin embargo, admite únicamente análisis por parte del juez constitucional en escenarios especiales.

En este análisis de procedibilidad para el estudio de la presente acción tutelar, la Corte ha expresado que el principio de inmediatez, pese a no tener un término de caducidad expresamente señalado en la Constitución o en la Ley, procede dentro de un término razonable y proporcionado contado a partir del momento en que se produce la vulneración o amenaza al derecho, esto, con el propósito de que se actúe de manera rápida, inmediata y eficaz[8].

Así, en el caso que hoy nos ocupa, se cumple con el precitado requisito, pues con base en la Resolución No.0028 del 4 de febrero de 2020, la accionada Secretaria de Educación Departamental de Nariño, resolvió dar por terminada la condición temporal de docente amenazada de ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, y dispuso trasladarla en el mismo cargo que venía ocupando desde la Institución Educativa La Paz del Municipio de Los Andes (N), a la Institución Educativa San Francisco de Asís del municipio de Linares (N)[9], situación que presuntamente vulnera sus derechos fundamentales.

Como se indicó en líneas que anteceden, la acción de tutela está revestida de un carácter subsidiario, sin embargo, la Corte ha avalado su procedencia excepcional cuando con la aceptación o negación de un traslado se afectan los derechos fundamentales del servidor público. En tal sentido, la sentencia T-653 de 2011, concluyó que: "(…) todo servidor público que vea amenazados gravemente sus derechos fundamentales por un acto administrativo que disponga su traslado o que lo niegue, puede acudir a la acción de tutela para efectos de garantizar su protección y evitar la consumación de dicho perjuicio. Adicionalmente, debe entenderse que esta situación de vulnerabilidad puede presentarse, entre otras, en una de las tres hipótesis planteadas previamente, es decir, cuando se vean amenazados sus derechos fundamentales a la salud, a la unidad familiar y la vida e integridad física, tanto propia como de familiares."

---

8 Sentencias SU-691 de 1999, T-905 de 2006, T-808 de 2007, T-594 de 2008, T-743 de 2008.

9 Acción de Tutela Accionante, Pruebas Fls.22 a 24. PDF

En el caso de traslados de docentes, la Corte reafirmó la procedencia de la acción de tutela cuando se afectan tales derechos fundamentales[10]. Así, en la sentencia T- 664 de 2011, sistematizó las subreglas de procedencia cuando se acredite:

"(i) El traslado laboral genere serios problemas de salud, especialmente porque en la localidad de destino no existan las condiciones para brindarle el cuidado médico requerido[11]; familia;[12](ii) El traslado ponga en peligro la vida o la integridad del servidor o de su (iii) En los casos en que las condiciones de salud de los familiares del trabajador puedan incidir, dada su gravedad e implicaciones, en la decisión acerca de la procedencia del traslado. transitoria." (iv) La ruptura del núcleo familiar vaya más allá de la mera separación.

Entonces le corresponde al juez constitucional definir la procedencia de la acción de tutela, para evaluar en cada caso si se vulneran o amenazan los derechos fundamentales, generalmente, la salud, la integridad física y mental, la vida y/o la unidad familiar, del docente o los miembros de su núcleo familiar.

Por lo tanto, en el caso que hoy nos ocupa, el Despacho considera que se encuentran acreditados los presupuestos que la jurisprudencia traída al plenario ha señalado y se considera procedente la acción de tutela para analizar lo relacionado al traslado de educadores oficiales. Como se anotó al inicio de estas consideraciones tenemos que desde el año 2019, a la docente ÁNGELA YOVANINA, le fue otorgada una condición provisional de docente amenazada. Sin embargo, la misma, se dio por terminada por la entidad accionada a través de la Resolución No 0028 del 4 de febrero de 2020, aduciendo que respecto del análisis y ponderación efectuado por la UNP, la docente en la actualidad, goza de una situación de riesgo ORDINARIA[13] como la precitada unidad lo confirmó en su contestación, situación que provocó su traslado efectivo a la Institución educativa de donde la precitada había salido por cuestiones de amenaza, esto es, desde el municipio de Linares (N).

Por otra parte, encuentra este Despacho, exactamente del Certificado Único de Victimas, Resolución No. 2019-148420 del 13 de noviembre de 2019[14] y de la confirmación señalada por misma Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas al descorrer traslado de la presente acción, que la accionante desde dicha data, es una sobreviviente del conflicto armado y por ello, ha sido incluida como víctima del conflicto armado, por su declaración rendida el día 3 de septiembre de 2019, en la cual declaró como hechos victimizantes el desplazamiento forzado y amenaza, con ocasión de la situación presentada el día 25 de junio de 2019, en la cual al parecer un grupo armado al margen de la ley, inicialmente a través de llamada telefónica la extorsionó y amenazó con 13 Acción de Tutela, Pruebas Accionante, Fl.23. PDF atentar con su vida[15].

---

10 Sentencia T-815 de 2003, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-969 de 2005, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, T-065 de 2007, M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-029 de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva, T-664 de 2011, M.P. Jorge Iván Palacio Palacio, y T-236 de 2013, M.P. Nilson Pinilla Pinilla.

11 Sentencias T- 330/93, T 483/93, T-131 de 1995, T- 514 de 1996, T-208/98, T-532/98, entre otras.

12 Al respecto, ver las Sentencias T-532 de 1996 y T-120 de 1997.

13 Acción de Tutela, Pruebas Accionante, Fl.23. PDF

14 Ibídem, Fls.45 a 48, PDF.

15 Idem, Fl.46, PDF.

Aunado a lo anterior, ante dicha situación infortunada de violencia, se observa que la precitada accionante, ha desmejorado en su condición y estado de salud, tal como lo demuestra la recomendación del Comité Laboral de PROINSALUD[16], en la cual sugiere la implementación de mecanismos para brindarle a la docente la posibilidad de laborar en un sitio de trabajo donde no implique la exposición a altos niveles de estrés y relaciones laborales conflictivas que pueden desencadenar su sintomatología actual (...).

Ante los eventos expuestos se estima que hay bases suficientes para considerar que la integridad de la accionante podría estar en peligro. Y ese sentido, teniendo en cuenta que si bien la SED accionada, en un principio otorgó la condición de docente amenazada, en su actuación administrativa del 4 de febrero de 2020; en la Resolución 0187 del 18 de marzo del mismo año, no analizó, ni tampoco consideró los argumentos presentados por la petente, lo que de inicio se considera que tal actuación es una medida completamente arbitraria, toda vez que la misma no evaluó sus circunstancias objetivas, y absolutamente relevantes en el presente asunto, tales como, por una parte, su condición de mujer sobreviviente del conflicto armado, y de ello, su inclusión en el registro único de víctimas del conflicto armado.

Así, vemos que se encuentra configurado, el primer presupuesto que habilita la procedencia de la acción de tutela, de conformidad con la jurisprudencia anotada.

En segundo lugar, es claro que existe una vulneración o amenaza grave y directa de los derechos fundamentales de la docente CERÓN CALDERÓN. Es clara la negativa de la SED, en ofrecer a la precitada diferentes opciones de plazas docentes, a la del municipio expulsor, lugar en el cual ocurrieron sus hechos victimizantes, pone en peligro su vida e integridad, pues se destaca y reitera su condición de sobreviviente del conflicto, la cual aún no ha sido superada, y tampoco la accionada así lo demostró.

De ahí que, también se configura el segundo presupuesto que permite al juez de tutela pronunciarse acerca de la vulneración de derechos fundamentales en controversias sobre traslado de docentes del sector público, para el caso, cuando exista una vulneración o amenaza grave en los derechos del educador o de su familia.

Contrario a los argumentos de la accionada, por las circunstancias planteadas se estima que las acciones de control administrativas no son lo suficientemente idóneas, ni tampoco eficaces en el presente asunto, y que las mismas protejan de manera inmediata los derechos fundamentales hoy incoados. Pues, ante la inminencia de su retorno, y aquí es preciso señalar que no es de recibo para este Despacho cuando el apoderado de la accionada, sostiene que ante la situación de emergencia y al estar la docente en el lugar de residencia no se le están vulnerando sus derechos; pues tal desestimación se hace, por cuanto es claro que las circunstancias no son permanentes y siendo que las mismas obedecen a una medida temporal y excepcional, al levantarse las medidas por la situación de emergencia sanitaria, se ordenará el retorno de los docentes hacia su lugar de trabajo, lo que claramente afectaría la vida e integridad de la actora, quien se reitera es una mujer víctima de violencia del conflicto armado, sujeto de doble connotación de especial protección constitucional, siendo procedente este mecanismo de protección para garantizar sus derechos presuntamente trasgredidos con el actuar de la SED.

---

16 dem, Fl.51, PDF.

Pasamos a responder sí las Secretarías accionadas, se encuentran vulnerando sus referidos derechos fundamentales al negar la oferta de una vacante en la cual se considere tanto su situación personal de mujer víctima de violencia del conflicto armado, así como su estado de salud sin desconocer sus patologías y las recomendaciones realizadas por los profesionales de la salud; para este caso en concreto es preciso referirse al ejercicio del ius variandi en el servicio público de educación[17].

La Corte Constitucional ha sostenido que pese a no existir un concepto normativo que desarrolle de manera puntual el principio de ius variandi, la jurisprudencia constitucional ha establecido que el mismo consiste en la facultad de variar las condiciones en que se realiza la prestación personal del servicio, es decir, la potestad de modificar las condiciones de trabajo, en una relación de trabajo caracterizada por la subordinación. Esta se materializa bajo dos modalidades, por cuanto responde usualmente a un reparto funcional de competencias (factor funcional), o bien teniendo en cuenta la sede o lugar de trabajo (factor territorial).

Señala que los traslados suponen cambios sustanciales en la cotidianidad de los docentes, existe una íntima relación con derechos fundamentales como la integridad personal o el libre desarrollo de la personalidad, pues esas modificaciones pueden alterar el proyecto de vida del trabajador, por tanto, el empleador debe, antes de ordenar un traslado, procurar por la protección de los derechos fundamentales del docente y de su familia.

En el marco del servicio de educación pública, se materializa la facultad discrecional del nominador de trasladar a docentes o directivos docentes, regulada mediante la Ley 735 de 2001 y Decreto 1075 de 2015[18]. Dichos traslados se originan bien sea por virtud de la decisión discrecional de la administración o por vía de solicitud del interesado, siempre que se requiera para la debida prestación del servicio educativo.

Así mismo, dicho Tribunal ha definido los límites de este principio, por cuanto "la facultad del empleador de modificar las condiciones en una relación laboral (ius variandi) no es absoluta porque puede tornarse violatoria de derechos fundamentales si se aplica en forma arbitraria o si no se sustentan de manera adecuada los motivos por los cuales se dan los cambios y la necesidad de los mismos.[19] "

En este sentido, las decisiones sobre los traslados a cargo del empleador público particularmente deben obedecer a necesidades públicas en la prestación del servicio de educación (elemento objetivo) y, de otra, atender las circunstancias personales del docente o de su núcleo familiar (elemento subjetivo). Así las cosas, el empleador debe tener en cuenta conjuntamente dichos elementos y tomar una decisión que los consulte de forma adecuada y coherente.

Respecto del elemento objetivo, un mínimo de requisitos son necesarios para que la petición sea procedente, de los cuales se destacan los siguientes: i) lapso mínimo de permanencia del aspirante en el establecimiento educativo en el cual se encuentra prestando el servicio como docente o directivo docente y ii) postulación a vacantes del mismo perfil y nivel académico, ya

---

17 Sentencia T-213 de 2015

18 Este decreto compila las normas vigentes sobre la materia, tales como los Decretos Reglamentarios 1628 de 2012, 520 de 2010 y 3222 de 2003.

19 Sentencia T-682 de 2014.

que el traslado en ningún caso implica ascenso en el escalafón docente, ni interrupción en la relación laboral, ni puede afectar la composición de la planta de persona[20]l.

En lo atinente al elemento subjetivo, se ha considerado que la facultad legal de la que dispone el empleador para modificar las condiciones laborales de sus trabajadores, debe desarrollarse consultando, entre otros aspectos, los siguientes: (i) las circunstancias que afectan al trabajador; (ii) la situación familiar de este; (iii) el estado de salud del empleado y el de sus allegados; (iv) el lugar y el tiempo de trabajo; (v) las condiciones salariales; (vii) el comportamiento del trabajador durante la relación laboral y; (vii) el rendimiento demostrado entre otros puntos de cada caso concreto[21].

En este orden de ideas, las decisiones sobre los traslados siempre deben ser motivadas y evaluar "la acreditación de unos específicos criterios y requerimientos, que se supeditan, en todo caso, no solamente a las necesidades del servicio y a la protección de principios tales como la igualdad, la transparencia y la objetividad sino a la observancia y verificación, entre otros aspectos, de las circunstancias que afectan al trabajador, la situación familiar, su estado de salud y el de sus allegados, el lugar y el tiempo de trabajo, sus condiciones salariales, el comportamiento que ha venido observando y el rendimiento demostrado"[22].

Para el caso en concreto, analizando el elemento objetivo, de las pruebas allegadas al plenario, tenemos que la señora CERÓN CALDERÓN, es una docente en propiedad desde hace más de 20 años como lo sostiene en los hechos de su escrito de tutela, quien hasta la actualidad, ha venido ocupando el cargo de docente de idioma extranjero ingles en diferentes municipios del departamento de Nariño, entre los que se destacan, la INSTITUCIÓN EDUCATIVA SAN FRANCISCO DE ASÍS ubicada en el corregimiento de San Francisco del Municipio de Linares (N) y la Institución Educativa la Paz, del municipio de los Andes (N).

Sobre su postulación o mejor, sobre el cambio que podría dársele a la hoy accionante, si se llegara a aceptar su traslado atendiendo a sus condiciones particulares ya referidas, en nada variarían sus condiciones como docente, pues lo que se pretende es que la precitada ocupe un cargo con el mismo perfil y nivel académico requerido, sin que implique alguna circunstancia de ascenso en el escalafón docente, ni que la misma interrumpa su relación laboral, ni tampoco afecte la composición de la planta de personal, pues como se tiene, la petente pertenece a la planta global del personal docente del departamento de Nariño.

Ahora bien, en cuanto a las circunstancias subjetivas, observamos que se presentan situaciones que afectan a la docente y que le impiden llevar el correcto desempeño de sus actividades laborales, pues como se ha mencionado en líneas que preceden, la misma en la actualidad es una mujer sujeto de protección especial al ser víctima y sobreviviente del conflicto armado, además de su condición de salud ya referida, la cual ha sido advertida por el Comité Laboral de la IPS PROINSALUD, el 26 de marzo de la presente anualidad[23].

---

20 Artículos 2.4.5.1.3. y 2.4.5.1.2., parágrafo 3, del D. 1075 de 2015

21 Art. 5, Decreto 520 de 2010.

22 Sentencia T 210 de 2014.

23 Acción de Tutela, Pruebas Accionante, Fl.51. PDF

Ante tales circunstancias, con base en la Sentencia T-095 de 2018, este Despacho señala que claramente en este caso, se debe aplicar acciones integrales en la prevención de la violencia contra la mujer, y como lo advirtió la Corte Constitucional en dicho precedente, este tipo de violencia no puede ser tolerada ni subestimada en ningún ámbito, y menos admitir los argumentos de la accionada, en cuanto señala que la docente puede retirarse del servicio para cuidar sus padecimientos de salud que la aquejan, o caso contrario por su condición psiquiátrica obtener la pensión de invalidez, pues refiere que con su conducta la precitada accionada afecta la prestación del servicio educativo en sus educandos.

A todas luces, para este Despacho dichos argumentos son reprochables, y como la misma Corte lo ha señalado, aceptar este tipo de argumentos y visiones, sin evaluar las verdaderas condiciones de la accionante, contribuyen a perpetuar los patrones, estereotipos y prácticas que subvaloran la condición femenina. Por tanto, esta judicatura, desde ya señala que el análisis de fondo ira encaminado a garantizar las medidas de protección que resulten pertinentes para garantizar los derechos de la accionante.

En tal sentido, la Corte ha señalado que con el objetivo de eliminar todos los factores de riesgo de violencia o la garantía del ejercicio de todos los derechos en igualdad de condiciones, desde una visión integral, implica "la consideración de un criterio de distribución de los contenidos de libertad, criterio de distribución que ha de entender en el sentido de generalidad, equiparación y diferenciación negativa o positiva. [La igualdad] es un metaderecho, un principio constitutivo de los derechos de libertad, como igualdad formal en los derechos de todos a sus diferencias personales, y de los derechos sociales como igualdad sustancial en los derechos de todos a condiciones sociales de supervivencia (Bea, 1985)"[24].

Así pues, en el ámbito administrativo, esto significa que ante situaciones que tengan una incidencia en el ejercicio de derechos fundamentales, se deben adoptar decisiones que apunten a eliminar los riesgos de discriminación en cualquiera de sus modalidades. Mientras que, desde el ámbito judicial, dicha obligación se traduce en la garantía del acceso a la justicia en igualdad de condiciones, lo cual implica el deber de analizar todas las circunstancias desde los impactos diferenciales para las mujeres para el efectivo goce de una igualdad sustantiva[25].

Es claro que en el asunto que hoy se analiza, nos encontramos ante la circunstancias de una mujer que ha sido sobreviviente de amenaza contra su vida y desplazamiento forzado por parte de los grupos al margen de la ley, estando en ejercicio de su actividad como docente en el municipio de Linares (N), situación que obliga a esta judicatura no solamente a hacer un análisis jurídico en términos generales de su situación fáctica, sino que además este debe realizarse bajo una carga probatoria más laxa, con menos exigencias probatorias y aplicando con mayor ahínco la figura de la presunción de veracidad respecto de los hechos denunciados.

En este sentido, se observa con claridad que la petente denunció su situación de violencia, ante la Secretaría de Educación Departamental de Nariño, a la Unidad Nacional de Protección, y ante la Unidad de Atención y Reparación a las Victimas, siendo esta última, quien ante la evaluación de su situación, decidió incluirla en el registro de víctimas y otorgársele así

24

25

tal calidad[26], y como hechos victimizantes el desplazamiento y la amenaza, lo que claramente, desvirtúa el concepto de seguridad de la Unidad de Protección, así como los dichos sin ningún tipo de argumento, por parte de la accionada.

En cuanto a la conducta asumida por la entidad accionada, se tiene que la misma se ha tornado displicente, por cuanto si bien mediante diferentes actos administrativos le ha concedido una condición temporal de docente amenazada, esta solo se ha logrado con otra acción de tutela, o sea con una orden judicial la cual fue proferida por el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Pasto, bajo el radicado 2019-00343, el día 27 de septiembre de 2019. No obstante, siendo que dicha orden imponía a la UNP remitir una valoración de riesgo, y siendo que esta arrojó una situación ordinaria de seguridad, la Secretaría de Educación Departamental procedió de manera unilateral sin mayor análisis a dar por terminada dicha condición, que se reitera, no tuvo en cuenta su registro como víctima, así como su situación de salud.

Por otra parte, la SEDN en su contestación sustenta su negativa en la presunta necesidad del servicio y la inexistencia de vacantes para el área de la docente, aspecto que se desdibuja ante la inminencia que impone proteger los derechos fundamentales incoados por su empleada.

Así las cosas, para este Despacho se encuentra demostrado que existen amenazas para la integridad de la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, en la medida en que es clara su ya mencionada calidad, de donde, la necesidad de su traslado se hace inminente por razones de seguridad.

La accionada en ningún momento, en las consideraciones de sus ya referidos actos administrativos, ha tenido en cuenta las reiteradas condiciones personales de la precitada docente, no da aplicación a un criterio diferencial ante lo advertido por la misma, omitiendo interpretar su solicitud de traslado de conformidad con sus condiciones particulares, en las que se advierte una flagrante amenaza a sus garantías constitucionales, y contrario a lo expresado por la Corte Constitucional, en cuanto a la omisión en la aplicación de la perspectiva de género en el caso concreto.

En este sentido, como lo ha expresado la Sentencia T-095 de 2018, si bien existe un amplio margen de discrecionalidad para variar (o mantener) las condiciones de trabajo de los docentes del sector público en ejercicio del ius variandi, esta prerrogativa encuentra sus límites en el respeto de los derechos fundamentales de los educadores y específicamente cuando se trata de mujeres, quienes tienen una protección especial, sobre todo respecto de amenazas de violencia.

En este orden de ideas, el artículo 53 del Decreto Ley 1278 de 2002 dispone que procede el traslado de un docente a otra institución educativa "b) Por razones de seguridad debidamente comprobadas". A su turno, el Decreto 1075 de 2015[27], en sus artículos 2.4.5.1.1 a 2.4.5.1.8, establece los procedimientos para que las entidades territoriales tramiten las solicitudes de traslado que formulan los educadores. De este modo, se encuentran previstas dos clases de procedimientos: un proceso ordinario y otro extraordinario.

26

27 Decreto Único Reglamentario del Sector Educación.

De este modo, si bien la decisión de la accionada, como ya se dijo obedeció al carácter de seguridad ordinario de la accionante, esta debió interpretar la solicitud de traslado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 53 del Decreto Ley 1278 de 2002 y del artículo 2.4.5.1.5., del Decreto 1075 de 2015, la cual establece supuestos indicativos pero no taxativos para los procesos extraordinarios de traslado[28], pues la disposición no formula estos eventos en términos restrictivos, por lo que una lectura de esta índole desconoce el principio de interpretación pro homine.

En conclusión, cuando un docente oficial presente una solicitud de traslado en el marco del proceso extraordinario fundada en razones de seguridad, la entidad territorial deberá analizar si estas circunstancias tienen una relación de causalidad con el ejercicio del cargo del respectivo educador. En caso afirmativo, se deberá acudir al trámite regulado en el Decreto 1782 de 2013. Sin embargo, en ausencia de dicha relación de conexidad, la autoridad nominadora deberá establecer la procedencia del referido traslado, previa acreditación de la existencia de razones de seguridad debidamente comprobadas[29].

Con todo, el referido deber se refuerza en presencia de sujetos de protección especialísima, como lo son las mujeres sobrevivientes y en amenaza de violencia. En este sentido, como arriba se dijo, existe una obligación de debida diligencia en la prevención de la violencia contra las mujeres, de conformidad con la cual los distintos órganos e instituciones estatales deben adoptar medidas integrales dirigidas a disminuir y, en lo posible, erradicar los factores de riesgo para las mujeres[30]. Por tanto, la prevención de la violencia de género conlleva obligaciones

---

28 'Artículo 2.4.5.1.5. Traslados no sujetos al proceso ordinario. La autoridad nominadora efectuará el traslado de docentes o directivos docentes mediante acto administrativo debidamente motivado, en cualquier época del año lectivo, sin sujeción al proceso ordinario de traslados de que trata este decreto, cuando se originen en: // 1. Necesidades del servicio de carácter académico o administrativo, que deban ser resueltas discrecionalmente para garantizar la continuidad de la prestación del servicio educativo. // En tal caso, el nominador de la entidad territorial debe adoptar la decisión correspondiente considerando, en su orden, las solicitudes que habiendo aplicado al último proceso ordinario de traslado no lo hayan alcanzado. // 2. Razones de salud del docente o directivo docente, previo dictamen médico del comité de medicina laboral del prestador del servicio de salud. // 3. Necesidad de resolver un conflicto que afecte seriamente la convivencia dentro de un establecimiento educativo, por recomendación sustentada del consejo directivo".

29 Artículo 53 del Decreto Ley 1278 de 2002.

30 De otra parte, esta especial protección también fundamenta la obligación de debida diligencia en la prevención de la violencia contra las mujeres que no sólo se desprende del artículo 13 de la Constitución, sino de diversos compromisos internacionales, de los cuales se destacan la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer –CEDAW, por sus siglas en inglés–, así como de la termina la obligación para los Estados de adoptar todas las medidas para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer, con particular atención a aquellas que hacen parte de grupos discriminados o vulnerables. En estos términos las obligaciones de protección, respeto y garantía del derecho a una vida libre de violencia comprenden el deber de tomar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales, financieras y fiscales necesarias para la adopción, implementación y seguimiento de políticas públicas efectivas y adecuadas tendientes a eliminar toda manifestación de violencia y discriminación en razón del género. De conformidad con lo precedente, como lo ha sostenido la jurisprudencia de esta Corte, el Estado debe orientar sus esfuerzos para erradicar patrones, estereotipos y prácticas que subvaloren la condición femenina en 'todos los ámbitos sociales - económico, laboral, político, educativo, en la administración de justicia, en las relaciones familiares y privadas" Ahora bien, es innegable la relación existente entre la discriminación y la violencia de género que, como se advirtió, impone al Estado obligaciones positivas, dirigidas a erradicar y disminuir los factores de riesgo para las mujeres. Estos deberes se concretan

positivas para garantizar la efectividad de los derechos de las mujeres, particularmente el derecho al trabajo[31].

Al respecto, la Convención Interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer-Convención de Belém do Pará en su artículo 4 contempla: "Toda mujer tiene derecho al reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos humanos y a las libertades consagradas por los instrumentos regionales e internacionales sobre derechos humanos. Estos derechos comprenden, entre otros: b. el derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral; (…)"

De igual modo, como si su situación de violencia no fuera suficiente, la parte accionada también se encuentra desatendiendo su situación médica ya descrita, la que también en la actualidad afecta de forma grave y directa su derecho fundamental a la salud.

Con base en el análisis realizado, esta judicatura concederá el amparo de los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud, al trabajo y de las víctimas del conflicto armado de la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN. En consecuencia, como mediante auto calendado a 4 de junio de 2020 se ordenó a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, a través de su representante legal o quien haga sus veces, como medida provisional, dejara sin efectos, las Resoluciones No. 0028 de 04 de febrero de 2020, y 187 del 18 de marzo de 2020, así como todos los actos administrativos emitidos con posterioridad, relacionados con el retorno al mismo cargo que ocupaba, en la Institución Educativa en el municipio de Linares (N), la docente ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN, orden que se rei-

---

en la adopción de medidas integrales que apunten a disminuir dichos riesgos y, a su vez, transformar sus instituciones para que provean respuestas efectivas en los casos de violencia de género. Así, las acciones que el Estado emprende deben encaminarse al logro de cambios estructurales en la sociedad, para eliminar las conductas que perpetúen estereotipos de género negativos y que expresen discriminación de género. En este sentido, esta Corporación en el Auto 009 de 2015 señaló que, por medios apropiados para desarrollar políticas de prevención de la violencia de género se entienden, entre otros: (i) la modificación de la cultura institucional estatal respecto a la violencia y a la discriminación contra la mujer; (ii) la transformación de la cultura de la sociedad en general ; y (iii) la adopción de mecanismos administrativos y legislativos que procuren el derecho de las mujeres a vivir una vida libre de violencia y discriminación. En cuanto al primero, la Convención de Belém do Pará exige: a. '[A]bstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación"; b. '[T]omar todas las medidas apropiadas […] para modificar las prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o tolerancia de la violencia contra la mujer"; c. '[F]omentar el conocimiento y la observancia del derecho de la mujer a una vida libre de violencia, y el derecho de la mujer a que se respeten y protejan sus derechos humanos", en especial para los funcionarios encargados de garantizar estos derechos; y d. Contar con mecanismos de seguimiento y aplicación de los instrumentos de protección para las mujeres, así como con sanciones disciplinarias efectivas en los casos en que sean desatendidos estos instrumentos de protección por parte de los funcionarios públicos . El Comité para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) se ha pronunciado en varios casos en relación con los prevención, sanción y erradicación de la violencia contra la mujer. Al respecto, ha determinado que, en conjunto con la Recomendación General 19 sobre la violencia contra las mujeres, 'en virtud del derecho internacional y de pactos específicos de derechos humanos, los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia y proporcionar indemnización".

31 Sentencia T-095 de 2018.

teró en auto de fecha 24 de septiembre de este mismo año, se ordenará a la citada accionada, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a revocar o dejar sin efectos en forma definitiva, dichos actos administrativos.

Ahora, cabe precisar que el juez constitucional no está llamado a abarcar competencias que no le han sido conferidas, como es el hecho de modificar la planta de cargos al interior de las entidades públicas, pues mal haría esta judicatura en desconocer las facultades otorgadas a la Gobernación de Nariño a través de la Secretaría de educación Departamental para la conformación y reglamentación de sus respectivas plantas de docentes. Por ello, sería del caso acceder a las pretensiones del apoderado judicial de la accionante, en cuanto a que la accionada entregue a la docente CERÓN CALDERÓN, el consolidado real y actualizado de vacantes definitivas docentes en el área de idioma extranjero inglés para que se postule a 5 lugares en orden de prioridades.

Pero teniendo en cuenta, que hasta la fecha tal como lo señaló en su contestación del 20 de febrero de 2020[32] no existen vacantes en el departamento en el área de la accionante, se ordenará a la Secretaría de Educación Departamental de Nariño que previo trámite administrativo con la Secretaría de Educación Municipal de Pasto, en un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de este fallo, trasladen a la docente a un centro o institución educativa que esté ubicada en la ciudad de Pasto o en su lugar, a un municipio cercano a la ciudad de Pasto, en donde la entidad territorial tenga competencia para nombrar la planta de personal, donde se garantice su vida e integridad física y psíquica, atendiendo a las circunstancias de violencia relacionadas con desplazamiento forzado y amenaza, así como también con las recomendaciones emitidas por el Comité laboral de la IPS PROINSALUD, y se evite la exposición a factores agravantes para su situación personal, así como su patología y no se desmejore su situación laboral.

Ahora bien, en cuanto al derecho de petición accionado, el cual estaba encaminado a que la SED entregue las vacantes definitivas de docentes en el área de idioma extranjero inglés, la petición se tiene que fue respondida por la precitada accionada el día 20 de febrero de 2020, razón por la cual no se procederá a tutelarlo.

Finalmente, este Despacho se abstendrá de desvincular a la Secretaria de educación Municipal de Pasto, pues la misma deberá realizar todas las acciones certificadas que estén a su cargo para efectuar el traslado de la docente ya mencionada.

Respecto de las solicitudes de desvinculación realizadas por la la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP- y la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS -UARIV-, este Despacho accederá a las mismas, teniendo en cuenta que ya existe un estudio de riesgo sobre la docente CERÓN CALDERÓN, se encuentra incluida en el Registro Único de Victimas, y además, las competencias señaladas por las precitadas no tienen injerencia frente a sus pretensiones.

Sin más consideraciones, el Juzgado Primero Penal Municipal de Pasto con Función de Control de Garantías para Adolescentes, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

---

32 Acción de Tutela, Pruebas Accionante, Fl.49. PDF

RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al debido proceso, a la salud, al trabajo y derecho a las víctimas del conflicto armado, de la señora ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN identificada con la C.C. No. 30.727.960.

SEGUNDO: ORDENAR a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, a través de su representante legal o quien haga sus veces, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, proceda a revocar o dejar sin efectos las Resoluciones No. 0028 de 04 de febrero de 2020, y 187 del 18 de marzo de 2020, así como todos los actos administrativos emitidos con posterioridad, relacionados con el retorno al mismo cargo que ocupaba, en la Institución Educativa en el municipio de Linares (N), la docente ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN.

TERCERO: ORDENAR a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, a través de su representante legal o quien haga sus veces, y a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PASTO a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en un plazo máximo de dos (2) meses contados a partir de la notificación de este fallo, trasladen a la docente ÁNGELA YOVANINA CERÓN CALDERÓN a un centro o institución educativa que esté ubicada en la ciudad de Pasto o en su lugar, a un municipio cercano a la ciudad de Pasto, en donde la entidad territorial tenga competencia para nombrar la planta de personal, garantizándole su vida e integridad física y psíquica, atendiendo a las circunstancias de violencia relacionadas con desplazamiento forzado y amenaza, así como también a las recomendaciones emitidas por el Comité laboral de la IPS PROINSALUD, y se evite la exposición a factores agravantes para su situación personal y a su patología, sin desmejorar su situación laboral.

CUARTO: No tutelar el derecho de petición, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

QUINTO: Sin lugar a desvincular de este trámite tutelar a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PASTO, por lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEXTO: Desvincular de la presente acción tutelar a la UNIDAD NACIONAL DE PROTECCIÓN –UNP- y la UNIDAD PARA LA ATENCIÓN y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS –UARIV-.

SÉPTIMO: ADVERTIR a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN DEPARTAMENTAL DE NARIÑO, a través de su representante legal o quien haga sus veces, y a la SECRETARÍA DE EDUCACIÓN MUNICIPAL DE PASTO a través de su representante legal o quien haga sus veces, que en caso de incumplimiento de lo dispuesto en los numerales segundo y tercero de este fallo, respectivamente, podrán ser sancionados por desacato de conformidad con lo establecido en el art. 52 del Decreto 2591 de 1991, esto es, con arresto hasta de seis meses y multa hasta de veinte salarios mínimos mensuales, previo el trámite incidental de rigor.

OCTAVO: Si dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación del presente fallo a las partes, el mismo no ha sido impugnado, se enviará el proceso a la Corte Constitucional, para su eventual Revisión, (artículo 31 Ibídem).

NOVENO: Por Secretaría notifíquese de este fallo a las partes en la forma indicada en el artículo 30 del decreto 2591 de 1991, informando que el mismo puede ser impugnado ante el Juzgado Penal del Circuito de Pasto con funciones de Conocimiento para Adolescentes.

DECIMO: Una vez regrese el proceso de la Corte Constitucional, ORDENAR su archivo, realizando las anotaciones del caso en el libro radicado.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

EVA SOFIA SALCEDO GALVIS
JUEZ

PENSIONES - DERECHO DE LIBRE Y VOLUNTARIA ESCOGENCIA DE RÉGIMEN PENSIONAL Y DEBER DE INFORMACIÓN - La selección de uno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social en Pensiones, es libre y voluntaria por parte del afiliado, previa información o asesoría de la administradora pensional.

PENSIONES - TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL – INEFICACIA: La falta de asesoría y de información clara, completa, comprensible y suficiente por parte de las administradoras de pensiones, sobre las consecuencias de cambio de régimen pensional, da lugar a la ineficacia del acto de traslado o la exclusión de todo efecto jurídico del mismo.

PENSIONES - TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL- CARGA DE LA PRUEBA: Les compete a las administradoras de fondos de pensiones demostrar que el potencial afiliado al momento del traslado recibió la debida asesoría e información, a quien le basta afirmar que esto no ocurrió, entendiéndose como un supuesto negativo indefinido, que no requiere de prueba.

PENSIONES - TRASLADO DE RÉGIMEN PENSIONAL – INEFICACIA: Procedencia.

(…) para que el traslado sea válido debe existir una manifestación libre y voluntaria del afiliado, circunstancia que sólo puede acontecer cuando aquél conoce plenamente la incidencia de su decisión a través de la documentación clara y suficiente de los efectos que trae consigo el cambio de régimen por parte de la administradora de pensiones, acuñando el término de libertad informada como requisito para la validez del traslado, iterando que la información debe contener los aspectos positivos y negativos del mismo. (…)

(…) "evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado…" (…) "…Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora…" y que fue burlada por la administradora del RAIS al no haber recibido la información necesaria previa a su decisión de traslado, pues la actora no tenía pleno conocimiento de los beneficios o consecuencias adversas que devenían con él. (…) la afiliación o traslado no se infiere con el simple diligenciamiento, firma y entrega del respectivo formulario, (…) por cuanto deben señalarse por el asesor de la administradora del fondo de pensiones, los beneficios e inconvenientes que se pueden producir con el traslado.

Por tanto procede declarar la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad verificado ante el RAIS, asumiendo tal responsabilidad la accionada PORVENIR S.A., (…) se dispondrá que como el acto ineficaz del traslado no produjo efecto alguno, la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida (…)

JUZGADO SEGUNDO LABORAL DEL CIRCUITO DE PASTO

AUDIENCIA DE TRÁMITE Y JUZGAMIENTO

San Juan de Pasto, veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022

Radicación : 2019 - 00170
Asunto : Sentencia
Juez : Dr. MARIO RICARDO PAZ VILLOTA

En San Juan de Pasto, Departamento de Nariño, siendo las ocho y treinta (8:30) de la mañana del día veintisiete (27) de mayo del dos mil veintidós (2022), quien se dirige a ustedes Juez Segundo Laboral y de la S.S. del Circuito de Pasto, en asocio de su Secretaria se constituye en audiencia pública de Tramite y Juzgamiento en el recinto del Despacho dentro del proceso ordinario laboral Nº 2019 - 00170 propuesto por **EMMA DEL SOCORRO GUERRA NIETO** frente a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y LA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**

SENTENCIA

En escrito presentado ante la Oficina Judicial de Pasto el día 10 de abril de 2019, **ENMA DEL SOCORRO GUERRA NIETO**, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 30.704.556, mediante Procurador Judicial, presentó demanda ordinaria laboral frente a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –COLPENSIONES** representada legalmente en este proceso por **MIGUEL ÁNGEL ROCHA CUELLO** mayor de edad, identificado con cedula de ciudadanía número 1.065.596.343 de Valledupar, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, representada legalmente en este proceso por **CRISTINA VISSER ÁLVAREZ DE PINTO,** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 38.940.883 y la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.**, representada legalmente en este proceso por **ANA BEATRIZ OCHOA MEJÍA,** mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 43.033.926, para que con sus citaciones y audiencia, este Despacho declare la nulidad del traslado de la actora al RAIS y en consecuencia condene a la accionada COLPENSIONES reconocer a la demandante como afiliada al RPM, a recibir de la sociedad PORVENIR S.A., la totalidad de los aportes pensionales que actualmente existan en su cuenta individual, condenar a PROTECCIÓN S.A. y PORVENIR S.A. a realizar el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de los ahorros generados por la actora en su cuenta individual más el bono pensional, rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas durante todo el tiempo de su afiliación, así como el pago de los cálculos actuariales, diferencias económicas e indemnizaciones a que haya lugar y las costas procesales; de manera subsidiaria persigue la declaratoria de la responsabilidad solidaria de PROTECCION S. A., y de PORVENIR S.A., por inducir a error a la demandante al momento de producir su vinculación con el fondo privado y de contera requiere que las dos accionadas cancelen la prestación de conformidad con las exigencias para el RPMD, respecto de cuyas pretensiones se opusieron PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A., al considerar que la demandante se trasladó al R.A.I.S de manera voluntaria, autónoma y libre quien habiendo tenido durante 24 años la posibilidad de regresar al R.P.M., nunca lo hizo y sólo lo decidió extemporáneamente cuando las normas legales y las decisiones jurisprudenciales relacionadas con su posibilidad de retorno, ya no lo permitían y perdió automáticamente los beneficios de dicho régimen al trasladarse voluntariamente al R.A.I.S.; adicionalmente a que conforme a lo dispuesto por la Circular externa 001 de 2004 de la Superintendencia Financiera de Colombia una persona pensionada, como es el caso de la demandante, no puede trasladarse de régimen, recalcando que una vez las personas obtie-

nen el reconocimiento de la pensión, no es posible trasladarse de régimen, ni aún de administradora; la demandada COLPENSIONES manifestó que la actora se trasladó de manera libre y voluntaria, pues no existió engaño o configuración de vicios del consentimiento y que tal solicitud la realizó cuando ya le faltaban menos de diez años para cumplir la edad requerida para acceder al derecho pensional.

La Agente del Ministerio Público por su parte manifestó que la AFP demandada debe acreditar que cumplió con su deber de suministrar información suficiente, transparente, cierta y oportuna para garantizar de esa manera que la afiliada contara con los elementos de juicio necesarios para evaluar la conveniencia o inconveniencia e implicaciones del traslado de régimen pensional, para que éste resultara válido.

Dado que el artículo 280 del Código General del Proceso se aplica por el principio de integración de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, produciéndose la sentencia dentro de un sistema de oralidad, procederá el Juzgado al examen crítico de los medios de convicción a fin de otorgar la razón a quien corresponda, no sin antes enunciar que en la etapa de fijación del litigio y de acuerdo con los escritos de demanda y contestación, se tuvieron como ciertos los hechos 4 y 7 respecto de PROTECCIÓN S.A. y los hechos 4 y 5 respecto de PORVENIR S.A., para lo cual se precisa de las siguientes,

CONSIDERACIONES:

PRESUPUESTOS PROCESALES

Este plenario exhibe la constitución válida de la relación jurídico procesal pues en él concurren los presupuestos procesales, por haberse dirigido la demanda ante el Despacho, la cual reúne los requisitos formales, en virtud del mandato conferido por quien, en calidad de demandante, tiene capacidad para ser parte y comparecer sin ministerio ajeno, frente a quienes igualmente poseen plena capacidad para asumir la defensa de sus intereses.

AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA

Considerando que **COLPENSIONES** es una empresa industrial y comercial del Estado del orden nacional, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, vinculada al Ministerio del Trabajo (artículo 155 de la Ley 1151 de 2007 y Decreto extraordinario 4121 de 2011), le correspondía a la demandante cumplir con el requisito previo sine qua non consagrado en el artículo 6º del C. P. T. y de la S.S., modificado por el artículo 4 de la Ley 712 de 2001, antes de acudir a la jurisdicción, vale decir tenía el deber de agotar la reclamación administrativa. Del documento visible entre fls. 14 a 16 del expediente, se aprecia sin lugar a dudas que aquella efectuó la reclamación administrativa respecto de los derechos que ahora pretende judicialmente.

ALEGACIONES DE LAS PARTES

El señor apoderado judicial de la parte **DEMANDANTE** hizo referencia a la línea jurisprudencial reiterada en los eventos de ineficacia del traslado y la sentencia SL812 de 2022, indicando que las múltiples oportunidades en que fue visitada por asesores de diversos fondos privados, no indica que haya tenido un claro entendimiento del funcionamiento del régimen de ahorro individual, lo que demuestra que dichas compañías tuvieron múltiples oportunidades para entregar la información necesaria a la actora y así obtener un consentimiento informado, no obstante; no lo hicieron, recalcando la conducta muy conveniente del fondo PORVENIR S.A. de pensionar a la actora aún en contra de su voluntad, lo que se halla acreditado con las diferentes peticiones que elevó solicitando la suspensión de dicho pago, aún antes de que le fuera cancelada la primera mesada pensional, recalcando además que dicho fondo procedió a pagar la mesada a la demandante sin redimir el bono pensional, que finalmente desistió. Expuso que si bien actualmente la actora se encuentra pensionada, ello sucedió en contra de su voluntad, sin que pueda dicha circunstancia ser aprovechada por PORVENIR S.A., por lo que en aplicación del principio de favorabilidad de la trabajadora y aquel que prohíbe a las personas beneficiarse de su propia culpa, resulta aplicable en este caso la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia resultando prosperas las pretensiones principales y que en el caso de no acceder a ellas, se acceda a las subsidiarias.

Por su parte, la señorita apoderada judicial de **COLPENSIONES**, además de ratificarse en la posición que expuso al contestar el libelo, solicita se absuelva a su representada de las pretensiones incoadas con sustento en lo establecido por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL373 de 2021 en el sentido de considerar que resulta imposible aceptar el traslado de la demandante por tener la condición de pensionada, además que los términos dentro de los cuales solicitó su traslado se encontraban ya lejanos a lo dispuesto en la jurisprudencia y las sentencias emanadas de la Corte Constitucional, que refieren acerca de aceptar los traslados por fuera de los términos exigidos en la ley, lesiona la planeación en la asignación y distribución de recursos del sistema pensional, estando acreditada la condición de la demandante de pertenecer al RAIS, efectuado varios traslados en dicho régimen, recalcando la imposibilidad de disponer el traslado por tener el estatus de pensionada. Finalmente, solicita que en caso de resultar prosperas las pretensiones de la demanda, se ordene al fondo accionado devolver todos los valores que hubiera recibido con motivo de dicha afiliación y al haber obrado de buena fe y su representada sea exonerada de la condena en costas.

El señor apoderado judicial de **PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.** formula sus alegatos de conclusión en los mismos términos que contestó la demanda, refiriendo que todas las actuaciones de la actora demuestran su deseo de permanecer en el régimen de ahorro individual, toda vez que realizó cinco traslados de forma voluntaria y autónoma; adicionalmente, que el acto de afiliación que es de naturaleza comercial surtió las consecuencias que estaba llamado a producir, resultando válido, existente y eficaz. Expuso que en este caso hay una particularidad que no puede desconocerse y es que la actora se encuentra pensionada y recibiendo su mesada, adicionalmente que ella fue quien tramitó el reconocimiento de su pensión y mani-

festó su aprobación con la firma del formulario, de tal forma que de acuerdo con lo expuesto en la sentencia SL373 de 2021 teniendo el estatus de pensionada, no es posible declarar la ineficacia de su afiliación, porque ello sería contrariar la línea jurisprudencial señalada por la Corte Suprema de Justicia, sin que tampoco se hayan demostrado los perjuicios que reclama la actora, ni pueda asegurarse que por el hecho de no haberse expedido el bono pensional se modifique la condición que tiene la demandante de pensionada. Con fundamento en lo anterior solicita se desechen las pretensiones de la demanda, exonerando a sus representadas de las pretensiones que son reclamadas.

El señor Agente del **MINISTERIO PÚBLICO** refirió acerca del problema jurídico que debe resolverse al interior de este asunto, reseñando los supuestos fácticos de la demanda y la información rendida en esta audiencia por la demandante, indicando que con sustento en lo dispuesto por la reciente sentencia SL373 de 2021 de la CS de J y teniendo en cuenta que la demandante tiene la condición de pensionada, no es factible ordenar la ineficacia de su traslado de régimen.

PROBLEMA JURÍDICO

El problema jurídico a resolver en el sub lite se concentra en determinar si hay o no lugar a declarar la ineficacia del traslado de la demandante al R.A.I.S. y si de allí se derivan los demás pedimentos incoados en la demanda.

CONSIDERACIÓN DEL ASPECTO LEGAL Y DEFINICIÓN DEL SUB EXAMINE

INEFICACIA DEL TRASLADO DE LA ACTORA AL RAIS

Debe enunciar el Despacho que de acuerdo con lo dispuesto en el literal **e)** del artículo 13 de la ley 100 de 1993, en su versión original, los afiliados al Sistema General de Pensiones pueden escoger el régimen de pensiones de su preferencia y una vez efectuada la selección inicial sólo podrán trasladarse de régimen por una sola vez cada cinco años, según la reforma contenida en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, el que estableció además la prohibición de trasladarse de régimen a los afiliados a quienes les faltaren 10 o menos años para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, límites temporales que no se aplican a las personas beneficiarias del régimen de transición contemplado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 que a la fecha de su entrada en vigencia tuvieren 15 o más años de servicios, quienes a pesar del traslado o de haber escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad, tienen derecho a retornar al régimen de prima media con prestación definida en cualquier tiempo con la finalidad de pensionarse de acuerdo con las normas antecedentes a la Ley 100 de 1993, según lo adoctrinado en las sentencias C- 789 de 2002, C- 1024 de 2004 y SU-062 de febrero 3 de 2010 proferidas por la Corte Constitucional.

En relación con el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31.989, citada en las sentencias 31.314 de la misma fecha, 33.083 de 22 de noviembre

de 2011 y SL12136 de 3 de septiembre de 2014, radicación N°46292, ha considerado que éste puede verse afectado de ineficacia si la administradora de pensiones receptora omite proporcionar a los interesados una información íntegra, veraz e inteligible que contemple los beneficios pero también los perjuicios que produciría el traslado de régimen, especialmente para aquellas personas beneficiarias del régimen de transición que para el momento del traslado tenían cumplidos o se encontraban muy cerca de verificar los requisitos para pensionarse en el régimen de prima media, a quienes el traslado implicaría acceder a la pensión a una edad más avanzada o en menor cuantía de la que recibirían de no haberse surtido éste, ordenando la Corte el regreso automático a este último y el traslado a la administradora del régimen de prima media de los valores de la cuenta de ahorro individual.

En la primera de las referidas providencias se resaltó el deber de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad dada la importancia y trascendencia que trae consigo la decisión de traslado, destacando que son éstas quienes tienen la carga de la prueba tendiente a demostrar que han cumplido a cabalidad con ese deber. Subraya la Alta Corporación que las administradoras de pensiones tienen entre sus obligaciones especiales la transparencia, vigilancia y el deber de información, la cual debe brindarse de forma completa y comprensible, haciendo alusión a los beneficios y los inconvenientes que podrían suscitarse con el traslado a tal punto de desalentar al posible afiliado de tomar una determinación perjudicial a sus intereses, concluyendo que el engaño se produce no sólo con lo que se afirma, sino con las omisiones en que incurra el asesor.

Asimismo, en la providencia SL12136-2014 de 3 de septiembre de 2014, señaló la Corte que para que el traslado sea válido debe existir una manifestación libre y voluntaria del afiliado, circunstancia que sólo puede acontecer cuando aquél conoce plenamente la incidencia de su decisión a través de la documentación clara y suficiente de los efectos que trae consigo el cambio de régimen por parte de la administradora de pensiones, acuñando el término de libertad informada como requisito para la validez del traslado, iterando que la información debe contener los aspectos positivos y negativos del mismo. En palabras de dicha Corporación:

***'Es evidente que cualquier determinación personal de la índole que aquí se discute, es eficaz, cuando existe un consentimiento informado... En ese orden se clarifica con esta decisión que cuando lo que se discuta sea el traslado de regímenes, que conlleve a la pérdida de la transición, al juzgador no solo le corresponde determinar si aquella se respeta por contar con los 15 años de servicio a la entrada de vigencia de la Ley 100 de 1993, esto es el 1° de abril de 1994, sino que será menester determinar, previamente, por tratarse de un presupuesto de eficacia, si en todo caso aquel estuvo ajustado a los principios que gobiernan el Estatuto de Seguridad Social, y a las reglas de libertad de escogencia del sistema, la cual estará sujeta a la comprobación de que existió una decisión documentada, precedida de las explicaciones sobre los efectos del traslado, en todas sus dimensiones legales**."*

Argumentos como los antecedentes fueron confirmados por la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia a través de las decisiones adoptadas mediante sentencias SL 1452-2019 Radicado 68852 y SL 1421 - 2019, Radicación 56154 calendadas los

días 3 y 10 de abril de 2019. En la primera de ellas se destaca que las administradoras fondos de pensiones,"...***desde su fundación e incorporación al Sistema de Protección Social tiene el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible... pues las instituciones financieras cuentan con una estructura corporativa especializada, experta en la materia y respaldada en complejos equipos actuariales capaces de conocer los detalles de su servicio..."***

En esta decisión, la Corte hace análisis de la ley 1328 de 2009 y el Decreto 2241 de 2010, para expresar que se produjo con ello una segunda etapa relativa al deber que tienen las administradoras del RAIS de asesorar y suministrar buen consejo a las personas que se trasladasen a tales entidades, haciendo referencia explícita acerca de la debida diligencia y transparencia que deben tener las administradoras cuando ofrecen sus productos a los consumidores financieros y finalmente hace examen de la ley 1748 de 2014, del Decreto 2071 de 2015 para deducir de ello que en la actualidad los usuarios del Sistema Pensional tienen el derecho de lograr por parte de los asesores y promotores de los dos regímenes la información correspondiente, exigiéndose entonces la denominada doble asesoría, para tener un conocimiento acerca de las reales características de cada uno de los Regímenes Pensionales así como de sus condiciones y efectos, tal como se rememora en la sentencias SL 782 y SL 1197 del 3 y 23 de marzo 2021 y en las más recientes SL 3349 de 28 de julio de 2021, SL 38712021 (88720) del 25 de agosto de 2021, en la cual se itera que una de las maneras de atentar contra un derecho es la omisión de brindar la debida información, abriéndose paso la vía correcta a través de la acción de ineficacia, en la SL 4334 del 8 de septiembre de 2021, Radicación número 83538 y en SL 56862021 (82139) del 6 de octubre de 2021, en la cual se recalca, que el no haber recibido información supone un hecho indefinido al tenor en lo dispuesto en el artículo 167 del C.G.P, que sólo debe desvirtuarlo el fondo privado de pensiones, no siendo carga del afiliado porque tal circunstancia se constituye en un despropósito, cuestionando a COLPENSIONES cuando alude a actos de relacionamiento en el sentido de creer que los traslados entre administradoras constituyen serio compromiso de pertenecer al RAIS puesto que acreditada la ineficacia del traslado, tal acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados lleven a cabo entre aquellas (sentencia SL 52802021(85801) del 3 de noviembre de 2021) ni porque no hayan retornado al RPMD dentro de los términos legales, según lo ratifica la Casación Laboral en sentencia SL 1055 del 2 de marzo de 2022, con ponencia del Dr. IVAN MAURICIO LENIS GOMEZ, al exponer "...***Y tampoco difumina lo anterior el hecho de que la persona no haya retornado a prima media en los términos de ley, pues se reitera, lo que concierne a estos asuntos es constatar el obedecimiento de dicho deber legal de información, independientemente de que la persona tenga o no aquella posibilidad legal de retorno (...) En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad..."***; igualmente se expresa que ni la legislación, ni la jurisprudencia han determinado que la carga probatoria en cabeza de las ADMINSTRADORAS DE FONDOS DE PENSIONES se encuentre condicionada a que el afiliado (a) se beneficie del régimen de transición o esté próximo a consolidar la prestación pensional.

A su vez la Sentencia SL 1421 de 2019, además, señala que la libertad informada debe producirse independientemente que el interesado se encuentre o no amparado por el régimen de transición, reiterando el deber de información y carga de la prueba respecto de la diligencia y cuidado en la obligación de informar en cabeza de las Administradoras de Pensiones que prestan un Servicio Público, refiriéndose esta vez de manera puntual al desenlace ineficaz de la afiliación y no al de la nulidad, circunstancia que ha tenido en cuenta el Despacho para decidir de esta manera los asuntos sometidos a su consideración resaltando literalmente lo siguiente …" ***iii) en los términos del artículo 1604 del Código Civil, corresponde a las Administradoras de fondo de Pensiones allegar prueba sobre los datos proporcionados a los afiliados… y de los que debe constar lo aspectos positivos y negativos de la vinculación y la incidencia en el derecho Pensional …"***

Argumentos semejantes se reiteran en la sentencia SL 373 del 10 de febrero de 2021, radicación 84475 emanada de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, acerca de la información necesaria, transparente y objetiva que debe contener la información para que sea eficaz el traslado, aduciendo literalmente que ello "… ***implica un parangón entre las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado».***

"En cuanto a la transparencia, la Corte especificó que dicha obligación consistente en el deber de dar a conocer al usuario, en un lenguaje claro, simple y comprensible, «los elementos definitorios y condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad y del de prima media con prestación definida, de manera que la elección pueda realizarse por el afiliado después de comprender a plenitud las reglas, consecuencias y riesgos de cada uno de los oferentes de servicios». Según esta Sala, «la transparencia impone la obligación de dar a conocer toda la verdad objetiva de los regímenes, evitando sobredimensionar lo bueno, callar sobre lo malo y parcializar lo neutro» (CSJ SL1452-2019)".

De conformidad con las argumentaciones delanteras, para definir si hay lugar o no a decretar la ineficacia es necesario establecer si la demandante se encontraba afiliada o en algún momento realizó cotizaciones al ISS administrador del Régimen de Prima Media o cajas o fondos de tal naturaleza, y de ser afirmativo determinar si la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES COLPATRIA HOY PORVENIR S.A., a virtud de la escritura pública No. 2298 del 29 de septiembre de 2000 por medio de la cual se protocolizó la Resolución de la Superintendencia Financiera de Colombia mediante la cual se autoriza la fusión del fondo COLPATRIA con BBVA HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., a la cual se trasladó por vez primera la actora el 23 de diciembre de 1998 (fl.42), le ofreció o no a aquella la información necesaria al instante en que se produjo su traslado y las consecuencias del mismo; adicionalmente, deberá dilucidarse si la condición especial de la actora por haber sido pensionada por parte del fondo PORVENIR S.A. (fls.8 y 9), torna posible o imposible ordenar su traslado al régimen de prima media con prestación definida, para lo cual debe el Juzgado detenerse en el análisis de los medios de convicción recaudados, acotando que el examen de los mismos debe referirse necesariamente a los producidos al momento en que, para el sub judice, se produjo el traslado de régimen de la demandante y no aquellos que ulteriormente se confec-

cionaron, rememorando, a propósito del tema que la Sala de Casación Laboral de la Corte en sentencia SL 1217 del 3 de marzo de 2021 adujo que independientemente se tenga o no un beneficio transicional o si se encuentra el interesado próximo o no a pensionarse procede la ineficacia "…***del acto jurídico de traslado considerado en sí mismo***…", debiendo suministrar la información oportuna para producirse válidamente el cambio de régimen pensional.

En tal sentido, una vez efectuado el examen del medio de prueba documental, es dable afirmar que se encuentran acreditados los siguientes hechos:

1. La demandante nació el 25 de enero de 1953, (documentos aportados con la demanda (fls. 20, 23, 37, 41 a 54), es decir, que para el 1 de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenía cumplidos más de 41 años de edad.

2. La actora se afilió al sistema pensional ante la CAJA NACIONAL DE PREVISION DISTRITAL FONCEP el 28 de septiembre de 1983 (fl.218), entidad a la que perteneció hasta el 28 de agosto de 1995 cuando se afilia al INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES; se trasladó al RAIS a través de COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES, la que fue absorbida por HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., mediante Escritura Pública 2298 del 29 de septiembre de 2000 por medio de la cual se protocolizó la Resolución de la Superintendencia Financiera de Colombia mediante que autorizó su fusión, en donde permanece hasta esta data.

3. El 22 de junio de 2016 la actora recibió comunicación de PORVENIR S.A. mediante la cual le hacen saber que se le ha reconocido su pensión a través de la modalidad de retiro programado, indicándole que para el año 2016 el valor de su mesada ascendería a la suma de $1.220.168 (fls. 8 y 9).

En efecto, la decisión de trasladarse del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al de Ahorro Individual con Solidaridad, de acuerdo con lo previsto en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, debe ser libre y voluntaria y sólo puede entenderse que se hace en tales términos cuando está precedida de información cierta, precisa y completa acerca de las particularidades de uno y otro de los regímenes, sus ventajas e inconvenientes, tal como advirtió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL12136 de 3 de septiembre de 2014, independientemente si aquella era o no beneficiaria del régimen de transición, por lo cual la administradora de fondos de pensiones del régimen de ahorro individual a la cual se trasladó por primera vez la demandante tenía la obligación de orientar, asesorar e informar oportunamente a la actora las diferentes alternativas a las que podía acogerse para lograr el derecho pensional que le hubiere beneficiado y de las consecuencias que tendría su traslado o permanencia en cualesquiera de los regímenes pensionales previstos en la Ley 100 de 1993, debiendo exponer claramente las condiciones que en cada uno de los regímenes se imponen para acceder a la pensión, exhibiendo incluso cálculos aproximados en los que se pudiera verificar la edad y monto en que posiblemente se accedería a la prestación, situación que no se encuentra acreditada al interior del plenario, carga probatoria que le incumbía al sujeto pasivo de las pretensiones como lo anunció la Honorable Corte Suprema de

Justicia - Sala de Casación Laboral en sentencia de noviembre 22 de 2011, radicación 33.083, y que éste no cumplió.

Ahora bien, de la revisión del proceso que ahora ocupa la atención del Juzgado y de los medios de convicción aportados y recaudados en esta audiencia, es dable hacer mención a varios aspectos que se estiman trascendentales en aras de esclarecer el problema jurídico que debe resolverse.

Delanteramente debe señalarse que según quedó expuesto en precedencia, el 22 de junio de 2016 la actora se entera que PORVENIR S.A., le concede la pensión a la cual, ésta, considera tiene derecho; no obstante lo anterior, también se verifica la petición que elevó el 30 de agosto de 2016 ante dicho fondo mediante el cual expresamente manifestó su descontento e inconformidad con el monto que le fue reconocido, por lo que expuso dar inicio a un estudio jurídico y financiero de su situación pensional con el fin de obtener una orientación, solicitando "**se suspenda o anule o retrotraiga el reconocimiento y pago de su pensión en las condiciones actuales … todo ello con el fin de mantener y/o poder incrementar su cuenta de ahorro individual y tratar de lograr el incremento del monto de la pensión cuando no esté laboralmente activa", reiterando la petición de suspender los pagos de la mesada pensional que fue calculada y "suspender toda actuación relacionada con la expedición de mi bono pensional y/o todo trámite tendiente a definir mi pensión en la actual suma de dinero, al menos hasta tanto nuevamente les manifieste mi autorización luego de conocer el análisis jurídico de mi situación**" (Fls. 9 y 10).

Así mismo, visible en el folio 11 se encuentra la petición elevada por la demandante ante el Coordinador de Bonos Pensionales y Aportes de prima media el 30 de agosto de 2016, recibida por PORVENIR S.A, mediante la cual solicita suspender toda actuación tendiente a lograr la emisión de su bono pensional, por cuanto ha decidido solicitar al fondo de pensiones anule o retrotraiga el reconocimiento y pago de sus pensión en las condiciones que le fueron reconocidas, por lo que de forma expresa informa que no atenderá al requerimiento que le fuera realizado para la emisión del bono pensional.

Así mismo, en el folio 253 del epígrafe se encuentra la solicitud de la accionante dirigida a PORVENIR S.A. el 31 de octubre de 2016, mediante la cual manifiesta que atendiendo al requerimiento que le fuera realizado reitera no autorizar al fondo adelantar ningún trámite relacionado con la expedición del bono pensional, frente a lo que dicha compañía le responde mediante correo electrónico del 9 de noviembre de 2016 (fl.254) que "… **dichos recursos hacen parte del capital que financiará su pensión, razón por la cual es necesario contar con los mismos, previa solicitud de emisión y redención firmada por usted".**

Igualmente se distingue el oficio dirigido a la demandante el 1º de marzo de 2021 por la Coordinadora de bonos pensionales de PORVENIR S.A., mediante el cual le informan que teniendo en cuenta que no ha aportado la documentación requerida, en virtud de lo previsto en el artículo 17 de la ley 1755 de 2015, asumió que ella había desistido de la solicitud de emisión del bono pensional, circunstancia que brilla por su ausencia en este proceso, procediendo a

su archivo, suceso que dio lugar a que este Despacho en proveído calendado a 19 de abril de 2022 resolviera desvincular de este trámite al Ministerio de Hacienda y Crédito Público y para continuar con el curso del proceso, señaló fecha para llevar a cabo la audiencia de trámite y juzgamiento que nos ocupa en esta oportunidad.

De esta forma, teniendo en cuenta los acontecimientos reseñados, el Juzgado observa que si bien el fondo PORVENIR S.A. comunicó en junio de 2016 a la actora que era procedente reconocerle su mesada pensional a través de la modalidad de retiro programado, posterior a ello la demandante no solo manifestó de forma expresa su intención para que la misma fuera suspendida, sino también su falta de autorización para adelantar el trámite relativo a la emisión del bono pensional, que además fue archivado, por entenderse que se había desistido del mismo; a partir de lo cual es posible colegir que si bien PORVENIR S.A. procedió a pensionar a la demandante y actualmente percibe la mesada que le fue reconocida de acuerdo con lo manifestado en el interrogatorio de parte rendido por aquella, claramente se observa que ésta fue reconocida contrariando no solo su voluntad sino las disposiciones legales, toda vez que de las diversas actuaciones que ha desplegado se concluye que jamás fue debidamente informada de las condiciones, ventajas y desventajas de la decisión que tomó al momento de trasladarse de régimen, es decir, el fondo privado no cumplió con el deber de información que jurisprudencialmente debe observar para efectos de asumir que el mismo fue realizado debidamente, además de rebelarse frente a las normas que regulan esa modalidad de pensión, como lo es el Decreto 1474 de 1997 que modificó el Decreto 1748 de 1995, que contemplan el trámite que debe observarse para reconocer la pensión del afiliado.

El artículo 14 del Decreto 1474 de 1997 contempla, en lo pertinente:

"**Artículo 14. Liquidación provisional y emisión de bonos.**

El artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, quedará así:

La solicitud de emisión de un bono, deberá estar acompañada de una manifestación del beneficiario ante la Administradora en el sentido de que el titular del bono no se encuentra afiliado a otra administradora, ni se encuentra tramitando, él o sus sobrevivientes, una pensión, indemnización sustitutiva o devolución de aportes o saldos, que sea incompatible con el bono. Dicha declaración, tendrá los efectos previstos en el artículo 10 del Decreto 2150 de 1995.
Cuando el emisor reciba una solicitud de liquidación de un bono procederá así:

Establecerá dentro de los treinta (30) días hábiles siguientes, la historia laboral del afiliado con base en los archivos que posea y la información que le haya sido suministrada por la administradora, sin que esta última deba acompañar las certificaciones correspondientes salvo que el emisor las solicite.

Dentro del mismo plazo, solicitará a quienes hayan sido empleadores públicos del afiliado y a quienes deban contribuir al pago del bono, que confirmen, modifiquen o nieguen toda la información laboral que incida en el valor del bono que les comunique, incluyendo si es del

caso aquélla que repose en el archivo laboral masivo del Instituto de Seguros Sociales, así como la información sobre vinculaciones laborales que el trabajador acredite, al presentar la solicitud del bono.

El empleador o contribuyente o quien deba dar certificación, requerido por un emisor de bono para que confirme la información laboral que se le envíe, deberá responder en un plazo máximo de treinta días hábiles, contados a partir de la fecha en que reciba el requerimiento, los cuales serán prorrogados por el mismo término por el emisor cuando haya una solicitud debidamente justificada. Si la requerida es una entidad pública, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente de acuerdo con la Ley 200 de 1995.

Para la liquidación y emisión del bono sólo se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o por el contribuyente, si es diferente, o aquella certificada que no haya sido negada por alguno de estos dos, dentro del plazo señalado en el inciso anterior. Para efectos del cómputo del plazo, será necesario que la respuesta llegue dentro del mismo.

Es certificada la información que la entidad administradora reporte como tal, con base en los documentos que acrediten debidamente tal hecho, los cuales se comprometerá a mantener a disposición del emisor, para que éste los pueda verificar o solicitar copia en cualquier momento. En el caso de los archivos masivos, para que los mismos se consideren certificados será necesario además de la manifestación en tal sentido del representante legal de la entidad, que se produzcan dos copias idénticas, una de las cuales será entregada a la Oficina de Obligaciones Pensionales y la otra se entregará en custodia a una entidad diferente que designe para ello el Ministerio de Hacienda y Crédito Público, la Oficina de Obligaciones Pensionales verificará que las dos copias sean idénticas. Adicionalmente, se tendrá en cuenta que la certificación individual de un empleador no afiliado al ISS prima sobre su Archivo Laboral Masivo; la certificación individual del ISS prima sobre su Archivo Laboral Masivo; la certificación de un empleador afiliado al ISS, sólo prevalece sobre el Archivo Laboral Masivo del ISS en el caso previsto en el numeral 1º del artículo 28 del Decreto 1748 de 1995.

El emisor producirá una liquidación provisional del bono y la hará conocer de la administradora, a más tardar treinta (30) días después de la fecha en que, habiendo recibido la primera solicitud, tenga confirmada o no objetada por el empleador y las entidades que deban asumir las cuotas partes, la información laboral certificada correspondiente.

Una vez producida la liquidación provisional, la entidad administradora la hará conocer al beneficiario, con la información laboral sobre la cual ésta se basó. La liquidación se dará a conocer al beneficiario a más tardar dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha en que la entidad administradora reciba dicha liquidación, y en el caso del bono tipo A se podrá acompañar al extracto trimestral.

A partir de la primera liquidación provisional, el emisor atenderá cualquier solicitud de reliquidación que le sea presentada, con base en hechos nuevos que le hayan sido confirmados

directamente por el empleador o por el contribuyente o que le sean certificados por los mismos y no sean objetados en el término previsto para el efecto en el presente artículo, para lo cual se aplicará en lo pertinente lo dispuesto en los incisos anteriores. En ningún caso la liquidación provisional constituirá una situación jurídica concreta.

Una vez que la información laboral esté confirmada o haya sido certificada y no objetada en los términos previstos en este artículo, los bonos se expedirán dentro del mes siguiente a la fecha en que el beneficiario manifieste por escrito por intermedio de la administradora, su aceptación del valor de la liquidación, siempre que:

> **a) El afiliado al ISS le presente solicitud de pensión de vejez o de indemnización sustitutiva;**
> **b) Se cause la devolución de saldos al beneficiario de un bono tipo A;**
> **c) El afiliado a una administradora del régimen de ahorro individual con solidaridad solicite su emisión.**

Parágrafo 1º. El emisor tendrá la posibilidad en cualquier momento, mientras el bono no haya sido expedido, de revisar la información laboral utilizada y reliquidar de oficio, de lo cual se dejará constancia en la liquidación. Lo anterior sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 56 del Decreto 1748 de 1995…"

De esta manera, teniendo en cuenta que la accionante no emitió su autorización para que se adelante el trámite de emisión del bono pensional que le pudo corresponder, claramente se verifica que no se ha observado el trámite reglado expuesto con anterioridad, por lo que llama la atención del juzgado que el fondo accionado PORVENIR S.A., haya reconocido su mesada pensional, sin tener en cuenta el proceso que legalmente debía surtirse, de donde se concluye que el fondo no solo no suministró la información necesaria a la demandante para que con absoluta certeza y claridad decidiera el régimen al cual era su deseo pertenecer, sino que además y debe decirse, de forma conveniente a sus intereses y apresuradamente procedió a reconocer su pensión a través de la modalidad de retiro programado, muy a pesar que no se había surtido el trámite reglado para tal fin en el Decreto 1474 de 1997 y conoció además de la falta de autorización de la actora en el proceso de emisión del bono pensional y su inconformidad en el monto reconocido como mesada, actitudes que el Juzgado no puede inobservar, resaltando que ciertamente es conocedor de la decisión adoptada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL373-2021 del 10 de febrero de 2021, al interior del expediente radicado con el No. 84475, en la cual de forma enfática explicó que dado que la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, los intentos en revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público, lo cierto es que en el caso que ahora ocupa al juzgado, se evidencia que la prestación de la demandante no ha sido financiada con el bono pensional, sino única y exclusivamente con los recursos de su cuenta de ahorro individual, por lo que claramente los supuestos de este caso son disímiles a aquel que resolvió la Corte a través de la providencia citada, pues en ella la Alta Corporación para llegar a dicha conclusión expuso que al actor el fondo PROTECCIÓN S.A. le otorgó la pensión de vejez, , desde el año 2008, de forma anticipa-

da, la cual se financió no solo con los recursos de su cuenta de ahorro individual, sino también con su bono pensional, que en ese caso resultó equivalente a $156.674.927, lo que según fue analizado en este caso no ocurrió.

Itera el Despacho que la demandante jamás hizo solicitud para que le emitan el bono pensional y solo se puede proceder de conformidad cuando el afiliado se encuentre conforme no solo con la liquidación provisional de aquel sino cuando haya aprobado el contenido de su historia laboral, rubricando, se insiste, la autorización de emisión, acompañada de su documento de identidad y de su registro civil de nacimiento y una vez confirmada la historia laboral se emite el bono pensional tipo A, dentro del periodo legal contabilizado a partir del día en que la información laboral hubiese sido aceptada por las partes y el afiliado consienta el valor liquidado del bono, situaciones que fueron flagrantemente ignoradas por PORVENIR S.A., quien a pesar de ello, decide de todas maneras reconocer una prestación muy perjudicial a los intereses económicos de la demandante si se tiene en cuenta que el sueldo que ella tenía, para el año 2015, obviamente anterior al del reconocimiento de la mesada pensional, era igual a $ 13.474.449, según la certificación del folio 40, el cual, para el mes de junio de 2016 era similar a $ 15.000.000 según lo afirma la demandante en su interrogatorio de parte, a propósito de cuyo tema la Sala de Casación Laboral de la Honorable Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2512 2021, radicado 77.602, del 5 de mayo de 2021 rememoró el argumento vertido en la SL 4305 2018:

"...***Del procedimiento para la liquidación, emisión y expedición de los bonos pensionales tipo A:***

Para que el valor del bono haga parte del capital de financiación de la pensión, han de agotarse las siguientes etapas: a) conformación de la historia laboral del afiliado; b) solicitud y realización de la liquidación provisional; c) aceptación por parte del afiliado de la liquidación provisional; d) emisión; e) expedición; f) redención y g) pago del bono pensional. A continuación se describirán brevemente cada una ellas:

Una vez el beneficiario del bono realiza la solicitud, de conformidad con lo previsto en el artículo 22 del Decreto 1513 de 1998, el primer paso para la tramitación del bono pensional es la conformación de la historia laboral del afiliado, que se realiza mediante la información que éste suministra a su AFP y la información que la AFP solicita a las entidades a las cuales el trabajador realizó cotizaciones diferentes al ISS. La información así obtenida es ingresada por la AFP al Sistema Interactivo que para el efecto tiene la OBP. La información sobre cotizaciones realizadas por el trabajador al ISS se obtiene del archivo masivo que para el efecto tiene el ISS. Si se presenta alguna variación posterior de esta información y así lo certifica el ISS, la AFP debe digitar esta nueva información en el Sistema Interactivo de la OBP.

Conformada la historia laboral, la AFP, en representación del afiliado, debe solicitar al emisor del bono pensional la liquidación de éste, para lo cual debe definir el salario base para el cálculo del bono pensional.

Con esta información, la OBP realiza un cálculo del valor del bono a la fecha de corte, cálculo que denomina liquidación provisional. Antes de la emisión del bono pensional se pueden producir diversas liquidaciones provisionales, dependiendo de la información y de la aceptación de la misma por parte del afiliado. Según lo dispone el inciso 9º del artículo 52 del Decreto 1748 de 1995, la liquidación provisional no constituye una situación jurídica consolidada.

Realizada la liquidación provisional, la AFP debe darla a conocer al afiliado, para que éste la apruebe y la firme de conformidad con lo estipulado en el artículo 7° del Decreto 3798 de 2003. Si no está de acuerdo, el afiliado debe explicar a la AFP sus razones para que se efectúen las correcciones a que haya lugar. Efectuados los ajustes, debe realizarse una nueva solicitud a la OBP de liquidación provisional.

Producida la aprobación de la liquidación provisional por parte del afiliado, la AFP debe requerir a la OBP la emisión del bono pensional, la cual se realiza mediante resolución por parte del emisor, en la que se consagran los datos básicos del bono pensional y los valores calculados a esa fecha, los cuales pueden variar.

La expedición del bono pensional, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º del Decreto 1513 de 1998, es el momento en que se suscribe el título físico o del ingreso de la información a un depósito central de valores, en el caso de la expedición desmaterializada de títulos. Un bono emitido se expide en uno de los siguientes tres casos: (1) por redención normal del bono pensional tipo A que se produce cuando el afiliado, cumple 62 años, si es hombre, o 60 años, si es mujer, o cuando el mismo completa mil semanas de vinculación laboral válida para el bono; (2) por redención anticipada del bono pensional tipo A que ocurre cuando el afiliado fallece, es declarado inválido, o no cumple con el requisito de las semanas exigidas para obtener la garantía de la pensión mínima ni cuenta con el capital suficiente para adquirir una pensión; y (3) por solicitud de la AFP, una vez ésta ha obtenido autorización escrita del afiliado para negociar el bono con el fin de obtener una pensión anticipada.

Por último, se produce el pago del bono pensional a la AFP, que consiste en el depósito de los dineros en la cuenta de ahorro individual del beneficiario.

De la historia laboral y las certificaciones válidas para liquidar los bonos pensionales:

En este orden de ideas se tiene que dentro del trámite para la expedición de bonos pensionales Tipo A se ha de cumplir con la conformación de la historia laboral del afiliado, puesto que, para la liquidación y emisión del bono, se utilizará aquella información laboral que haya sido confirmada directamente por el empleador o caja, fondo o entidad que deba dar certificación, según el caso, de forma oportuna. O aquella certificada a tiempo que no haya sido negada por alguno de estos, art. 52 del D. 1748 de 1995, modificado por los artículos 14 del Decreto 1474 de 1997 y 22 del D. 1513 de 1998.

Conforme al citado artículo 52, una vez el beneficiario eleva ante la AFP una solicitud de trámite de bono pensional, esa entidad debe establecer la historia laboral del afiliado con base i) en

la información que este le haya suministrado y los archivos que la entidad posea y, ii) en toda la información laboral que pueda incidir en el valor del bono y que sea confirmada, modificada o negada por quienes hayan sido empleadores del afiliado, o por las cajas, fondos o entidades de previsión social a las que hubiere cotizado. Realizado lo anterior, la AFP trasladará dicha información al emisor para que este dé inicio al proceso de liquidación provisional del bono. Es de advertir que el legislador allí mismo previó que, si la entidad requerida para que allegue la información pertinente es de carácter público, se aplicará lo dispuesto en el artículo 6º del Código Contencioso Administrativo[1]. Si se trata de servidores públicos, el incumplimiento de este plazo será sancionado disciplinariamente del acuerdo con el Código Disciplinario Único, pero el legislador no previó los efectos del silencio administrativo positivo ni la presunción de veracidad de la información respecto de la cual se solicitó su confirmación o certificación.

Cuando un empleador deba certificar información laboral con destino a la expedición de un bono tipo A, en arreglo a lo dispuesto en el artículo 23 del D.1748 de 1995, la certificación debe contar con los requisitos expresamente allí señalados, dentro de los cuales, entre otros ítems, debe estar especificado «g) Número total de días de interrupción por suspensión o licencia no remunerada; opcionalmente, fechas de iniciación y terminación de las interrupciones», como también «k) Fecha de expedición de la certificación y su número consecutivo».

Se puede colegir de la regulación del trámite para obtener la expedición del bono, que la conformación de la historia laboral con este fin no está a cargo exclusivo de la AFP, si no que se trata de un proceso complejo que si bien es ejecutado y coordinado por la AFP, en él también han de intervenir el afiliado, las entidades donde se estuvo afiliado y los empleadores, según el caso. Puede estimarse que se trata de un trámite complejo, pero no por esto se ha eximir al aspirante a la pensión de llevarlo a cabo, puesto que la conformación de la historia laboral se justifica para reunir, de manera eficiente, cierta y efectiva, los medios económicos que permiten capitalizar las prestaciones pensionales, garantizando así el principio de sostenibilidad financiera de los recursos y procurar la eficiencia, la solidaridad y la universalidad en la protección de las personas frente a las contingencias que el sistema de seguridad social ampara (arts. 48 de la Constitución y 2 de la Ley 100 de 1993).

Durante el agotamiento de la conformación de la historia laboral del afiliado, las sociedades administradoras de fondos de pensiones que manejan el régimen de ahorro individual con solidaridad, así como aquellas cajas o fondos del sector público o privado que lo hacen en el régimen solidario de prima media con prestación definida, deben procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que la emisión y redención de los bonos pensionales se materialice en forma adecuada, oportuna y suficiente, a

1 Art. 6º del CCA. 'Las peticiones se resolverán o contestarán dentro de los quince (15) días siguientes a la fecha de su recibo. Cuando no fuere posible resolver o contestar la petición en dicho plazo, se deberá informar así al interesado, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez la fecha en que se resolverá o dará respuesta.

Cuando la petición haya sido verbal, la decisión podrá tomarse y comunicarse en la misma forma al interesado. En los demás casos será escrita". El CCA fue derogado por el artículo 309 de la Ley 1437 de 2011, Recuperado de http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/codigo_contencioso_administrativo.html#6

partir de una articulación de políticas, instituciones, regímenes y procedimientos que permitan, cuando a ello haya lugar, recaudar aquellos aportes destinados a contribuir a la conformación del capital necesario para financiar las pensiones de los afiliados al Sistema General de Pensiones[2].

Por otra parte, de acuerdo con el artículo 59 del D. 1748 de 1995, adicionado por el artículo 25 del D. 1513 de 1998, se ha de tener en cuenta la intangibilidad de la historia laboral elaborada con base en un archivo masivo que haya sido utilizada para la emisión del bono pensional, ya que, según este precepto, tal historia sólo podrá ser modificada con el consentimiento del afiliado…".

Con fundamento en la susodicha posición jurisprudencial debe el Despacho aludir que no podría la demandante disfrutar de la prestación sin que se obedezca la normativa de rigor para consolidar la emisión del bono pensional, agregándose que la situación pensional de la demandante se debe mantener sub judice puesto que de acuerdo con el artículo 81 de la ley 100 de 1993, la AFP PORVENIR S.A., administra la cuenta de ahorro individual de la demandante y en un hipotético evento debe sufragar directamente el valor de la mesada dada la modalidad escogida por ella a título de retiro programado.

Por consiguiente, dado que la demandante confiesa que se encuentra percibiendo la mesada pensional desde el mes de junio de 2016 hasta la fecha, la situación debe considerarse intocable habida cuenta que ella la obtiene sin que hubiese protestado por su cancelación toda vez que no tenía otra opción al dejar de recibir su ingreso salarial mensual como laborante de su empleadora; a partir de la data de esta sentencia y hasta cuando ella cobre ejecutoria, para no perjudicar el mínimo vital de la accionante, PORVENIR S.A., debe continuar cubriendo la mesada en la forma y cuantía de la manera en que lo viene haciendo con los reajustes anuales de rigor; a la ejecutoria de esta sentencia, COLPENSIONES deberá liquidar la prestación de acuerdo con las disposiciones que regulan la pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida siempre que se cumplan las exigencias allí contempladas para acceder a la prestación bajo sus parámetros, advirtiendo que la situación no puede surtir efectos retroactivos, por la expresada razón.

Desde otro punto de vista proceder de forma diferente para no decretar la ineficacia demandada sería tanto como desconocer la reiterada jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia toda vez que ante la falta de información necesaria, transparente y objetiva que debía recibir la accionante, para conocer las características, ventajas y desventajas objetivas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas de su traslado.

Ahora bien, del testimonio de la señora ALBA MÁRQUEZ ARCOS se deduce que cuando ella trabajaba en la oficina de talento humano del Hospital San Pedro y a su vez la demandante lo hacía como Gerente del mismo, estuvo presente cuando una asesora de COLPATRIA visitó a la accionante convenciéndola para que se traslade del fondo público al privado porque le ofreció que allí obtendría una mejor mesada pensional y a menor edad sin que le hubiera documentado o explicado cuales eran las desventajas que con tal actividad se producirían, cir-

2 En este mismo sentido se pronunció la Corte Constitucional en la sentencia T-226 de 2018

cunstancias que son coincidentes con la manifestaciones hechas por la demandante en su interrogatorio de parte, quien admite que se encuentra pensionada por PORVENIR S.A., desde el mes de junio de 2016, a pesar que desde entonces expresó su inconformidad por cuanto la mesada equivalente a $1.222.000 no se compadecía con los $15.000.000 que percibía de su empleador y que se ha visto obligada a percibir aquel valor, el cual, en la actualidad asciende a $ 1.483.000 por cuanto no tiene ingresos diferentes y si no lo percibe se afectaría su mínimo vital, recalcando que insistentemente remitió oficios a PORVENIR a fin de alertar a la entidad para que no se produzca el reconocimiento pensional

Del examen conjunto de los medios de prueba se infiere la responsabilidad del asesor del FONDO DE PENSIONES COLPATRIA, HOY PORVENIR S.A. por cuanto omitió el deber que mantenía de explicar los alcances adversos que se suscitarían con el traslado de la demandante de CAJANAL hacia el fondo privado de pensiones.

El asesor de COLPATRIA a la cual se trasladó inicialmente la actora no realizó un estudio individual de las condiciones particulares de aquella, no le brindó una asesoría conforme a ellas, no presentó soportes o cálculos aritméticos para determinar las diferencias en el monto de la pensión que podía adquirir en el régimen de prima media y en el régimen de ahorro individual en fin, no se acreditó que se hubiera entregado a ella un estudio serio, claro y completo para que hubiese optado por trasladarse al régimen de ahorro individual.

Por lo expuesto ha de concluirse al unísono con lo adoctrinado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en las sentencias antes citadas, que "***evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado***..." (...) "... ***Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta la actora tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora***..." (Sentencia de 9 de septiembre de 2008, radicación 31989) y que fue burlada por la administradora del RAIS al no haber recibido la información necesaria previa a su decisión de traslado, pues la actora no tenía pleno conocimiento de los beneficios o consecuencias adversas que devenían con él. Posición que fue reiterada por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en sentencias SL 19447 y SL 17595 del 27 de septiembre y 18 de octubre de 2017, así como en la sentencia SL 413 del 21 de febrero de 2018, según la cual, la afiliación o traslado no se infiere con el simple diligenciamiento, firma y entrega del respectivo formulario, **reiterada en la sentencia SL 7552022(90519) del 9 de marzo de 2022**, por cuanto deben señalarse por el asesor de la administradora del fondo de pensiones, los beneficios e inconvenientes que se pueden producir con el traslado.

Por tanto procede declarar la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad verificado ante el RAIS, asumiendo tal responsabilidad la accionada PORVENIR S.A., quien, atendiendo las enseñanzas vertidas por la casación laboral, en sentencia 31989 de 2008 y adoctrinada por la Casación Laboral en la sentencia SL 4334 DE 2021, se dispondrá que como el acto ineficaz del traslado no produjo efecto alguno, la demandante nunca estuvo afiliada al RAIS y por lo mismo siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y que PORVENIR S.A., de acuerdo con la última definición rea-

lizada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 4334, "… ***está obligada a devolver a Colpensiones los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen (CSJ SL3803-2021)…",*** (Sentencia SL4334 del 8 de septiembre de 2021, Radicación número 83538), agregando el Juzgado que los gastos de administración son los previstos en los artículos 13 literal q) y 20 de la Ley 100 de 1993.

Si hubiere diferencia entre el monto de lo aportado en régimen de prima media con prestación definida y lo transferido al RAIS, la misma será asumida por la demandada PORVENIR S.A., ya que la disparidad no puede ser abordada por COLPENSIONES y que tanto PORVENIR S.A. como PROTECCION S. A., devolverán el porcentaje de administración previsto en los artículos 13 literal q) y 20 de la Ley 100 de 1993.

Dada la prosperidad de las pretensiones principales no hay lugar a pronunciarse acerca de las aspiraciones subsidiarias.

EXCEPCIONES

El procurador judicial de las demandadas PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A. formuló las excepciones de mérito entre folios 158 a 214 y 271 a 314 y por su parte la procuradora de COLPENSIONES las refirió entre folios 116 a 127, las cuales no tienen vocación de prosperidad por cuanto este Despacho declarará la ineficacia del traslado de la actora al RAIS por lo cual existe causa para pedir y demandar y se configura el derecho pretendido, sin que se verifiquen al interior del plenario hechos constitutivos de otras excepciones que deban declararse de oficio; habrá lugar a declarar probada la excepción para no condenar en costas a Colpensiones tal como lo ha definido la Sala de Decisión Laboral del H. Tribunal Superior de Pasto.

En cuanto a la excepción de prescripción, propuesta por PORVENIR S.A., PROTECCIÓN S.A. y COLPENSIONES, debe señalar el Despacho que aplica el argumento expuesto por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la Sentencia SL 1421-2019, en la cual, la Corporación desestima las excepciones planteadas por pasiva, incluyendo la prescripción porque la entidad accionada consideraba que hubo un lapso mayor entre la fecha del traslado y la de la presentación de la demanda, argumentado la Corte, puntualmente sobre este aspecto lo siguiente: "***De igual forma, destaca la sala la inoperancia del medio exceptivo, frente a nulidad del traslado no solo por su nexo de causalidad con un derecho fundamental irrenunciable e imprescriptible, acorde a los lineamientos normativos del artículo 48 de la Constitución Nacional, si no por el carácter declarativo que ostenta la pretensión inicial en sí misma, acaecimiento último frente al que además no resulta dable alegar el fenómeno advertido, en tanto los sustentos facticos que soportan la pretensión se hallan encaminados a demostrar su existencia e inexistencia como acto jurídico, lo que a su vez da lugar a consolidar el estado de pensionado, y en consecuencia propiciar la posibilidad del disfrute de un derecho económico no susceptible de extinción por el transcurso del tiempo. Ver***

Sentencia CSJ SL 8.mar.2013.rad.49.741, criterio que se mantiene en las sentencias rememoradas SL 38712021 del 25 de agosto de 2021 y SL 4334 del 8 de septiembre de 2021, puesto que la ineficacia del traslado no comporta derechos de crédito y obligaciones sino de hechos o estados jurídicos no susceptibles de perderse por el transcurso del tiempo.

Los argumentos vertidos en precedencia sirven como fundamento para declarar no probada la excepción de prescripción.

COSTAS

Teniendo en cuenta el Acuerdo número PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, emanado del Consejo Superior de la Judicatura, dada la naturaleza del asunto, la participación del abogado demandante en las audiencias de rigor y la prosperidad de las súplicas, se producirá condena en costas, señalando como agencias en Derecho el equivalente a 3 salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de PORVENIR S.A., y otro tanto igual a PROTECCIÓN S.A., toda vez que aquellas entidades con su acontecer omisivo obliga a la declaración judicial de la ineficacia del traslado que afectó la actora, sin que COLPENSIONES tenga responsabilidad alguna al respecto, resaltando el Despacho que lo hace de esta manera en armonía con las decisiones adoptadas por la Sala de decisión laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de esta ciudad en las cuales se argumenta que en procesos de esta índole se toma en cuenta la naturaleza del proceso con tal finalidad.

Sería necia la actitud del Juzgado si persistiera en continuar condenando en costas a COLPENSIONES conociendo que la posición del del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto difiere de la asumida por el Despacho. Por tanto acogiendo la motivación de la Corporación sobre el particular al interior del proceso ordinario laboral numero 2019 265-01 (330), se abstendrá ahora y en lo sucesivo de hacerlo.

DECISIÓN

Aproximándose la oportunidad para proferir la parte resolutiva de la sentencia a ello se detiene el Juzgado, previa enunciación de que no existe defecto alguno que invalide la actuación. En razón y mérito de lo expuesto, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Pasto, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO.- DECLARAR la ineficacia del acto jurídico de traslado realizado el 23 de diciembre de 1998 por la demandante **ENMA DEL SOCORRO GUERRA NIETO**, mayor de edad, identificada con cédula de ciudadanía número 30.704.556, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad verificado a través **COLPATRIA SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE CESANTÍAS Y PENSIONES, hoy PORVENIR S.A.**

DECLARAR que para todos los efectos legales la actora nunca se trasladó al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD y por lo mismo siempre permaneció en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA, conservando todos los beneficios que

pudiera llegar a tener si no hubiera realizado el mencionado traslado, dejando sin efecto jurídico alguno el mismo.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A. como entidad a la que se encuentra afiliada la demandante trasladar a la ejecutoria de la presente decisión a favor de COLPENSIONES la totalidad de lo ahorrado por la actora por concepto de "...los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante junto con sus rendimientos; así como el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen...".

En el evento de existir diferencias entre lo aportado en el régimen de prima media y lo transferido al RAIS, dicha suma deberá ser asumida de sus propios recursos por PORVENIR S.A., transferencia económica que se producirá a la ejecutoria de esta sentencia, a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, quien por esta decisión se encuentra obligada a recibir las cantidades de dinero por los conceptos ya señalados.

TERCERO.-CONDENAR a la **SOCIEDAD AMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A., y a PROTECCIÓN S. A.,** a devolver, a **COLPENSIONES**, de manera proporcional, el porcentaje de gastos de administración previstos en el artículo 13 literal q) y el artículo 20 de la Ley 100 de 1993, en que se hubiere incurrido respecto de las cotizaciones de la actora, durante el tiempo en que ella estuvo en los fondos privados, debidamente indexado.

CUARTO.- Por consiguiente, dado que la demandante confiesa que se encuentra percibiendo la mesada pensional desde el mes de junio de 2016 hasta la fecha, la situación debe considerarse intocable habida cuenta que ella la obtiene sin que hubiese protestado por su cancelación toda vez que no tenía otra opción al dejar de recibir su ingreso salarial mensual como laborante de su empleadora; a partir de la data de esta sentencia y hasta cuando ella cobre ejecutoria, para no perjudicar el mínimo vital de la accionante, PORVENIR S.A., debe continuar cubriendo la mesada en la forma y cuantía de la manera en que lo viene haciendo con los reajustes anuales de rigor; a la ejecutoria de esta sentencia, COLPENSIONES deberá liquidar la prestación de acuerdo con las disposiciones que regulan la pensión de vejez del régimen de prima media con prestación definida siempre que se cumplan las exigencias allí contempladas para acceder a la prestación bajo sus parámetros, advirtiendo que la situación no puede surtir efectos retroactivos, por la expresada razón.

QUINTO.- DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas **COLPENSIONES, PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.,** salvedad hecha de la excepción propuesta por **COLPENSIONES** en cuanto a no condenarla en costas, que se declara próspera**.**

SEXTO.- CONDENAR en costas a las demandada **PORVENIR S.A. y PROTECCION S.A.,** señalando como agencias en Derecho el equivalente a la suma de $3.000.000, a cargo de cada una de las antes mencionadas. Liquídense.

SEPTIMO. - CONSÚLTESE esta providencia ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto y por secretaría se dará aplicación a lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S. modificado por el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007.

NOTIFÍQUESE. Las partes se notifican oralmente en **ESTRADOS** de la providencia anterior.

Se declara surtida la presente diligencia de audiencia pública y el acta que la contiene en su síntesis será firmada electrónicamente por el titular del juzgado.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE

MARIO RICARDO PAZ VILLOTA
JUEZ

PATROCINADORES



Bellatriz
un mundo de salud y belleza

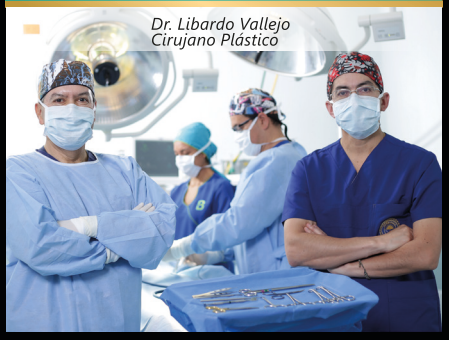
Integralidad con proyección nacional e internacional

SERVICIOS INTEGRALES

DERMATOLOGÍA
EL CUIDADO DE TU PIEL EN MANOS EXPERTAS



CIRUGÍA PLÁSTICA
SEGURIDAD Y EXPERIENCIA



ODONTOLOGÍA
NUESTRA PRIORIDAD ES TU SONRISA



SERVICIOS COMPLEMENTARIOS



CENTRO LÁSER CAPILAR Y FACIAL



CENTRO DE ESTÉTICA CORPORAL



SPA MÉDICO



TIENDAS DERMA & PIEL

Pasto: Cra 40a # 19a-87 Av. Panamericana - Ipiales: Torre Empresarial Calle 10 # 5-54 Piso 7
Pasto: 310 203 3353 312 896 5332 | Ipiales: 321 859 9299 | @clinicabellatriz - www.bellatriz.com

María Angélica Hernández Montenegro

ABOGADA
Especialista en Derecho de Trabajo
Especialista en Derecho Constitucional

Portafolio de Servicios

Mi trayectoria en el área del Derecho Laboral y de la Seguridad Social, tanto en la judicatura como en la docencia, me permitirá asesorarla o asesórarlo en esos campos, absolviendo consultas, asistiendo en conciliaciones ante el Ministerio del Trabajo, representación ante la jurisdicción Laboral, la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo y ante las autoridades administrativas en trámites, demandas y diligencias.

Mi actuación profesional se relaciona con las controversias derivadas del contrato de trabajo, las prestaciones sociales, las vacaciones, las indemnizaciones, de las y los trabajadores particulares y de las y los servidores públicos.

El manejo de relaciones colectivas, negociación de pactos y convenciones colectivas, acciones judiciales de fuero sindical, entre otros temas relacionados.

La asesoría y reclamación de pensiones de jubilación, vejez, invalidez y muerte; indemnización sustitutiva y devolución de saldos; traslados entre regímenes pensionales; prestaciones de servicios de salud y pagos de incapacidades y licencias; facturación y cobros de dichos servicios; riesgos laborales e implementación de sistema de seguridad y salud en el trabajo, y demás controversias relacionadas.

La contratación de personal, el manejo de las relaciones individuales, las implicaciones de la ejecución de los contratos de trabajo, los reglamentos de trabajo, esquemas de contratación laboral y cumplimiento de normas y obligaciones laborales y de seguridad social.

maangelicahm2016@gmail.com
SEDE PASTO:
Calle 18 No. 29-38 1er. Piso
300 273 0677 - 321 787 1308 - PBX: 602 721 98 47
SEDE IPIALES:
Cra. 5a. con Calle 19-2 - Edificio Santander Of. 503
318 384 3606


JURISA LTDA.
CONSULTORÍA Y LITIGIOS
1.983 - 2.023
siempre al Derecho
Tels: (602) 735 04 83 - 321 625 0108 - 315 755 7851
Calle 19 Nro. 31B 57 - NOVACENTRO P.H. - Oficinas 704 - 705 - Pasto
www.jurisa.com.co - gcaicedog@jurisa.com.co



Contamos con un excelente equipo de profesionales especialistas en las principales áreas de la salud, que con ética y calidad humana están al servicio de toda Nuestra Región

SEDE SUR:

AV IDEMA
Calle 18 # 8A - 34
Centro Comercial Idema

SEDE NORTE:

CLÍNICA
Carrera 36 #16 B 64
Barrio Paraná

TORRE PRAGA
Carrera 40 A # 19B - 15
Piso 3 Y 7

C.C. VALLE DE ATRIZ
Carrera 42 # 18A - 94
Piso 2

@cardioquirurgicapasto Unidad Cardioquirurgica de Nariño

www.cardioquirurgica.com.co

CONÓCENOS — MÁS —

Más de 40 años de historia más de 45.000 asociados y presencia en 31 ciudades del país demuestran el **compromiso de nuestra Cooperativa** en poder estar **más cerca de ti y de tu Familia.**

Y es que **formamos parte** de uno los grupos empresariales más importantes del país, **GRUPO JURISCOOP;** contando así con un **gran respaldo patrimonial, econónico y social.**

— MEMBRESÍAS — PARA ASOCIARTE

JC COOP

ORO*

desde **$58.500** pesos/mes

Pensando en ti

Apoyo para tu formación y la de tus seres queridos:

- **Tarifas preferenciales** por alianzas hechas con varias universidades del país para pregrados y posgrados.
- **Crédito educativo** Experto para posgrados, hasta 40 millones de pesos.
- **Créditos educativos con tasas preferentes.**

Protege a tu familia si llegas a faltar con **"Previsión Exequial".**

Respaldo Financiero para lo que necesites.

Una red de especialistas médicos en todo en país con nuestro aliado LA ASEGURADORA

Descuentos especiales para compartir (Viajes, Teatro. Ocio).

Seguridad en caso de llegar a faltar con la Herencia Juriscoop.

Actividades sociales, Cursos Cooperativos a través del Infecoop, Obsequio de Fin de Año.

PLATINO*

desde **$67.000** pesos/mes

Te permite disfrutar

Además de todos los Servicios y Beneficios de la MEMBRESÍA ORO, elegir una de estas Asistencias:

Siempre al día con el "Servicio de Información Jurídica Legis".

Seguridad para tu vivienda y mascotas con **"Protección hogar y mascotas".**

Servicios para tu confort y salud con **"Asistencia Integral".**

Asegura el futuro de los tuyos en caso de ya no estar con **"Mercado Garantizado".**

Protege a tu familia si llegas a faltar con **"Previsión Exequial".**

SENIOR*

desde **$32.000** pesos/mes

Te acompañamos

- **Descuentos especiales en Viajes.**
- **Financiación** para lo que necesites.
- **Tarifas especiales en Salud** y una Red de especialistas médicos a tu disposición.
- **Pensando en tus hijos, créditos y descuentos educativos**

MILLENNIAL*

desde **$32.000** pesos/mes

Impulsamos tu carrera

- **Créditos educativos** de hasta 40 millones.
- **Descuentos en las principales universidades** del país (pregrados y posgrados).
- **Tarifas especiales** en Viajes y Gimnasios.

¡Y mucho más!

*Aplican términos y condiciones

·ASESORIAS·
ESPECIALIZADAS

JHORDAN LÓPEZ JURADO

Abogado especialista en derecho público

Se elabora demandas por los siguientes hechos:

- Lesiones o muerte causadas por miembros de las fuerzas militares o Policía Nacional.
- Soldados, Policías muertos o lesionados en prestación de servicio militar obligatorio.
- Falsos positivos por cuenta de las fuerzas militares.
- Negligencias médicas en hospitales, EPS, Centros Asistenciales.
- Personas privadas de la libertad injustamente y que luego fueron absueltas.
- Accidentes de tránsito causados con vehículos oficiales y particulares.
- Fallecidos o lesionados dentro de las cárceles o centros penitenciarios.
- Fallecidos o lesionados, o pérdidas materiales por actos terroristas.
- Muertes o lesiones causadas por minas antipersonales.
- Electrocutados.

Calle 20 No. 24-37 Ofic. 102 - Carrera 24 No. 20-14 Ofic. 402
321 642 3965 lopezjuradoasesorias@gmail.com
Pasto - Nariño

LITIGAR HUERTAS & TORRES ABOGADOS

Alfonso Huertas Zura

ABOGADO ESPECIALISTA EN DERECHO PENAL Y CRIMINOLOGÍA
Universidad Externado de Colombia

Socio de la Firma

DOA ASOCIADOS S.A.S.

ASESORÍAS JURÍDICAS, FINANCIERAS Y CONTABLES.

Ed. Pasto Plaza // Cr. 24 # 19-33 // Of. 521
(602) 723 0093 Pasto Colombia // 315 750 2565 317 699 2702
litigarhuertastorresabogados@hotmail.com david.huertas@outlook.com

Ruth Amalfy Ramírez M.

ABOGADA
ESPECIALISTA EN DERECHO PÚBLICO, CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO, DISCIPLINARIO, LABORAL Y CONTRATACIÓN ESTATAL
MAGISTER EN DERECHO ADMINISTRATIVO
CANDIDATA A MAGISTER EN CONTRATACIÓN ESTATAL
Carrera 24 No. 19 – 33 Oficinas 501 y 502, Edificio Pasto Plaza
Celular +57 3174333313 – correos electrónicos:
ruthamalfi@ruthamalfi.com - ruka307@hotmail.com
San Juan de Pasto



derechomed@gmail.com

Jhon Jairo Castillo Ponce

Abogado

Especialista en Derecho Médico

320 697 2211

Carrera 25 No. 15 - 62 Of. 204

Edificio Zaguán del Lago - Pasto

alba inés gómez vélez

abogada

Derecho de Familia y de Seguros

carrera 26 n°. 19-07 edif. futuro of. 607

albainesgomez@aligove.com.co

6027334901 - 3174316668

Pasto - Nariño - Colombia

Presidencia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto
Palacio de Justicia
Calle 19 N° 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
relatoriapasto@cendoj.ramajudicial.gov.co

La publicación digital de la revista el Foro Nariñés, así como las providencias proferidas por las Salas; Civil-Familia, Laboral y Penal Superior de Pasto pueden ser consultadas en:
https://www.ramajudicial.gov.co/web/relatoriatribunalsuperior-de-pasto

DIAGRAMACIÓN:
Locomotora - Conexión de ideas
Andrés Felipe Jurado Guerrero
Jacqueline Rosero Ortega

IMPRESIÓN:
Empresa de tecnología, Información y Comunicaciones de Nariño
-ECTINAR-
impresos@ectinar.gov.co
Carrera 21 N° 19 - 57 Centro
Teléfono: 7 200952
San Juan de Pasto

EL CONTENIDO DE LA PRESENTE EDICIÓN
NO ES RESPOSABILIDAD DE ONU MUJERES, SINO DE SU AUTOR