

RE: Buen día memorial para la H, Magistrada Dra. Gloria Esperanza Malaver de Bonilla, dentro del proceso radicado bajo el número 85001-31-03003-2019-00036-01

Secretaria Tribunal Superior - Yopal - Seccional Tunja

<sectsyopal@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mar 7/09/2021 5:39 PM

Para: Henry Alberto Cuervo Veloza <henryveloza2020@gmail.com>

Doctor

Henry Alberto Cuervo Veloza

Cordialmente acuso recibido.

Atentamente,

Cesar Armando Ramirez Lopez

Secretario

De: Henry Alberto Cuervo Veloza <henryveloza2020@gmail.com>

Enviado: martes, 7 de septiembre de 2021 11:23 a. m.

Para: Secretaria Tribunal Superior - Yopal - Seccional Tunja <sectsyopal@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: Buen día memorial para la H, Magistrada Dra. Gloria Esperanza Malaver de Bonilla, dentro del proceso radicado bajo el número 85001-31-03003-2019-00036-01

Doctora

H. Magistrada

Gloria Esperanza Malaver de Bonilla

E. S. D.

Responsabilidad Civil Extracontractual

Demandante: José Guillermo Ardila y Otros

Demandados: Evaristo Peña Sierra y otro

Radicación: 85001-31-03003-2019-00036-01

M.P. Gloria Esperanza Malaver de Bonilla

En mi calidad de apoderado judicial de la parte demandada dentro del proceso de la referencia, muy comedidamente me permito descurre el traslado ordenado en auto del 1 del mes y año en curso, como sustento del recurso de apelación

Atentamente,

Henry Alberto Cuervo Veloza
C.C. No. 79.309.582 Bogotá, D.C.
T.P. No. 96866 C. S. de la Judicatura
correo electrónico : henryveloza2020@gmail.com (sirna)

Doctora
Gloria Esperanza Malaver de Bonilla
Honorable Magistrada
Tribunal Superior Distrito Judicial Yopal
E. S. D.

1

Responsabilidad Civil Extracontractual	
Demandante:	José Guillermo Ardila y Otra
Demandado:	Evaristo Peña Sierra y Otro
Radicado:	85001-31-03003-2019-00036-01
M.P. Dra. Gloria E. Malaver de B.	

En mi calidad de apoderado judicial de los demandados dentro del proceso de la referencia, y encontrándome dentro del término legal me permito descorrer el traslado del recurso de apelación así:

1. ASPECTO FACTIVO JURIDICO:

1.1.- En concordancia con los alegatos expuestos verbalmente y bajo esa misma línea, se tiene que el Aquo, en audiencia del pasado 26 de julio del año en curso; inicio dando traslado de una prueba nueva, desconocida para las partes, a las cuales sorprendió, a pesar de haberse corrido traslado; pero lo que realmente se echa de menos y como lo argumento el Perito, cuando el suscrito le indago, si había tenido en cuenta todo el material probatorio para llegar a sus conclusiones, especialmente sobre la prueba trasladada del proceso penal número 85001-600-1174-2015-00314, quien de viva voz dijo que no y que de haber tenido acceso a todo la prueba inclusive la de la Fiscalía otro hubiese sido el sentido de su dictamen; pero lo que realmente, es objeto de debate, es que el juez de primer grado, nunca puso en conocimiento de perito esta prueba que no es otra, una que hizo tránsito a cosa juzgada absolutoria, pero, que consiste en un croquis a mano alzada que hizo el declarante, en juicio oral penal público; la cual no fue tomada en cuenta en aquella oportunidad la que entre otras analizadas dieron con la sentencia absolutoria, ahora bien, esta prueba, sin lugar a dudas si hubiese sido apreciada por el perito lo cual no fue, porque nunca se le puso de presente, hubiese demostrado muy claramente y como está probado que la trayectoria de los peatones era en diagonal, es decir, pretendían cruzar la calle por un

sitio no permitido por el código nacional de tránsito; sin embargo es de advertir que si la zona de la calzada, está señalizada con dispositivos y pintura, destinada para el cruce de peatones deben cruzar por esta. En caso de que no se encuentre demarcado el cruce a nivel, el lugar indicado para cruzar será por las esquinas. En conclusión, el fallo condenatorio, se motivó sin tener en cuenta esta prueba; la cual fue incorporada de manera legal y oportuna, la cual fue pasada por alto, tanto por el señor Perito, como en el análisis de Aquo, se pretermitió su valoración a la luz de la sana crítica.

Concluyendo en una clara violación del debido proceso y del derecho de defensa, pues, se pretermitió, una prueba que por su trascendencia, debió de haberse puesto en conocimiento del señor Perito, por haberse aducido legal y reglamentariamente, pero, que el despacho inexplicablemente no convocó al perito, lo cual cubre todo lo actuado con una nulidad absoluta, la cual no se puede subsanar de otra manera que aniquilando la sentencia de instancia. Pues, La prueba pericial, fue decretada de oficio, en la cual el Juez de conocimiento elaboró el cuestionario sobre el cual el perito debería rendir su experticia entre otras el expediente penal en su totalidad, el cual fue dispuesto para que el perito lo examinara y conceptuara sobre las pruebas allí recolectadas; pero insistimos, que el perito no lo tuvo en cuenta.

También debe quedar clara que el Juzgado el día 26 de julio del año en curso, corrió traslado, de por sí, extemporáneo, para que las partes hicieran sus pronunciamientos sobre el croquis del accidente de tránsito, el cual elaboró a mano alzada el testigo Romero; este nunca se puso en conocimiento el señor Perito, para que complementara o aclarara su peritaje, sorprendiendo a las partes y de contera, dejando de apreciar una prueba de vital importancia, justamente por quien fue designado para dar luces al despacho; sin embargo, pese de lo anterior, y que las partes tanto demandada como llamada en garantía, al unísono expresamos, que el croquis, daba cuenta de la trayectoria de los peatones, en diagonal y cruzando por las esquinas; es decir, se presenta una fuerte contradicción entre la decisión del juzgado de no tener en cuenta esta prueba del testigo Romero y tener por cierto lo que este manifestó, es decir, de un lado da plena credibilidad al testigo y de otro lo desmiente como puede una misma prueba que es el testimonio ser bifronte, cuando en el proceso penal, tal prueba no fue tenida en cuenta, pues, se estableció que el testigo se encontraba hablando cuando sucedió el accidente no vio nada, solo fueron conjeturas personales; por lo tanto, bajo la duda debe resolverse a favor de mi representado. Amén de que, el material probatorio y la evidencia física, arrojada por el señor Juez de instancia no superó la prueba del Juez Penal; la única prueba nueva diferente, fue el dictamen pericial, que fue objetado, no ser sólido, es ambiguo en sus apreciaciones; le falta claridad, es confuso, pesado y poco didáctico e ilustrativo, pesado; no tiene claridad de sus

fundamentos, especialmente porque a pesar de ser su obligación no valoro todo el material probatorio y evidencia física, especialmente la prueba trasladada del fallo penal, del Juzgado Primero Penal Municipal de esta ciudad,, especialmente el álbum fotográfico, aducido legalmente en juicio oral por la Fiscalía General de la Nación, sustraerse de conceptuar sobre una prueba o evidencia física también aducida legalmente por la Fiscalía General de la Nación en juicio oral, como lo es el coche en el cual se trasportaba una de las menores de edad, desconociendo, primero que en esta instancia judicial, las madre de las menores, dijo de viva voz, que arrojó el choche frente al vehiculó; también y con más contundencia, en el Interrogatorio de parte confeso, lo mismo.

1.2.- El Juzgado no analizo, las razones que se expusieron desde la audiencia en la cual se interrogo al señor Perito y se dejó la expresan constancia que él dictamen no cumplía los requisitos de solidez, claridad, exhaustividad, precisión y calidad e sus fundamentos, la idoneidad, nunca demostró su experiencia.

No es sólido, porque el Perito de viva voz, reconocido que no tuvo en cuenta todo el material probatorio, especialmente, lo relacionado con el expediente penal y más concretamente el álbum fotográfico.

Noes exhaustivo; pues, el señor Perito sin justificación ni razón jurídica, dejo por fuera del análisis del coche el cual, es piedra angular del debate probatorio, pues no en vano, la madre de las menores, en audiencia de Juicio oral publico penal, de viva voz expreso. “... Que arrojó el coche, de frente al vehículo para proteger a su menor hija que se encontraba dentro del él...” sin embargo, el señor Perito, nada dijo sobre el coche, cuando, el suscrito le puso de presente el álbum fotográfico, como prueba trasladada del proceso penal radicado número 85001-600-1174-2015-00314, manifestó no haber tenido acceso a estas pruebas, no hizo una inferencia razonable para demostrar porque el coche, quedo en un sitio muy diferente a sus conclusiones, especialmente a la Cinética del accidente de tránsito y que los cuerpos involucrados, guardan la dirección, para concluir, que estos quedan en frente; pero, que paso con el coche, cuando del material fotográfico que no fue objetado ni tachado de falso se probó que el coche quedo en medio de la vía; dando fuerza a la versión de la madre de la menor, quien en interrogatorio de parte bajo la gravedad del juramento también al unísono con sus salidas procesales en el proceso penal siempre sostuvo que arrojó a la menor que estaba dentro del coche, para evitar un mal mayor, echo probado y cierto, que el señor Perito paso por alto y que el juzgado no analizo, cuando el perito dejo por fuera de su dictamen una elemento material y evidencia física, irrefutable, amén de estar amparado por el álbum fotográfico, confesada por la madre de esta y confirmada por el Agente de tránsito y el único testigo; por lo tanto,

insisto que el peritaje entre otras cosas adolece de precisión y la calidad de sus argumentos, pues, este aseguro que no se tuvo en cuenta el coche para el dictamen pericial, cuando este fue objeto de análisis y ponderación en el juicio penal.

1.3.- Ahora bien, cuando exprese que el despacho no auscultó, el material probatorio que llevo al juez penal a un fallo absolutorio, pues, no trajo mejor prueba y que la única nueva o diferente estribaba en el dictamen pericial el cual desde el mismo momento de interrogar al perito y tanto en esta audiencia como en la de alegatos, indique que no se tuviera en cuenta, por los argumentos señalados en precedencia, los cuales, pese de estar probados, y demostrados el juzgado se apartó de ello, sin una análisis ponderado, lo cual, le imponía, teniendo en cuenta la Unidad de Material, para la cosa juzgada, exigiendo del juez, civil, ser más rigurosos en las pruebas, para desvirtuar, las practicadas por su homologado penal, que dieron con la cosa juzgada absolutoria penal: Ninguna prueba mejoro las recaudadas por el Juez Penal, se sirvió de las declaraciones de dos testigos, de un lado el exagente de Transito y otro del señor, Romero, que en fin apporto, no haber visto el momento del impacto porque estaba distraído y de espaldas sosteniendo un dialogo con otra persona, no vio el impacto; pero sí apporto, un croquis, puesto en conocimiento de las partes y no del Perito en último momento, echando de menos, la razón por la cual el Juzgado no convoco al Perito, para que conceptuará sobre esa nueva prueba, es decir, se falló, sin que el perito concierna una prueba nueva, que de haberse puesto en conocimiento a este hubiese cambiado su sentir y conclusiones; es decir, que falto una parte importante, para debatir esta última prueba, que el juzgado, si utilizo, a su favor, pero no con el sentido y alcance que esta demuestra, insistiendo que esta refleja claramente el trayecto de los peatones, que a la luz de la sana critica, su sentido y alcance era establecer y demostrar que venían cruzando en diagonal, y no por la esquina como la parte demandada desde el proceso penal lo ha venido pregonando, con culpa exclusiva de la víctima; por lo anterior, y ante la falta de convocatoria al Perito sobre una nueva prueba, se desvanece el fallo condenatorio, por prosperar las objeciones reales y puntuales al dictamen pericial, aunado a lo anterior, que no se hizo un análisis más profundo y serio por parte del fallador de turno con relación al fallo absolutorio penal, que era camisa de fuerza, para ser más celoso con el recaudo de las pruebas que desvirtuaran la motivación del Juez Penal, tal y como lo predica y lo exigen la Jurisprudencia y la Doctrina, en conclusión, nunca se superó la prueba penal absolutoria, por lo tanto debe prevalecer su absolución.

Al respecto, Jorge Santos Ballesteros afirma: “Si bien esta disposición del artículo 57 del anterior Código de Procedimiento Penal, no se encuentra consagrada en la ley 906 de 2004, no implica lo anterior que pueda desconocerse su alcance, porque, con fundamento tanto en la unidad de jurisdicción de que ya se habló como por motivos de orden público, no puede haber contradicción entre lo decidido por el juez penal y lo que provea sobre el hecho causante del ilícito el juez civil, así como no podría poner en duda el juez civil las consecuencias que se derivan de una decisión penal adoptada con fundamento en el artículo 32 del Código Penal en donde se establece que no hay lugar a responsabilidad penal ante los eventos allí previstos, que se refieren, unos, a acontecimientos que interrumpen el vínculo causal, y otros, que constituyen justificación del daño desde el punto de vista civil.....” (Ballesteros).

En igual sentido se pronuncia la Corte Suprema de Justicia, sentenciando: “No se trata, desde luego, como lo ha dicho la Corporación, de consagrar la supremacía de una jurisdicción sobre la otra, sino de propender por la unidad de la jurisdicción, entendiéndose que ésta es una sola y que si bien admite clasificaciones es con el objeto de dar cabida al postulado de la especialización. En consideración a la naturaleza pública de la acción penal y la razón de las causales que impiden iniciar o proseguir una acción de responsabilidad civil, el legislador entendió que si las mismas excluyen al sindicado como autor del hecho punible, como ocurre con las dos primeras causales, o que a pesar de ser típica la conducta de todas formas no es antijurídica, tal como acontece con las otras dos, es porque falta uno de los elementos necesarios e insustituibles de la responsabilidad, como es la imputabilidad. Luego, si el juez penal es el competente, de acuerdo con la ley, para hacer esas precisas calificaciones en el marco de la acción pública, no se concebiría que un juez civil arribara a una conclusión distinta... Vistas las cosas en torno al principio de la unidad de jurisdicción, la cosa juzgada penal se erige como elemento fundamental de la seguridad jurídica, por cuanto a partir de ella se excluyen las sentencias contradictorias en los cuatro casos señalados por la legislación procesal penal”. (SC 3062-2018, 2018).

Por lo anterior, se advierte que por cuestiones de orden público y unidad de jurisdicción, los jueces civiles deben respetar la postura que se ha venido manejando, donde ha primado la concepción clásica de la cosa juzgada penal en lo civil respecto de los supuestos del artículo 57, pues de no hacerlo atentaría contra la coherencia y seguridad del ordenamiento jurídico. Ahora bien, es necesario manifestar que la posición de la Corte Suprema de Justicia, antes expuesta, se mantiene uniforme hasta la fecha; sin embargo, el fallo

sustitutivo del 24 de agosto de 2016, proferido por la Corte Suprema de Justicia – Sala Casación Civil – actuando como tribunal de segunda instancia, permite prever una tesis nueva con importantes cambios que podrían reformular la posición de la Corte en relación con los efectos del fallo penal en lo civil, razón por la cual procederemos con su análisis.

La Corte actuando como tribunal de segunda instancia manifiesta que: “Una antigua y ya superada doctrina foránea sostenía que los efectos erga omnes del fallo penal no sólo cobijan el hecho en que se funda la acción, su calificación y la participación del sindicado, sino que se extienden absolutamente a todas las declaraciones proferidas por el juez penal, inclusive al resarcimiento del daño, sin importar si las partes, el objeto y las causas son distintas a las del proceso civil”. (SC 13925 - 2016, 2016).

En este sentido, aunque es cierto que existen circunstancias en las cuales el juez civil queda sujeto a las declaraciones que hace la justicia penal, la Corte en esta sentencia determina que ese supuesto por ningún motivo se debe entender como la regla general, pues es una antigua y superada doctrina. Luego, la Corte en dicho fallo sustitutivo cita la sentencia del 16 de mayo de 2003 valiéndose de este extracto: “Lejos de demostrar la existencia del principio de la cosa juzgada penal sobre lo civil, la anterior jurisprudencia lo refutó (aún en vigencia del artículo 55 del Decreto 050 74 de 1987), porque si el juez civil tiene que ‘fijar su atención especialmente en el aspecto intrínseco’ del pronunciamiento que hace el juez penal respecto de la inexistencia del hecho o de una causa extraña, entonces es innegable que aquél no puede declarar la excepción de cosa juzgada si antes no revisa y valora el fondo de la decisión penal a tal respecto, lo que evidentemente le resta toda su esencia a la aludida figura”. (Expediente N 7576, 2003).

Hasta aquí, la Corte maneja una postura similar a la del 2003 respecto de la cosa juzgada, reconociendo su existencia pero ratificando que la misma no es absoluta; no obstante, detengámonos a analizar el siguiente extracto del fallo sustitutivo del 2016, que resulta trascendental para la concepción de una posible nueva postura de la Corte Suprema: “Pero si lo que nuestra jurisprudencia ha dicho es que el juez civil está obligado a analizar el mérito de la providencia penal en lo que corresponde a la existencia del hecho causante del daño y al ‘nexo de causalidad’, entonces el resultado del proceso de responsabilidad extracontractual no está condicionado de ningún modo por lo que se haya decidido en la instancia penal sino por lo que el juez civil considera en atención a su propio marco jurídico– valorativo.” (SC 13925 - 2016, 2016)

Con todo lo anterior, en mente, se tiene y está probado que el fallador de instancia no mejoro la prueba del juez penal, pues, no practico ninguna prueba

diferente a las del proceso penal que condujeron a la sentencia absolutoria penal; únicamente el dictamen pericial, el cual fue objetado por no cumplir los requisitos del art, 232 del CGP., y los expuesto en el apartado 1.2., bajo el análisis de la sana crítica, no valoro estando probado que, no se llevó a cabo un esfuerzo con mayor énfasis en las pruebas recaudadas que permitieran de algún modo superar la practicadas en el proceso penal; por el contrario, fueron una repetición, con la salvedad de que algunas de ellas, fueron tachadas oportuna y legalmente por la parte; pero deteniéndonos en este punto, debo insistir que, ni el interrogatorio de la demandante, que a la postre dejo más dudas que respuestas, si quedo claro, que esta arrojó una de sus hijas que iba en el coche, se probó con el álbum fotográfico, que no fue tachado e ingreso como prueba, que el coche que guiaba la señora Gladys Camacho, era, de forma de cuellos de mango de paraguas, es decir, que tenía que sujetarse, uno por cada mano, lo que a la postre dificultaba en extremo su conducción, pues, este no era una sola pieza, sino que estaba dividido en dos, uno para cada mano, lo cual, refirma la tesis de que la señora Gladys Camacho, por un lado, tenía de la mano a una de las menores, de la otra el coche en el cual iba otra de sus hijas, por lo tanto, tenía su atención en tres (3) puntos, de un lado cruzar la calle, observar ambos lados, halar del coche, guiar de la mano a otra de sus hijas y finalmente, determinar la ruta a seguir, se probó, que la señora Gladys Camacho, si pudo observar el vehículo una distancia prudente, tanto así, que tuvo tiempo suficiente para tomar la fatídica decisión de arrojar el coche que contenía una de sus hijas, frente al automóvil, con el propósito de no causarle mayor daño, pero con esta acción quedo probado, sin lugar a dudas, su imprudencia, le falto el cuidado que un buen padre en una circunstancia similar hubiera hecho.

ERGA OMNES de la Cosa juzgada penal. Mientras que la cosa juzgada civil requiere identidad de partes, de objeto y de causa, la cosa juzgada penal tiene valor ERGA OMNES y la misma puede ser oponible a cualquier persona, así no haya sido parte en el proceso penal. Por supuesto, que ese valor ERGA OMNES hace relación al juzgamiento penal y no al juzgamiento que sobre efectos civiles dicte el juez penal. A continuación estudiaremos las diversas hipótesis existentes para los efectos de la cosa juzgada penal. Para ello analizaremos separadamente los efectos de la cosa juzgada penal en cada uno de los tres elementos de la Responsabilidad Civil; es decir, la cosa juzgada penal en relación con la falta; la cosa juzgada en relación con el daño y la cosa juzgada en relación con el vínculo de causalidad.

1.4.- El Juramento Estimatorio, nada dijo el Aquo, pues, se tiene por cierto, que las pretensiones, pues, la parte actora nunca bajo ninguna circunstancia, logro, demostrar de forma razonada, las cuantías exorbitantes, de sus pretensiones; de lo cual me opuse en su momento procesal oportuno, lo cual

el aquo, no analizó, pues, de un lado, me opuse a la declaratoria desmedida de indemnizaciones las cuales desbordaron los parámetros fijados por sentencias de Unificación del Consejo de Estado, para casos iguales; de otro lado igualmente aconteció con el daño a la vida de relación, se falló sobre montos superiores.

Para concluir, que en general las condenas ya materiales o inmateriales, son inferiores a las pretendidas, lo que impone dar aplicación al art. 206 del CGP. Modificado por la Ley 1743/14, en su artículo 13.

“... Frente a las sanciones previstas, en el juramento estimatorio (artículo 206 de la Ley 1464 de 2012), La Corte ha dicho que estas tienen finalidades legítimas [Corte Constitucional. Sentencia C-279 de 2013]. Dichos objetivos versan sobre el deber de preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas “temerarias” y “fabulosas” en el sistema procesal colombiano. Ha dicho además que están fundamentadas en la violación de un bien jurídico muy importante como lo es la eficaz y recta administración de justicia, que puede ser afectado a través de la inútil, fraudulento o desproporcionada puesta en marcha de la Administración de Justicia.”

También en esta sentencia se ratificó que la base del cálculo de la sanción es la diferencia entre lo estimado y lo probado, aunque los demandantes pretendían que el exceso del 50% no estuviera sometido a sanción.

En la ley quedó claro, y lo ratifico en esta sentencia, que la sanción por no demostración se impone cuando ha habido negligencia o temeridad de la parte Postulante. La aclaración de voto del magistrado Jorge Iván Palacio, insistió en que se debía incluir lo dicho en la sentencia C-157 de 2013, reiterado por la Sentencia C-279 del mismo año, en la que se precisó que la sanción puede resultar excesiva o desproporcionada cuando el demandante ha obrado con diligencia y esmero en la estimación, motivo por el cual resolvió la exequibilidad del artículo 206 de la Ley 1564 de 2012, bajo el entendido que tal situación – por falta de demostración de los perjuicios - no procede cuando la causa de la misma sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado...)

2.- PRETENSION:

2.1.- Se sirva decretar la nulidad absoluta del fallo impugnado.

2.2.- Como subsidiario de la anterior, decretar la cosa juzgada absolutoria penal.

Henry Alberto Cuervo Veloz – Abogado

henryveloza2020@gmail.com = 3228541135

3.- Decretar que el dictamen pericial, no satisfizo los postulados y exigencias, expuestos en precedencia para su eficacia.

Atentamente,

Henry Alberto Cuervo Veloz

C.C. NO. 79.309.582 Bogotá, D.C.

T.P. No. 96866 C. S. de la Judicatura

Henryveloza202@gmail.com (sirna)