



BOLETÍN JURÍDICO N° 50

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

Mayo - Junio 2017

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ
RAD: 08-001-31-03-010-2008-00148-01 (39.852)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Proceso ejecutivo con garantía hipotecaria: Excepciones al deber de reestructuración de los créditos pactados en UPAC- Proceso de jurisdicción coactiva/ Prescripción de la acción cambiaria: Comunicabilidad de las circunstancias entre codeudores

FECHA: Junio 6 de 2017

DEMANDANTE: Banco Davivienda

DEMANDADO: Adonay Santiago Espinoza Avila, Edilsa Montaña Corral y Jorge Antonio Larrans Santamaria

Asunto:

En el presente caso se expone como fundamento de las pretensiones que los demandados suscribieron a su favor en abril de 1994 un pagaré para garantizar el pago de un crédito por la adquisición de vivienda urbana por la suma de \$17.500.000, equivalente en esa época a 3126.4460 UPAC, pagaderos en un plazo de 180 cuotas mensuales a partir del 15 de Mayo de 1994; y que los demandados han incurrido en mora desde el 26 de Noviembre de 2006, presentando la deuda un saldo insoluto de 259.223,413 UVR; por lo que da por extinguido el plazo y ejerce la acción ejecutiva hipotecaria, con la finalidad de obtener el pago de la deuda.

Extractos:

“... el pagaré mediante el cual se instrumentalizó la deuda que se cobra ejecutivamente en este proceso, fue otorgado por los demandados, antes de la vigencia de la Ley 546 de 1999, esto es, el 15 de Abril de 1994 (fl.31), para la adquisición de vivienda, por la cantidad de TRES MIL CIENTO VEINTISEIS Unidades de Poder Adquisitivo con CUATRO MIL CUATROCIENTAS SESENTA Fracciones de UPAC (3126.4460 UPAC); acordándose, por estar permitido en esa época, un sistema de financiación que incluía la capitalización de intereses; constituyendo éstos a favor del banco acreedor DAVIVIENDA hipoteca abierta de cuantía indeterminada sobre el inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria Nos. 040-220996 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esta ciudad. (fls.6-35); crédito que en principio, por haberse concedido en UPAC, debía ser reestructurado en los términos indicados en la Ley 546 de 1999.

Sin embargo, también se evidencia que concurre en este caso una de las causas de excepción al deber de reestructurar, indicadas en las sentencias antes mencionadas¹, toda vez que se cuenta en este asunto, con prueba demostrativa de que sobre el inmueble hipotecado pesa un embargo decretado en un proceso de jurisdicción coactiva que contra los demandados adelanta el Distrito de Barranquilla, el cual, según certificación expedida a esta Sala por la Oficina Asesora de Despacho del mencionado ente territorial², se encuentra vigente, cuyo monto asciende a la suma de \$23.378.198,00; circunstancia que entonces torna improcedente la exigencia de la reestructuración como requisito para continuar la ejecución, pues se advierte la incapacidad económica de los ejecutados para asumir el pago de la obligación a través de alguno de los planes de financiación previstos en atención a la Ley 546 de 1999; y además torna ineficaz el propósito protector del deudor hipotecario de la ley en mención, puesto que si se desembargare el inmueble en este proceso, habrá de ser colocado a disposición del juicio fiscal, para ser sometido a remate y posibilitar el pago de la deuda en aquel proceso; todo lo cual implica la revocatoria de la sentencia de primer grado.

(...)

... la parte demandante en el libelo genitor, presentado en Junio 10 de 2008, afirmó que los demandados se encuentran en mora de pagar las cuotas causadas desde el 26 de Noviembre de 2006, razón que le llevó a acelerar el

¹ NOTA DE RELATORÍA: Las providencias citadas en esta decisión corresponden a las sentencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil: STC1551-2017 radicado No. 11001-02-03-000-2017-00212-00, de 9 de febrero de 2017. M.P. Margarita Cabello Blanco, STC-5350 de Abril 19 de 2017, rad. 11001-02-03-000-2017-00899-00 M.P. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Proveído de Enero 19 de 2017, rad. 11001-02-03-000-2016-03638-00. M.P. Ariel Salazar Ramírez y de la Corte Constitucional T-511 de 2001.

² Folio 44-45 Cuaderno del Tribunal.

plazo con la presentación de la demanda respectiva, haciendo exigible la totalidad de la deuda; de manera que a partir del 27 de Noviembre de 2006 y sucesivamente por períodos mensuales, corrieron los términos de prescripción para las cuotas periódicas vencidas hasta Junio 10 de 2008 cuando se presentó la demanda; y a partir del día siguiente de esta fecha, comenzó a contabilizarse la prescripción de las cuotas con vencimiento acelerado; términos prescriptivos que sólo eran susceptibles de ser interrumpidos, mediante la notificación del mandamiento de pago a los ejecutados, dentro del año siguiente a aquel en que se notificó por estado al banco acreedor el mandamiento de pago, o en que efectivamente se notificara dicho auto de pago a los demandados, antes del vencimiento de los tres (3) años de que trata el art. 789 del Código de Comercio.

Pues bien, conforme al art. 90 del C.P.C., con la presentación de la demanda en Junio 10 de 2008 se interrumpió el término de prescripción de las cuotas vencidas desde Noviembre 27 de 2006 hasta el 9 de Junio de 2008, de las cuales, en lo que concierne a la primera de ellas, el término de prescripción corría hasta el 27 de Noviembre de 2009 y así sucesivamente hasta las que se hicieron exigibles hasta el 9 de Junio de 2008; sin embargo, en Diciembre 2 de 2008 el mandamiento de pago fue notificado a la demandada EDILSA MONTAÑO CORRAL, con lo cual el término de prescripción que había corrido se interrumpió definitivamente antes de que tal fenómeno se consolidara a favor de los deudores, interrupción que se comunicó a los demás deudores, por tratarse de una obligación solidaria en que la solidaridad no ha sido renunciada por ninguno de los deudores; razones por las que esta excepción tampoco prospera.”

DECISIÓN: Revoca la sentencia de primera instancia. Declara no probadas las excepciones de mérito. Decreta la venta del bien hipotecado en pública subasta, previo avaluo. Costas a favor del demandante.

M.S: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ
RAD: 08001-31-03-003-2010-00311-01 (40.002)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Consentimiento médico informado: Su ausencia total o parcial genera responsabilidad por parte del galeno tratante/ Error en el diagnóstico: Es constitutivo de mala praxis médica/ Historia Clínica: Su ausencia o mal estado constituye indicio en contra de la conducta de la entidad prestadora de salud

FECHA: Abril 25 de 2017

DEMANDANTE: Adriana Parra Casas, Alvaro Daza Urina, XXXXXXXX (Menor hijo)

DEMANDADO: Colsanitas Medicina Prepagada, Clinica Colsanitas S.A. y Alexandra Ramos Di Muzio

Asunto:

Narra la parte actora, en el presente caso que durante su periodo gestacional, comenzó a presentar quebrantos de salud que fueron atendidos por su empresa de medicina prepagada, a través de la cual se le practicó estudios ecográficos que arrojaron como diagnóstico embarazo ectópico **izquierdo** de localización para ovárica, razón por la cual fue remitida a cirugía, extirpándosele el ovario **derecho**, generándosele un daño irreversible en ese órgano, y posteriormente fue sometida nuevamente a cirugía para retirarle el ovario que sí contenía los restos ovulares y material de embarazo ectópico, actuación que considera corresponde a una negligencia médica.

Extractos:

“El argumento central del apelante, en contra de la sentencia de primera instancia reposa en su consideración de que el funcionario de primera instancia no vio que el problema central es el error en el procedimiento realizado por la profesional de la medicina de cambiar el órgano a extraer que era el ovario y trompa izquierda y extrajo la trompa y ovario derecho, siendo necesario extraer posteriormente el izquierdo y de paso dejando en imposibilidad de reproducción a la paciente. Y que sobre ese punto no valoró la prueba ni individualmente ni en conjunto.

La historia que sirve de causa al presente proceso se inicia con la visita que realiza la demandante a la Dra. Alexandra Ramos el 12 de noviembre de 2009 donde se diagnostica “trompa izda enquistada con protesron”³ y en la línea de diagnóstico preoperatorio se lee “embarazo ectópico Izdo”.

Más adelante se le practica muestras para patología que concluye “material de embarazo ectópico tubarico”⁴; a folio 35 aparece análisis de Sabbag Radiólogos, cuya conclusión es “embarazo ectópico con embrión único vivo en localización paraovárica izquierda”; el resultado de la ecografía transvaginal igualmente expresa que la paciente presenta embarazo ectópico en región anexial izquierdo, suscrito por la Dra. Nancy Porto⁵.

El día 4 de noviembre de 2009 el esposo de la paciente suscribe consentimiento informado para procedimiento⁶ de embarazo ectópico roto y siendo enviado lo extraído a patología se encuentra que lo estudiado presenta “inflamación leve”⁷.

³ Folio 31 del expediente

⁴ Folio 33

⁵ Folio 36.

⁶ Folio 55 reverso

⁷ Folio 53

Nuevamente la paciente ingresa a clínica el día 21 de noviembre de 2009, presentando los mismos signos anteriores y siendo evaluada con útero vacío e “imagen sugestiva de embarazo ectópico izquierdo”. Se realizan nuevamente los análisis y exámenes de rigor y se confirma que la paciente presenta útero vacío y embarazo ectópico en región anexial izquierdo”⁸, lo que igualmente es apoyado en análisis de Sabbag Radiólogos⁹ y de patología.¹⁰

Se recibió la declaración del Dr. GUIDO PARRA quien da fe que los procedimientos técnicos para establecer claramente la existencia de un embarazo ectópico y su ubicación es el realizado en la paciente y que la práctica de la laparoscopia es el procedimiento para descartar cualquier ambigüedad del embarazo irregular. Luego dicho testigo técnico da fe que si se realizó todo ese procedimiento y se dispuso el procedimiento quirúrgico es porque no existía duda de la ubicación del embarazo ectópico, luego el haber equivocado los órganos extraídos o a extraer constituye un error médico no nacido del adecuado diagnóstico médico, contrario a la visión de la funcionaria judicial de primera instancia al indicar que no existió error de diagnóstico ni que el procedimiento no se ajustara a los protocolos de extracción del embarazo ectópico, sino del error en la extracción de la trompa no indicada.

A pesar de que medicamente y mediante las diversas pesquisas científicas se constató que la trompa afectada por el embarazo ectópico fue la izquierda y de ello, plenamente convencido tanto la paciente como su acompañante, quien bajo esa convencimiento suscribió el consentimiento informado, si la demandada en medio del procedimiento constata que todo ese bagaje probatorio estaba equivocado, antes de proceder a extraer la trompa y ovario derecho debió obtener el consentimiento de su acudiente, en esta caso su esposo, más cuando realizarlo no implicaba un caso de vida o muerte y la causalidad de afectación que expone en la contestación de la demanda no era inmediata, dado que el resultado de patología solo da como resultado inflamación leve, propia del procedimiento mismo.

Pero es más, el argumento del extremo demandado se cae por sí mismo cuando días posteriores a la operación inicial la paciente presenta los mismos síntomas y luego de constatación médica y clínica se ve obligada a someterse a nuevo procedimiento quirúrgico que imponía el retiro de la trompa y ovario izquierdo configurándose definitivamente el daño alegado: la imposibilidad de engendrar un hijo o de procrear en el sentido biológico del término.

Agréguese a lo anterior, que la guardiana de la documentación clínica es la prestadora del servicio, por lo que el argumento de que las pruebas de su decir

⁸ Folio 69

⁹ Folio 70

¹⁰ Folio 71

no existen, se pretenda elevar sobre ello un estado de irresponsabilidad, cuando, la argumentación es la contraria, quien no presente la historia clínica o la presente en mal estado e ininteligible constituye un indicio en contra de la seguridad, eficacia y seriedad del servicio prestado.

Siendo así, para la Sala no existe la menor duda de que en el presente caso, se ha presentado un error médico, consistente en retirar un órgano que no tenía alteración alguna, equivocadamente o sin el correspondiente consentimiento informado, en el peor de los casos, que generó un daño a las demandante y se impone resarcir, más cuando las personas jurídicas demandadas, prestadoras del servicio de salud, por vía de ley y del contrato tienen como función básica la de organizar y garantizar directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a sus afiliados (art 177 de la ley 100 de 1993) y son funciones de dichas instituciones de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a sus afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la ley y para lograr la atención segura y de calidad “es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal y entre estos y los pacientes y sus familiares”.¹¹

Definido lo anterior, demostrado la existencia del hecho y el daño que se desprende de ello, como igualmente que quien debe venir en responsabilidad de tales sucesos son los demandados, dado el incumplimiento de los mandatos de la ley, como se ha puesto de presente, lo conveniente es pasar a la consecuencial estipulación de la cuantía de la suma con que se entiende deben los demandados proceder a cubrir la reparación.”

DECISIÓN: Se revoca la sentencia de primera instancia. Se condena solidariamente al pago de perjuicios morales a las víctimas (\$50.000.000 c/u).

M.S: Dra. LUZ MYRIAM REYES CASAS
RAD: 08-638-31-89-001-2014-0258 (39.883)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Imposición de Servidumbre- Procedencia/ Objeción por error grave al dictamen pericial- Cuando las conclusiones del perito fueron tomadas con base en falsos juicios de valor respecto de las medidas del predio sirviente

FECHA: Mayo 19 de 2017

DEMANDANTE: CORELCA S.A. ESP Cesión a ELECTRICARIBE S.A. ESP

DEMANDADO: Denis Natera Mendoza

¹¹ Corte Suprema de Justicia, Sala Civil Sentencia citada.

Asunto:

En el presente caso, se estudia la imposición de servidumbre sobre un terreno ubicado en el municipio de Sabanalarga por parte de la empresa prestadora del servicio de energía eléctrica, siendo el aspecto neural de la controversia la indemnización que por este concepto recibiría la demandada, con base en un dictamen pericial objetado por error grave.

Extractos:

"... para la Sala no existe duda que la imposición de servidumbre surge viable, habida cuenta que la entidad demandante cumplió con acreditar los supuestos para el ejercicio de tal prerrogativa, amén que la parte demandada no mostró oposición sobre ello, con el agregado cierto que la imposición de aquélla, data del año 1995. En ese trasegar, este Colegiado encuentra plausible la declaratoria de su imposición por parte del operador de primer grado, lo que conducirá a la confirmatoria de esta determinación.

Ahora bien, la Sala advierte que la pugna entre los extremos en contienda está volcado hacía la indemnización reconocida por parte del A quo, con cargo a la entidad demandante, de allí, que la Sala dedicará las sucesivas líneas argumentativas con miras a verificar si conforme a las pruebas allegadas al pleito se logró demostrar que la imposición de la servidumbre generó perjuicios al titular del derecho de dominio del predio sirviente, traducidos en daño emergente y lucro cesante, circunstancia que condujera al operador de primera instancia a decretar de manera oficiosa un peritazgo.

(...)

*Los antecedentes procesales del litigio muestran que el A quo decretó de oficio la prueba pericial con fines de imponer la indemnización contemplada en el artículo 31 de la Ley 56 de 1981 que puntualiza: "...**Con base en los estimativos, avalúos, inventarios o pruebas que obren en el proceso, el juez dictará sentencia, señalará el monto de la indemnización y ordenará su pago.** (...) Si en las sentencias se fijare una indemnización mayor que la suma consignada, la entidad demandante deberá consignar la diferencia en favor del poseedor o tenedor del predio, y desde la fecha que recibió la zona objeto de la servidumbre hasta el momento en que deposite el saldo, reconocerá intereses sobre el valor de la diferencia, liquidados según la tasa de interés bancario corriente en el momento de dictar la sentencia..."*

Rendido el dictamen obrante a Folios 1-13 (Cdo Pruebas), el profesional designado, arribó a la conclusión que la indemnización a sufragar por parte de la empresa demandante era la suma \$58.613.774, así dio cuenta de los criterios

atendidos para el avalúo de la condena, la determinación del área afectada, daños económicos, avalúos, daños indirectos, cálculo de frutos civiles, entre otros aspectos. (...)

El Tribunal con miras de dar plenos alcances a la disposición en cita, toma como punto de partida la objeción por error grave presentada por la parte activa del proceso, apoyándose en el certificado de existencia de representación legal de la empresa cesionaria Electricaribe S.A. E.S.P., para fincar su reproche, que la cesionaria sólo maneja líneas de distribución; así como tampoco se tuvieron en cuenta los pagos realizados a la demandada a partir de la constitución de un depósito judicial por valor de \$1.077.428 y la suma consagrada en el escrito contentivo de la transacción celebrada entre las partes por \$8.922.572. A su turno, los alegatos de conclusión proveniente de la parte objetante, recalca con firmeza que el peritazgo desconoció los alcances de la inspección judicial practicada al dar cuenta de un área distinta a la realmente afectada con el gravamen.

(...)

En el sub examine la parte demandante ha destacado una falla o falencia que repercute de manera inequívoca en las resultas o conclusiones a las que arribó el auxiliar de la justicia, aspecto que esta Sala de Decisión no puede pasar por alto, siendo nada más y nada menos que la cualidad o característica del objeto inspeccionado, en tanto que la extensión del fondo objeto de la pericia daban cuenta entre 1.185 y 1200 metros cuadrados, el perito tomó como área afectada por el gravamen la correspondiente a 2.656m², circunstancia que ha debido analizar el A quo, pues, aun cuando no hubiere sido recalcado por la parte objetante al formular el error grave del dictamen, si fue planteado en el escrito de alegatos, hecho que en manera alguna impide que el juez de conocimiento deba estudiar el medio probatorio sin limitaciones y condicionamientos, en virtud de sus deberes.

(...)

Un estudio de las pruebas obrantes en el proceso arrojan que desde la formulación de la demanda se dio cuenta que el área afectada del predio objeto del gravamen es de 1.185m² (Fl2), así mismo lo estableció la inspección judicial practicada en el juicio. De otra parte, el contrato de cesión de derecho litigioso obrante a folio (31) advirtió que la zona afectada con la servidumbre es de 1200m², mientras que en el contrato de transacción suscrito entre las partes, se concretó ésta última medida (Fls 65-67). Con la valoración de estas piezas documentales, no existe duda que el perito desbordó el objeto de su peritazgo al dictaminar un área afectada por la servidumbre que constituía más del doble de la realmente gravada, por ello, las conclusiones a las que arribó en su informe están abrigadas por el error alegado, así como también merece reproche no

haber incluido en el informe los medios utilizados para cristalizar la extensión de la zona.

En otro flanco, el informe da cuenta de haber utilizado métodos de encuestas para determinar el valor de los metros de la zona, sin al menos acreditar la idoneidad y profesión de quienes participaron en la mencionada actividad, así como tampoco acompañó informes de los encuestados que permitieran colegir que realmente hubieren tenido contacto directo con el objeto inspeccionado.

Con lo razonado hasta este interregno, para la Sala sería suficiente el error de que adolece el dictamen en torno a la extensión inspeccionada por el perito, habida cuenta que ésta guarda relación con el área afectada aducida a lo largo del proceso a través de la pruebas antes analizadas, en ese orden, mal pudo la parte demandante reclamar una indemnización sobre la base de un área de mayor extensión a la que se advirtió en la transacción suscrita con la empresa demandante. Bajo estas premisas, se tiene que la objeción por error grave, tiene vocación de prosperidad, y en tal virtud, será revocada la resolución del A quo sobre el tema.

(...)

Pese a lo atestado, la Sala se adentró en el estudio de la prueba pericial, como quiera que fue producto del ejercicio de facultades oficiosas del fallador de instancia quien propendía por hallar abundantes razones a fin de fijar la indemnización en los términos del artículo 31 ibídem, pero lo cierto, es que a la parte demandada le correspondía la carga de probar los perjuicios ocasionados con la imposición y ejercicio de la servidumbre impuesta desde el año 1995, no haberlo hecho, le corresponde entonces, asumir las consecuencias de su pasividad y falta de dinamismo, pues, ni siquiera contestó en término la demanda, así como tampoco objetó la suma que a título de indemnización estimativa se estableció en el auto admisorio de la demanda, pues, de haberlo hecho, quizá otro panorama hubiere arrojado el pleito.

Por el contrario, el extremo pasivo, vertió sus expectativas en el dictamen pericial traído al proceso, sin contar que éste adolecía de serias fallas que abrieron paso a tener por estructurado el alegado error grave, que aun cuando no se hubiere objetado, de todos modos, dicha pericia debía analizarse en el marco de la sana crítica y en conjunto con otras probanzas acompañadas al pleito."

DECISIÓN: Confirma parcialmente. Revoca parcialmente y declara probada la objeción por error grave que hiciera la demandante y deja sin valor la indemnización impuesta. Adiciona la decisión para actualizar el valor a cancelar a la demandada.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
RAD: 08-001-31-05-008-2010-005536-01/ 57330-A

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia
TEMA: Reliquidación de pensión de jubilación: Régimen de transición/Rectificación jurisprudencial- Nuevo criterio Corte Suprema de Justicia
FECHA: Mayo 22 de 2017
DEMANDANTE: Basilio Zapata López
DEMANDADO: Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal Eice En Liquidación- Hoy Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales UGPP

Asunto:

El aspecto a dilucidar en esta instancia se circunscribe a determinar si el ingreso base de liquidación tomado por Cajanal para liquidar el monto de la pensión de jubilación se ajusta a lo devengado por el actor.

Extractos:

“Los supuestos fácticos antes indicados ponen de presente que para el 1 de Abril de 1.994, fecha en que entró en vigencia el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 (Art.151 ibídem), el demandante era un trabajador afiliado a Cajanal, con más de 40 años de edad, reuniendo por ende los presupuestos exigidos por el inciso 2° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, para quedar cobijado con el régimen de transición pensional que regula tal precepto, (...)

De la anterior normatividad aplicable al caso sub-examine, refulge con nitidez que el actor adquirió el derecho pensional bajo la vigencia de la Ley 100 de 1.993, en razón de que cumplió los 55 años de edad el 14 de junio de 1994, tal como se infiere de la fecha de su nacimiento, pero como se encontraba cobijado por el régimen de transición contemplado en la referida ley, solo los requisitos de edad para acceder a la pensión correspondiente; el tiempo de servicio y, el monto de la pensión corresponden a la establecida en el Régimen anterior, que para el caso bajo examen lo es la ley 33 de 1.985 < esto es, 55 años de edad si es varón y 20 años de servicios continuos o discontinuos >, más no la forma en que se liquida el ingreso base de liquidación, puesto que la base salarial para tasar la mesada pensional en el régimen de transición, es la señalada por el inciso tercero del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 antes transcrito.

Como en el caso sub-examine se encuentra demostrado que el demandante se hallaba afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social, entidad que tiene a su cargo el reconocimiento de las prestaciones de los servidores públicos del orden Nacional y que al entrar en vigencia el Sistema General de Pensiones de la Ley 100 de 1.993 continuó cotizando para su pensión, la que en efecto le fue reconocida teniendo en cuenta el tiempo laborado al servicio del Estado, fuerza concluir que en principio para tal efecto se le debía tomar en cuenta el promedio del salario mensual que haya devengado el trabajador y sobre los cuales cotizó, desde el 1° de Abril de 1994 hasta la fecha en que adquirió el derecho pensional.

Ahora bien, no debe perderse de vista que en este preciso caso el actor no devengó, ni cotizó suma alguna después de que entró a regir la ley 100 de 1993, eventos en los cuales la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia venía sosteniendo que el salario a tener en cuenta para su actualización es el promedio de lo devengado en el último año de servicio, tal como lo expresó en sentencias del 30 de noviembre de 2000, Rad. 13336, 17 de mayo del 2004, rad. 22617, 23 de agosto de 2004, rad. 22892; 25 de noviembre del 2004, rad. 23769; 30 de agosto de 2011, rad. 40074; y en casación de 29 may. 2013 rad. 45814 (SL 381/2013), entre otras, criterio que la Magistrada Ponente venía acogiendo en procesos similares.

Sin embargo, en sentencia más reciente del 18 de mayo de 2016 **SL7061-2016 Rad. 48765** la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ante su nueva recomposición, rectificó dicho criterio al reexaminar el tema, postura que se acoge por ésta Sala de Decisión. En dicha sentencia se concluye que:

“Como es sabido, para el caso de los beneficiarios del régimen de transición, el Ingreso Base de Liquidación corresponde al lapso temporal que se debe tomar para establecer el promedio de los ingresos salariales o base de cotización para liquidar toda pensión, el cual se debe definir de conformidad con la nueva normatividad, caso distinto al “monto” porcentual de la prestación que es uno de los elementos que si se conservan del sistema anterior por virtud de la transición y que tiene que ver con el <porcentaje> del IBL que antes se preveía.

De tal forma que, el IBL para todas las pensiones de jubilación otorgadas bajo el citado régimen de la transición debe en consecuencia determinarse conforme a las reglas establecidas en los Arts. 36 inc. 3° y 21 de la L. 100/1993, que no establecieron ninguna excepción o salvedad en este puntual aspecto, sin que sea dable excluir de estas pautas a aquellas personas que durante ese lapso no devengaron ni cotizaron suma alguna.

Lo anterior queda acorde con lo expresado en la Sentencia C.Const. C-258 del 7 de mayo de 2013, en la que se sostuvo que las reglas del IBL aplicables a todos los beneficiarios del régimen de transición, son las contenidas en los artículos 21 y 36 inciso 3° de la L. 100 de 1993.

3.- En consecuencia, ahora estima la Sala que no es necesario remitirse al promedio de lo devengado en el último año de servicios a efectos de establecer el IBL, pues como antes se explicó debe sujetarse en un todo a los nuevos lineamientos de la Ley 100/1993.

Así las cosas, para obtener el promedio de lo devengado o cotizado para estos específicos casos y conformar el IBL, deberá calcularse con el promedio de devengado o cotizado durante los últimos diez (10) años previos al reconocimiento de la prestación, ello con referencia a la remuneración efectivamente devengada por el beneficiario durante el lapso temporal que corresponde según el tiempo que le hiciere falta para adquirir el derecho, aun cuando se involucren períodos habidos antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, debiéndose partir del último devengo o cotización y transpolar o retroceder en el tiempo hasta cubrir el período respectivo." <Subraya y negrilla fuera de texto>

Por lo tanto, como quiera que el actor al 1° de abril de 1994, le faltaban menos de 10 años para adquirir el derecho, su ingreso base de liquidación se rige por el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, esto es, el promedio de toda su historia laboral o el del tiempo que le faltara para adquirir el derecho, esto es, del 1° de abril de 1994 al 14 de junio de 1994, equivalente a 2 meses y 13 días, medida de tiempo que en este caso deberá trasponerse en razón a que solo cotizó hasta el 30 de agosto de 1993, no asistiéndole razón al recurrente en insistir en que su pensión debía liquidarse con base en todos los factores salariales devengados en el último año de servicios.

(...)

Al respecto, recientemente en sentencia del 1° de marzo de 2017 **SL4222-2017 Rad. 44.643**, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en un caso de similares características al que aquí ocupa la atención de la Sala sobre los factores salariales que se deben tener en cuenta para las pensiones reconocidas con fundamenta en la Ley 33 de 1985, señaló:

"lo cierto es que la base económica de su pensión está constituida por el promedio de los factores salariales de su remuneración sobre los cuales efectuó aportes a la caja de previsión, no sobre todo lo que hubiere percibido o devengado en la última anualidad, como desatinadamente lo persiguió en su demanda para lo cual aportó la certificación de folios 18 a 23 del expediente, y que no podían ser otros distintos a los enlistados en el artículo 3 de la Ley 33 de 1985, en la forma como fue modificado por la Ley 62 del mismo año, en los siguientes términos: "Para los efectos previstos en el inciso anterior, la base de liquidación de los aportes proporcionales a la remuneración del empleado oficial estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica; gastos de representación; prima técnica; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en días de descanso obligatorio", Para ello basta traer a colación lo anotado por la Corte en un caso similar al presente, en sentencia SL8597 de 7 de julio de 2015, rad. 48000, así: "(...) esta Corporación ha indicado de tiempo atrás que el artículo 1 de la Ley 62 de 1985, en desarrollo del artículo 1 de la Ley 33 de 1985, que es la base normativa de la pensión otorgada al demandante, señaló de manera taxativa los factores salariales a tener en cuenta a la hora de liquidar el promedio del salario que sirvió para los aportes en el último año de servicios, al consagrar que "...la base de liquidación para los aportes Radicado n° 44643 21 proporcionales a la remuneración del empleado oficial, estará constituida por los siguientes factores, cuando se trate de empleados del orden nacional: asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación

por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio", de modo tal que solo estos factores sirven para la base de los aportes, siendo que cuando la norma se refiere a que "**En todo caso, las pensiones de los empleados oficiales de cualquier orden, siempre se liquidarán sobre los mismos factores que hayan servido de base para calcular los aportes**" **está haciendo clara referencia a aquéllos y no a otros que se pudieran entender por una interpretación extensiva, pues lo cierto es que la lista del artículo 1 de la Ley 62 de 1985 es taxativa y cerrada y no permite la inclusión de elementos diferentes a los contemplados allí.**"

Así las cosas, se impone rectificar el criterio por la suscrita Magistrada quien ahora funge como Magistrada Ponente, atendiendo lo esgrimido recientemente por nuestro máximo órgano de cierre de jurisdicción.

Con base en lo anterior, emerge que en el presente caso la entidad de seguridad demandada, le debió tener en cuenta los factores salariales sobre los cuales se hicieron los respectivos aportes a pensión.

Examinando la Resolución No. 001089 de 1997 1994, observa la Sala que en ella se encuentran relacionados los factores que se tuvo en cuenta para efectos de hallar el ingreso base de liquidación de la pensión de jubilación, los cuales son: asignación básica, dominicales y feriados, y la bonificación por servicios prestados.

Confrontados la anterior resolución con la documental obrante a folio 20, se advierte que la entidad demanda si tuvo en cuenta todos los factores salariales señalados con un asterisco en la certificación aportada como aquellos sobre los que "***hicieron los descuentos de la cuota periódica (5%) a los factores salariales como lo ordena las Leyes 33 y 62 de 1.985 y se hicieron los aportes patronales del 8% sobre todos los factores relacionados como lo dispone la Ley de presupuesto vigente**", por lo que no le asiste razón al demandante en la reliquidación solicitada."

Decisión: Confirma la sentencia de primera instancia. Costas a cargo de la parte demandante.

M.S: Dr. CLAUDIA PATRICIA PIZARRO TOLEDO
RAD: 08-758-31-03-002-2012-00116-01/(52659)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: Fuero circunstancial: Resulta demostrado con la notificación del inicio de las conversaciones por parte de la agremiación sindical

FECHA: Mayo 26 de 2017

DEMANDANTE: Liliana Patricia López Silva

DEMANDADO: Terminal Metropolitana De Transportes De Barranquilla S.A.

Asunto:

En el presente caso se discute si la actora gozaba o no al momento de su desvinculación del fuero circunstancial que la protegía laboralmente durante el término de las conversaciones en el conflicto colectivo.

Extractos:

*“Por lo anterior, se hace evidente que sí existió el conflicto colectivo dada **la presentación del pliego de peticiones**, lo que ocurrió el 6 de diciembre de 2010, no desarrollándose las diferentes etapas del conflicto colectivo precisamente por la posición adoptada por la parte demandada ya expuesta, quién no procedió a iniciar las conversaciones con los trabajadores dentro de las 24 horas siguientes y, en todo caso, dentro de los 5 días hábiles siguientes a aquél, tal como lo contempla el art. 433 del CST¹², para poder negociar en la etapa de **arreglo directo** por el término de veinte (20) días calendario, prorrogables de común acuerdo entre las partes, hasta por veinte (20) días calendario adicionales, de acuerdo a las voces del art. 433 ibidem¹³, sino que por el contrario en pleno desconocimiento de las normas legales y constitucionales se negó a ello dentro del plazo de 4 días siguientes a la presentación del pliego¹⁴, como bien se observa en la contestación efectuada el 13 de diciembre de 2010¹⁵, cuestión ésta que por sí sola no tenía la virtualidad de deshacer aquél - el conflicto-, pues ya se había generado. En consecuencia, cuando despidió a la demandante el 20 de diciembre de ese año (la carta fue recibida el 21 de los mismos¹⁶), se*

¹² ARTICULO 433. INICIACION DE CONVERSACIONES. <Artículo modificado por el artículo 27 del Decreto 2351 de 1965. El nuevo texto es el siguiente :> El patrono o la representante, están en la obligación de recibir a los delegados de los trabajadores dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación oportuna del pliego de peticiones para iniciar conversaciones. Si la persona a quién se presentare el pliego considerare que no está autorizada para resolver sobre él debe hacerse autorizar o dar traslado al patrono dentro de las veinticuatro horas siguientes a la presentación del pliego, avisándolo así a los trabajadores. En todo caso, la iniciación de las conversaciones en la etapa de arreglo directo no puede diferirse por más de cinco (5) días hábiles a partir de la presentación del pliego.

2. <Numeral modificado por el artículo 21 de la Ley 11 de 1984. El nuevo texto es el siguiente:> El patrono que se niegue o eluda iniciar las conversaciones de arreglo directo dentro del término señalado será sancionado por las autoridades del trabajo con multas equivalentes al monto de cinco (5) a diez (10) veces el salario mínimo mensual más alto por cada día de mora, a favor del Servicio Nacional de Aprendizaje SENA. Para interponer los recursos legales contra las resoluciones de multa, el interesado deberá consignar previamente su valor a órdenes de dicho establecimiento.

¹³ ARTICULO 434. DURACION DE LAS CONVERSACIONES. <Artículo modificado por el artículo 60 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:>. Las conversaciones de negociación de los pliegos de peticiones en esta etapa de arreglo directo durarán veinte (20) días calendario, prorrogables de común acuerdo entre las partes, hasta por veinte (20) días calendario adicionales.

PARAGRAFO 1o. Si al término de la etapa de arreglo directo persistieren diferencias sobre alguno o algunos de los puntos del pliego, las partes suscribirán un acta final que registre los acuerdos y dejarán las constancias expresas sobre las diferencias que subsistan.

PARAGRAFO 2o. Durante esta etapa podrán participar en forma directa en la mesa de negociaciones, como asesores, hasta dos (2) representantes de las asociaciones sindicales de segundo o tercer grado.

¹⁴ El 6 de diciembre de 2010 fue lunes, el 7 martes, 8 fue miércoles, pero festivo, el 9 jueves, 10 viernes, 11 y 12 sábado y domingo y 13 lunes.

¹⁵ Fls. 68-69, 177-178

¹⁶ Fls. 170-172

encontraba aforada circunstancialmente.

En el sub lite, se anota que la encartada allegó la carta de despido, en la que se le informa la terminación del contrato a la actora por supresión del empleo de guía turística que desempeñaba¹⁷. También milita Resolución No. 424 de 2010 mediante la cual la Terminal Metropolitana de Transportes de Barranquilla S.A. adopta el estudio técnico de reestructuración administrativa, habiéndose facultado al Gerente para la expedición de los actos administrativos a que haya lugar, debido a la urgencia de la entidad¹⁸. Igualmente reposa a folio 181 a 186, la Resolución No. 426 del mismo año, a través de la que el Gerente de la enjuiciada ajusta la planta de personal, atendiendo las recomendaciones del estudio técnico, disponiendo en el art. 1º la supresión de los cargos de guías turísticas, código 487, grado 08 y estableciendo la planta de personal permanente de los empleados públicos y trabajadores oficiales, así como su distribución en los arts. 3º a 5º, en la que no figura el ejercido por la actora ni otro similar.

En sentencia del 21 de mayo de 2013, Rad. 48546, M.P. Dr. HEIDI CRISTINA GUERRERO MEJÍA¹⁹, se predicó por la antigua Sala Segunda, en un caso similar en contra de igual demandada, que: "(...) Ahora bien, a través la misiva del 20 de diciembre de 2010 recibida por la accionante el 21 del mismo mes y año le comunicó a la actora la extinción del vínculo laboral que los unía, motivándola en la reestructuración administrativa, la que no es una justa causa de las contempladas en el artículo 48 del decreto 2127 de 1945, por lo cual procede el reintegro impetrado y el pago de los salarios dejados de percibir desde la fecha del despido hasta que se produzca el reintegro, además del pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensión, salud y riesgos profesionales. Se autorizará a la empresa demandada a deducir de los salarios, el dinero pagado en virtud de la decisión patronal de dar por terminado el contrato de trabajo. Al respecto la Sala de Casación Laboral en sentencia de instancia proferida el 20 de abril de 2010 en el proceso radicado bajo el número 35636, con ponencia de la doctora ELSY DEL PILAR CUELLO CALDERÓN, sostuvo: "e.-) Sin lugar a dudas, el despido de los trabajadores aludidos fue injusto, en la medida que la razón esgrimida (supresión del cargo), si bien tiene respaldo legal, no encaja dentro de las justas causas para dar por terminado unilateralmente los

¹⁷ Fl. 170.

¹⁸ Fls. 179-180

¹⁹ Fungiendo como acompañante el Dr. VICENTE DE SANTIS CABALLERO (QEPD) y la Dra. CLAUDIA MARIA FANDIÑO se encontraba impedida

contratos de los trabajadores (artículo 48 Decreto 2127 de 1945)”

Por consiguiente, considerando que la ex trabajadora se encontraba cobijada por el fuero circunstancial a la fecha del despido, y que éste no fue con justa causa, toda vez que la alegada – supresión del cargo por reestructuración administrativa- no se encuentra encajada entre las causales establecidas como tal en la norma antes mencionada, es del caso -como se hiciera en el precedente esbozado- proceder a ordenar el reintegro solicitado, así como el pago de los salarios dejados de percibir desde el despido hasta el correspondiente reintegro, así como las prestaciones sociales y aportes a la seguridad social, los cuales aun cuando no fuesen pedidos en la demanda resultan procedentes de conformidad con lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL: 423-2013, Radicación N° 41481, del diez (10) de julio de dos mil trece (2013). De la misma manera, se autorizará a la demandada a debitar de lo pago por concepto de liquidación definitiva con ocasión a la terminación de su contrato de trabajo.

No prospera la prescripción formulada, habida consideración que dada la fecha del retiro – 21 de diciembre de 2010-²⁰, así como la de la reclamación administrativa – 20 de enero de 2012-²¹ y la presentación de la demanda- 23 de marzo de 2012-²², es obvio que no ha transcurrido el término trienal establecido en los arts. 488 del CST y 151 del CPTSS.”

NOTA DE RELATORÍA. Esta providencia tiene salvamento de voto proferido por el Honorable Magistrado Jesus Balaguera Torné. Estos son los argumentos de su disenso: “...en el presente asunto de fuero circunstancial no existe en el informativo el más mínimo indicio de que se haya iniciado dialogo o conversación alguna de la negociación de citado pliego, por el contrario, en el expediente milita una nota suscrita por el Gerente de la demandada que lleva a colegir sin sombra de duda que esa discusión nunca se llevó a cabo. La mentada misiva de respuesta a la presentación del pliego de peticiones está adiada 13 de diciembre de 2010 y fue dirigida a Sintratercol, por parte obviamente del representante de la accionada(...).Lo anterior, es decir, la respuesta de la accionada más el hecho anotado de que no se acompañó el más mínimo indicio de que las conversaciones se hubieran iniciado dentro del término de 5 días hábiles a partir de la presentación del pliego de peticiones o que por lo menos existiera constancia de que la agrupación sindical hubiese seleccionado sus delegados para el efecto, lleva a considerar que no hubo conversaciones. Al respecto, en la sentencia del 15 de junio de 2012 la Corte Suprema de Justicia, Sala Laboral en el radicado 42.625 con ponencia del doctor Camilo Tarquino expresó: (...). Siguiendo las orientaciones de los fragmentos jurisprudenciales descritos y dado que no hay prueba de que en el presente caso no hay prueba

²⁰ Fl. 170

²¹ Fls. 26-29

²² Fl. 1

del supuesto conflicto suscitado entre Sintratercol y la empresa demandada haya tenido un cabal desarrollo o que ciertamente se hayan iniciado las conversaciones de arreglo directo, fácil es concluir que no se puede pregonar la existencia del fuero circunstancial, pues al no haber conversaciones o avances de la etapa de arreglo directo no germina la citada protección foral y por contera no procede el reintegro solicitado y las reclamaciones accesorias a que se refiere la demanda.”

DECISIÓN: Se revoca la sentencia apelada. Se ordena reintegro de la trabajadora aforada y se ordena el pago de los salarios y demás emolumentos dejados de cancelar.

M.S: Dra. CLAUDIA PATRICIA PIZARRO TOLEDO
RADICACION: 08001-3105-001-2014-00084-00 (53.050)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: Despido de empleado que ejercía actos de acoso laboral: Es una causal justificada para dar por terminado el contrato de trabajo/ **Valoración Probatoria:** La realizada en conjunto pudo determinar hechos constitutivos de la conducta censurada por el empleador

FECHA: Junio 2 de 2017

DEMANDANTE: David Alfredo Casas Urrego

DEMANDADO: Sociedad Meico S.A.

Asunto:

En el presente caso, se estudia el recurso de apelación de un ex empleado que controvierte en vía judicial el despido de fue objeto, por considerar que éste fue injustificado. No obstante, del plenario se advierte que el actor cometía de manera reiterada actos de acoso laboral y/o sexual en contra de una de sus dependientes.

Extractos:

“Descendiendo al caso concreto y en atención a las pruebas escogidas por la funcionaria instructora –Testimoniales y documentales- no queda duda que el trabajador inculpado si incurrió en los comportamientos que llevaron al empleador a notificarle por escrito el 1º de marzo de 2013²³:

“...es evidente concluir que no existía ninguna justificación para su deplorable comportamiento, justificándonos las normas laborales para terminar su contrato de trabajo por justa causa, al haber

²³ Ver fl.22

abusado de nuestra confianza y maltratado sociológicamente no solamente a un subalterno sino a una mujer que merece su respeto...” (Negrillas y subrayas fuera del texto)

Normas laborales que explicó en su escrito de respuesta a la demanda en el acápite de los hechos, concretamente en la contestación del hecho décimo primero, alegando que el comportamiento del demandante violó flagrantemente sus obligaciones laborales en los términos del art. 58 del CST numerales 1º y 4º, esto es, observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones que de modo particular le imparta el empleador o sus representantes; guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros y el art. 62 ibídem, literal a] numerales 5º y 6º, todo acto inmoral que el trabajador cometa en el taller, establecimiento o lugar de trabajo o en el desempeño de sus labores y cualquier violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador de acuerdo con los artículos 58 y 60 del CST, o cualquier falta grave calificada como tal en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos.

También huelga en el informativo todo el procedimiento agotado por la empresa demandada desde el 13 de febrero de 2013 cuando la señora SILVANA MILENA PAJARO les presentó formalmente la queja por escrito del acoso laboral ejercido por David Casas, del cual estaba siendo víctima, misma que acompañó con la fotocopia de la primera hoja de un block de notas que aquél le entregó con dibujos mostrando el interés que tenía por ella; asimismo aparece acta de descargos rendida por el actor²⁴ el 1º de marzo de 2013, donde a pesar que no acepta el acoso que ejercía respecto de la subalterna Silvana Pájaro, ante la pregunta formulada por el Comité: “Reconoce su letra y dibujos plasmados en la PRIMERA HOJA de este cuaderno que le regaló, respondió: “Se parecen, pero no es mi letra cotidiana y aun siendo no implica que lo haya hecho pensando en ella o para ella, puesto que no tiene ningún nombre, dedicatoria ...” También se aprecia en el sumario del proceso de investigación una versión libre rendida por el encartado²⁵ quien reconoce haberle echado un piropo “como se lo puedo dar a cualquier mujer de una forma decente”.

Acusa a la señora Silvana de mentirosa y manipuladora, que todo se debe a las exigencias que él le hacía para el cumplimiento de sus obligaciones laborales, más sin embargo los testimonios vertidos en el proceso coincidieron al afirmar que la acosada cumplía con su trabajo. Y si se analizan los testimonios de otros empleados de la sociedad como Tulio Valenzuela, Claudia Solano y Julio Visbal,²⁶ también se corrobora la situación tensa y de hostigamiento que David ejercía

²⁴ Folios 126 a 128

²⁵ Folio 139

²⁶ Folios 143 a 145

sobre Silvana y la morbosidad que aquel empleaba para referirse a la subordinada, según el señor Tulio Valenzuela todo empezó desde la entrevista de ingreso, que a David, Silvana le parecía bonita, que le decía que estaba buena y que necesitaba un hombre para que la mantenga con plata, que discutían en la oficina y sala de juntas y utilizaba palabras vulgares para con ella²⁷. Claudia Solano presenció una reunión y vio la situación tensa, David cuestionaba ella se defendía y cuando salió a almorzar con Silvana ella le contó llorando que era personal y que ya no podía más que él, la acosaba y Julio Visbal dijo no evidencio nada y no quiere ser parte de la situación, para él nunca debieron llegar a esos extremos, dijo que Silvana se sentía preocupada porque la situación le afectaba su gestión, que mientras estaba Alberto estaba tranquila pero se preocupó cuando volvió a trabajar con David.

Como se avista, en el sub lite está plenamente acreditado el hecho del despido y no existe duda respecto a las actuaciones de acoso del actor, pues de todo ello dan cuenta los elementos materiales probatorios aportados y practicados tanto en el proceso interno de la empresa como ante el estrado judicial, donde si bien el Comité de Convivencia dentro de su autonomía no procedió a imponer medidas preventivas y correctivas en ese caso, no por ello puede afirmarse que el tal, vulneró el debido proceso del extrabajador, porque no es un imperativo la imposición de esas medidas, previo a la sanción cuando la situación reviste de gravedad.

Y es que en este caso puede entenderse la decisión adoptada por ese ente, pues ello se infiere no solo del dicho de la quejosa sino de una alta mayoría de testigos citados, quienes confirmaron el actuar desviado del directivo de la empresa, el cual se encuentra prohibido tanto por la ley interna como por las normas de Derecho Internacional en la materia. Como a esa misma conclusión arribó la falladora de primer grado, su decisión habrá de mantenerse.”

Decisión: Confirma la decisión de primera instancia que negó las súplicas de la demanda.

SALA PENAL

M.S. Dr. JORGE ELIÉCER CABRERA JIMÉNEZ
RAD: [2016-00377](#)

TIPO DE PROVIDENCIA: ACCIÓN DE REVISIÓN
SENTENCIADA: Edith María Molina Charris
CONTRA: Juzgado Tercero Penal del Circuito con función de conocimiento

²⁷ Fol.146

TEMA: Causal 7º de revisión: Cambio jurisprudencial que favorece al condenado/
FECHA: Mayo 16 de 2017

Asunto:

En el presente caso, la actora en revisión pretende que se declare fundada la causal que permite a través de un cambio jurisprudencial obtener un beneficio en la pena impuesta por el delito de secuestro de un menor de 14 años.

Extractos:

“En el sub-júdice se aprecia que, una vez analizados los argumentos de la acción de revisión presentada por el apoderado judicial de la condenada Edith María Molina Charris, la causal que según éste se estructuró en la sentencia dictada el 11 de agosto de 2014, por el Juzgado Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Barranquilla es la contenida en el numeral 7º del artículo 192 de la ley 906 de 2004, la cual prevé que:

“... Artículo 192. Procedencia. La acción de revisión procede contra sentencias ejecutoriadas, en los siguientes casos:

(...)

7. Cuando mediante pronunciamiento judicial, la Corte haya cambiado favorablemente el criterio jurídico que sirvió para sustentar la sentencia condenatoria, tanto respecto de la responsabilidad como de la punibilidad...”.

Lo anterior, toda vez que su apadrinada judicial suscribió un preacuerdo con el ente titular de la acción penal, en el cual aceptaba la responsabilidad penal por el delito que se le acusó – secuestro- reconociéndosele, además, el descuento correspondiente al artículo 171 del Código Penal, por haber sido dejado en libertad el menor secuestrado en menos de quince días posteriores al hecho, que contó con la aceptación de las víctimas, así como también con la aprobación del Juez de Conocimiento, quien así lo manifestó en la audiencia de 11 de agosto de 2014.

Seguidamente precisó que en dicho preacuerdo, al momento de realizar la dosificación de la pena a imponerle a Edith María Molina Barrios, se tuvieron en cuenta los aumentos punitivos contenidos en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, sin hacer alusión a los beneficios por justicia premial, resaltando que tal interpretación era jurisprudencialmente aceptada al momento en que se dictó el aludido fallo.

Sin embargo, acotó que con la expedición de la sentencia de la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia de radicado No. 33254 proferida el 27 de febrero de 2013, con ponencia del Magistrado Dr. José Leónidas Bustos Martínez, y otras que posteriores a esa, se varió tal postura, pues allí se señaló que lo dispuesto en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, no era aplicable para aquellos casos en los cuales existían prohibiciones legales de subrogados penales y otros beneficios.

(...)

Así las cosas, se tiene que en el caso objeto de estudio la señora Edith María Molina Barrios, con posterioridad a formulación de la imputación de los cargos que le hiciera la Fiscalía General de la Nación, se acogió a uno de los mecanismos de justicia premial, a saber el preacuerdo en el que se aceptó su responsabilidad penal por la realización del delito de secuestro, lo cual fue avalado por el Juez de Conocimiento, quien profirió sentencia en la cual señaló que la sentenciada obtendría un descuento de la mitad de la pena imponible por la circunstancia de atenuación punitiva del artículo 171 del Código Penal, aplicándole además el incremento de que trata el artículo 14 de la ley 890 de 2004 y sin realizarle la reducción de la pena a que hace alusión el inciso segundo del artículo 352 de la ley 906 de 2004, norma que dispone lo siguiente:

“...Artículo 352. Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte...” (Subraya de la Sala).

Al respecto, es menester precisar que, cuando el Juez Tercero Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento, dictó dicha decisión, la misma contaba con una fundamentación que era aceptada jurisprudencialmente, pese a que no tuvo en cuenta las entonces recientes decisiones donde se había variado la postura sobre la inoperatividad del aumento contenido en el artículo 14 de la ley 890 de 2004, en los asuntos donde habiéndose terminado el proceso de forma anticipada, se prohibía a los sentenciados beneficiarse con la bondades del sistema de justicia premial.

No obstante, como se expuso con amplitud, tal postura fue modificada por la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia quien, en uso de su facultad de variar su jurisprudencia, indicó que el aumento de la pena de que trata el artículo 14 de la ley 890 de 2004 no era aplicable a aquellos procesados que se hayan acogido a la justicia premial y que, debido a que la

conducta punible que cometieron estaba excluida normativamente de la posibilidad de otorgarles beneficios y subrogados, como lo dispone el artículo 26 de la ley 1121 de 2006 con respecto al delito de extorsión, no hubieren obtenido los beneficios que la ley 906 de 2004 prevé por ello; sin que como también se ha estimado jurisprudencialmente, sea relevante que la sentencia haya sido proferida poco tiempo después de la mentada variación jurisprudencial que bien, en ese momento, pudo haber pasado desapercibida por el operador judicial.

En ese sentido, se evidencia que en el caso objeto de estudio se encuentra fundada la causal de revisión alegada por el solicitante, ya que la señora Edith María Molina Barrios, pese a haber preacordado su responsabilidad penal con posterioridad a la radicación del escrito de acusación, no obtuvo el beneficio contenido en el inciso segundo del artículo 352 de la ley 906 de 2004, por ser inaccesible debido a lo reglado en el artículo 26 de la ley 1121 de 2006, y, aun así, se le aplicaron los incrementos del artículo 14 de la ley 890 de 2004, los cuales precisamente son para ajustar las penas a los beneficios que trae consigo el sistema procesal penal acusatorio, motivo por el cual se inaplicará dicha norma, lo cual se consignará en la parte resolutive de ésta decisión.

(...)

Tales circunstancias, al aplicarse a los extremos punitivos inicialmente señalados, nos arrojan que la pena a imponerle a Esther María Molina Barrios, por su responsabilidad penal en la realización del delito de secuestro simple agravado, será de noventa y seis (96) meses de prisión, así como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y bajos mismos parámetros la multa por valor de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

En consecuencia, esta sala de decisión penal declarará fundada la causal séptima del artículo 192 del Código Penal, tras verificarse que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, cambió favorablemente el criterio jurídico que sirvió al Juzgado Tercero Penal del Circuito de Barranquilla, para sustentar la sentencia condenatoria en contra de Edith María Molina Charris, en aspectos concernientes a la punibilidad que se modificará imponiendo como pena por el delito de secuestro simple agravado y atenuado, la correspondiente a noventa y seis (96) meses de prisión, así como la accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas por el mismo lapso de la pena privativa de la libertad y la multa por valor de doscientos cincuenta (250) salarios mínimos legales mensuales vigentes."

DECISIÓN: Declarar fundada la causal de revisión esgrimida por la demandante y en consecuencia redujo la pena de prisión y multa que le había sido impuesta en sentencia ejecutoriada.

M.S. Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO
RAD: [08001-60-01055-2009-04056-01 \(2016-00211-P-MC\)](#)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMA: Acto sexual con menor de 14 años: Valoración probatoria de los medios de prueba que conducen a la certeza de la conducta punible/Declaración de la menor víctima y su familiar próximo (madre): Debe valorarse pues la cercanía o interés no implica todas las veces falta de objetividad en la versión de los hechos

PROCESADO: Luis Carlos Navaja Reales

FECHA: Mayo 23 de 2017

Asunto:

En el presente caso se estudia el caso de una menor que es abusada sexualmente por uno de sus familiares y por una segunda persona quien es descubierta a través de los rastros genéticos dejados en el lugar de los hechos, con proximidad a su núcleo familiar.

Extractos:

“En ese sentido, contrario a lo indicado por la censora, se entiende que no se puede descartar de plano el testimonio de la niña, por corto que el mismo haya sido, o por la imposibilidad de retomarlo, ya que, off records, la psicóloga conversó con la infante, quien le hizo saber que no quería continuar, que no iba a hablar más, que hay intranquilidad desde que entró a la sala de audiencia, luego entonces, se reprogramó, empero volvió a suceder lo mismo, el 07 de Febrero de 2012, no habiendo sido posible retomar el interrogatorio por el deseo de menor. (Co. N° 2. Juz. F. 4), luego entonces, lo que resta es valorar el mismo, que tal y como se sabe dijo que ciertamente el procesado se la llevó hacia PUERTO COLOMBIA, donde fue hallada por el agente captor.

Deposición de la que se extraen dos aspectos:

(i) Indicios tales como Presencia de víctima y perpetrador en el premencionado sector; falsa justificación del procesado en ese lugar; ausencia de la menor de su entorno; inferencias lógico jurídicas a través de operaciones indiciarias que sí se puedan utilizar en los procesos seguidos bajo la égida de la Ley 906/04, ya que, la Corte Suprema de Justicia (SP. Rad. N° 15610, 18451, 9858, 23251 y 24468, entre

otras) ha venido sosteniendo que el indicio no es un medio de prueba autónomo, y que aunque puede servir para reforzar otros medios de prueba, éstos deben ser valorados conjuntamente.

(ii) y, sobre el testimonio de la menor, ha dicho la Altísima Corporación (CSJ. SP. Rad. N° 38716) que:

“En efecto, AUNQUE EL TESTIMONIO DEL NIÑO VÍCTIMA DE ABUSO OSTENTA ALTA CONFIABILIDAD Y TIENE LA CAPACIDAD DE OTORGAR IMPORTANTES ELEMENTOS DE JUICIO SOBRE LA MATERIALIDAD DE LOS HECHOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL PROCESADO, COMO CUALQUIER OTRO MEDIO DE CONVICCIÓN DEBE SER PONDERADO BAJO LOS PARÁMETROS DE LA SANA CRÍTICA. En tal contexto, las circunstancias que rodean la declaración, así como el cotejo con los otros medios de convicción recaudados, adquieren especial relevancia.” (Destacado de la Sala).

Es decir, los testimonios de los niños y niñas víctimas de delitos sexuales, han de ostentar una presunción de veracidad y no pueden ser descartados de plano por la inmadurez que puedan tener en su desarrollo cognoscitivo; así mismo, se impone la obligación, de analizar el dicho por la infante frente a los demás elementos obrantes en el proceso a fin de estructurar un ingrediente constitutivo de verdad.

Recientemente, ha manifestado la Corte Suprema de Justicia que los testimonios de los abusados pueden ser tomados como prueba de cargo válida para condenar; esto siempre y cuando se ofrezca un relato coherente, sólido, creíble y veraz, como en efecto ocurrió en el caso que nos ocupa. Es por ello, que el Alto Tribunal manifestó (SP. Rad. N° 38716) que:

(...) en tanto precisa que SI BIEN EL TESTIMONIO DEL NIÑO VÍCTIMA DE ABUSO OSTENTA ALTA CONFIABILIDAD Y TIENE CAPACIDAD DE OTORGAR IMPORTANTES ELEMENTOS DE JUICIO SOBRE LA MATERIALIDAD DE LOS HECHOS Y LA RESPONSABILIDAD DEL AGENTE, COMO CUALQUIER OTRO MEDIO DE CONVICCIÓN DEBE SER PONDERADO BAJO LOS PARÁMETROS DE LA SANA CRÍTICA, EN CONJUNTO CON LOS RESTANTES MEDIOS DE DEMOSTRACIÓN ALLEGADOS A LA ACTUACIÓN, Y SIN DESCONOCER EL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL QUE FIJA LA REGLA SEGÚN LA CUAL EN LOS CASOS DE ABUSO DE MENORES, EL TESTIMONIO DE LA VÍCTIMA PUEDE BASTAR COMO PRUEBA DE CARGO. (Destacado de la Sala).

Es decir, si aquí sólo contáramos con la declaración de la menor como prueba de cargo, ella sería suficiente para proferir una decisión, al margen del sentido que sea, incluso para condenar, siempre que la misma tenga la fuerza y entidad suficiente para ello. Y, al tenor de lo que la víctima relató adviértase que, desde la psicología (Manzanero: 2008) se puede tratar de la memoria episódica, que es la autobiográfica, entendida como la referida a los recuerdos del individuo (Nieva: 2016), que aquí, insistimos, se trató de la sindicación en contra del

procesado y el lugar al que éste la llevó; aseveraciones que, se corresponden con las del agente captor, es decir, la credibilidad de lo dicho por la menor podría ser considerada como alta y auténtica al estar en sintonía con las demás pruebas de cargo, lo que permite ir tejiendo una hipótesis basada en varios indicios y pruebas directas al tenor de lo que planteó la Fiscalía.

También aparece la declaración de la señora madre de la menor, MAIRIS DEL CARMEN GALINDO HERRERA, en audiencia del 25 de Mayo de 2012, (Co. N° 2. Juz. f. 30), en cuyo interrogatorio señaló que el día del ilícito su hija y aquí víctima estaba jugando a los “chocoritos” en su casa, pero que de pronto desapareció a la altura de las 11:00AM., que alrededor de las 06:00PM., unos policiales se la llevaron a la casa, que al hablar con la pequeña ésta le dijo que le había tocado “abajo”, que estaba sin “pantaleta”, que un señor se la había llevado engañado y le había comprado un “corpiñito”, que estaba sin chancleta, que le habían puesto una “batola” blanca grande.

Declaración ésta que, no se pueden desechar porque provenga de la persona que tiene la custodia de la menor, como lo es su señora madre, pues de ser ello así estaríamos “valorando” a la persona en sí misma y no a sus declaraciones, convirtiéndose en una especie de “TAUTOLOGÍA: NO LE CREO AL FAMILIAR; PORQUE ES UN FAMILIAR”, (Nieva: 2010).

Sumado a que como también ha dicho la doctrina:

“EL HECHO DE QUE UN TESTIGO PUEDA TENER AFECTO U ODIO POR LA PARTES, O INTERÉS EN EL OBJETO DEL JUICIO NO TIENE POR QUÉ AFECTAR SIEMPRE Y EN TODO CASO A LA OBJETIVIDAD DE SU DECLARACIÓN. POR SUPUESTO QUE LOS MOTIVOS IDEOLÓGICOS, O SOCIOLÓGICOS COMO LOS FAMILIARES O LOS DE AMISTAD PUEDEN INFLUIR AL TESTIGO EN SU DECLARACIÓN” (Nieva: 2010).

Es decir, si bien es cierto que la señora madre pudiese estar atenta e interesada en que se restablezcan los derechos de su hija, o que la persona aquí procesado sea “ajusticiado”, ello no obsta para que la valoración de su dicho se dé en igualdad de condiciones a los demás pruebas testimoniales ora de cargo o bien de descargo; pero no es cierto que en tratándose de una persona que no estuvo en el momento del ilícito se tenga que desacreditar, o aducir que se trate de una declaración engañosa o mentirosa. Luego entonces, la validez y credibilidad de la señora madre no se ve nulificada ni tampoco se le resta importancia según lo indicó la apelante.

De otro lado, en sesión del 17 de Septiembre de 2012, la Dra. MARLY DEL CARMEN PALACIOS, (Co. N° 2. Juz. f. 38), adscrita a policía judicial, dijo que era la “gerente” del caso, que le recibió a la policía de vigilancia de captura en flagrancia e hizo actos urgentes, de modo que, lo que se consignó en los documentos y lo que se

ha venido sosteniendo está cobijado por el principio de buena fe, en el sentido que se presumen fieles y leales las declaraciones de los gendarmes relacionados que como autoridad pública fueron rendidas en el ejercicio de sus competencias y deberes (Ley 1437 de 2011. Art. 3, N° 4). De ahí que, nada obsta para que se tenga por cierto que un policial que hacía laborales de vigilancia y control por el sector del muelle de Puerto Colombia, encontró al procesado en compañía de la menor y por eso lo requirió, con su consecuente captura, y ello generó esta actuación y la dirección de la misma por parte de la premencionada, al menos en la parte inicial.

En lo que respecta a las pruebas de cargo, se principió con el investigador señor DARIO VARGAS CORREA, (Co. N° 2. Juz. f. 70), quien puso de presente un video del presunto teatro de los acontecimientos y además trajo a colación la información que recibió de la señora RITA QUIROZ GONZÁLEZ, que laboraba cerca de allí, que como se sabe se pidió como prueba de referencia y que fue negada. También trajo a cuento lo que en su momento dijo el entonces agente captor JEINER ENRIQUE GONZÁLEZ CUESTA, que era quien patrullaba el sector del muelle el día del insuceso, que cuando estaba por el puente, vio en un sector poco visible al señor que tenía abrazada a la menor y le entró la sospecha, lo vio nervioso y se acercó a preguntarle que qué eran ellos, a lo que él me respondió que era el tío, le pidió que lo acompañara a la estación y me dijo que primero debía ir por un bolso, vio a la niña nerviosa, se acercó a verificar y preguntarle cómo se llamaba el señor y le dijo que José, pero que no se acordaba del apellido y aquél salió corriendo y se dio a la huida. A él lo iban a linchar. Ante la pregunta de la defensa acerca de que si vio cuando el señor tocaba supuestamente a la niña, respondió que, no, que sólo los vio abrazados.

Al ser contrainterrogado, sobre por qué grabó de una forma nada más, o ángulo, señaló que fue desde donde JEINER ENRIQUE GONZÁLEZ CUESTA estaba; siendo que dedujo que el sitio que mostró es el muelle y que todo lo demás era agua, luego, no podrían estar en ella. Dijo que no vio laguna y así lo puede corroborar el video.

Es decir, de un lado, se tienen las aseveraciones, por demás válida del agente captor quien como se sabe padece problemas de salud, luego, no pudo acudir a la vista pública; empero, tanto la bancada de la defensa como la Fiscalía echaron mano de su dicho. Y, fue este policial el que advirtió una situación poco usual entre el procesado y la víctima, entiende la Sala no como un prejuicio de culpabilidad hacia aquél, sino como garante de los derechos de los ciudadanos en el sector en el que vigilaba y patrullaba; evento que generó la huida del lugar del acusado, la persecución de los vecinos del sector y la consabida captura."

DECISIÓN: Confirma sentencia condenatoria.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

RAD: 08001-22-040-00-2017-00199-00 (2017-00231)

TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de Habeas Corpus - Primera Instancia

Temas: Libertad Condicionada: Beneficio dentro del Acuerdo de Paz/ Ley 1820 de 2016 y su decreto reglamentario establecen procedimiento para que dicha solicitud se torne procedente

FECHA: Junio 10 de 2017

ACCIONANTE: Rafael Alvis Rivero

ACCIONADO: Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Santa Marta y otro

Asunto:

En el presente caso, se advierte que el solicitante haciendo uso de la Ley 1820 de 2016 y el decreto 700 de 2017 solicitó ante el juez constitucional ante la libertad de que trata dicha normatividad, pues en su sentir esta privado de ésta ilícitamente.

Extractos:

“Recientemente, se estableció la posibilidad de acudir a la acción constitucional de habeas corpus, cuando se dilate resolver la solicitud de libertad condicionada-beneficio contemplado en la Ley 1820 de 2016, para las personas que cumplan los requisitos y se acojan al Acuerdo de una paz estable y duradera-, a través del Decreto 700 de 2017, el cual comulga:

Artículo 1°. Acción de habeas corpus. La dilación u omisión injustificada de resolver, dentro del término legal, las solicitudes de libertad condicional la que se refieren la Ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 277 de 2017, darán lugar a la acción de habeas corpus bajo los parámetros y el procedimiento establecidos en el artículo 30 de la Constitución Política y en la Ley 1095 de 2006 que la desarrolla. (Subraya y negrilla fuera del texto).

Frente al tema de la libertad condicionada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“...Si optan por solicitar la libertad condicionada prevista en la Ley 1820 de 2016 deberán someterse a la Jurisdicción Especial para la Paz, tal como lo ordenan los artículos 35 y 36, al señalar que «el acta de compromiso que suscribirán las personas beneficiadas con las libertades previstas en este Capítulo, contendrá el compromiso

de sometimiento y puesta a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz...», lo cual significa que al acogerse a la nueva jurisdicción tienen que abandonar la de Justicia y Paz, pues aunque los dos sistemas tienen como finalidad terminar con el conflicto armado interno y lograr la reconciliación y la paz nacional, cada uno tiene sus autoridades, procedimientos, sanciones y mecanismos de implementación que no permiten que se entremezclen y confundan...”²⁸

En el presente evento, el ciudadano Rafael Alvis Rivero, quien señaló ser miembro del grupo armado FARC EP, acudió a la acción constitucional de habeas corpus, bajo el presupuesto que el Juez Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad le concedió la amnistía de iure en relación al delito de rebelión y la libertad condicionada frente al punible de secuestro extorsivo, beneficios que se encuentran condicionados a la diligencia de compromiso de que trata la Ley 820 de 2016, resaltando el actor que solicitó a la Fiscal 74 Delegada ante el Tribunal de Justicia y Paz de esta ciudad-Dirección Nacional de Análisis y Contexto-, diligenciar el acta de compromiso ante la Secretaría Ejecutiva de la Jurisdicción especial para la Paz, sin obtener respuesta alguna.

En relación al asunto, el Juez que vigila tales penas, aseveró que efectivamente le fueron concedidas la amnistía en mención y la libertad condicionada, para los punibles de rebelión y secuestro extorsivo, para cada uno de los delitos respectivamente.

Ciertamente, del paginario se colige que el Juez Sexto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Ibagué concedió tales beneficios así:

“...Ha de indicarse que, como quiera que el acá condenado continuará descontando pena por el delito de secuestro extorsivo agravado, y que solo se ordena la amnistía y consecuente su libertad, exclusivamente por el delito de rebelión, para lo cual se ordenará su libertad en razón de estos hechos (rebelión), debiendo continuar privado de su libertad por el delito de secuestro extorsivo agravado.

(...)

Es de advertir que, según lo exigido por la Ley 1820 de 2016, uno de los requisitos para su condición de amnistiado, es la suscripción del acta de compromiso donde debe quedar consignado expresamente que el mismo se comprometerá a las obligaciones que refiere el artículo 18 de la norma citada (...).

²⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Rad. 49.979 del 19 de abril de 2017.

Ha de indicarse que la libertad acá concedida al sentenciado Rafael Luciano Alvis Rivero, solo podrá hacerse efectiva una vez suscriba diligencia de compromiso respectiva y la misma sea confirmada y allegada a este Despacho con la signatura del Secretario General Delegado por la ONU-Oficina del Comisionado para la Paz, doctor Néstor Raúl Correa y/o quien haga sus veces, surtido lo cual, este Despacho procederá a emitir orden de libertad para ante el Centro Penitenciario y Carcelario de la El Espinal (Sic), la que se hará efectiva siempre y cuando no sea requerido por otra autoridad judicial, en cuyo caso será puesto a disposición de la misma.

Ha de indicarse, que de la revisión del expediente se pudo establecer que el acá sentenciado, se encuentra en condición de postulado por la Ley 975 de 2005 de justicia y paz, ahora y teniendo en cuenta el reciente pronunciamiento de la H. Corte Suprema de Justicia mediante el cual estableció que "(...)por tanto, la inclusión en los listados elaborados por los representantes del grupo guerrillero no es el único criterio para establecer los destinatarios de .los beneficios derivados del Acuerdo Final Para la Paz. También lo es haber sido con ese investigado, procesado o condenado por la pertenencia o colaboración con esa estructura subversiva, como ocurre en el caso de los desmovilizados de las FARC-EP, postulados al proceso de justicia y paz. (..)".

Consecuente a lo anterior, el condado señor RAFAEL, LUCIANO ALVIS RIVERO, sin más dilaciones, es merecedor de la amnistía de iure y la libertad condicionada concedidas en la fecha por este Despacho..."

Nótese que el artículo 15 de la Ley 1820 de 2016 señala:

Artículo 15. Amnistía de iure. Se concede amnistía por los delitos políticos de "rebelión", "sedición", "asonada", "conspiración" y "seducción", usurpación y retención ilegal de mando y los delitos que son conexos con estos de conformidad con ley, a quienes hayan incurrido en ellos.

Artículo 34. Libertad por efecto de la aplicación de la amnistía o de la renuncia a la persecución penal la concesión de la amnistía y de la renuncia a la persecución penal de que trata la presente ley, tendrá como efecto la puesta en libertad inmediata y definitiva de aquellos que estando privados de la libertad hayan sido beneficiados por las anteriores medidas. Artículo 35. Libertad condicionada. A la entrada en vigor de esta ley, las personas a las que se refieren los artículos 15, 16, 17, 22 Y 29 de esta ley que se encuentren privadas de la libertad, incluidos los que hubieren sido procesados o condenados por los delitos contemplados en los artículos 23 y 24, quedarán en libertad condicionada siempre que hayan suscrito el acta de compromiso de que trata el artículo siguiente.

A su vez, el Decreto 277 de 2017 preceptúa:

Artículo 10°, De la libertad condicionada. Las personas que estén privadas la libertad por delitos que no son objeto de la amnistía iure, pero se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los artículos 17 de la Ley 1820 de 2016 y 6 de Decreto, que hayan permanecido cuando menos cinco (5) años privados la libertad por estos hechos, serán objeto de libertad condicionada, una vez se haya adelantado el trámite del acta prevista en el artículo 14 de este Decreto y según el procedimiento que a continuación se describe. Su trámite preferente sobre cualquier otro asunto la oficina judicial.

Artículo 14°. Acta formal de compromiso para las personas beneficiadas con las libertades condicionadas contempladas en el artículo 35 de la Ley 1820 de 2016. El Acta de Compromiso que suscribirán las personas beneficiadas con las libertades condicionadas previstas en el artículo 35 de la Ley 1820 de 2016.

Contendrá:

1. Compromiso de sometimiento y puesta a disposición de la Jurisdicción Especial para la Paz.
2. La obligación informar todo cambio de residencia a la Jurisdicción para la Paz y no salir del país sin previa autorización de la Jurisdicción Especial para la paz.

El Acta de Compromiso debe ser suscrita ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz o la delegada por éste para labor. El modelo Acta será el contemplado en el Anexo 3 (...)". (Subraya y negrilla fuera del texto original).

En este contexto, se colige lo siguiente: (i) no se discute la pertenencia del accionante al grupo armado FARC EP, por cuanto allegó los requisitos correspondientes ante el Juez de Ejecución de Penas de Ibagué; (ii) en virtud del cumplimiento de dichos postulados le fueron concedidos la amnistía de iure, en relación al punible de rebelión, por lo que el Juez redosificó la pena y la libertad condicionada, supeditada a la suscripción del acta de compromiso ante el Secretario Ejecutivo de la Jurisdicción Especial para la Paz; (iii) al actor ya le resolvieron de fondo su petición de libertad condicionada, empero no ha suscrito la diligencia de compromiso mencionada; (iv) el trámite mencionado en relación a la Sala de Justicia y Paz tiene que ver con una solicitud de preclusión que elevó el Ente Acusador, y no tiene supedita el goce de la libertad concedida.

En consecuencia, la presente acción constitucional es improcedente, pues si bien mediante el Decreto 700 del presente año, se señaló que los beneficiarios del Acuerdo de una Paz estable y duradera pueden acudir a este mecanismo constitucional, cuando se presente una dilación u omisión injustificada de resolver, dentro del término legal, las solicitudes de libertad condicional la que se refieren la Ley 1820 de 2016 y el Decreto Ley 277 de 2017, tales eventos no se

configuran en este asunto, habida cuenta que ya le fue concedida la libertad condicionada.”

DECISIÓN: Se declara improcedente el amparo constitucional.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ
RAD: 08 001 22 04 000 2016 00333 00/ (2017-00001-00)

TIPO DE PROVIDENCIA: Acción de tutela – Primera Instancia

Temas: Recurso de apelación: Trámite/ Violación de los derechos fundamentales a la doble instancia, contradicción y debido proceso: Resultan transgredidos por la aplicación de una inexistente causal de rechazo del recurso de alzada

FECHA: Junio 5 de 2017

ACCIONANTE: Luz Dary María Caicedo en representación de su menor hijo.

ACCIONADO: Juzgado Segundo Penal del Circuito adscrito al SRPA de Barranquilla

Asunto:

En el presente caso, se estudia una acción de tutela en la que se estima que existe un defecto procedimental absoluto, pues la decisión judicial que es atacada viola su derecho de defensa al negarse la concesión del recurso de apelación en contra de una decisión judicial que le es desfavorable.

Extractos:

“Expuesto lo anterior, señala esta Corporación que nos encontramos frente a un defecto procedimental absoluto en el actuar del Juez accionado, por lo que la tutela procede contra la providencia judicial de fecha 11 de octubre de 2016, mediante la cual el despacho accionado negó el recurso de apelación interpuesto por la defensa del joven XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, tomando como argumento para ello, que la defensa técnica del mencionado, no aportó las copias del escrito que sustentó el recurso, para darle traslado a los no recurrentes, citando el artículo 179 del Código de Procedimiento Penal, el cual se traerá a colación y señala lo siguiente:

“ARTÍCULO 179. TRÁMITE DEL RECURSO DE APELACIÓN CONTRA SENTENCIAS. <Artículo modificado por el artículo 91 de la Ley 1395 de 2010. El nuevo texto es el siguiente:> El recurso se interpondrá en la audiencia de lectura de fallo, se sustentará oralmente y correrá traslado a los no recurrentes dentro de la misma o por escrito en los cinco (5) días siguientes, precluido este término se correrá traslado común a los no recurrentes por el término de cinco (5) días.”

De la norma expuesta, se colige que lo regulado en ella, es el trámite que se le dará al recurso de apelación, una vez haya sido interpuesto, y en ninguna forma se indica que la parte recurrente deba aportar copias, como lo indicó el Juez accionado en la providencia de 11 de octubre al manifestar que la defensa solo aportó una copia del escrito de sustentación, y que para el traslado común no aportó ninguna, lo que a su parecer, constituye una falta que puede lesionar gravemente los derechos básicos y garantías constitucionales de las partes e intervinientes.

De suerte que, al analizar la norma citada, percibe la Sala que, si se realiza una interpretación gramatical y lógica del texto normativo transcrito y se enfrenta con los argumentos esbozados por el Juez accionado, se aprecia de forma clara e inexorable, que la interpretación de éste aleja sustancialmente del tenor de la misma, ya que creó de forma intempestiva, una causal para negar el recurso impetrado, que no se encuentra establecida en la Ley, y es allí donde realmente se inicia la vulneración a las garantías fundamentales de Doble Instancia, Contradicción y Debido proceso del procesado, esto, sumado a que constituye una flagrante violación al Debido proceso de la parte actora, ya que como bien es sabido, el artículo 29 de la Constitución Nacional, incluye entre sus garantías, la de impugnar las sentencia condenatoria .

(...)

... teniendo en cuenta el fáctico narrado por el actor y confirmado por el informe del despacho accionado, al evidenciarse la vulneración de los derechos al Debido Proceso y principio de Doble Instancia de la parte actora, por la providencia de fecha 11 de octubre de 2016, proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito adscrito al Sistema de Responsabilidad de Adolescentes, mediante la cual se negó el recurso de apelación impetrado, bajo el argumento que la defensa no aportó las copias para trasladar a las partes no recurrentes, y que como ya se dijo, tal causal no se encuentra establecida en la Ley para que pueda generar el efecto que le dio el Juez accionado, lo constituye a todas luces, una vulneración flagrante y garrafal a las garantías constitucionales del menor Manuel de Jesús Caicedo de la Rosa, por cuanto, se le estaría cercenando, su derecho a impugnar la sentencia condenatoria, por una interpretación abstracta y en nada acertada realizada por el titular del despacho accionado.

La apelación fue oportuna, se adjuntó el correspondiente libelo sustentatorio por parte del recurrente y además los traslados de ésta sustentación corren por ministerio de Ley en voces del Artículo 179 de la Ley 906 de 2004, por lo que en consecuencia, al Juez accionado solo le correspondía estudiar el libelo apelatorio y determinar si se correspondía con una sustentación debida para

proceder a conceder o no el recurso de apelación, no otra exigencia se esperaba de él, en uso de sus facultades constitucionales y legales.

De tal suerte que no se puede imponer una carga para el ejercicio de los derechos, en este caso el de Contradicción, Debido proceso y Doble instancia, más allá de la que la misma ley expresamente impone, como lo hizo el Despacho accionado, al indicar que se incumplió con una exigencia sustancial, haciendo referencia a que la defensa no aportó las copias para el traslado de los demás intervinientes y no recurrentes, cosa que, como ya se ha señalado, no se encuentra regulado en la norma precitada que regula el procedimiento a seguir, por tal motivo, se encuentra que la conculcación a los derechos invocados por la parte actora, se encuentra flagrante, por lo que se concederá el amparo deprecado.”

DECISIÓN: Concede el amparo constitucional deprecado. En consencia, deja sin efectos la providencia censurada, y sus actuaciones posteriores, y se ordena al despacho accionado, que en un término no mayor a 48 horas, inicie el trámite legal de rigor, frente al recurso de apelación interpuesto por la defensa del menor, sin imponer cargas que el legislador procesal penal no contempla.

LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

NOTA DE RELATORÍA:

Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Sustanciadores y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la Relatoría.

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en el presente boletín, a través del link relacionado en cada una de las citas de las providencias. Cualquier tipo de observación, podrá ser remitida al correo electrónico:

rtsubgalla@cendoj.ramajudicial.gov.co
