

Boletín del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla



Noviembre 2013

Número 19

1. SALA CIVIL-FAMILIA

COSA JUZGADA-Definición/Elementos que la constituyen: Identidad de partes, Identidad de objeto e Identidad de causa / **EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN PROCESO DE PERTENENCIA**- No procede cuando la declaratoria de usucapión se solicita respecto de lapsos de tiempo ocurridos con posterioridad al proferimiento de la decisión judicial.

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende adquirir por prescripción un bien que otrora había disputado el derecho de dominio en procesos de pertenencia presentados con anterioridad al que ahora nos ocupa, por una persona diferente a la ahora demandante, por lo cual se estudia si esto impide que se configure la excepción previa de cosa juzgada.

Extractos: “Se concreta el concepto de cosa juzgada en la circunstancia de que los asuntos definidos por la jurisdicción en sentencias que hayan alcanzado ejecutoria, no pueden ser objeto de pronunciamiento judicial posterior, tema respecto del cual la Corte Constitucional en sentencia C-522 de Agosto 4 de 2009, señaló: *“La cosa juzgada es una cualidad inherente a las sentencias ejecutoriadas, por la cual aquéllas resultan inmutables, inimpugnables y obligatorias, lo que hace que el asunto sobre el cual ellas deciden no pueda volver a debatirse en el futuro, ni dentro del mismo proceso, ni dentro de otro entre las mismas partes y que persiga igual objeto. Como institución, la cosa juzgada responde a la necesidad social y política de asegurar que las controversias llevadas a conocimiento de un juez tengan un punto final y definitivo, a partir del cual la sociedad pueda asumir sin sobresaltos la decisión así alcanzada, destacándose la sustancial importancia para la convivencia social al brindar seguridad jurídica, y para el logro y mantenimiento de un orden justo, que pese a su innegable conveniencia y gran trascendencia social no tiene carácter absoluto”.*

Para invocar el principio de cosa juzgada o *res judicata*, deberán reunirse en un solo proceso y de manera concurrente los elementos tripartitos esenciales para poderse predicar que se está ante un mismo proceso, como son: a) Identidad de partes; b) Identidad de objeto; y c) Identidad de causa.

El primero de ellos hace relación a que en términos generales, los efectos de las sentencias judiciales sólo cobijan a las personas que han intervenido en el respectivo proceso judicial, en

lo que se conoce como efectos inter partes, pues son éstas personas las que han tenido oportunidad de ejercer en el proceso de que se trate sus derechos de defensa, contradicción y todos aquellos comprometidos en el acceso a la administración de justicia. No obstante, existen casos en que de acuerdo con la naturaleza del derecho disputado, los resultados de la sentencia se pueden extender aun a quienes no participaron directamente en el proceso, como sucede con los efectos *erga omnes*, *inter pares* e *inter comunis*; debiéndose tener en cuenta, que en uno u otro caso, los efectos de las sentencias solo se producen a partir del momento en que se decide el proceso o *ex nunc-desde ahora*, y en algunos eventos, a situaciones anteriores a la sentencia o *ex tunc-desde entonces*.

El segundo requisito, identidad de objeto, se traduce en que la demanda debe versar sobre la misma pretensión material o inmaterial sobre la que se predica la cosa juzgada, por existir respecto de ella un derecho reconocido, declarado o modificado sobre una o varias cosas o sobre una relación jurídica; extendiéndose a aquellos elementos consecuenciales de un derecho aunque no hayan sido declarados expresamente.

El tercer requisito, o de identidad en la causa, atañen a que la demanda y la decisión que hace tránsito a cosa juzgada, deben tener los mismos fundamentos fácticos de sustentación. No obstante, en casos en que además de los mismos hechos, la demanda presenta nuevos supuestos, se permite el análisis de estos últimos para proceder a decidir sobre la nueva causa.

Análisis del caso concreto.-

Aplicando lo anterior al presente caso, observamos que mediante escrito fechado Enero 23 de 2007, la señora Piedad Cecilia Caballero Martelo promovió contra el heredero determinado de la señora Beatriz Elena Caballero De Caballero, señor Ricardo Caballero Caballero, Herederos Indeterminados de dicha señora y Personas Indeterminadas, demanda de pertenencia respecto del predio distinguido con matrícula inmobiliaria No. 040-216013 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Barranquilla; y notificado el heredero determinado del auto admisorio de la demanda, presentó la excepción previa de cosa juzgada, con fundamento en que entre la progenitora de la ahora demandante, señora Emilia Martelo De Caballero y la causante del demandado señora Beatriz Caballero De Caballero había cursado un proceso de pertenencia respecto del mismo bien inmueble, en el que se profirió sentencia fechada Marzo 7 de 1997 mediante la cual se negaron las pretensiones de la demanda, de manera que a su parecer, no resulta posible que se vuelva a someter la pretensa posesión a decisión judicial, por referirse a un asunto que ya se encuentra definido mediante sentencia ejecutoriada.

El juez a-quo negó la declaratoria de cosa juzgada, argumentando que la parte demandante en este proceso es una persona diferente a aquella que en tal calidad actuó en el proceso ordinario de pertenencia que culminó con la mencionada sentencia; discernimiento éste que se aprecia equivocado puesto que es sabido que en esta clase de procesos la sentencia que en ellos se profiera produce efectos *erga omnes*, es decir, que lo decidido resulta de obligatorio acatamiento tanto para quienes en forma directa participaron en el proceso, como para todas las demás personas que en calidad de indeterminadas estuvieron representadas por Curador Ad-Litem; de manera que en este caso, la ahora demandante ha quedado cobijada con los efectos de aquella sentencia, colmándose con ello el primer requisito exigible para la configuración de esta figura jurídica; como también el segundo de ellos, es decir, el de identidad de objeto, puesto que la demanda que ahora nos ocupa va dirigida a obtener por el modo de la prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio el derecho de propiedad sobre

el mismo inmueble pretendido en usucapión en el proceso adelantado por la señora Emilia Martelo De Caballero contra la señora Beatriz Caballero De Caballero.

No se advierte sin embargo, demostrado el tercer elemento de la institución de la cosa juzgada, como es el de identidad de causa. Lo anterior, dado que la demandante Piedad Caballero Martelo aduce encontrarse en posesión del bien rural cuya adquisición por prescripción pretende, desde hace más de 20 años, es decir, desde antes del 23 de Enero de 1987, teniendo en cuenta la fecha de presentación del libelo incoatorio, presentándose respecto de esa fecha Enero de 1987 hasta Marzo 7 de 1997 cuando se profirió por este Tribunal Superior la sentencia de la que deriva la parte demandada la excepción de cosa juzgada, ciertamente este fenómeno jurídico, puesto que la ahora accionante se encontraba representada por Curador Ad-litem y por ende se predica destinataria de dicha providencia y de los efectos de la misma.

No obstante, la señora Piedad Caballero en el tiempo de posesión que alega, incluye el que ha transcurrido desde la fecha de la aludida sentencia hasta la de presentación de la demanda que ahora nos ocupa, en Enero 23 de 2007, es decir, casi nueve (9) años, que no se encuentran cobijados por los efectos de la cosa juzgada derivada de la sentencia fechada Marzo 7 de 1997 pues ésta no podía referirse a tiempos que transcurrieran después de su emisión; y en este caso además, la demandante invoca prescripción agraria respecto de un predio inferior a quince (15) hectáreas, alegando como fundamento normativo lo dispuesto en el Decreto 508 de 1974, que en su artículo 6° prevé el saneamiento por prescripción de pequeñas propiedades rurales que no excedan de quince (15) hectáreas, regulación normativa que indica que “las clases de prescripción son entre otras, *“i) la agraria de que trata el artículo 4° de la Ley 4ª de 1973 que reformó el artículo 12 de la Ley 200 de 1936 que estableció un plazo de cinco (5) años en favor de quien creyéndose de buena fe posea un terreno de propiedad privada no explotado por su dueño, ni comprendido dentro de las reservas de la explotación”*; circunstancia que permite sostener que no concurren en este caso, en esta época, los elementos necesarios para la configuración de la excepción previa de cosa juzgada por solicitarse la declaratoria de usucapión respecto de lapsos de tiempo ocurridos con posterioridad al proferimiento de la sentencia de Marzo 7 de 1997; siendo éstas las razones por las cuales la providencia de primera instancia habrá de ser confirmada.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional. Sentencia C-522 de Agosto 4 de 2009, Decreto 508 de 1974, artículo 6°.

DEMANDANTE: Piedad Cecilia Caballero Martelo

DEMANDADO: Ricardo Arturo Caballero Caballero Y Otros

FECHA: Noviembre 6 de 2013

RADICACIÓN: 08-758-31-03-002-2007-00032-01/ **37.662**

DECISIÓN: Confirmar el auto apelado.

PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD-Concepto/ Se materializa en el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo/**DAÑO EVENTUAL O INCIERTO**-No corresponde a los perjuicios indemnizables bajo el concepto de pérdida de oportunidad/**POSICIÓN DE LA VÍCTIMA**- Para hablar de pérdida de

oportunidades es necesario establecer que la víctima estaba reducida a ella, y que por lo tanto una posibilidad seria y real de chance se frustró íntegramente por la conducta de un tercero

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. GUIOMAR PORRAS DEL VECCHIO

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende derivar responsabilidad civil por ocasión de la pérdida de una oportunidad, producto de la no materialización de un proyecto productivo que pretendía realizar el actor en la finca de su propiedad, a través de un préstamo bancario.

Extractos: “El demandante arguye que debido al historial negativo en la CIFIN, producto del reporte que tuvo como fuente generadora la demandada TELFONICA MOVILES DE COLOMBIA S.A., se le ocasionó un daño y el consecuencial perjuicio, toda vez que producto de la novedad registrada “negativo”, el Banco BBVA, valga la redundancia, le negó la solicitud del crédito Finagro, circunstancias esta, que tal y como relaciona el actor en el libelo genitor y los elementos de convicción obrantes en el plenario, derivaron según la parte demandante en unos perjuicios materiales, por la no realización de la inversión en su proyecto productivo agrícola, el cual tenía estimado hacer con el crédito solicitado al Banco BBVA.

Tal y como reiteró en el punto 2 del recurso de alzada: “EL DAÑO ES CIERTO Y ACTUAL. ES LA PÉRDIDA O RECHAZO DEL DERECHO AL CREDITO QUE CONSTITUYE UN BIEN EN SI MISMO. NO DEBE CONFUNDIRSE EL DAÑO CON EL PERJUICIO.”¹

En relación al daño, y en consideración de las especiales circunstancias del subjuice, es menester iterar lo que ha señalado en forma reiterada la Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia:

“En el ámbito normativo, la noción de daño comprende toda lesión a un interés tutelado, ya presente, ora posterior a la conducta generatriz, y en lo tocante al daño patrimonial, la indemnización cobija las compensaciones económicas por pérdida, destrucción o deterioro del patrimonio, las erogaciones, desembolsos o gastos ya realizados o por efectuar para su completa recuperación e íntegro restablecimiento, y el advenimiento del pasivo (damnum emergens), así como las relativas a la privación de las utilidades, beneficios, provechos o aumentos patrimoniales frustrados que se perciben o percibirían de no ocurrir los hechos dañosos (lucrum cessans), esto es, abarca todo el daño cierto, actual o futuro (arts. 1613 y 1614 Código Civil; 16, Ley 446 de 1998; cas. civ. Sentencia de 7 de mayo de 1968, CXXIV).

“La certidumbre del daño, por consiguiente, es requisito constante ineludible de toda reparación y atañe a la real, verídica, efectiva o creíble conculcación del derecho, interés o valor jurídicamente protegido, ya actual, bien potencial e inminente, mas no eventual, contingente o hipotética (cas. civ. sentencias de 11 de mayo de 1976, 10 de agosto de 1976, G.J. No. 2393, pp. 143 y 320).”

Por lo que el recurrente considera que el daño desplegado por la demandada consiste en la pérdida de la oportunidad.

¹ Ver Folio 12, Cuaderno del Tribunal.

Ha señalado el Doctor Juan Carlos Henao: *“La pérdida de la oportunidad se presenta en aquellos eventos en los cuales el demandante afirma que por no haber tenido la posibilidad u oportunidad se le causó un perjuicio y que esa pérdida definitiva de la oportunidad es la causa del perjuicio.”*²

Como eventual eventus damni señala el recurrente, que según los elementos de convicción obrantes en el plenario, hubo un reporte negativo respecto al señor Anatolio Santos Olaya, que tuvo como fuente generadora un reporte que hiciera la empresa Telefónica Móviles de Colombia S.A.

No obstante, respecto al sucesus en mención, considera esta Sala que forzosamente podría inferirse que la comentada vulneración irrogada a los derechos al Habeas data de la parte demandante, per se haya desencadenado en la pérdida de la utilidad, propiamente dicha, que se hubiere podido derivar de la cabal ejecución del proyecto productivo que estimaba emprender en la finca “angostura” de propiedad del demandante, pues para cuando acaeció el comportamiento culpable de Telefónica Móviles de Colombia, materializado este en el reporte negativo que arrojó la CIFIN, respecto al señor Anatolio Santos Olaya, y que devino en la eventual negativa del Banco BBVA del crédito finagro, esa expectativa de ganancias o utilidades eran meramente eventuales e inciertas, toda vez que en ese momento sólo se habían realizado las acciones encaminadas a la consecución del ya mencionado préstamo, por lo que resulta forzoso colegir un daño directo e inmediato, que tal y como lo indica el actor se produjo por la pérdida de oportunidad, al no recibir el crédito de la entidad ya mencionada y por lo tanto la cabal ejecución del proyecto de inversión dejado de realizar en la finca “Angostura” con los elevados márgenes de utilidades relatados en el libelo genitor y pretendidos por el extremo activo de la litis.

En apoyo del punto anterior considera esta Sala menester señalar, que como bien ha señalado la jurisprudencia y la doctrina, la pérdida de una oportunidad se materializa en el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo. Lo anteriormente indicado adquiere relevancia en el sub-judice, toda vez, que para hablar de pérdida de oportunidades es necesario establecer que la víctima estaba reducida a ella, y que por lo tanto una posibilidad seria y real de chance se frustró íntegramente por la conducta de un tercero.

En consonancia con lo señalado ut supra, se indica que en la anteriores circunstancias hubo un error verificable. La regla de la experiencia y las reglas de manejo de crédito dan cuenta que las entidades financieras ante estas circunstancias informan a los clientes para que estos verifiquen y contra prueben, máxime cuando en el sub-examine, si bien se presentó una conducta a todas luces omisiva y que eventualmente podría ser objeto de investigación por los organismos de control pertinentes, es también un hecho cierto, que el actor tuvo la oportunidad de solicitar una certificación de paz y salvo o su equivalente, ante la entidad demandante, para controvertir el reporte negativo dado por la CIFIN, tal y como puede evidenciarse que en una oportunidad anterior sucedió (ver folios 75 a 78 del Cuaderno principal).

² Henao, Juan Carlos. El Daño “Análisis comparativo de la responsabilidad extracontractual del Estado en Derecho Colombiano y Francés”. Universidad Externado de Colombia. 2004.

Por lo tanto, esta Sala en virtud de las consideraciones ut supra no encuentra acreditado que se haya un daño en cabeza del actor producto de la negativa del crédito finagro solicitado al Banco BBVA, por las circunstancias fácticas puestas a consideración.

No obstante, si en gracia de discusión se abordará el estudio del Nexo de Causalidad se presentaría iguales dificultades para acreditar la existencia de tal tópico de la responsabilidad civil pretendida.

En la Responsabilidad Civil originada por la pérdida de una oportunidad, producto de la actividad de un tercero, el nexo de causalidad se produce entre el potencial de oportunidad que tenía la persona y el hecho ilícito o conducta culpable que niega esa posibilidad, por lo que las expectativas de utilidades y altos márgenes de ganancias descritos en el libelo genitor, y que según el actor se materializarían con la cabal ejecución del proyecto productivo que este iba a emprender en su finca estaban reducidos únicamente a la posibilidad de que el banco BBVA accediera a positivamente a la solicitud de crédito realizado por el actor, circunstancia que no se acredita y no se vislumbra de los elementos de convicción obrantes en el plenario, toda vez que el demandante no demostró que la evaluación positiva y eventual concesión del crédito por parte de la entidad financiera mencionada fuera la única posibilidad con que contaba la demandante para la realización del proyecto productivo, y que por lo tanto los dividendos y ganancias aspirados estaban reducidos a esta posibilidad, incertidumbre causal intrínseca, que dado los elementos de convicción obrantes en el proceso, resulta imposible de reconstruir, deviniendo esta circunstancia en la imposibilidad de acreditar la existencia de un vínculo de causalidad entre la conducta desplegada por la demandada y las posibilidades que arguye el demandante se le vieron truncadas.

Por lo tanto una vez estudiados y valorados los anteriores tópicos de la responsabilidad civil pretendida por el actor en sede del recurso de apelación, y toda vez que en virtud de las consideraciones que preceden, no se vislumbró la estructuración del daño objeto de la causa pretendida del actor, el cual es requisito sine qua non en la acción de responsabilidad civil pretendida por el demandante, y como quiera que igual incertidumbre se presenta en el pretendido vínculo de causalidad, resulta estéril abordar los puntos restantes en la alzada, por consiguiente esta Sala confirma la decisión del a-quo en relación a la no existencia del daño alegado por el actor.”

FUENTE NORMATIVA: Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia: Sentencias de 7 de mayo de 1968, de 11 de mayo de 1976 y 10 de agosto de 1976

DEMANDANTE: Anatolio Santos Olaya

DEMANDADO: Telefónica Móviles Colombia S.A.

FECHA: Octubre 29 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-03-013-2008-00282-01/ **37368**

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada

SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD- Casos en que procede/El abandono que debe predicarse debe ser demostrado mediante hechos que evidencien un abandono total y voluntario/**INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNOS-** No resulta suficiente el establecimiento del mero incumplimiento alimentario o de cuidado, porque para tales efectos el ordenamiento jurídico establece acciones específicas

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. ABDÓN SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que al padre de sus hijos se le suspenda la patria potestad, por los reiterados incumplimientos a sus deberes como padre, no sólo en el aspecto económico sino también en el moral.

Extractos: “La relación familiar y específicamente la existente entre padres e hijos, se descompone en diversas expresiones: Visitas, Custodia y Cuidados personales, patria potestad, todas encaminadas a facilitar dicha relación y el ejercicio de los derechos tanto de los hijos como como ejercerlos los padres, entre ellos y respecto de los hijos.- Lo ideal sería que todos esos derechos y obligaciones puedan ejercitarse en conjunto entre los padres y armonía respecto de los hijos, con lo cual se busca que esas excelentes relaciones ayuden a la buena formación de los hijos y consolidación del núcleo familiar.- Pero, la vida real enseña que no siempre ese ideal es posible realizar en lo concreto, generándose las controversias, que pueden afectar uno cualquiera de aquellos aspectos. En el caso presente, la controversia se centra en la solicitud de la actora de suspender los derechos de patria potestad del señor Pedro Rafael Gloria De Vivo. La suspensión de la patria potestad cuenta, de manera específica de unas causales, que el artículo 310 del CC lateraliza en los siguientes términos:


*“La patria potestad, con respecto a cualquiera de los padres por su demencia, por estar entredicho de administrar sus propios bienes y **por su larga ausencia**. Así mismo termina por las causales contempladas en el artículo 315; pero si éstas se dan respecto de ambos cónyuges, se aplicara lo dispuesto en dicho artículo”.-*

Comentando estas causales y su precedente, la doctrina y la jurisprudencia la han descrito de la siguiente forma:

*“La primera, es la demencia de uno o de ambos, esto es, aquellas afecciones mentales por enajenación, debilidad, perturbación mental, a las cuales aludimos en su oportunidad .La segunda consiste en la interdicción en la administración de sus bienes propios que ha sido uno o ambos padres, porque se entiende que si no se encuentra en capacidad de administrar sus propios bienes, mucho menos la de poder hacerlo respecto de sus hijos y, consecuentemente, de dirigirlo en el campo personal. La tercera causa es la larga ausencia del padre o padres, bien porque, **se encuentre en otro lugar del país o del exterior, ya que, aunque sabiéndose de su paradero y teniendo algún contacto con el menor (telefónico, por escrito etc.) dicha circunstancia impide por sí mismo el ejercicio de sus atribuciones, especialmente la de representación, responsabilidad, protección etc.**”³*

Ahora bien, como la causal alegada por la demandante es el abandono al padre de sus deberes de padre, es conveniente para la decisión establecer la visión que de tal causal tiene la jurisprudencia de la Sala Civil, para estructurar la “larga ausencia” en la suspensión y el abandono para la privación:

“en verdad, el incumplimiento de los deberes de padre, grave e injustificado, no conduce por sí a la privación o suspensión del ejercicio de la patria potestad, pues para ello se requiere que dicho incumplimiento se derive del abandono del hijo, circunstancia ésta prevista en el artículo 315-2 del C.C. como causa de una u otra. En el presente caso, dadas las particularidades que lo rodean, se concluyó en el aquel incumplimiento como causa de

³ Pedro Laffón Pianetta. Derecho de Familia. Ediciones  del Profesional

separación, pues la situación de enfrentamiento conyugal que de hecho separó a los esposos le dieron origen, más no se puede concluir, por el mismo camino, que el demandado ha abandonado –por su querer- al hijo”. No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material de la infante, sino de comprobar, de manera irrefragable que éste se desentendió totalmente de estos menesteres”⁴

Siendo así, la doctrina y la Jurisprudencia entienden que el abandono que debe predicarse del padre a quien se le solicita retirar los derechos de patria potestad, debe ser demostrado mediante hechos que evidencien un abandono total y voluntario, no siendo suficiente el establecimiento del mero incumplimiento alimentario o de cuidado, porque para tales efectos el ordenamiento jurídico establece acciones específicas, siendo la patria potestad el más agudo de esos derechos, habida cuenta que implica la representación que por ley corresponde a los padres.-

Definido lo anterior y aclarado que la ausencia prolongada del padre implica abandono de sus deberes para con sus hijos, no encontrando incongruencia entre la causal alegada y los hechos de la demanda, corresponda la Sala descender a los hechos probados en el plenario para poder asumir una decisión de fondo, a ello se propone: Vista desde la pretensión de suspensión, la causal de abandono por incumplimiento debe estar causalmente atada a la larga ausencia, lo que presupone inicialmente demostrar el distanciamiento físico y luego, que tal separación espacial se acompaña del desapego en el cumplimiento de las obligaciones personales, anímicas y patrimoniales volitiva y absoluta respecto de sus menores hijos, pero en el caso concreto, todo el acervo probatorio, empezando por los afectados, como son los hijos menores, expresan que tienen contacto semanal y en algunos meses diario con su padre, con quien se sienten bien juegan play e incluso con quien quisieran quedarse en caso de decidir no irse al extranjero.- Basta leer la entrevista de los dos menores para deducir, que los jóvenes lo que desean es que las relaciones con el padre mejoren, pero no que le retiren los derechos de padre.-Apartes de dichas actas se transcriben en esta providencia, donde incluso expresan entenderse con la novia del papá, quien los trata bien.- A ello, que de por si es suficiente para no encontrar probado la ausencia del demandado respecto de sus hijos, es complementado con el resto de testimonios recepcionados en el proceso, quienes expresan la localidad de residencia del señor GLORIA DE VIVO, su relación buena con sus hijos y el esfuerzo que realiza por compartir con ellos y tratar de satisfacerlos con sus posibilidades, especialmente compartir tiempo con ellos en su casa, cocinarles y darles el afecto de progenitor.- Por tanto, esta evidenciado, tanto por la actitud de los hijos menores como la del padre, que lo conveniente no es el retiro de la patria potestad del demandado, sino el impulsar el fortalecimiento de esa vinculación filial y de esa manera es que debe interpretarse la protección de los derechos prevalentes de los menores, como lo solicita la apelante y no cortar, alejando los menores de su padre, en quien ven un buen consejero.- Ahora bien, efectivamente está demostrado el incumplimiento de parte del demandado de sus deberes patrimoniales respecto de sus hijos e incluso respecto de su casa, pero como lo expresa la jueza de conocimiento, para ello existen medios y procedimiento judiciales, por cierto ejercitados por la actora para obtener la satisfacción de las obligaciones alimentarias, muy a pesar de que en el acuerdo de transacción la ahora actora admite cubrir dichas obligaciones hasta tanto cambie la situación económica y laboral del señor GLORIA.-

⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de mayo de 1987

Igualmente está demostrado, como lo ponen de presente los mismos hijos en su entrevista, que las relaciones, por lo menos interpersonales, son deficientes, que el padre poco llama y poco los visita, pero ese grado no tiene la entidad de estructurar la causal de larga ausencia que requiere el artículo 310 del CC, pero que se atenúa, primero por la difícil situación económica del demandado, de la cual da fe el conjunto probatorio recepcionado en el proceso y segundo que dada las difíciles relaciones en que terminó la unión familiar, especialmente con su esposa y la suegra, no constituye la residencia común en ambiente para visitar y ello es humano entender así.-”

FUENTE NORMATIVA: Artículo 310 del Código Civil, Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 22 de mayo de 1987.

DEMANDANTE: Claudia Patricia Rojas Pantoja

DEMANDADO: Pedro Rafael Gloria De Vivo

FECHA: Octubre 4 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-10-004-2011-00267-01/**00106-2013F**

DECISIÓN: Confirma Sentencia Apelada.

2. SALA LABORAL

RECHAZO DE LA SOLICITUD DE MEDIOS DE PRUEBA- La negativa al decreto de pruebas solicitadas oportunamente sólo puede obedecer a que no conduzcan a establecer la verdad, estén legalmente prohibidas, sean ineficaces, versen sobre hechos notoriamente impertinentes o sean superfluas/ **NEGATIVA DEL JUEZ AL DECRETAR PRUEBAS-** El rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso

MAGISTRADA SUSTANCIADORA: Dra. **CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ**

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora recurre el auto mediante el cual la Juez de primera instancia niega la práctica de una prueba documental (oficios) por cuanto considera que éstos debieron acompañarse con la contestación de la demanda.

Extractos: “Los argumentos que sustentan la tesis de la Sala se basan en que la negativa al decreto de pruebas solicitadas oportunamente sólo puede obedecer a la circunstancia de que ellas no conduzcan a establecer la verdad sobre los hechos materia del proceso o que estén legalmente prohibidas o sean ineficaces o versen sobre hechos notoriamente impertinentes o se las considere manifiestamente superfluas, puesto que la impertinencia, inutilidad y extralimitación en la petición de la prueba debe ser objetivamente analizada por el Juez y ser evidente, pues debe tenerse presente que el rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso, es decir el derecho de toda persona de presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra en el proceso, la cual constituye un derecho constitucional fundamental, tal como lo dispone el artículo 29 de la Constitución Política.

La legislación procesal en el artículo 53 del C.P.T.S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007, regula cuales son las circunstancias que ameritan un rechazo de prueba, al disponer:

“El Juez podrá, en decisión motivada, rechazar la práctica de pruebas y diligencias inconducentes o superfluas en relación con el objeto del pleito”, y en el artículo 178 del

C.P.C, señala: “Las pruebas deben ceñirse al asunto materia del proceso y el juez rechazará in limine las legalmente prohibidas o ineficaces, las que versen sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifestaciones superfluas.”

Además respecto de cuáles son los medios probatorios permitidos dentro de la legislación colombiana, encontramos el artículo 51 del C.P.T. S.S. que establece:

“ART.51. – Medios de prueba. Son admisibles todos los medios de prueba establecidos en la Ley, pero la prueba pericial solo tendrá lugar cuando el juez estime que debe designar un perito que lo asesore en los asuntos que requieran conocimientos especiales.”(Subrayado fuera de texto)

En concordancia con lo anterior, el artículo 175 del C.P.C. aplicable por remisión analógica del artículo 145 del C.P.T. y S.S., determina cuales son los medios de prueba, al indicar:

*“Art. 175.- Sirven como pruebas, la declaración de parte, el juramento, el testimonio de terceros, el dictamen pericial, la inspección judicial, los **documentos**, los indicios y cualesquiera otros medios que sean útiles para la formación del convencimiento del juez.*

El juez practicará las pruebas no previstas en este código de acuerdo con las disposiciones que regulen medios semejantes o según su prudente juicio.”

El artículo 177 del C.P.C., señala que “*incumbe a las partes probar los supuestos de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen*”, como consecuencia lógica del deber de probar los hechos afirmados en la contestación de la demanda.

Descendiendo al caso sub examine, se observa que la demandada en la contestación de la demanda solicitó la práctica de las siguientes pruebas que no fueron decretadas por el A quo:

Oficio:

Que se oficie a COLPENSIONES, con el fin de que remita resolución a través de la cual se le reconoció la pensión a la demandante TERESITA DE JESUS PEÑA RIPOLL, C.C. N°22.410.957 de Barranquilla.

Igualmente se oficie a la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla, a efectos de que expida certificado de tradición y libertad del inmueble ubicado en la Carrera 6N° 47 A-21 Barranquilla y del inmueble ubicado en la calle 57 N° 10-15 Soledad.

El numeral 2 del Parágrafo 1° del artículo 31 del C.P.T.S.S. señala que se deben aportar al proceso **“las pruebas documentales pedidas en la contestación de la demanda y los documentos relacionados en la demanda que se encuentran en su poder”**, compromiso procesal que tiene su razón de ser en lo que se denomina como “carga dinámica de la prueba”, principio que tiene como finalidad evitar que la parte que posea una prueba no la aporte al proceso en detrimento de la verdad, ultima razón del mismo; la carga de la prueba se invierte para trasladársele a quien en razón de su posición posea el medio probatorio que se requiere para llegar al esclarecimiento de la verdad, debiendo aportarla al proceso.

Ahora bien, el artículo 179 del C.P.C., señala que ***“las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte, o de oficio cuando el juez las considere útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes”***. Como en el caso que nos ocupa, la parte demandada es quien tenía el deber de aportar las pruebas que sirvan de sustento a sus excepciones, esta es clara al señalar, que si bien le asistía esta obligación no apor

tales pruebas por no tenerlas en su poder, pues tales documentos provienen de terceros; es por ello que en su escrito de contestación de la demanda realizó la solicitud al juez, de librar dichos oficios con la finalidad de desvirtuar la presunta dependencia económica que la parte demandante pretende demostrar.

Por lo tanto, erró el al A-quo al negar la prueba que había solicitado el demandante con el objeto de obtener las informaciones que reposan en manos de terceros como lo es, Colpensiones y la Oficina de Instrumentos Públicos, con el pretexto de que el demandante no las consiguió, desatendiendo que no existe ningún texto legal que condicione el decreto de dicha prueba a las gestiones previas que debe hacer un usuario de la justicia como así lo estimó el Juez de primer grado, desbordando las precisas causales establecidas en la Ley para proceder al rechazo de pruebas como lo son que sean inconducentes, superfluas o ineficaces y desconociendo el derecho de defensa y debido proceso que le asiste a todo usuario de la justicia.

Por el contrario resulta razonable inferir que la prueba solicitada por la demandada tenía como fin el recaudo de una información que se encuentra en poder de terceros, circunstancia que haría procedente el decreto de la recepción de los documentos solicitados a Colpensiones y a la Oficina de Instrumentos Públicos, respectivamente, pues si bien lo ideal es que las partes aporten todas las pruebas que acreditan los supuestos fácticos de la demanda, ello no es óbice para que las puedan solicitar en el proceso, más aún cuando están en poder de terceros como sucede en éste asunto, pues nótese que inclusive el artículo 268 del C.P.C. sólo le impone la obligación a las partes de aportar el original de los documentos privados siempre que los tuvieren en su poder, y no cuando carecen de ellos debido a que deben provenir de personas naturales o jurídicas que no intervienen dentro del proceso.

No es dable desconocer que entre los derechos fundamentales establecidos en la Constitución, se encuentra el que protege la privacidad e intimidad de las personas cual consagra el artículo 15 de la Carta Política, al indicar que: *“toda persona tiene derecho a su intimidad personal y en lo referente a la recolección, tratamiento y circulación de datos se deberán respetar las libertades y garantías consagradas en la Constitución”*. Lo que pone de presente que alguna información requerida de terceros que involucran derecho de intimidad de las personas esté protegida de reserva o requieran previa anuencia del titular, salvo cuando sean autorizadas por autoridad competente. De ahí que se entienda el por qué la parte demandada acude a los jueces en procura de la obtención de pruebas concernientes a una de las partes sobre supuestos de sus bienes o derechos de índole particular.

Tampoco soslayar que existen normas que tienen por objeto la protección de los datos personales, como lo es el Decreto 1377 de 2013 que reglamenta parcialmente la Ley 1581 de 2012, cuyo fin es desarrollar el derecho constitucional “Habeas Data” que tienen todas las personas a conocer, actualizar y rectificar las informaciones que se hayan recogido sobre ellas en bases de datos o archivos, y los demás derechos, libertades y garantías constitucionales a que se refiere el artículo 15 de la Constitución Política; así como el derecho a la información consagrado en el artículo 20 de la misma. El artículo 10 de la Ley 1581 de 2012 indica los casos en que no es necesaria la autorización del Titular para acceder a la información personal del mismo, el literal **(a)** del referido artículo señala que “la información requerida por una entidad pública o administrativa en ejercicio de sus

funciones legales o por orden judicial” no requiere previa autorización del titular para acceder a ella.

Resulta entonces, que no le asiste razón al A-quo para negar la prueba solicitada ya que la parte demandada como lo sostiene se encontraba imposibilitada para aportar tales documentos al no tenerlos en su poder, dado que conciernen a terceros; por tanto corresponde al juez a solicitud de la parte demandada ordenar la aportación de los certificados de hechos o supuestos que están a su disposición, como lo es a Colpensiones con el fin de que remita copia de la resolución a través de la cual se le reconoció la pensión a la demandante y a la Oficina de Instrumentos Públicos de Barranquilla, a efectos de que expida certificado de tradición y libertad del inmueble ubicado en la Carrera 6 N° 47^a-21 y del inmueble ubicado en la calle 57 N° 10-15 en Soledad Atlántico; encaminados a desvirtuar la presunta dependencia económica manifestada por la demandante de su fallecido hijo.

(...)

Como en el caso sub examine lo debatido se refiere a la aportación de documentos a petición de la parte demandada según lo contemplado en el artículo 179 de C.P.C., no había lugar a declarar improcedente la solicitud de dicha prueba como erróneamente lo estimo el A-quo, puesto que las pruebas documentales solicitadas en la contestación de la demanda provienen de terceros y son ajenos a la demandada, por tanto corresponde al juez en ejercicio de su deber legal, ordenar a los terceros el suministro de la información para que se remitan los respectivos documentos solicitados.”

FUENTE NORMATIVA: artículos 15, 20 y 29 Constitución Política, artículos 51, 53 del C.P.T.S.S. modificado por la Ley 1149 de 2007, artículo 175, 177 y 179 del C.P.C., numeral 2 del Parágrafo 1° del artículo 31 del C.P.T.S.S., artículo 268 del C.P.C., Decreto 1377 de 2013 reglamentario de la Ley 1581 de 2012.

FECHA: Octubre 28 de 2013

DEMANDANTE: Teresita De Jesús Peña Ripoll

DEMANDADO: Colpatria A.R.P.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-003-2013-00213-01/ **49.522-C**

DECISIÓN: Revoca auto apelado.

CULPA PATRONAL-Se predica cuando el empleador no tiene políticas eficientes y eficaces para la prevención de accidentes de trabajo de sus dependientes/**INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS**- Opera en aquellos casos en que la omisión del empleador por accidente de trabajo es tal que no tiene sistemas de información y registro en caso de que se presenten dichos eventos/**LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO**-Liquidación de perjuicios conforme el grado de responsabilidad del empleador

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: DR. EFRAÍN ALFONSO YAÑEZ RIVEROS

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende que se condene a las demandadas al pago de una indemnización plena de perjuicios por la existencia de un presunto accidente de trabajo en el que medió culpa patronal.

Extractos: “La culpa patronal tiene su fuente normativa en el Código Sustantivo del Trabajo cuyo artículo 216 contempla lo siguiente:

“ARTICULO 216. CULPA DEL EMPLEADOR. Cuando exista culpa suficiente comprobada del empleador en la ocurrencia del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional, está obligado a la indemnización total y ordinaria por perjuicios pero del monto de ella debe descontarse el valor de las prestaciones en dinero pagadas en razón de las normas consagradas en este Capítulo.”

El anterior artículo se establece como el fundamento que sustenta la responsabilidad del empleador en aquellos eventos en que acaezca un accidente de trabajo o enfermedad profesional al cual pueda endilgarse culpa suficientemente comprada, para que éste deba responder de manera plena por los perjuicios causados.

La referida norma deja de lado los presupuestos generales de reparación tarifada de riesgos contenidos en el sistema general de riesgos profesionales regulado por la ley 100 de 1993, el decreto 1295 de 1994, y la ley 776 de 2002, para entrar a definir los perjuicios con base en el principio de la indemnización integral, teniendo en cuenta en su liquidación aspectos como lo son el lucro cesante, el daño emergente y los perjuicios morales, tal y como lo ha sostenido por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la radicada 9674 y 22656 entre muchas otras.

Para efectos de que nazca la obligación de indemnizar plenamente los perjuicios a cargo del empleador de que trata el artículo 216 antes referido, se requiere amén, obviamente, de la ocurrencia del riesgo, esto es, el accidente de trabajo o la enfermedad profesional, el elemento subjetivo de la culpa suficientemente comprobada del empleador y el nexo, o relación de causalidad entre el accidente de trabajo y la culpa del empleador.

En cuanto al accidente de trabajo el artículo 8° del Decreto 1295 de 1994, señala:

“Son riesgos profesionales el accidente que se produce como consecuencia directa del trabajo o labor desempeñada, y la enfermedad que haya sido catalogada como profesional por el Gobierno Nacional.”

Y a su vez el artículo 9° ibídem, explica:

“Es accidente de trabajo todo suceso repentino que sobrevenga por causa o con ocasión del trabajo y que produzca en el trabajador una lesión orgánica, una perturbación funcional, una invalidez o la muerte.

Es también accidente de trabajo aquel que se produce durante la ejecución de órdenes del empleador, o durante la ejecución de una labor bajo su autoridad, aun fuera del lugar y horas de trabajo.

Igualmente se considera accidente de trabajo el que se produzca durante el traslado de los trabajadores desde su residencia a los lugares de trabajo o viceversa, cuando el transporte lo suministre el empleador.”

En cuanto a la calificación del accidente de trabajo el artículo 12 del Decreto 1295 de 1994 ya mencionado, señala en su tenor literal lo siguiente:

“Toda enfermedad o patología, accidente o muerte, que no hayan sido clasificados o calificado como de origen profesional, se consideran de origen común.

La calificación del origen del accidente de trabajo o de la enfermedad profesional será calificada, en primera instancia por la Institución prestadora de servicios de salud que atiende al afiliado.

El médico o la comisión laboral de la entidad administradora de riesgos profesionales determinarán el origen, en segunda instancia.

Cuando surja discrepancia en el origen, éstas serán resueltas por una junta integrada por representantes de las entidades administradoras de salud y de riesgos profesionales.

De persistir el desacuerdo, se seguirá el procedimiento previsto para las juntas de calificación de invalidez definido en los artículos 41 y siguientes de la ley 100 de 1993 y sus reglamentos.”

Planteadas así las cosas se advierte, que como elemento preponderante para la prosperidad de la indemnización plena de perjuicios por culpa patronal, se encuentra la demostración de la existencia de un accidente de trabajo. Dicha carga conforme a lo preceptuado en el artículo 177 del código de procedimiento civil, recae sobre el actor.

El segundo elemento necesario para estructurar la responsabilidad del empleador de que trata el artículo 216, es la culpa, la cual debe entenderse como una conducta susceptible de reproche, se encuentra consagrada legalmente en el artículo 63 del código civil, en donde se hace una clasificación tripartita de ella. En tratándose de responsabilidad del empleador, éste conforme lo establece el artículo 1604 del código civil, responde hasta por la culpa leve, la cual corresponde a la falta de aquella diligencia y cuidado que los hombres emplean ordinariamente en sus negocios propios.

(...)

Por ser la culpa un elemento subjetivo que toma como base un patrón de conducta para efectos de determinarla, ésta en materia laboral por tener un carácter eminentemente contractual, tal y como anteriormente se dijo, para efectos de analizar su estructuración se debe tomar como criterio de apreciación, los deberes de cuidado establecidos en el código sustantivo del trabajo a cargo del empleador, los cuales no son otros que el cumplimiento de las obligaciones del empleador impuestas por el contrato de trabajo, los reglamentos de prevención y de riesgos, y la ley laboral principalmente los artículos 55, 56, y 57 del código sustantivo del trabajo.

Por último el nexo causal, es el vínculo que existe entre la acción, omisión, o conducta generante de un efecto, esto es, de una modificación patrimonial. Es un elemento meramente naturalístico que explica la relación causa – efecto, entre una conducta, y el efecto que produce. En sentencia del 24 de Septiembre de 2009 la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia hizo referencia a éste elemento como aquel que permite hallar una relación de *causa a efecto entre el perjuicio y el hecho del sujeto de derecho o de la cosa a quien se atribuye su producción.*

Su importancia radica en que a partir de su acreditación se posibilita atribuir responsabilidad; ello en la medida en que no basta que exista el accidente de trabajo y la culpa, siendo necesario además que pueda ser ésta atribuida al empleador por ser él el causante directo o indirecto del daño que se reclama sea indemnizado.

En cuanto a la carga probatoria, conforme el artículo 177 del código de procedimiento civil, corresponde al actor acreditar la existencia ya sea de la enfermedad profesional o del accidente de trabajo, el perjuicio ocasionado, y la relación de causalidad existente entre el primer y el segundo elemento. Por su parte conforme el artículo 1604 y 1757 del código civil, le corresponde al empleador demostrar su diligencia y cuidado, es decir, que su

actuar fue exento de culpa. Lo anterior no exime a la parte actora de probar la existencia de la culpa.

En el asunto bajo análisis, se afirma en los hechos de la demanda que la señora Nelsy De Horta Arrieta, sufrió un accidente de trabajo, el día 20 de noviembre de 2003. En cuanto a las pruebas aportadas para acreditar tal afirmación encontramos que se encuentran las declaraciones de las señoras Verena María Sotomayor y Osiris del Carmen Rosero Paz (Folios. 260 a 263 – cuaderno 3), las cuales son consistentes y coincidentes en indicar que la actora sufrió un accidente, consistente en caída de escaleras, cuando realizaba labores de aseo y limpieza en las instalaciones de CINE COLOMBIA S.A y que se presentó en jornada laboral, que nadie se apersonó, por que la persona encargada se encontraba de permiso, y que no es la primera vez que acontecían sucesos como ese.

La señora Nelsy De Horta, al absolver el interrogatorio de parte presentado por parte de la apoderada judicial de la empresa MANTENEMOS LTDA, en específico la pregunta 11 (folio. 292 cuaderno. 3) la cual se relacionaba con el accidente de trabajo, manifestó: *Sí, informe a la empresa de mi accidente laboral ya que en ese tiempo la coordinadora de grupo SRA. REGINA DEFET el cual estaba de descanso el día de mi accidente regresando así el día siguiente inmediatamente le informé de mi caída y todos en CINE COLOMBIA se dieron cuenta de la caída, tanto que la señora BERENA SOTOMAYOR empleada de CINE COLOMBIA estaba en los cuartos dispensadores y cuando oyó el estruendo de mi caída ella salió a auxiliarme, igual que mi compañera OSIRIS ROSERO PAZ, que venía en compañía de ella de hacer el aseo en la sala de proyección de los teatros CINE COLOMBIA, donde me llevaron al cuarto de descanso de los loqueres y estuve por espacio de media hora descansando, luego continué mis labores hasta terminar el turno.*

Ahora bien, al analizar el testimonio de la señora, KAREN PATRICIA PAYARES ARRIETA coordinadora administrativa de la empresa MANTENEMOS LTDA, expresando que dentro de sus funciones se encontraba el manejo de personal, y MARIA EUGENIA JIMENEZ MIELES gerente del Multiplex Castellana, quien hizo las veces de superior de la actora, éstas indicaron que nunca se presentó notificación alguna del accidente de trabajo. (Folio 276 a 277 – cuaderno 3). Lo anterior se confirma además si se analiza la documental obrante de folio 208 a 209, del cuaderno 3 del expediente, y por medio de la cual se da respuesta a un derecho de petición interpuesto por la actora. De igual forma tanto DIANA CAROLINA LOZANO DONADO, (Folio. 272-274. Cuaderno 3), como MARIA EUGENIA JIMENEZ MIELES (Folio. 276-277 Cuaderno 3.) manifiestan no tener conocimiento de un accidente de trabajo de la señora NELSY DE HORTA

Los testimonios analizados dan cuenta de dos situaciones. (i) que la señora NELSY DE HORTA ARRIETA sufrió un accidente, consistente en caídas de una escalera, y (ii) que el accidente no fue reportado. Si bien los testigos y la interrogada no establecen la fecha del accidente, se puede observar que el “formulario para la determinación de origen del accidente de trabajo de la enfermedad y muerte” que reposa a folio 206 cuaderno 3, se establece que la señora NELSY DE HORTA sufrió lesión cervical postraumático ocurrido el día 20 de noviembre de 2003.

El “formulario para la determinación de origen del accidente de trabajo de la enfermedad y muerte” que reposa a folio 206 cuaderno 3, establece además que la EPS salud total se pronuncia el 16 de abril de 2007, manifestando que “es clara la relación de causalidad entre su cuadro de lesión cervical postraumático ocurrido el día 20 de noviembre de 2003, por lo anterior se puede considerar que su patología es producto de accidente de trabajo del cual fue víctima. En el aparte “SUSTENTACIÓN” se establece: *“teniendo en cuenta que la EPS salud Total califica la patología que sufre la señora NELSY DE HORTA discopatía C5-C6*

intervenida quirúrgicamente como producto de un presunto AT ocurrido en Nov. 20/03 y reportado 40 meses extemporáneo en notaría, del cual ni si quiera fue meritorio ningún día de incapacidad temporal y analizando el mecanismo de trauma (presuntamente cayó sentada), la ARP – ISS – califica el evento como PATOLOGÍA GENERAL.”

Por su parte el dictamen No. 6432 obrante a folio 227, cuaderno 3, establece las lesiones en la columna de las que padece la señora NELSY DE HORTA, no son consecuencia de accidente de trabajo. El anterior dictamen fue apelado, y se procedió en junta nacional de calificación de invalidez a establecer: *paciente con cervicalgia desde el año 2003 después de caída en el trabajo, que ya fue discutido y calificado de origen común.* (folio. 313 cuaderno 3). De igual forma en la audiencia del 30 de marzo de 2009, celebrada por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, se establece que *la paciente fue evaluada en la junta nacional de calificación de invalidez el 17/03/2009 encontrando que inició los síntomas a mediados de 2003 consistente en cansancio en cuello y cefalea que posteriormente progresó a adormecimiento en los brazos.* (Folio 316- 317 cuaderno 3)

Si se observa el diagnostico motivo de calificación, se establece un trastorno de disco cervical con radiculopatía, además la descripción de deficiencias se relacionan dentro de estas: *síndrome doloroso de columna, hernia operada con secuelas moderadas, y restricción movimiento columna cervical.* (folio. 312 cuaderno 3)

Estos medios probatorios son suficientes para acreditar plenamente que la actora sufrió un accidente de trabajo, por haber acontecido en las instalaciones de la empresa CINE COLOMBIA S.A el 17 de marzo de 2003, por lo que se acredita debidamente el primer elemento necesario para declarar avante las pretensiones invocadas.

En cuanto al segundo de los elementos requeridos para declarar la existencia de una obligación indemnizatoria a cargo de las empresas demandadas, esto es, la culpa patronal, se observa primeramente que en el reglamento de higiene y seguridad que aporta la empresa MANTENMOS LTDA, no establece políticas de prevención, limitándose únicamente en su artículo 5 a establecer que los trabajadores deberán cumplir las normas técnicas que se adopten para lograr la implantación de las actividades de medicina preventiva, e indica en su artículo 6 que la empresa ha implantado un proceso de inducción al trabajador de las actividades de prevención y seguridad. (folio. 373- 376- cuaderno 3)

El reglamento interno de trabajo establece en el artículo 42 que será obligación del jefe de la dependencia ordenar la prestación de los primeros auxilios, y además según el artículo 45 debe llevar el registro especial en un libro de lo ocurrido. Por su parte el artículo 50 establece como obligaciones especiales del empleador, procurar locales apropiados y elementos adecuados de protección contra accidentes, y prestar de inmediato primeros auxilios en caso de accidentes. (folio. 405- cuaderno 3).

Si bien existe un memorando en que se establecen conductas para prevenir accidentes de trabajo, éste posee una fecha posterior al accidente de la actora, si se observa data del día 8 de mayo de 2007 (folio. 430 cuaderno 3) y se encuentra dirigido al coordinador administrativo. No hay ningún control de asistencia de salud ocupacional para el año 2003.

El panorama de factores de riesgo obrante de folio 80 a 81 del cuaderno numero 2 demuestra que en el caso de servicios generales locativos, se encuentran como riesgos “CAIDAS A NIVEL” efectos posibles “GOLPES Y HERIDAS” y en observaciones “SUMINISTRAR CALZADO ADECUADO PARA SUPERFICIES HUMEDAS”

En la evaluación del programa de desarrollo del programa de salud ocupacional la empresa MANTENEMOS LTDA recibe un puntaje bajo. No tienen políticas de medicina preventiva, ni sistemas de información y registro (folio. 86 – 88 cuaderno 2)

Estos medios probatorios dan cuenta que la demandada MANTENEMOS LTDA no tiene políticas eficientes y eficaces para la prevención de accidentes de trabajo, inclusive no tiene sistemas de información y registro en caso de que se presenten esos eventos. Esa circunstancia explica porque nunca fue reportado el accidente de la señora NELSY DEHORTA.

Todas esas pruebas permiten establecer la existencia de un actuar culposo por omisión parte de MANTENEMOS LTDA. Recuérdese que la culpa como situación jurídica susceptible de reproche, implica establecer un parámetro normativo de comportamiento a partir de la comparación de lo que haría bien un profesional (en este caso) en una situación parecida (*lex artis ad hoc*). En el caso de un buen empleador, tiene como obligación establecer políticas de prevención de riesgos laborales, lo que en este caso no tiene acontecimiento por lo que su conducta se reprocha como culposa.

Esta conducta de MANTENEMOS LTDA, debe calificarse como grave debido a que no existe, y no ha existido, intención de mejorar ese proceder, pues aun cuando el accidente de la actora ocurrió en el año 2003, todavía para el año 2007, las cosas siguen igual de mal. Además tal y como se referenció en las declaraciones de las señoras VERENA MARIA SOTOMAYOR y OSIRIS DEL CARMEN ROSERO PAZ, estos accidentes han ocurrido con otras trabajadoras.

Cuan razón más significativa para la ocurrencia de un accidente como estos, si se demuestra que la empresa MANTENEMOS LTDA no suministra calzado adecuado para realizar laborales en piso mojado, tal y como se plantea en las observaciones en el panorama de factores de riesgo.

Todas estas pruebas permiten afirmar, que en el accidente sufrido por la señora NELSY DE HORTA medió una culpa grave por parte de la empresa MANTENEMOS LTDA. En lo que respecta a la empresa CINE COLOMBIA S.A. no demostró actuar alguna con diligencia que le permitiera demostrar que su actuar en cuanto al accidente de la actora, fue exento de culpa.

Por último en cuanto a la relación de causalidad existente entre el accidente y la culpa del empleador, se tiene que tal y como se establece en el dictamen de junta médico de calificación de invalidez y “formulario para la determinación de origen del accidente de trabajo de la enfermedad y muerte” que reposa a folio 206 cuaderno 3, a todas luces existe una relación directa entre el accidente sufrido por la actora y los padecimientos que sufre en la columna vertebral. Para reforzar ese argumento, es solo analizar el dictamen médico de calificación de invalidez, que al valorar el porcentaje de calificación de invalidez tienen en cuenta el síndrome doloroso de columna.

Vale decir que las demandadas CINE COLOMBIA S.A. y MANTENEMOS LTDA propusieron la excepción de prescripción, sin embargo y comoquiera que en la audiencia de CONCILIACIÓN, SANEAMIENTO Y FIJACIÓN DEL LITIGIO de fecha 2 de agosto de 2010 (folio. 256-258 cuaderno 3) el Juez de conocimiento se pronunció sobre tal, declarándola no probada, y las demandadas no interpusieron recurso alguno contra dicha decisión, se conlleva a que en virtud del principio de preclusión, no pueda volverse a abordar su estudio.

(...)

Entonces, y comoquiera que se encuentran debidamente estructurados los elementos necesarios para dar lugar a una indemnización plena de perjuicios nace la obligación de indemnizarlos a cargo de MANTENEMOS LTDA y CINE COLOMBIA S.A. los cuales se constituyen en deudores solidarios de la actora, lo anterior de conformidad con lo preceptuado en el artículo 34 del código sustantivo del trabajo. Por tratarse de una condena solidaria, el actor podrá ejercer las acciones ejecutivas pertinentes contra cualquiera de los deudores para garantizar el pago de su obligación.”

FUENTE NORMATIVA: Código Sustantivo del Trabajo: artículos 34, 55, 56, 57 y 216, Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia: sentencias Nos. 9674, 22656 y 22175, artículo 8°, 9° y 12 del Decreto 1295 de 1994, artículo 177 código de procedimiento civil, artículo 63, 1604, 1614 y 1757 del código civil, Sala de Casación Civil Corte Suprema: sentencia del 24 de Septiembre de 2009.

FECHA: Octubre 22 de 2013

DEMANDANTE: Nelsy De Horta Arrieta

DEMANDADO: Mantenemos Ltda Y Cine Colombia S.A.

RADICACIÓN: 49.403 – A

DECISIÓN: Revoca sentencia apelada. Declara responsable a las demandadas.

PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO-Procedencia/ Determinación de la norma aplicable al extrabajador en tratándose de pensión especial de vejez para entrar a verificar el cumplimiento de los requisitos/**MEDIOS DE PRUEBA**- El actor debe aportar la prueba de la dependencia de Salud Ocupacional calificatoria de la intensidad de la exposición, su habitualidad y los equipos utilizados que se consideren como de alto riesgo para la salud

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. VICENTE CALIXTO DE SANTIS CABALLERO

Causa Fáctica: En el presente caso, la cónyuge supérstite de un pensionado por vejez, solicita se le conceda la pensión de alto riesgo a su finado esposo, como quiera que éste estuvo expuesto a sustancias y laborando en una empresa con reconocido grado de riesgo para la salud de sus trabajadores, y así cambiar la denominación de la pensión de sobrevivientes de la cual goza en la actualidad.

Extractos: “Antes de adentrarnos en la problemática a dilucidar, sea oportuno señalar que la prestación reclamada, según la denominación o en los términos dados por la demandante –“cambio de Pensión de Sobreviviente a Pensión Especial de Sobreviviente por Alto Riesgo”-, no ha sido concebida por la jurisdicción Colombiana, a lo que entiende la Sala se refiere es a que, previo reconocimiento de la de vejez especial, se le sustituya el derecho pensional toda vez que la reconocida administrativamente fue la de sobreviviente simple.

Igualmente, es del caso determinar cuál es la norma aplicable al extrabajador a fin de verificar el cumplimiento de los requisitos, habida consideración que su vínculo laboral feneció el 14 de febrero de 1992, fecha de su óbito.

Frente a este tema, la antigua Sala Primera de Decisión Laboral de esta Corporación (hoy Segunda) en sentencia del 06 de agosto de 2010, Rad. N° 2004-00179-01/ 28044⁵, con ponencia de este mismo Magistrado, tuvo la oportunidad de referirse en un caso análogo al que ahora nos ocupa la atención, de la siguiente manera:

“(…)

- 4.1. “La controversia consiste en determinar si a la actora le asiste el derecho a una pensión especial de vejez, previo estudio de la procedencia de la práctica de pruebas solicitadas en el escrito de traslado.
- 4.2. “Entiende el Despacho que cuando la accionante se refiere a un cambio de la pensión de sobreviviente que disfruta a una pensión especial de vejez, lo que realmente pretende es que se reconozca la sustitución de ésta, habida cuenta que el origen del derecho que adquirió es común.
- 4.3. “(…)
- 4.4. “No admite discusión lo referente al disfrute de una pensión de sobreviviente por parte de la actora, dado el fallecimiento del trabajador XXXXXXXX, quien prestó sus servicios a Monómeros Colombo Venezolanos desde el 1° de julio de 1971 hasta el 15 de julio de 1990 (fls. 159-160).
- 4.5. “En un caso donde se discutía el tema de las pensiones especiales de vejez por actividades de alto riesgo <Proceso Ordinario Laboral de ALCIDES ROMERO PINEDA contra la empresa MONOMEROS COLOMBO VENEZOLANO S.A. e INSTITUTO DE SEGURO SOCIAL, Radicación 02-11900, sentencia del 29 de septiembre de 2004> dictaminó la Sala Tercera del Tribunal (Hoy, Primera)- se refiere a cuando se estaba en esa oportunidad-, que :

“Dados los recambios en nuestro ordenamiento jurídico sobre este particular la Sala se detiene para precisar lo siguiente: En primer lugar, resulta cierto que los artículos 1° y 2° del Decreto reglamentario 1281/94 regulan tanto los trabajos catalogados como de alto riesgo como la pensión especial de vejez como también el artículo 64 del Decreto 2150 de 1995, de igual y con ligeras diferencias el artículo 15 del Decreto 758/90. En segundo lugar, muy a pesar de las afinidades señaladas en el punto anterior, la comprobación de la exposición a los factores de riesgo indicados en el artículo 2° del Decreto 1281/94, fueron fulminados, o mejor, sacados del ordenamiento jurídico por el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995 cuando preceptúa: **“Los afiliados al Sistema General de Pensiones que se dediquen en forma permanente y por lo menos durante quinientas (500) semanas, continuas o discontinuas, al ejercicio de las actividades indicadas en el artículo anterior, tendrán derecho a la pensión especial de vejez cuando reúnan los requisitos establecidos en el artículo siguiente”**.; indicativos que permiten reiterar que la comprobación a la exposición consagrada en el artículo 2° mencionado cuya facultad era exclusiva del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social, Dirección Técnica de Seguridad Social, hoy por hoy, Ministerio del Trabajo y de Protección Social, no es requerimiento de actualidad, por tanto, basta que se trate de una empresa de Alto Riesgo para que todos sus trabajadores sin excepción estén expuestos a las altas temperaturas y atados al entorno ambiental de las empresas calificadas como de alto riesgo. No olvidemos que la empresa Monómeros Colombo Venezolanos se dedica al almacenamiento, manejo y tratamiento de químicos altamente contaminantes y cancerígenos como el Benceno, entre otros; de suerte que sólo se requiere probar la condición de alto riesgo de la empresa demandada < cuestión que no se discute > para comprender que todas las personas que prestan servicios en este tipo de empresas se

⁵ Con aclaración de voto y ausencia justificada de las Magistradas Heidi Cristina Guerrero Mejía y Claudia María Fandiño de Muñiz respectivamente.

encuentran potencialmente expuestos a dichos riesgos, independientemente que ciertos grupos de trabajadores laboren o no en las plantas donde están almacenados los químicos, toda vez que las altas temperaturas nacen en las respectivas plantas pero terminan propagándose en el contorno ambiental <52 hectáreas que colindan con la desembocadura del Río Magdalena>, aconteciendo de igual manera, con la exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas las que suelen atacar despiadadamente a unos como a otros y en progresión y en tiempos disímiles; inaplazable comprensión, que concuerda con el mandato constitucional expresado en el tríptico trabajo (artículo 25)-empresa (artículo 333-propiedad social y ecológica (artículo 58), que en sentir de esta colegiatura explica la salida del marco jurídico de la denominada comprobación a la exposición”.

4.5.1. “Se debe determinar cuál es la norma aplicable, esto es, la atribuible al extrabajador en tratándose de pensión especial de vejez para entrar a verificar el cumplimiento de los requisitos. Tenemos que el señor XXXXXX trabajó al servicio de Monómeros Colombo Venezolanos desde el 1° de julio de 1971 hasta el 15 de julio de 1990, luego la norma vigente para esa calenda lo era el Acuerdo 049 de 1990, que en su artículo 15 señaló los requisitos mínimos para acceder a las pensiones de vejez especiales:

4.5.2. (...) y se transcriben las normas...

4.5.3. “Establecido por la Sala está que basta que la empresa Monómeros esté catalogada como de alto riesgo para que se entienda que todos sus trabajadores desempeñan actividades de este tipo, sin embargo se observa que no fue aportada la prueba de la dependencia de Salud Ocupacional del Seguro Social calificatoria de la intensidad de la exposición, su habitualidad y los equipos utilizados como lo dispone el parágrafo 1° del artículo 15 del Decreto 758 de 1990 que aprobó el Acuerdo 049 del mismo año < cuestión, se reitera, superada por el artículo 117 del Decreto 2150 de 1995, norma que no estaba vigente para la fecha del retiro del servicio del señor Diago>, mermándose toda posibilidad para estudiar de fondo la pretensión central planteada en el libelo demandatorio.

4.5.4. “Por vía académica se precisará respecto a la obligatoriedad de la cotización de los seis puntos adicionales a cargo del empleador, que la misma sólo surgió a partir de la vigencia del Decreto 1281 de 1994, norma que no regía para la fecha del retiro del servicio del señor Diago lo cual ocurrió mucho antes. Para reforzar la tesis anterior vale remitirnos a lo expuesto por la H. Corte Suprema al respecto citándose en ese fallo la sentencia del 20 de Noviembre de 2007, Rad. 31892.

Y continuó diciendo...

“A más de lo anterior ha sostenido la Máxima Corporación que las consecuencias de la falta de la cotización de los seis puntos adicionales no las debe soportar el afiliado por no ser su responsable, sino el empleador...” Y para ese efecto se citó la Sentencia del 21 de Noviembre de 2007.

Así las cosas, siendo que para el caso concreto se aplicaría el Acuerdo 049 de 1990 (el difunto – en nuestro asunto- trabajó hasta el 14 de febrero de 1992), se observa que en el plenario no se allegó documento alguno emanado de la dependencia de Salud Ocupacional

del Seguro Social en el que se calificara la intensidad de la exposición, su habitualidad y los equipos utilizados por el extrabajador en la actividad riesgosa, como lo dispone el parágrafo 1° del artículo 15 del Acuerdo citado, y dada la similitud de la sentencia antes enunciada al asunto bajo estudio, no queda otra salida sino la de absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

Por otro lado, se tiene que el señor Ibarra laboró hasta el 14 de febrero de 1992 –fecha de su muerte –, de tal suerte que, en caso que existiera el derecho pensional, su reconocimiento correría a partir del 15 de la misma calenda, dichos en otras palabras, si el difunto acumulaba, además de las primeras 750 semanas, un número importante de aportes, una vez efectuadas la disminución del año (1) por cada 50 semanas de las cotizadas en demasía, en vida debió retirarse definitivamente del sistema mucho tiempo antes a su deceso, puesto que el fin de las pensiones de vejez especiales, ante la peligrosidad que representa la exposición a actividades riesgosas, es que el trabajador tenga la oportunidad de un retiro anticipado de su actividad laboral y así obtener la pensión de vejez especial frente a los requisitos exigidos para las pensiones de vejez simples, de ahí las cotizaciones adicionales en cabeza del empleador, y no como se ha querido interpretar al considerarse que el monto de ellas es superior –en virtud de la cotización adicional- al liquidado en las pensiones de vejez simples, o que se reconozca retroactivamente mesadas paralelas al salario que devengaba como trabajador de la empresa; por lo tanto, no habría riesgo alguno que prosperara lo pretendido.”

FUENTE NORMATIVA: Tribunal Superior de Barranquilla, Sala Primera de Decisión Laboral, sentencia del 06 de agosto de 2010, Rad. N° 2004-00179-01/ 28044⁶, M.P. Vicente De Santis y Sala Tercera de Decisión, Sentencia de 29 de septiembre de 2004, Radicación 02-11900. Acuerdo 049 de 1990, parágrafo 1° del artículo 15.

FECHA: Octubre 30 de 2013

DEMANDANTE: Ena Mercedes Consuegra de Ibarra

DEMANDADO: ISS En Liquidación -Hoy Colpensiones- Y Monómeros Colombo Venezolanos S.A.

RADICACIÓN: 08-001-31-05-007-2012-00151-01/ **48.736**

DECISIÓN: Confirma decisión apelada

3. SALA PENAL

ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR-Materialidad de la conducta/ La víctima fue puesta en un estado de inconsciencia mediante la aplicación de cocaína y alcohol sin su consentimiento/**SUJETO PASIVO**- Fue colocada en un estado de inconsciencia que le impidió dar su pleno consentimiento para las relaciones sexuales

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica: En el presente caso, se estudia la apelación de dos condenados por el delito de acceso carnal violento en persona puesta en incapacidad de resistir (drogada) y menor de edad, quienes manifiestan que las declaraciones de la víctima y su padre son incoherentes y no demuestran fehacientemente la comisión de los punibles imputados.

Extractos: “Se observa que todos los recurrentes han sostenido unánimemente que: (i) los procesados son coincidentes en sus declaraciones y que contrastan con lo aducido por la

⁶ Con aclaración de voto y ausencia justificada de las Magistradas Heidi Cristina Guerrero Mejia y Claudia María Fandiño de Muñiz respectivamente.

presunta menor víctima y (ii) no existe prueba que lleve a la certeza que los inculpados hayan puesto a la menor en incapacidad de resistir y que por el contrario la relación fue consentida.

En vista de lo anterior, la Sala realizará un análisis a los medios de prueba para así determinar la responsabilidad penal de los encausados.

Primeramente se observa que la existencia del hecho, esto es el acceso carnal del 7 de octubre de 2005, a la presunta menor víctima se acredita con el dictamen médico legal sexológico No. 2005C-02010108792 de la misma fecha, en el que se indica lo siguiente:

“...Examen Genital: Presenta himen festoneado, con desgarramiento antiguo, cicatrizado en meridiano de las 7 y las 4 en sentido de las manecillas del reloj, con zona eritematosa en el meridiano de 12, 1, 2, 3, 4, 5, 9, 10; se observa introito eritematoso, zona equimótica en labio menor izquierdo. Se observa además flujo blanquecino, lechoso, en leve cantidad, fétido en canal vaginal. Ano circular pliegues anales radiales simétricos, con buen tono, no presencia de luz anal a la separación glútea, con desgarramiento en meridiano de las 6 en sentido de las manecillas del reloj, no signos de enfermedad venérea a este nivel. Tono anal normal, forma anal normal presenta desgarramientos a las 6 en sentido de las manecillas del reloj con borde sangrante...”⁷.

De lo descrito anteriormente se colige que la menor tuvo relaciones sexuales anteriores a ese día, sin embargo, vale resaltar que en los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, la intención del legislador no es la de proteger únicamente a víctimas que no hayan tenido este tipo de vivencias sino la de las conductas expresamente descritas en el Código Penal, es decir, aquellas en las que las víctimas son menores de 14 años, u otros tipos penales como el que ocupa la atención de esta Sala en la que siendo la víctima mayor de 14 años, ha sido colocada en estado de incapacidad de resistir, inconsciencia o inferioridad psíquica, y también otras conductas a través de las cuales se ejercen los actos o accesos sexuales con violencia.

Igualmente dentro del acervo probatorio, se comprobó con certeza que la menor el 7 de octubre de 2005, estuvo bajo el influjo de cocaína, pues el dictamen médico legal No. 2005C-020101110019 describe lo siguiente:

“...Se complementa hoy 29/11/05 a las 03:33 pm reconocimiento médico legal anterior. Oficio número 2005c-08792 del 07/10/2005 con fotocopia de historia clínica de Unidad Hospitalaria E.S.E José Prudencio Padilla y Clínica General del Norte, aportada por su despacho a nombre de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx con fecha 08/10/2005 que dice:

(...)

CONCLUSION: la muestra de orina recibida en este laboratorio como perteneciente a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y analizada por la estación de drogas ácidas y básicas, se detectaron metabolitos de cocaína...”⁸ (Subraya fuera de texto).

Vale resaltar que a la presente causa fueron vinculados mediante indagatoria: Carlos Enrique Vargas Polo (quien durante el Juzgamiento fue enviado a los Jueces de Menores debido a que al momento de los hechos era menor de 18 años de edad), Francisco Donado Gómez (absuelto por el Juez de Primera instancia y cuya decisión no fue recurrida), Blaicer Pascal Otero Julio y Wilson Orozco de la Rosa (condenados en primera instancia).

⁷ Folios 6 al 8 C.O. No. 1 de Fiscalía.

⁸ Folio 37 a 38 C.O. No. 2 de Fiscalía.

Fue así como Blaice Otero Julio manifestó en su indagatoria lo siguiente:

“... Nosotros estábamos con Carlos, no recuerdo el apellido, estábamos en una panadería íbamos a comprar arroz chino, pero estaba cerrado, como vimos que estaba cerrado nos fuimos de Sancocho de Tienda, una gaseosa litro y panes, llegó un amigo que se llama Aldo, también maneja motocarro, estábamos hablando y se aparece la muchachita no le sé el nombre, es morena clara, gordita, con un tatuaje en el seno y otro en la pierna de una flor, se dirigió a Carlos, como que lo había visto, entonces Aldo me convidó a jugar Billar, de ahí cogimos para el billar los tres, parqueamos los motocarros en el billar, en el billar yo estoy jugando con el compañero Aldo la cerveza, ahí jugamos a la cerveza, yo iba perdiendo, él me iba ganando, en esos la muchacha se presenta al billar, se sentó ahí con Carlos, después comenzaron a llegar los compañeros de trabajo que reúnen ahí y manejan motocarro, y yo como iba perdiendo y Aldo iba ganando, él estaba lleno con la cerveza, la muchachita la cogía ella misma la pedía, yo me aburrí de jugar, porque iba perdiendo como 30.000 pesos y no jugué más, se pusieron a jugar otros compañeros, ella me miraba, me picaba el ojo, ella salió al rato con Carlos, después vino Carlos y se puso a tomar conmigo, como yo ya había dejado de jugar, la muchacha fue la que se puso a tomar conmigo, no Carlos, Carlos se fue del billar, y yo quedé tomando con la muchacha, comenzó a hablar conmigo, me sedujo ahí, yo le dije a Wilson que me llevara con la muchacha, Wilson me llevó a Tropicor, yo entré con la muchacha a la pieza, le dije a Wilson que diera una vuelta, que después viniera por mí, entonces yo estuve con ella gusto a gusto en la pieza, ella pidió dos cervezas por el teléfono, las tomamos, duré con ella como una hora, tuvimos las relaciones normal y ella llamaba a la muchacha para pedir las cervezas, ella misma llamó para que le abrieran, entonces vino una muchacha y un muchacho y abrieron, nosotros salimos normal, Wilson llegó, nos montamos la muchacha y yo en el motocarro y la muchacha saludó a Wilson y ella dijo, bueno vamos para el billar otra vez y salimos para el billar...legó en sus cinco sentidos...”⁹. (Subraya fuera de texto).

Por su parte, Carlos Enrique Vargas Polo adujo que:

“... Lo que pasó el día viernes 7 de octubre, yo me encontraba en la panadería del hipódromo con mi compañero Bleicer, compramos una litro con unos panes, estábamos merendando, cuando se presentó la muchachita, llegó y se acercó dónde estábamos nosotros, nos saludó, se puso a conversar con nosotros ahí, yo le pregunté que de dónde venía, ella me dijo que estaba amanecida, nos dijo que iba a hacer un mandado por ahí mismo, yo me fui con el compañero Bleice para el billar, entramos al billar, Bleicer conmigo, ella entra más atrás, llegaron los otros compañeros del motocarro, comenzaron a jugar billar, ella se sentó ahí con nosotros, Bleicer, mi persona y habían otros motocarros que no le se los nombres y la muchacha, empezaron a jugar los muchachos de los motocarros y Bleice, ellos le brindaban cervezas de la que jugaban, el que estaba lleno se lo daba a ella, yo salí hacia el motocarro, cuando estoy en el motocarro, ella se viene más atrás, comenzamos a conversar, ella me comenzó a seducir, diciendo que quería estar conmigo, y entonces comenzó con la insistidera, yo hablando con ella nos fuimos, cuando llegamos allá al establecimiento el Tropicor, entramos a la habitación, tuvimos relaciones, cuando salimos de la habitación la muchacha que nos atendió se echó a reír con ella, yo le pregunté por qué se había reído con ella, que si la conocía, ella me dijo que ya había estado ahí tres veces. Yo me molesté y le dije que si yo hubiera sabido no hubiese venido con ella, cuando nos veníamos, ella me dijo que la llevara al billar porque iba a hacer un mandado, de ahí yo la dejé en el billar y me fui a trabajar, del resto no sé más nada...Diga el indagado si usted recuerda durante el tiempo que

⁹ Folios 142 a 144 C.O. No. 1 de Fiscalía.

estuvo en el Billar Pool Room, vio si los señores Wilson Orozco de la Rosa, Francisco Donado Gómez, César Hernández Teherán salieron de dicho establecimiento, en compañía de Carolina Vargas Marín... ella salió nada más conmigo, que fue cuando yo la devolví al billar...se notaba un poquito enguayabada y tenía tufo a ron, ella me dijo que venía amanecida, más yo no le pregunté más nada...nosotros estuvimos gusto a gusto, yo en ningún momento le pagué a ella nada, la pieza sí la pagué,quiero manifestar a la Fiscalía que yo usé preservativo cuando tuve relaciones con ella¹⁰. (Subraya fuera de texto).

Por otro lado, en la diligencia de indagatoria de Wilson Orozco de la Rosa, sostuvo lo siguiente:

“...Estábamos en el billar, ayer eran como las once y media y llegó la muchacha con un compañero mío de nombre Carlos, no sé el apellido y después se fue con la muchacha, no sé para dónde, se fueron en motocarro y volvieron como a las dos horas y se quedaron en el billar, se quedó la muchacha sola y él se fue en el motocarro y volvieron como a las dos horas y se quedaron en el billar, se quedó la muchacha sola y él se fue en el motocarro, entonces nosotros seguimos jugando y ella estaba sentada y un compañero mío de nombre Breiser no sé el apellido, estaba hablando con ella, Bleicer o Bleice me dijo que le hiciera una carrera en el motocarro y los llevé a la muchacha a un reservado que hay por el lado del puente Pumarejo, por la entrada de la escuela de Policía, creo que se llama Tropicor, entraron a la pieza y me dijeron que volviera como a la hora y a la hora yo volví y los recogí y los traje al billar el PoolRoom en el Hipódromo, cuando llegamos ahí viene el papá de la muchacha y se la lleva y me pegó en la nariz y me la partió y que porque yo estaba con ella y fue cuando llegó la policía y nos traen para la estación a Cesar Enrique y a Francisco que yo lo conozco como Luis....cuando se fue con Carlos y volvió, llegó toda mojada con el cabello mojado...cuando la llevé en el motocarro con Bleicer iba normal. Ella estaba tomando cervezas en el billar...porque el señor me ve que llego con ella en el motocarro y la dejó en el billar, el señor se la lleva yo vuelvo en el motocarro y cuando voy a entrar al billar no me dejaban entrar y estando ahí parqueado el señor me pega y me parte la nariz...yo recojo a los dos en el motel, los llevo al billar se baja la muchacha y yo sigo con Bleicer seguir trabajando, él en su motocarro y yo en el mío y volvimos a la media hora y nos quedamos afuera porque no nos dejaban entrar...no sé si estaba borracha, estaba tomando sí...”¹¹

En virtud que en diligencia de indagatoria los procesados Blaice Pascal Otero Julio y Carlos Enrique Vargas Polo aceptaron haber tenido el viernes 7 de octubre de 2005 relaciones sexuales con la presunta menor víctima y en aras de determinar si en efecto así sucedió, se llevó a cabo un informe pericial de genética forense donde se fueron estudiadas: (i) mancha de sangre de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; (ii) mancha de sangre de **Blaice Pascal Otero Julio**; (iii) mancha de sangre de **Francisco Luis Donado Gómez**; (iv) mancha de sangre de **Carlos Enrique Vargas Polo**; (v) dos escobillones de frotis de saco vaginal tomado a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; (vi) un escobillón con frotis introito vaginal y un escobillón con frotis de pliegues anales tomado a la presunta menor víctima; (vii) cinco fragmentos de tela tomados del pantalón interior perteneciente a la menor.

Vale resaltar que de todos los endilgados vinculados en indagatoria, no le fue tomada muestra corporal al procesado Wilson Orozco de la Rosa.

Así pues, en informe pericial No. DRB-DNA-092-2007, el Instituto de Medicina Legal, estableció lo siguiente:

¹⁰ Folios 145 a 147 C.O. No. 1 de Fiscalía.

¹¹ Folios 17 a 19 C.O. No. 1 de Fiscalía.

“iv. Interpretación de resultados:

(...)

De la fracción de espermatozoides del pantalón interior (M#2 y M#3) perteneciente a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se detectaron más de dos alelos en varios de los sistemas analizados, lo cual indica la presencia de células de más de un individuo. El perfil genético de xxxxxxxxxxxxxx, el de Blaicer Pascal Otero y de por lo menos un (1) individuo desconocido están totalmente incluidos en la mezcla, por lo tanto, ellos no se excluyen como los aportantes de las células encontradas en la evidencia analizada. Se calculó entonces la probabilidad de que las células encontradas provengan de Blaicer Pascal Otero Julio...se encontró que es 19.44 mil millones veces más probable que las células encontradas en el pantalón interior (M#2 y M#3) perteneciente a xxxxxxxxxxxxxx provengan de xxxxxxxxxxxxxx, de Blaicer Pascal Otero y de un individuo desconocido a que provengan de otros tres (3) individuos al azar de la población de referencia.

Por otro lado, el perfil genético de Francisco Luis Donado Gómez y de Carlos Enrique Vargas Polo no están totalmente incluidos en la mezcla de células encontrada en el pantalón interior (M#2 y M#3) perteneciente a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por lo tanto, Francisco Luis Donado Gómez y Carlos Enrique Vargas Polo se excluyen como aportantes de ésta mezcla de células...

(...)

Se observa que el haplotipo de Blaicer Pascal Otero Julio y el de por lo menos un (1) individuo de sexo masculino desconocido no se excluyen como aportantes de la mezcla de células masculinas detectada en la fracción de espermatozoides del frotis de saco vaginal, del frotis anal y del pantalón interior (M#2 y M#3) tomados y perteneciente a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.”¹²

Del dictamen descrito se infiere con certeza que: (i) Blaice Pascal Otero Julio en efecto accedió carnalmente a la menor víctima; (ii) si bien Carlos Enrique Vargas Polo, a quien le fue tomada muestra de sangre resultó excluido de la muestra de espermatozoides analizados, no es menos cierto que éste aceptó que accedió carnalmente a la menor, y si se excluye de dichas muestras ello obedece a que tal como lo sostuvo en su injuriada “uso preservativos”; (iii) por su parte el procesado Francisco Luis Donado Gómez también quedó excluido de la muestra examinada; (iv) al igual que Blaice Pascal Otero Julio, tampoco no quedó excluido de la muestra examinada un individuo de sexo masculino “desconocido”, es decir, a un ser humano que no le fue tomada la muestra, debe resaltarse que al único de los endilgados que no le fue tomada muestra de sangre fue al procesado Wilson Orozco de la Rosa, por lo que ello es un fuerte indicio que accedió a la ofendida.

Por su parte, la menor relató lo sucedido de la siguiente manera:

“...Mi mamá me llevó al médico, íbamos para una cita, en el Seguro Social, nos atendió el médico, entonces mi mamá iba para el seguro de las palmas, y me subió a mí en el bus de Transmercar, porque yo tenía las piernas peladas, le dije a mi mamá que iba a llegar donde una amiga que queda en el Parque La María, yo llegué y ella no estaba porque estaba en el colegio, yo me iba para la casa entonces yo paré el motocarro para que me llevara a la casa, entonces en vez de coger para la casa, cogió para un barrio y dijo que iba a hacer un mandado a cobrar una plata, entonces yo vi que se fueron reuniendo bastantes y me echaron un polvo y de ahí perdí el conocimiento y de ahí no recuerdo

más, ... ellos me lo daban a la fuerza, me daban ron y ahí le echaban un polvo blanco...”¹³. (Subraya fuera de texto).

Por su lado el administrador del billar tantas veces mencionado sostuvo:

“...Yo abrí el negocio a las diez de la mañana, aproximadamente como a las diez a once de la mañana llegó una pareja, llegaron dos muchachos y una muchacha y se pusieron los muchachos a jugar, y pidieron tres cervezas, y jugaron aproximadamente como 15 minutos jugando, cuando llegó un muchacho y se llevó a la china, y como a los 15 minutos regresó y venía bañada, con el pelo mojado, y dura como en cinco minutos más en el establecimiento, y vuelve y se va con dos tipos...”¹⁴. (Subraya fuera de texto).

Además, en diligencia de reconocimiento en fila de personas, la menor reconoció a Wilson Orozco de la Rosa¹⁵ y en audiencia pública también lo señaló como uno de los que habían participado de las relaciones sexuales sobre ella.

(iii) De la responsabilidad penal de los encausados

En el caso bajo examen se observa que la ofendida, el 7 de octubre de 2005, al despedirse de su madre tomó un bus de Trasmecar, se bajó y luego abordó un motocarro en el cual con un pañuelo le pasaron un polvo blanco, sin embargo, no recuerda con claridad lo que sucedió de ahí en adelante, solo que después de haber transcurrido un tiempo sabe que estuvo en un billar y los procesados Carlos, Blaicer y Wilson la llevaron a un cuarto y la accedieron sexualmente por la vagina y vía anal.

Al respecto, tal como la Sala describió en líneas anteriores, existe dictamen médico legal sexológico que comprueba con certeza la ocurrencia del hecho, al igual que dictamen toxicológico que determinó la sustancia bajo la cual se encontraba la menor el día de la ocurrencia de estos y a su vez, se realizó examen de ADN a las muestras de los espermatozoides encontrados en el cuerpo y pantalón interior de la menor.

Además de lo anterior, el administrador del billar donde departieron los encausados con la agredida, fue unánime al sostener que primeramente llegaron los hombres con ella, que primero se fue con uno (Carlos) con el cual llegó posteriormente con el cabello mojado (aspecto que también refieren los encausados) y que luego se retiró con otros dos hombres (Wilson Orozco y Blaice Pascal Otero) con los cuales regresó en el momento que su padre llegó al establecimiento.

Sin embargo, los recurrentes aducen que la menor incurrió en varias contradicciones en cuanto al número de personas que la accedieron carnalmente, no obstante, la Colegiatura observa que la agredida fue coherente al sostener que tomó un motocarro en el municipio de Soledad, que allí iban los procesados y le aplicaron un polvo blanco (que resultó positivo para cocaína) para luego llevársela a un cuarto y después un billar donde le dieron cervezas y que además la llevaban y traían de un cuarto donde cada uno la accedió individualmente (Establecimiento Tropicor).

¹³ Folios 33 al 35 C.O No. 1 de Fiscalía.

¹⁴ Folios 40 a 42 C.O. No. 1 de Fiscalía.

¹⁵ Folios 114 a 118 C.O. No. 1 de Fiscalía.

En ese orden de ideas, la Judicatura considera que los procesados Blaice Pascal Otero Julio y Wilson Orozco de la Rosa, realizaron un acceso carnal con la menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a quien antes la colocaron en un estado de inconsciencia que le impidió dar su pleno consentimiento para esas relaciones sexuales.

Vale resaltar que la puesta en estados de inconsciencia es la perturbación de los procesos síquicos internos, básicos o complejos, afectivos o intelectivos que impiden al destinatario de los agravios disponer, en un momento determinado, de las facultades provenientes de su conocimiento y de su contexto social, desquiciando su capacidad para asimilar estímulos y actuar de manera coherente con los mismos, y no se requiere que la víctima quede en coma profundo, anterior a la muerte, sino que simplemente, suficiente es la alteración de la capacidad cognitiva que le impida comprender lo que ocurre a su alrededor¹⁶.

Dicho estado de inconsciencia fue el que llevó a que la menor víctima no se acordara plenamente de lo sucedido, pues el día de los hechos alcanzó a percibir de manera intermitente y fraccionada lo que estaba ocurriendo sin poder, por efecto de la cocaína, oponer resistencia a los actos de los encausados.

Es por ello, que los estados de inconsciencia que tienen importancia para el derecho penal son el sueño, la fiebre, la ebriedad, la sugestión hipnótica y la intoxicación por drogas¹⁷.

En vista de lo anterior, aunque la defensa técnica de Otero Julio haya sostenido en su alzada que “al alcohol y las drogas acuden algunas parejas cuando están interesadas en consumir el amor material”, no puede desconocerse que en el caso que ocupa la atención de esta Sala, a la menor de tan solo 14 años de edad, los endilgados la colocaron en un estado de inconsciencia mediante la aplicación de cocaína y alcohol sin su consentimiento.

Además, los procesados fueron coincidentes en afirmar que la agredida llegó por sus propios medios al Billar y que tomó varias cervezas y los sedujo, empero, no dijeron nada acerca del estado somnoliento que se encontraba ésta a causa de la cocaína, por lo que las versiones de los endilgados no son coherentes, pues así como relataron que la agredida ingería cerveza, se pregunta la Sala ¿por qué no adujeron que se encontraba drogada?

También se observa que los recurrentes aducen su inconformidad con la declaración del padre de la menor, aduciendo que éste incurrió en varias contradicciones como la fecha del día de la ocurrencia de los hechos, sin embargo, del acervo probatorio se infiere que éste llegó al Billar Pool Room ubicado en el municipio de Soledad (Atlántico) en el momento en que los procesados Bleicer Pascal Otero y Wilson Orozco de la Rosa llegaban de Tropicor con la menor en el motocarro, y ello se comprueba con las declaraciones de los procesados y el administrador del billar, aunado a que el padre de la menor también coincide con ésta al sostener que el 6 de octubre de 2005 su progenitora la despidió al abordar un bus de Transmecar y que sólo supo de ella al día siguiente 7 de octubre, cuando le informaron que la habían visto en un Billar en el municipio de Soledad, donde finalmente llegó y la encontró bajándose del motocarro que manejaba Wilson Orozco y venía Blaice Pascal Otero Julio.

¹⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, Sala de Casación Penal, Sentencia del 20 de febrero de 2008, Radicado 23290, M.P. Dr. Julio Enrique Socha Salamanca.

¹⁷ Ibidem

Así las cosas, de las pruebas obrantes la Sala deduce que: (i) la presunta menor víctima, el 6 de octubre de 2005 tomó un motocarro en el Municipio de Soledad en el cual le dieron a inhalar cocaína y que era conducido por Wilson Orozco de la Rosa, y en el que se montaron Blaice Pascal Otero y Carlos Enrique Vargas Polo; (ii) el procesado Carlos Vargas la accedió carnalmente pero usando preservativos y por ello en el examen de las muestras corporales es excluido de las células encontradas en los espermatozoides examinados; (iii) por su parte, Blaicer Pascal Otero accedió a la menor, aspecto que se comprueba de su injuriada y el dictamen médico legal; (iv) las muestras en dicho examen que no fueron excluidas fueron las de la menor, del procesado Blaicer Pascal Otero Julio y de un sujeto masculino desconocido y al inculpado que no le fue tomada muestra fue Wilson Orozco de la Rosa, por lo que es un indicio que los espermatozoides del “individuo desconocido” correspondan a Wilson Orozco; (v) los procesados en sus indagatorias no manifestaron que la menor estaba bajo el efecto de drogas alucinógenas, hecho que fue comprobado mediante el dictamen del Instituto de Medicina Legal; (vi) los procesados Wilson Orozco de la Rosa y Blaicer Pascal Otero salieron con la menor rumbo al establecimiento denominado Tropicor y luego volvieron con ella al billar donde el padre de la menor los sorprendió.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 207 del Código Penal, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencias de 17 de junio de 2009, Rad: 31.236 y de 20 de febrero de 2008, Rad: 23290. M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

FECHA: Noviembre 5 de 2013

RADICACIÓN: 2013-00244-P-MC

DECISIÓN: Confirma sentencia apelada.

NULIDAD PROCESAL-Es la máxima sanción consagrada en el ordenamiento jurídico para corregir errores y hacer valer derechos sustanciales/**AUDIENCIA PREPARATORIA**-Si ninguno de los sujetos procesales solicitó la práctica de pruebas puede el juez decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos (L.600/00)

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMÉNEZ

Causa fáctica: En el presente caso, se procesa a un padre quien siendo demandado por no suministrar alimentos a su hijo, aporta recibos de pago falsos que utiliza para formular una excepción de pago en dicho proceso, y a su vez, afirma que fue un tercero el que le hacía entrega de dichos documentos, y aun así no fue llamado al proceso penal.

Extractos: “El derecho fundamental al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política, está integrado, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, por el conjunto de facultades y garantías previstas en el ordenamiento jurídico, cuyo objetivo básico es brindar protección al individuo sometido a cualquier proceso, de manera que durante el trámite se puedan hacer valer sus derechos sustanciales y se logre el respeto de las formalidades propias del juicio, asegurando con ello una recta y cumplida administración de justicia.

Una de las principales garantías del debido proceso, ha sostenido la Corte, es precisamente el derecho a la defensa, entendido como la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, de ser oído, de hacer valer *las propias razones y argumentos, de controvertir, contradecir y objetar las pruebas en*

contra y de solicitar la práctica y evaluación de las que se estiman favorables, así como de ejercitar los recursos que la ley otorga.

De ahí puede asumirse que es obligación del operador judicial, en ejercicio de la valoración probatoria, acudir a los medios de conocimiento a su alcance y desde luego que estén legalmente autorizados por la ley, caso nuestro aquellos surtos en el artículo 233 de la Ley 600 de 2000, el cual contiene la inspección, la peritación, el documento, el testimonio, la confesión y el indicio. Seguidamente, el artículo 237 *ibídem*, describe la *libertad probatoria* como aquella facultad asignada al Juez, para que pueda demostrar los elementos constitutivos de la conducta punible, la responsabilidad del procesado, las causales de agravación y atenuación punitiva y demás aspectos por cualquier medio probatorio, a menos que la ley exija prueba especial, respetando siempre los derechos fundamentales.

Es sabido que el *ius puniendi*, se encuentra en cabeza del estado Colombiano, como una potestad constitucional que tiene por virtud activar la acción penal, con el propósito de que se investiguen hechos que revistan las características de un delito, se establezca su existencia y se deduzca responsabilidad penal, en el marco del juicio y rodeando al acusado de todas las garantías constitucionales y legales.

Entonces, desde esa óptica tenemos que afirmar que el artículo 331 de la ley 600 de 2000, tiene como propósito facultar a la fiscalía general de la nación o su delegada, para que abra la instrucción y determine entre otros aspectos: “1) si se ha infringido la ley penal, 2) quien o quienes son los autores o partícipes de la conducta punible... ,3,4,5,6,”

Para el tribunal, no está claro que el señor cesar Hernández Otero, haya cometido la conducta punible de Falsedad en documento privado, porque en su indagatoria, señaló que se encontraba al día en la obligación que por alimento tenía para con su menor hijo Cesar Armando Hernández Peralta, ya que venía cancelando la suma de dinero de \$ 100.000 hasta antes del proceso de alimento instaurado por la progenitora del menor y como prueba de ello excepcionó por pago, anexando 13 recibos de \$100.000 cada uno, como prueba de sus asertos.

Al resultar luego de pruebas técnicas sobre estos documentos que las firmas allí impresas como de la madre del menor eran falsas, respondió que no fue el generador de las falsedades, habida cuenta que quien recibía el dinero de las cuotas era Carlos Balcázar, su cuñado y quien pudo localizarse en la calle 37F No. 1f-19, barrio Villa del Carmen de esta ciudad, amén de informar que quienes elaboraban los recibos era su hija Juneidis Hernández, que puede ubicarse en su residencia y otras veces su secretaria de nombre Claudia, de quien afirma no conocer su dirección.

También se observa que al procesado, se le tomaron muestras manuscriturales a fin de realizar la prueba grafológica de rigor y determinar si las firmas surtas en los recibos de cuota alimentaria como de la denunciante son suyas o no. Intento fallido por parte de la fiscalía, sin que exista una explicación sobre el particular, lo que deja ver que el indagado dio sus explicaciones, se sometió su conducta al escrutinio de la justicia, sin que se hicieran todos los esfuerzos por confirmar o infirmar su hipótesis defensiva, ni en la instrucción ora en el juicio, porque era una obligación del estado despejar todas estas dudas, porque no se podía dejar gravitando de condenarse en estas condiciones al acusado, la posibilidad de que pudiera ser Carlos Balcázar, quien no solo firmó los recibos por la

denunciante, sino que se apoderó del dinero o que pudo ser otra persona como la propia hija del procesado o su misma secretaria.

No debe olvidarse que el artículo 20 de la ley 600 de 2000, dice: *El funcionario judicial tiene la obligación de investigar tanto lo favorable como lo desfavorable a los intereses del imputado*”, mientras que el artículo 401 ibídem, referente a la audiencia preparatoria señala en parte pertinente que: “...donde se resolverá sobre nulidades y pruebas a practicar en la audiencia pública, incluyendo la repetición de aquellas que los sujetos procesales no tuvieron posibilidad jurídica de controvertir. El juez podrá decretar pruebas de oficio.”

Por modo que si en la audiencia preparatoria ninguno de los sujetos procesales solicitó la práctica de pruebas, dada la advertida inconsistencia probatoria que se avistaba en el proceso y en la argumentación de la fiscalía en el pliego acusatorio, ha de recordarse que las citas vertidas en la indagatoria-folio 75 y 75 cuaderno original- como medio de prueba y defensa, debían evacuarse de manera efectiva y material para satisfacer el principio de contradicción como derivado del derecho de defensa, cosa que no hizo el juez de conocimiento en uso de la oficiosidad que detenta como juez director del proceso, lo que hace activar la pregunta obligada, ¿ qué papel procesal y de defensa material desempeña la diligencia de indagatoria? Pues a nuestro juicio es una garantía legal de todo procesado, para que pueda explicar de manera material su conducta que es objeto de relevancia jurídico penal, explicación que debe bastantearse con los medios de pruebas, regular y oportunos allegados a la actuación, antes y después del recaudo de esta diligencia, como expresión justa y ecuánime de un estado de derecho, que garantiza la presunción de inocencia.

Ante el panorama reseñado y entendiendo que el juicio se abre paso al debate forense y probatorio, aquí la omisión de la defensa de reiterar las pruebas a partir de las citas del procesado, no se convierten en una estrategia defensiva, porque el juez no tenía a su alcance la certeza del hecho, como cometido por el procesado, para deducirle responsabilidad en este, porque si así fuese cómo podemos desdorar o eliminan las hipótesis defensivas del acusado, máxime cuando según prueba grafológica hay un recibo de alimento en donde se concluye que las firmas allí colocada pertenece a la señora Patricia Peralta Vásquez, lo que sugiere afirmar que hay un principio de verdad, que no toda hasta ahora, en las explicaciones del señor Cesar Hernández Otero-folio 88- lo que contrasta en ese medular aspecto, con el contenido de la denuncia, en donde se hace inferir que los 14 recibos de pago de alimentos surtos en el expediente no contienen la firma de la señora Patricia Peralta Vásquez.

Pues bien, aquí el Estado, violó el debido proceso, porque estaba obligado a hacer un esfuerzo así sea mínimo de constatar las citas y explicaciones dadas por el acusado en su indagatoria, dado que brilla por su ausencia cualquier manifestación averiguatoria sobre el particular y también la defensa contribuyó con esta lesión porque ni siquiera reparó en esos objetivos tópicos, que como elemental le correspondía a una defensa, no formal sino técnica en el cabal entendimiento de cumplir con el rol que asume un abogado, dentro de un proceso penal, por lo que la violación emerge de doble vía o lo que es lo mismos en contra del debido proceso y derecho de defensa regulados en el artículo 306 de la ley 600 de 2000, como causales de nulidad, en el entendido que este castigo es extremo, es comprensible hoy y de aplicación pragmática porque no se encuentra forma de recomponer las falencias probatorias y defensivas que conspiran profundamente para decidir con justeza la suerte de esta causa sometida a la justicia.

La nulidad lo será a partir de la audiencia preparatoria para que el juez en uso de su oficiosidad probatoria y de cara a nuestros motivaciones procure cumplir con la carga que el estado le impone ante situaciones como las que nos incumbe en satisfacer el ejercicio de la defensa material, que no fue garantizado desde la incursión del procesado al proceso penal, mediante declaración de indagatoria.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene **salvamento parcial de voto** suscrito por el Magistrado Jorge Eliécer Mola Capera, cuyas manifestaciones principales fueron las siguientes:

“En el presente caso, en virtud que el procesado Cesar Hernández Otero, ha manifestado a lo largo del transcurso procesal que no fue quien falsificó los recibos, debido a que él los entregaba y posteriormente se los devolvían con un recibido de la señora Patricia Peralta Vásquez madre de su hijo, y que en su mayoría era su cuñado Carlos Balcázar; esta Corporación determinó decretar la nulidad de lo actuado a partir de la audiencia preparatoria, sin embargo, considero que la nulidad debió decretarse a partir de la resolución de acusación, porque el sindicado afirmó que él no realizó la conducta punible, y en esas circunstancias debió vincularse al cuñado del inculpado, para que fueran investigados bajo una misma cuerda procesal, pues podría tratarse de una coartada por parte del enjuiciado.

Ahora bien, teniéndose como único procesado por los hechos acusados por la Fiscalía al señor Cesar Hernández Otero, debe resaltarse que la falta de introducción de una prueba esencial conduce a la absolución no a la nulidad, al respecto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia ha resaltado lo siguiente:

“...El efecto material adecuado que debe tener la serie de yerros en precedencia destacados, no puede ser otro diferente al de la confirmación de la decisión absolutoria proferida por el A quo, aunque las razones se aparten un poco de los argumentos que sustentaron esa decisión. En efecto, no se discute cómo en la novísima legislación inserta en la Ley 906 de 2004, sigue vigente, incluso con mayor acento, por virtud del principio acusatorio, el principio de carga de la prueba, a cuya consecuencia de la fiscalía se obliga demostrar los diferentes elementos que componen la conducta punible y la responsabilidad del procesado, para lo cual, huelga anotar, es de su resorte allegar pruebas conducentes y pertinentes, de manera oportuna.

Entonces, si para el caso concreto, la demostración de la responsabilidad culposa del procesado, requería allegar elementos de juicio que soportasen la supuesta negligencia en la tarea puntual de conservar en óptimo estado técnico mecánico el vehículo por él conducido, y si ese factor estaba determinado por el experticio que habría de rendir la persona encargada de examinarlo, elemental se observa señalar que en cabeza de la fiscalía asomaba indispensable cumplir con la carga de descubrir ese informe desde el momento mismo de la presentación del escrito acusatorio y luego, en la audiencia preparatoria, no solo anunciar que se introduciría, sino velar para que, en tratándose de prueba pericial, se convocase al experto a audiencia de juicio oral, a fin de que rindiera allí sus explicaciones.

Como la Fiscalía, por incuria o desconocimiento de la sistemática acusatoria, hizo poco por allegar adecuadamente esa prueba fundamental, el precio que ha de pagar no puede ser otro distinto al de ver decaer su pretensión, dado que, en estricto sentido, no demostró cuál fue la causa del accidente y, en particular, el tipo de comportamiento culposos del procesado que, atado a ese resultado por un nexo inexcusable, hiciera patente la necesidad de condenarlo. Y si bien, como se destacó al inicio, fueron muchas otras las conductas procesales erráticas de las partes y del mismo juez de conocimiento –singular y colegiado-, que incluso pueden generar la nulidad de parte de lo actuado, carece de sentido ordenar se rehaga el trámite desde determinado momento procesal,

cuando está claro que aún así, ya no es posible para la Fiscalía presentar adecuadamente esos elementos de juicio indispensables –ni otros diferentes, sobra anotar-, permaneciendo invariable la consecuencia referida a que no se probó, ni podrá hacerse, el elemento sustancial de responsabilidad...”.

En ese orden de ideas, considero que se debió decretar la nulidad de lo actuado a partir de la resolución de acusación.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 29 de la Constitución Política, artículo 20, 233, 237, 306, 331 y 401 de la Ley 600 de 2000.

FECHA: Octubre 31 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-31-04-006-2011-00408-01/**2013-00222**

DECISIÓN: Decreta nulidad desde la audiencia preparatoria del proceso.

ESCRITO DE ACUSACIÓN- Su presentación extemporánea no hace nula la actuación respectiva/**NULIDAD DE ACTUACIONES-** Debe responder a principios de trascendencia y violación de garantías fundamentales

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica: El actor pretende que se decrete la nulidad a partir del momento en que el fiscal radicó el escrito de acusación, por cuanto fue presentado extemporáneamente, circunstancia que considera la defensa que lesiona los derechos fundamentales del procesado.

Extractos: “...quien alega o pide la nulidad debe y tiene que demostrar que la irregularidad propuesta afecta las garantías constitucionales de los sujetos procesales o desconoce la estructura básica del proceso judicial y que no existe otro dispositivo procesal distinto a la nulidad para subsanar el yerro cometido, además de afectarse el derecho de defensa que aquí no se vislumbra, exigencia que no acató el apelante, de quien dicho sea de paso, hizo aseveraciones en torno a la privación del encausado, como haciendo ver que la misma lo estaba atado a este procesado, siendo que ello no es cierto, y así lo dejaron claro los demás sujetos procesales. Así que, si la lesión que alude el impugnante lo es por la restricción de la libertad, la causa por él propuesta se desvanece, y correlativo con ello, la supuesta transgresión.

Más aún, siguiendo con las directrices de la Corte Suprema de Justicia, tenemos que en auto de fecha veinticinco (25) de Febrero de 2004 se le dio primacía al principio de trascendencia, respecto del cual se dijo que:

“Esta exigencia supone, cuando el reproche se formula desde la perspectiva de la causal tercera, que la censura se desarrolle acatando los principios que orientan la declaratoria de las nulidades, en especial el contenido en el numeral 2º. del artículo 310 del Código de Procedimiento Penal, conocido como el de trascendencia, según el cual

“Quien alegue la nulidad debe demostrar que la irregularidad sustancial afecta garantías de los sujetos procesales, o desconoce las bases fundamentales de la instrucción y el juzgamiento”.

No se trata simplemente de demostrar la existencia de un vicio, sino que es preciso además acreditar no sólo su naturaleza sustancial sino también –en el caso que se examina- que materialmente afectó garantías de los sujetos procesales”.

Acorde con lo anterior, mal podría hablar este Colectivo Judicial de la existencia de un vicio al interior del proceso, puesto que siendo necesario acreditar no sólo su naturaleza sustancial como ha dicho la Alta Corporación, sino también cómo, y de qué forma materialmente ello afectó garantías del procesado, y tal exigencia no se cumplió, refulge en forma diáfana que, la nulidad aquí pedida no es pertinente, puesto que no se demostró la trascendencia que tiene que haya fenecido la oportunidad del ente acusador en dos ocasiones, en lo de su competencia, y en cambio lo que si se vislumbra es una estrategia defensiva con miras a producir un efecto de dilación de esta causa.

Por lo tanto, siendo su deber plantear el fundamento de hecho y de derecho en que fundó su concepto para decretar la nulidad, y no habiéndolo hecho, no es conducente que se estime que su sólo dicho sea suficiente para conceptuar que existe alguna irregularidad en lo que va del proceso o que el mismo se pueda tener por viciado.

Al respecto vale recordar que el precedente judicial de la Honorable Corte Suprema de Justicia enseña que “el vencimiento de los términos por sí sólo no genera nulidad”, pues es necesario que se hubieren quebrantado derechos fundamentales, tales como el debido proceso y el derecho a la defensa, a la instrucción, al juzgamiento y ello no ha sucedido aquí, ni mucho menos se ha sostenido o demostrado nada al respecto.

Ha dicho la Alta Corporación en sentencia de casación, de Octubre 11 de 1996, Radicación N° 9079, con ponencia del Dr. Juan Manuel Torres Fresneda que:

“...no toda demora en la adopción de una determinación, ni toda prolongación de la actuación más allá de los términos legalmente establecidos, puede constituir violación a ese derecho del procesado, porque la transgresión no emana de la sola y objetiva dilación...

las causas que la hayan generado, sea que radiquen en obstrucción indebida de las partes, falta de colaboración de los auxiliares de la justicia, en razones nada infrecuentes de congestión en los despachos judiciales, o en la complejidad misma del asunto o el volumen del expediente y piezas procesales objeto de valoración.

podrían determinar una invalidación que reconduzca la actividad bajo los cauces garantistas de un debido proceso, como así se dijo en providencia del 10 de mayo de 1991, bajo ponencia del Magistrado doctor Gustavo Gómez Velásquez, que es precisamente la que evoca la Procuraduría:

"Es verdad... que el término de instrucción sobrepasó con creces el que manda la ley como ordinario y normal. Su incumplimiento no produce, totalmente, la decadencia de todo lo actuado o parte de lo realizado, mientras no se demuestre una turbia intención en el instructor, para actuar de ese modo, mientras no se advierta que tal obrar privó a la defensa, a la parte civil o al ministerio público, de la posibilidad de intervenir aportando pruebas, controlando diligencias, rebatiendo oportuna y adecuadamente lo practicado y, en fin, introduciendo los recursos de Ley, no es dable invocar el desconocimiento de un término, de una fórmula de carácter procedimental, para pedir la declaratoria de nulidad. Si se asumiera criterio diferente, la conclusión lógica pero cerradamente dañina y contraria a los fines de la justicia, sería la inexistencia de los procesos, pues estos no dejan de ofrecer, unos más otros menos, desobediencia en cuanto a los términos, debido a la carencia de medios adecuados para cumplir religiosamente con los mismos, o por la ola gigantesca de delincuencia que desde buen tiempo atrás amenaza casi que con disolver las instituciones nacionales... Se estaría sacrificando los fines los fines del procedimiento, considerado en su integridad, a las fórmulas ideadas para objetivos más cuerdos y plausibles. Siempre se ha dicho que no procede la nulidad por la nulidad, que no puede extremarse la obediencia ciega y etérea del precepto, ni sacrificar el derecho a la forma o al medio de ejecución...

que la demora hubiese privado a la defensa de posibilidades de control del proceso, de aporte o controversia de las pruebas, de la interposición de recursos legales u otra prerrogativa

sustancial que comprometa sus garantías y derechos, ni la Sala otea que ello haya sucedido, como tampoco en detrimento de la parte civil o el Ministerio Público. Ello solo conduce a desestimar, por las varias razones advertidas, el cargo de nulidad que se formula.”

De otro lado, mucho se ha discutido si siquiera haya proceso antes de la acusación, así lo enseñara el Cooredactor del Código de Procedimiento Penal, Hoy Ley 906 de 2004 Dr. Jaime Granados Peña en conferencia dictada en esta Ciudad en Octubre de 2007, en el paraninfo de Comfamiliar, dos meses antes de entrar en vigencia el SPOA en este sector del país.

Decía entonces el expositor que en cuanto a las actuaciones preliminares o antes de la acusación, no podía hablarse de un proceso penal propiamente dicho, y ello porque cualquier Juez de Garantías podía conocer de las audiencias preliminares, entonces no habría un orden ni continuidad en las actuaciones, ni habría un titular, puesto que la Fiscalía independientemente desarrollaba escasamente la investigación, sin posibilidad de tomar decisiones de fondo en el proceso, puesto que hoy en un día la acusación no es un acto judicial propiamente dicho, es por ello que esta nulidad tampoco tendría razón de ser, para que la Fiscalía repitiera una imputación que ya se dio por agotada, y una acusación que se encuentra en trámite. Finalmente, las audiencias preliminares o antes de la acusación del artículo 154 se llevan a cabo ante cualquier Juez de control de garantías y vemos con independencia las unas de otras. Empero esa discusión la zanjó la Corte Constitucional al enseñar que si hay proceso porque existen actos que son consecuentes de otros como la necesidad de imputar medida de aseguramiento para afectar la libertad o posteriormente poder acusar.

También porque se pueden afectar derechos como el embargo de bienes o inclusive fundamentales como la libertad y para su garantía es menester que haya proceso; además y porque es ante el allanamiento a cargos lo que procede de inmediato es el dictado de la sentencia y por tanto la terminación o finalización del tratamiento. Empero ello pone de presente que no tendría sentido anular ahora para repetir casi exactamente lo actuado sin ninguna o mayor diferencia, ello no tiene razón de ser.

El proceso también está reglado por principios de economía y eficacia, por tanto la nulidad sólo procede cuando aparece como necesaria para modificar lo actuado, tampoco es cierto absolutamente que vencido los términos para acusar se tenga que solicitar preclusión, pues ello depende más allá de lo formal de la prueba y de los hechos imputados y de otras circunstancias previstas en los numerales 1 al 6 del artículo 332, ya que del sólo acaecimiento de los términos o como causal simple, no impone que la Fiscalía puede renunciar y ni obviar su deber de ejercer la acción penal y la persecución del delito, es decir, el *ius puniendi*, en su obligación de investigar y acusar cuando a ello haya lugar (artículo 250 de la Constitución Nacional). Es decir, que la fiscalía no puede renunciar per se al *ius puniendi*, ni a la acción penal.

Así entonces, sólo lugar a que se investigue si existe responsabilidad disciplinaria al dejar vencer los términos, pero nunca el decretamiento de la nulidad. Debe agregar la Sala sobre este tópico, que la nulidad tiene propósito de control y de corrección, luego, si la jurisdicción anula, para que la fiscalía repita exactamente un acto procedimental agotado, la nulidad carece de razón de ser como viene dicho, ya se sostuvo que, en efecto ante unos hechos criminales, donde puede existir probabilidad de verdad, la fiscalía no puede renunciar *per se* a la acción penal, y ello se decanta de hacer hermenéutica entre los

artículos 332, 175, y 294, que sí se leen con detenimiento de acuerdo al 294 se observa que vencido los términos, como estaban en este caso, el fiscal puede presentar preclusión o acusación, como se hizo aquí; el cual dice: “Vencido el término previsto en el artículo 174 el fiscal deberá solicitar la preclusión **O FORMULAR LA ACUSACIÓN ANTE EL JUEZ DE CONOCIMIENTO**”, expresión que es disyuntiva, es un círculo vicioso que debe entenderse, porque se impone el deber de persecución penal de la fiscalía, de tal forma que el nuevo fiscal llega a este término, entonces la pretensión de la defensa de que se tenga que presentar preclusión no es cierta, es decir, hay dos posibilidades, el fiscal puede optar por las dos, máxime que no puede renunciar a la acción penal, sobretodo por los indicios que se hayan recabado; el sólo vencimiento de términos no genera nulidad, y si hay indicio, la preclusión sería inocua, que no puede hacer tránsito a cosa juzgada, es mejor, es más práctico, y es de ley que ese debate debe hacerse en el juicio, sin perjuicio que la persona salga absuelta. No es el vencimiento puro lo que genera nulidad; hay una contradicción entre el 332, y el 294, porque el Fiscal dice que tiene dos cosas por hacer.

Por último, y en cuanto a la pretendida libertad solicitada por la defensa, debemos aclararle, en este estanco y la instancia procesal, que lo es de conocimiento, al defensor que como lo afirmó la fiscalía lo que éste alega en cuanto a la detención preventiva en que se encuentra su defendido, no es por esta cuerda procesal, la misma no es consecuencia del escrito de acusación que presentó la fiscalía extemporáneamente, puesto que si bien el imputado se encuentra privado de la libertad no es por el proceso de la referencia sino por otro hecho en que ha incurrido, por tal motivo ningún sentido viene a tener que siquiera nos pronunciemos de fondo respecto de ello. Además se reiteró que, la libertad sea por vencimiento, u otra causal, aun cuando se esté desarrollando el juicio, es una audiencia preliminar por naturaleza, y sólo es competencia del Juez de Control de Garantías, cuya segunda instancia es un juez de la misma naturaleza, de circuito, de ahí que la petición es atípica y temeraria, de ahí pues que ni la jueza de primera instancia era competente, ni lo es esta Sala; el artículo 2 del Código de Procedimiento Penal es claro “El juez de control de garantías, previa solicitud de la Fiscalía General de la Nación, ordenará la restricción de la libertad del imputado cuando resulte necesaria para garantizar su comparecencia o la preservación de la prueba (...) dispondrá la modificación o revocación de la medida restrictiva si las circunstancias hubieren variado y la convirtieren en irrazonable o desproporcionada (...) el capturado deberá ponerse a disposición del juez de control de garantías en el menor tiempo posible sin superar las treinta y seis (36) horas siguientes.” Luego es una competencia excluyente y exclusiva de los Jueces de Garantías.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Suprema de Justicia, Sala Penal, Sentencia de 5 de noviembre de 2008, Rad: 30033, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca,

FECHA: Noviembre 15 de 2013

RADICACIÓN: 08-758-60-01055-2011-03297-01/ **2013-00099-P-CR**

DECISIÓN: Niega la nulidad propuesta por el defensor del procesado.

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA- Caso de la madre que interpone la acción de tutela en nombre de su hijo que se encuentra prestando el servicio militar/**EJÉRCITO NACIONAL-** Debe velar en sus actuaciones por el apego al debido proceso administrativo

MAGISTRADO SUSTANCIADOR: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS, Sala Civil-Familia

Causa fáctica: En el presente caso, la parte actora pretende mediante el trámite tutelar amparar los derechos de su hijo quien se encuentra recluido prestando el servicio militar, a quien se le atribuyó como modalidad la de “soldado Regular” contraviniendo los parámetros de la ley al desconocer su condición de bachiller.

Extractos: “Ha rogado la protección constitucional la señora Nelva Rosa Herrera Arrieta quien manifiesta ser madre del joven Jeison Enrique Ariza Herrera y actuar en su calidad de tal, en el presente trámite.

Bajo esta circunstancia, dada la informalidad que se predica de la acción constitucional que nos ocupa, la Sala abogando al principio de la buena fe, y la veracidad del hecho de la condición de madre con que dice actuar la promotora, y ante todo bajo la gravedad de juramento el que se entiende prestado con la radicación del escrito de escrito tutelar, este colegiado no encuentra reparo alguno al manifestar tal calidad, exonerándola entonces de acreditarlo a través de la prueba idónea y pertinente tal como opera en otras causas ordinarias.

Sin embargo, para efectos de la legitimación que se alude, ¿bastó que con que la actora abogara tal condición para interpelar la tutela y pedir protección a derechos fundamentales ajenos?

Cumple advertir, que realizado el estudio e interpretación de los hechos que rodean el caso en particular, cabe encuadrar el asunto frente al tema de la legitimación bajo la modalidad de la agencia oficiosa, aun cuando la promotora no hubiere hecho alusión en la demanda, a tal instituto, aspecto que responde a una carga eminentemente formal que debe ceder ante lo sustancial.

(...)

Del mismo escrito de tutela, se infiere entonces que el titular de los derechos fundamentales que se persiguen en la tutela, se encuentra prestando el servicio militar obligatorio, circunstancia que supone que la persona se halla, en una imposibilidad material de ejercer su defensa precisamente por las condiciones de concentración y obediencia a su superior que rescata la jurisprudencia.

Con relación al tema la Corte Constitucional se refirió en los siguientes términos¹⁸:

(...)

“5. En particular, en la sentencia T-372 de 2010 esta Sala de Revisión precisó las reglas de la legitimidad para actuar cuando se interpone la acción de tutela en nombre de quien está prestando el servicio militar obligatorio. En tal sentido, puntualizó: “para determinar la legitimidad de un padre que presenta acción de tutela como agente oficioso de su hijo mayor de edad que está prestando el servicio militar, debe tenerse en cuenta que (i) los lazos de consanguinidad de los padres con el titular de los derechos que tenga plena capacidad jurídica no constituyen razón suficiente para presentar en su nombre una acción de tutela, y que, en razón de ello, deben concurrir en la demanda de tutela los dos

¹⁸ T- 926 de 2011.

*elementos propios de la agencia oficiosa. Por esta razón, (ii) el accionante debe manifestar que actúa como agente oficioso; **pero, apartándose de las decisiones anteriores, (iii) es necesario que figure expresamente o se infiera del contenido de la tutela que el titular de los derechos no está en condiciones materiales para promover su propia defensa, porque está prestando el servicio militar obligatorio, lo que implica someterse a condiciones de concentración y obediencia debida a su superior jerárquico.***

Apelando entonces al criterio jurisprudencial reseñado y los breves racionamientos efectuados a partir de las directrices de la fuente citada, la Sala no encuentra reparo alguno a la actuación adelantada por la promotora quien pasa sin ambages, como agente oficioso de su hijo Jeison Ariza Herrera.

(...)

De acuerdo al panorama circunstancial que se describe en la tutela, la Sala observa que el derecho fundamental que se involucra en estos asuntos es el debido proceso administrativo, de allí que existen precedentes de la Corte Constitucional sobre casos similares en las cuales, enfoca su estudio frente a dicha garantía, vrg, en la sentencia T-711 de 2010.

En efecto, el derecho fundamental en comento, tiene estrecha relación con el sometimiento a la normatividad específica que regula el servicio de reclutamiento y movilización en Colombia, de allí, que al tenor de lo contemplado en el artículo 29 de la Carta Política es imperioso el respeto del debido proceso, no sólo en los juicios y procedimientos judiciales sino administrativos.

Previo a descender al análisis del caso concreto cobra particular importancia traer en síntesis el tema relacionado con la prestación del servicio militar obligatorio, a partir de los cánones constitucionales referidos al tema de las fuerzas militares en Colombia.

(...)

Así, la Corporación legislativa expidió la Ley 48 de 1993 “*por la cual se reglamenta el servicio de Reclutamiento y Movilización*”, que para el tema específico de la tutela bajo análisis conviene citar el artículo 3° de la mencionada disposición normativa, que estableció que todos los colombianos están obligados a tomar las armas cuando las necesidades públicas lo exijan, para defender la independencia nacional y las instituciones con las prerrogativas y las exenciones que se prevean.

Por su parte, el artículo 10 de tal cuerpo normativo, consagró la obligación expresa de todo varón colombiano de “*definir su situación militar a partir de la fecha en que cumpla su mayoría de edad, a excepción de los estudiantes de bachillerato, quienes definirán cuando obtengan su título de bachiller*”.

Por otra parte, dicha disposición, señala tanto las modalidades para atender la obligación relacionada con la prestación del servicio militar obligatorio, como las distintas etapas que deben surtirse a efectos de lograr la definición de la situación militar, procedimiento que inicia con la fase de inscripción y culmina con la clasificación. Las normas que abordan la temática, son del siguiente tenor:

“ARTICULO 13. *Modalidades prestación servicio militar obligatorio. El Gobierno podrá establecer diferentes modalidades para atender la obligación de la prestación del servicio militar obligatorio. Continuarán rigiendo las modalidades actuales sobre la prestación del servicio militar:*

- a) Como soldado regular, de 18 a 24 meses;*
- b) Como soldado bachiller durante 12 meses;*
- c) Como auxiliar de policía bachiller, durante 12 meses;*
- d) Como soldado campesino, de 12 hasta 18 meses.*

PARAGRAFO 1°. *Los soldados, en especial los bachilleres, además de su formación militar, y demás obligaciones inherentes a su calidad de soldado, deberán ser instruidos y dedicados a la realización de actividades de bienestar social a la comunidad y en especial a tareas para la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.*

PARAGRAFO 2° *Los soldados campesinos prestarán su servicio militar obligatorio en la zona geográfica en donde residen. El Gobierno Nacional organizará tal servicio tomando en cuenta su preparación académica y oficio.*

De los parámetros trazados por el articulado en comentario, se desprende que la situación de los soldados bachilleres, los sitúa como una modalidad de prestación del servicio militar, disímil y especial del resto de las previstas para cumplir con el servicio militar obligatorio, tales como soldado regular, soldado campesino o auxiliar de policía bachiller.

Con el agregado que los soldados bachilleres, deben ser instruidos para dedicarse a la realización de actividades de bienestar social a la sociedad y en especial a labores conectadas con la preservación del medio ambiente y conservación ecológica.

Sobre el particular, la jurisprudencia constitucional ha puesto de presente que la razón de ser de la diferenciación entre soldados bachilleres y las demás modalidades de prestación del servicio militar obligatorio, radica: *1.- Por un lado, en haber concluido estudios de bachillerato, lo cual se traduce en un grado de capacitación intelectual que presupone el mejoramiento eventual de los niveles de productividad en la sociedad; y 2) en el reconocimiento de los distintos patrones geográficos que permiten la subclasificación entre ciudadanos urbanos y rurales, en atención a la situación socio-cultural, económica e histórica propia de cada territorio.*

Para la Sala funge con diamantina claridad que el trato desigual adquiere relevancia considerable desde la órbita constitucional, pues las modalidades bajo las cuales se presta el servicio militar obligatoria acompasa diversas situaciones objeto de regulación por parte del legislador, a más que se impone respetar el querer del legislador que al elevar a categoría legal tales modalidades no fue por simple capricho, sino llevado por las diversas condiciones de intelectualidad y formación que tenga el ciudadano reclutado.

Descendiendo al caso concreto, se ha comprobado que el joven Jeison Enrique Ariza Herrera terminó sus estudios secundarios en el Centro Comunitario De Educación Básica y Media N° 187 Cívico 7 de Abril, tal como lo da cuenta la copia del Diploma visible a Folio 4, así mismo, obra copia de la certificación del rector de dicho plantel (F1 5), en la que se hace constar que el referido joven recibió grado de bachiller en el año lectivo 2011

Ahora bien, de la intervención que hiciera una de las autoridades vinculadas al trámite aporta como prueba lo que denominan el Freno Extralegal, documento que suscribe el reclutado y cuyos puntos que certifica y relacionados en el formato, ninguno hace relación a indagar si el juramentado es bachiller o no, siendo un aspecto de suma relevancia a

efectos de establecer de manera automática si la persona se recluta en su calidad de soldado regular o bachiller.

Tales inconsistencias desde el ámbito administrativo no tiene porqué soportarlas el actor, quien cumplió con la carga de acreditar en este trámite que ostenta la condición de bachiller, eventualidad conocida por la autoridad accionada, aun cuando sea con ocasión a la interposición de esta acción, que ni aún así, en defensa mostró el compromiso de revisar el caso del accionante, sino simplemente argüir que el soldado está obligado a permanecer en las filas de las fuerzas en su calidad de soldado regular, bajo el juramento realizado, como si la condición de bachiller fuera una circunstancia sobreviviente al compromiso de prestar el servicio, y no anterior a la misma.

En ese orden de ideas, como quiera que la ley no impone agotar trámites para pedir el cambio de modalidad en la prestación del servicio militar, el ejercicio de la tutela en forma directa, surgió adecuada, toda vez que el accionante, no está obligado a soportar unas condiciones y cargas en la prestación del servicio, cuando por ley se hace acreedor de cobijarlo otras realidades sustancialmente distintas.

Bajo esos parámetros, la Sala arriba a la conclusión que las autoridades encargadas del trámite de reclutamiento y remisión del actor, desconocieron el debido proceso administrativo, soportando esta decisión en las normas legales que avalan la situación de los estudiantes bachilleres que prestan el servicio militar.

Evidente fluye entonces, que los trámites que efectúen las autoridades militares de reclutamiento no deben perder de vista, 1.- El respeto por el debido proceso y 2.- Las garantías que de él se desprenden.

Se ha de precisar que las determinaciones que se adoptan en casos como el que ocupa la vista de esta censura, proyectan una modificación sustancial a las condiciones del compelido a prestar el servicio militar frente a la modalidad en que debe atender tal obligación, y que por ende conlleva consecuencias adversas a los intereses para los administrados y sometidos a soportar unas cargas de la cual no está obligado.

Una de las principales garantías del debido proceso es, precisamente, la oportunidad reconocida a toda persona, en el ámbito de cualquier proceso o actuación judicial o administrativa, que se traducen en ser oído, de controvertir, debatir, objetar pruebas en contra, ejercitar los recursos de ley, reclamar, presentar peticiones respetuosas etc...

Por tales razones encuentra la Sala que la autoridad bajo cuyo mando u órdenes se encuentra el soldado Jeison Enrique Ariza Herrera, esto es la llamada a adoptar las medidas restablecedoras del debido proceso conculcado al actor, pues desde el mes de agosto de 2013 que fue reclutado para luego remitirlo al Batallón de Ingenieros N° 10 “Gr Manuel Murillo” a prestar el servicio como soldado regular, ya éste ostentaba la condición de bachiller desde el mes de diciembre de 2011, y por tanto, debió ser reclutado en la modalidad correspondiente como lo dispone la ley, siendo ella, una fuente de orden público y de obligatorio acatamiento, y en ese orden de ideas, el soldado sólo debe permanecer adscrito por el espacio de 12 meses y no de 24.

Como quiera que en defensa la accionada reveló que el actor no manifestó su condición de bachiller, una vez el actor concurrió a la cita y luego fue reclutado, se imponía indagar

sobre tal condición, para que el soldado, fuera asignado al contingente real y no a uno equivocado.

Esta Sala de decisión conoció de un caso similar (sentencia T- 331-2012), en la cual la agencia demandada había sido requerida en múltiples oportunidades para el cambio de modalidad de un soldado reclutado como regular, siendo bachiller, y aun así, la renuencia se mostró palpable, hasta que se acudió a la tutela para lograr lo que por ley se impone con las cargas de indagación que le competen a la autoridades encargadas de reclutar, utilizando las herramientas que tienen a su alcance y en ese sentido incorporar a los jóvenes a las fuerza militares, con apego insalvable a la ley.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto de la **Magistrada Guiomar Porras del Vecchio**, a continuación los argumentos más importantes de su disenso:

“En el caso que se examina, inadvertidamente incurrió la suscrita en un error involuntario en el auto admisorio, al reconocer a la señora Nelva Rosa Herrera Arrieta, en calidad de agente oficioso de su hijo Jeison Enrique Ariza Herrera, pasando por alto que la accionante no lo solicitó así, ni puso de presente imposibilidad alguna del mencionado joven, quien se encuentra a la fecha en el Batallón de Ingenieros No. 10 “Gr. Manuel A. Murillo González”, y puede desde allí adelantar las gestiones para ser trasladado a la categoría de soldado a la que cree tener derecho, incumpléndose entonces con los requisitos que ha desarrollado la Corte Constitucional para la aplicación de la agencia, tales (i) la manifestación de que se actúa en dicha calidad y que (ii) el titular de los derechos que se agencian no esté en condiciones de ejercer la defensa.¹⁴

En criterio de tal alta Corte y hablando de la circunstancia de los reclutados, sería del caso aceptar tal petición de amparo, “en aquellas situaciones en las que se solicita la desincorporación de un ciudadano que presta el servicio militar, (...) pero aquello solo resulta viable cuando “la decisión de incorporar al servicio militar al ciudadano puede generar la afectación de los deberes de esa persona con su núcleo familiar.”, y en el caso bajo examen, ninguno es el deber aparente que tiene el joven Jaison Ariza con su familia, que pueda dar lugar a la aceptación de la presentación de la acción por parte de la señora Nelva Herrera, en nombre propio.¹⁹

(...)

A lo anterior se aúna, que tampoco se acreditó ante esta Sala que se hubieran adelantado ante los accionados, las gestiones para solicitar el cambio en la forma de vinculación del joven al servicio militar, antes de la presentación de esta acción, lo que denota incumplimiento del requisito de subsidiariedad en que debe estar envuelta la acción.”

FUENTE NORMATIVA: Corte Constitucional, sentencias T- 711 de 2010 y T- 926 de 2011. Artículo 29 Constitucional, Ley 48 de 1993, artículos 3°, 10 y 13.

FECHA: Noviembre 21 de 2013

ACCIONANTE: Nelva Rosa Herrera Arrieta

ACCIONADO: Ejército Nacional- Segunda Brigada Distrito N° 10 Zona De Reclutamiento Militar De Barranquilla

¹⁹ Corte Constitucional. Sentencia T-774 de 2008

RADICACIÓN: 08-001-22-13-000-2013-00603-00/**T-00560-2013**

DECISIÓN: Concede la protección al derecho fundamental al debido proceso administrativo.

TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Improcedencia cuando no se acredita ninguno de los defectos específicos establecidos por la jurisprudencia constitucional/
PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD- En relación con los subrogados penales, el juez está obligado al momento de examinar los presupuestos para concederlos, a darle aplicación a la normatividad vigente

MAGISTRADO PONENTE: DR. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO, Sala Penal

Causa Fáctica: En el presente caso, la parte actora estima que la aplicación de la ley 1098 de 2006 en la providencia condenatoria de hechos acaecidos con anterioridad a su expedición se constituye una vía de hecho.

Extractos: Antes de profundizar en los detalles del asunto *sub júdice*, es pertinente traer a colación las pautas establecidas por la Corte Constitucional para determinar, cuando una providencia adolece de defectos constitutivos de vía de hecho. Al respecto, dicha Corporación ha señalado que una providencia puede presentar defectos sustantivos, fácticos, orgánicos y procedimentales, diciendo que:

*“El **DEFECTO SUSTANTIVO** se configura siempre que la decisión se encuentre fundada en una norma claramente inaplicable al caso concreto. A su turno, el llamado **DEFECTO FÁCTICO** se origina cuando resulta evidente que el apoyo probatorio en que se basó el Juez para aplicar una determinada norma es completamente impertinente o insuficiente. Así mismo, el **DEFECTO ORGÁNICO**, se refiere a aquellas situaciones en las cuales el funcionario judicial carece absolutamente de competencia para resolver el asunto de que se trate. Y, por último, el **DEFECTO PROCEDIMENTAL**, se presenta en aquellos casos en los cuales el Juez se desvía por completo del procedimiento fijado por la ley para dar trámite al proceso respectivo”²⁰ (se subraya para resaltar).*

Seguidamente, aprecia la Sala que el cargo endilgado contra la sentencia de 22 septiembre de 2011, se enmarca dentro de la categoría de defectos sustanciales, por cuanto, reprocha el sustento normativo de un asunto proveído, esto es, la aplicación de la ley 1098 de 2006 sobre el artículo 64 de la ley 599 de 2000.

Observa la Colegiatura que la aplicación de dicha disposición resulta imposible, por cuanto, de su ámbito de aplicación se han excluido los delitos dolosos contra menores de edad y un proceder equivalente comportaría una violación al principio de legalidad, de tal suerte que la normatividad aplicable al tema de los subrogados penales debe tener en cuenta el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, siempre que la conducta sancionada haya recaído sobre menores de edad.

Además, vale decir que los subrogados penales no constituyen un derecho adquirido, sino una expectativa a acceder a un beneficio posterior a la condena y, cuyo otorgamiento

²⁰ Cfr, entre otras, las Sentencias T-231 de 1994, T-008 de 1998 y T-567 de 1998.

requiere del cumplimiento de unos requisitos fijados por el legislador y valorados por el juez, así como la observancia de las obligaciones que éste le imponga de acuerdo con la misma ley. Por ello, la exclusión de algunos delitos del beneficio de libertad condicional, prisión domiciliaria o sistema de vigilancia electrónica, jamás podrá considerarse como una nueva sanción, pues no configura un incremento punitivo para los condenados por tales delitos, es decir, no agrava el *quantum* de sus condenas ni el régimen que sobre este beneficio tenían y al que estaban sometidos con anterioridad a su expedición.

En síntesis, el Juez Séptimo Penal del Circuito de Barranquilla no vulnerado el principio de favorabilidad del accionante, por cuanto, éste, al momento de examinar los presupuestos para conceder subrogados penales, está obligado a darle aplicación a la normatividad vigente. Para dar cabal noción de lo expuesto, esta Corporación considera pertinente traer a colación la providencia del 28 de abril de 2010, adoptada en el radicado 34044, en la que textualmente se anotó:

“La exclusión de beneficios excarcelatorios, según el artículo 199 de la Ley 1098 de 2006.

Por otra parte, tampoco configura la alegada vía de hecho el argumento de los jueces que en primer y segundo grado negaron la libertad provisional; según éstos, y así mismo lo señaló el Magistrado del Tribunal de Sincelejo en la decisión que acá se estudia, en tratándose de delitos de abuso sexual en perjuicio de menores no procede ningún beneficio excarcelatorio.

Lo anterior no fue de ninguna manera una postura arbitraria de los jueces del proceso, como tampoco del funcionario judicial que resolvió sobre el hábeas corpus en primer grado; **dicha tesis encuentra sustento en que, como esta Colegiatura lo ha decantado, las garantías de los menores víctimas de abuso sexual son superiores y prevalentes a las de las partes del proceso penal (artículo 44 de la Constitución Política)**²¹.

Así mismo, las instancias se apoyaron en el auto del 17 de septiembre de 2008, rad. 30299, para efectos de negar la libertad provisional conforme el artículo 317-5 de la Ley 906 de 2004. En dicho precedente consta la siguiente precisión:

‘En su interpretación natural y obvia, es claro que el precepto atrás destacado (artículo 199 del Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1098 de 2006) busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz.

Y basta verificar el contenido íntegro del artículo 199 en cita, en particular sus 8 numerales y el párrafo, para definir inconcuso el querer del legislador, que se extiende al inicio mismo de la investigación penal, en punto de las medidas de aseguramiento a imponer y su imposibilidad de sustitución; el desarrollo de la misma, con limitaciones respecto del principio de oportunidad y las formas de terminación anticipada del proceso; el contenido del fallo, restringiendo la posibilidad de conceder subrogados; y la fase ejecutiva de la pena, impidiendo la libertad condicional o la sustitución de la sanción.

A su turno, el Magistrado del Tribunal de Sincelejo recalcó en el contenido del numeral 8 del artículo 199²² del estatuto en mención y lo ponderó al lado del párrafo de dicho artículo²³ y

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 21 de octubre de 2009, radicación No. 32176.auto

²² “Tampoco procederá ningún otro beneficio o subrogado judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea efectiva.”

la decisión del 17 de septiembre de 2008, como también de las consideraciones atinentes a la protección y prevalencia de los intereses de los menores, según lo ordena la Constitución Política, y fue de esta manera como concluyó, entonces, en que **la intención del legislador fue la de excluir de cualquier prebenda a los procesados por ciertas conductas punibles –entre ellas las constitutivas de abuso sexual-** en perjuicio de los menores, motivo por el cual debe entenderse incluida la concesión de la libertad provisional²⁴.

Visto el razonamiento judicial plasmado dentro del proceso, así como la postura del magistrado que profirió la determinación impugnada en torno a este tema, por parte alguna se aprecia que hubiese sido el producto de una lógica o juicio arbitrario, pues el argumento se aprecia debidamente motivado, con apoyo en una interpretación teleológica de las normas constitucionales y legales, así como de la jurisprudencia de esta Corporación, lo que descarta de plano la configuración de una vía de hecho, según las diferentes maneras en que éste puede manifestarse.

El tema fue entonces resuelto por quienes tenían la competencia para ello a través de una determinación que –aun cuando el defensor no comparte y pueda ser objeto de otros análisis- lejos está de configurar una violación al debido proceso.

Valga precisar que la postura que no comparte el apoderado del procesado no equivale a desconocer que el término de la medida de aseguramiento haya de ser indefinido, pues éste se sujeta a los precisos términos consagrados en la ley para tramitar la actuación procesal, lo cual se acompasa, además, con la necesidad de garantizar los fines de verdad, justicia y reparación.

De manera que, al contrario de lo que pregona el interviniente a nombre del encausado, la negativa de la libertad provisional con apoyo en los razonamiento reseñados **no significa el desconocimiento del principio de presunción de inocencia, sino que respeta la libertad de configuración legislativa, así como los intereses prevalentes de los menores de edad, víctimas de abuso sexual y de otras conductas punibles**". (Se subraya para resaltar).

Así las cosas, al tenor del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006 (Código de Infancia y Adolescencia), tenemos que esa disposición prohíbe cualquier tipo de beneficio, entre ellos, amén de los derechos de los menores y las normas jurídicas llamadas a protegerlos, por lo que, no se avizora por ningún lado la configuración del **DEFECTO SUSTANTIVO**, toda vez que, la decisión de la que ahora se duele el actor se encuentre fundada en una norma claramente aplicable al caso concreto. Por lo tanto, la argumentación expuesta descarta la arbitrariedad y capricho que se exige para que proceda la acción de tutela contra providencias judiciales.

Véase, incluso, que para los sucesos regidos por la ley 600 del 2000, el parágrafo transitorio de la norma transcrita proscribió la concesión de subrogados, rebajas de pena por sentencia anticipada o confesión, suspensión de la pena, entre otros; cuando las

²³ "En donde permanezca transitoriamente vigente la Ley 600 de 2000, cuando se trate de delitos a los que se refiere el inciso primero de este artículo no se concederán los beneficios de libertad provisional garantizada por caución, extinción de la acción penal por pago integral de perjuicios, suspensión de la medida de aseguramiento por ser mayor de sesenta y cinco (65) años, rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión; ni se concederán los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, y libertad condicional. Tampoco procederá respecto de los mencionados delitos la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar a ningún otro beneficio subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en el Código de Procedimiento Penal siempre que esta sea efectiva."

²⁴ "La conclusión de los jueces del proceso y del Magistrado que emitió la decisión recurrida, coincide con la postura de la Sala, la cual se pronunció de la siguiente manera en el aludido precedente del cuya decisión del 17 de septiembre de 2008: es claro que el precepto atrás destacado busca cerrar cualquier puerta que en la delimitación exhaustiva de los siete numerales anteriores pueda quedar abierta, haciendo inequívoco el interés del legislador en que a la persona imputada, acusada o condenada por esos delitos señalados en el inciso primero del artículo 199 de la Ley 1098 de 2006, que arrojen como víctimas a infantes y adolescentes, **no se les otorgue ningún tipo de beneficio, rebaja o prebenda legal, judicial o administrativa, con la sola excepción, porque expresamente se dejó sentada ella, de los beneficios por colaboración eficaz**" (subraya el Despacho, en esta oportunidad).

condenas versaran por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales del menor. De esta manera, se advierte que tal disposición abarcaba los presupuestos fácticos valorados por el demandado, encontrándose éste en el imperativo legal de darles aplicación al momento de fallar.

Es más, si todo lo hasta aquí expuesto no fuese suficiente para denegar el amparo pretendido, no se puede perder de vista que como lo ha dicho en forma reciente la Honorable Corte Suprema de Justicia, en providencia del pasado 26 de Septiembre, con radicado N° 69477, en ponencia de la Dra. María del Rosario González:

“El normal desacuerdo respecto de lo decidido carece de entidad para dejar sin efecto providencias judiciales. Además, el principio de autonomía de la función jurisdiccional impide al juez de tutela censurar los argumentos planteados por el operador natural sólo porque el sujeto procesal no los comparte o tiene una opinión o interpretación diversa a la plasmada en dicho pronunciamiento. Asumir una postura diferente, implicaría desconocer la subsidiariedad y residualidad que caracterizan la acción constitucional y acogerla como un instrumento paralelo al procedimiento ordinario.”

De tal suerte que, de lo que se trata aquí es de evitar que la acción de tutela se convierta ora en una instancia adicional, ora en un recurso distinto a los ya establecidos, eventos unos y otros que contrarían el núcleo esencial de este mecanismo constitucional, que fue creado en procura de salvaguardar derechos fundamentales lesionados, los mismos que en el caso de marras permanecieron incólumes, más aún, tampoco pasa inadvertida la Sala el hecho que, el accionante, según informó el accionado no interpuso recurso ninguno en contra de la decisión de la que ahora se duele, siendo que o bien su incuria, o negligencia, o bien se acuerdo para con aquella determinación, no puede dejarse de lado, y ahora concedérsele una situación que de suya dejó pasar cuando no incoó los recursos de ley.

Y sobre ello ha dicho de manera reiterada la Doctrina Jurisprudencial de la Corte Constitucional:

“...la acción de tutela no ha sido consagrada para provocar la iniciación de procesos alternativos o sustitutivos de los ordinarios, o especiales, ni para modificar las reglas que fijan los diversos ámbitos de competencia de los jueces, ni para crear instancias adicionales a las existentes, ni para otorgar a los litigantes la opción de rescatar pleitos ya perdidos, sino que tiene el propósito claro y definido, estricto y específico, que el propio artículo 86 de la Constitución indica, que no es otro diferente de brindar a la persona protección inmediata y subsidiaria para asegurarle el respeto efectivo de los derechos fundamentales que la Carta le reconoce”.²⁵

De forma tal que, sin dubitación ninguna no aparece comprensible que ahora pretenda dejar sin efecto una decisión que además de presumirse legal, en contra de ella no se discrepó en el término legal, por lo que, amén de las directrices de la Alta Guardiania, campea la improcedencia de la presente acción de tutela, la cual no puede dejar sin efecto, o mutar la decisión del 22 de septiembre de 2011, proferida por el accionado.

Sobre lo último mencionado en el párrafo precedente, salta a la vista una situación, la cual es que, la acción de tutela que nos ocupa no cumple con el requisito de inmediatez, toda vez que, el actor incoó el mecanismo constitucional que nos ocupa cuando han pasado no

²⁵ Cfr. Corte Constitucional. Sala Tercera de Revisión. Sentencia T-01 del 15 de abril de 1992

menos de dos años desde que se profirió la decisión en comento, lo que de ninguna manera comprende un lapso razonable entre la supuesta lesión, y el momento en que se pone en marcha la justicia, con miras a aquél restablecimiento de los derechos que se dicen transgredidos.”

FUENTE NORMATIVA: artículo 64 de la ley 599 de 2000, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencias de 28 de abril de 2010 radicado 34044 y de 26 de Septiembre, radicado N° 69477, M.P. María del Rosario González, artículo 199 de la Ley 1098 de 2006. Corte Constitucional, Sentencia SU-961 de 1999, M.P. Vladimiro Naranjo Mesa.

ACCIONANTE: Robinson José Ortiz Barandica

ACCIONADO: Juzgado Séptimo Penal Del Circuito Adjunto De Barranquilla

FECHA: Octubre 3 de 2013

RADICACIÓN: 08-001-22-04-000-2013-00381-00

DECISIÓN: Deniega el Amparo Constitucional solicitado.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA CONFIRMA SENTENCIA DE TUTELA

En la edición No. 17 de nuestro boletín jurídico se publicaron los extractos del fallo de tutela No. 2013-00343-T-MC de 18 de septiembre de 2013, siendo Magistrado Ponente el Dr. Jorge Eliecer Mola Capera, integrante de la Sala Penal de esta Corporación. Dicha providencia resultó relevante por el desarrollo que hizo acerca del contenido patrimonial de los derechos de autor y su protección en el ámbito penal, en especial lo relativo a las medidas de restablecimiento del derecho. Aquí algunos de los argumentos de la Corte²⁶ para la confirmación de la decisión en comento:

“Así, en orden a resolver las impugnaciones, pronto se advierte que, en efecto, el accionante tuvo a su favor como medio judicial de defensa la posibilidad de interponer y sustentar los recursos ordinarios contra la decisión que dispuso cancelar los registros relacionados con la ORQUESTA PACHO GALÁN, en orden a conseguir que se estudiara los aspectos fácticos que propone por vía constitucional, circunstancia que supondría ab initio la improcedencia de este instrumento de carácter residual, como lo reclama la representante de la Fiscalía y el señor Armando Galán Valencia.

Sin embargo, es importante resaltar que los medios de defensa con los que contaba el accionante al interior del trámite ordinario, no fueron desaprovechados por su defensor, por el contrario el apoderado en ejercicio del derecho de contradicción, además de haber solicitado la nulidad de la actuación por falta de jurisdicción para dejar sin efectos los documentos relacionados con el registro de la ORQUESTA PACHO GALÁN por tratarse de temas comerciales, propuso el recurso de reposición y apelación contra la decisión, solicitudes que fueron atendidas por el despacho accionado, pues si bien, advirtió indebida sustentación al no precisar los aspectos de inconformidad, decidió resolver las peticiones de fondo (Record 03:08:15), es por ello, que negó la nulidad, no repuso la decisión y negó el recurso de apelación por indebida argumentación y no haberlo propuesto como subsidiario.

De lo anterior, se hace necesario indicar que si el operador judicial consideraba que la argumentación respecto de la nulidad y los recursos propuestos por el apoderado del actor, eran confusos, imprecisos, ambiguos, entremezclados y oscuros debió hacérselo saber al postulante,

²⁶ Sala de Casación Penal. Sentencia de tutela de 28 de octubre de 2013. M.P. José Luis Barceló Camacho.

para que sobre la decisión presentará el derecho de contradicción, no obste como decidió resolver de fondo, esto es, la nulidad y el recurso de reposición, debió conceder al petente la oportunidad de interponer los recursos contra la primera, mientras que contra la segunda debió conceder la apelación, pues si resolvió la reposición expresando las características del registro de marcas, correspondía a la segunda instancia pronunciarse del de apelación, funcionario quien determinaría si había una debida o indebida argumentación.

Es así, que al haber concluido la diligencia dejando en firme la decisión, sin crear el escenario apropiado para que la parte inconforme presentara los recursos ordinarios contra la nulidad, además de haber negado el recurso de apelación por indebida argumentación y al no haber advertido que era subsidiario, denotaba claramente la necesidad de aprender el conocimiento del presente trámite constitucional como acertadamente lo realizó el A quo, en la medida que el actor ejerció los medios de defensa que tenía a su alcance, no obstante los mismos fueron despachados desfavorablemente, pero no por decidía.

Ahora bien, tratándose del restablecimiento del derecho, las autoridades judiciales en cumplimiento de sus facultades tienen el deber de adoptar las medidas necesarias, adecuadas y pertinentes con el objeto de restablecer los derechos quebrantados de las víctimas en la medida de lo posible y aplicar las sanciones previstas a los responsables, ya que sólo así se pueden sentar las bases de la convivencia pacífica entre los individuos y lograr un orden social justo.

Tal precisión tiene su soporte jurídico en el artículo 2º de la Constitución Política que obliga a las autoridades públicas a proteger a todas las personas en su vida, honra, bienes y demás derechos y libertades, y de las facultades específicas asignadas a las autoridades judiciales en los artículos 28 y 250-1, ejusdem, de adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas tanto las sanciones a los infractores de la ley penal como las medidas reparadoras a las víctimas, de ahí que el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal hace referencia al restablecimiento del derecho en los siguientes términos:

“Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuere posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal”.

Disposición que, como viene de reseñarse, se traduce en la facultad que concede la ley a las autoridades judiciales, para que adopten las decisiones necesarias en orden a restaurar los derechos de las víctimas, cuando quiera que se vean obstaculizadas con la comisión de conductas punibles.

A su vez, la ley 906 de 2004, en su artículo 101, como medida cautelar trae la suspensión del poder dispositivo de los bienes sujetos a registro, para sacarlos del comercio, de lo que le asigna competencia al juez de control de garantías, mientras que para la cancelación se le atribuye al funcionario judicial que ponga fin al asunto; lo cual significa que dicha determinación debe adoptarse a través de providencia interlocutoria, debidamente motivada, pues hace tránsito a cosa juzgada en el sentido de que un juez civil o de otra jurisdicción no la podrá modificar.

Como podemos observar legislativamente dicha medida cautelar ha venido evolucionando, hasta el punto de exigirse que para la cancelación de los títulos y registros apócrifos debe existir providencias que ponga fin al proceso penal (C-060 de 2008), pues si bien, a las víctimas se les debe restablecer sus derechos, no es menos cierto que la norma así entendida no atenta contra ello, simplemente está considerando la posibilidad de otros derechos en conflicto, de ahí la necesidad de que sea una providencia definitiva la que anteceda a la cancelación de los títulos y registros obtenidos fraudulentamente, donde se llegue al convencimiento “más allá de toda duda razonable sobre las circunstancias que originaron la anterior medida”, esto es la suspensión del

poder dispositivo de los bienes sujetos a registros, que viene a proteger al ofendido, pues saca el bien del comercio, mientras se toma la decisión de fondo.

En tal sentido, acertada resulta la decisión del Tribunal A quo, en tanto el despacho accionado desbordó los límites de su competencia, pues sin estudiar la legitimidad de quien enervó la suspensión y cancelación de registros obtenidos fraudulentamente, los canceló, sin que el asunto haya llegado a su clausura, pues no puede pasarse por alto que las decisiones emitidas en audiencias preliminares en torno a la disposición de bienes son provisionales y preventivas, más no son definitivas, como quiera que están sujetas a modificación con el devenir de la investigación o la resolución definitiva, ello debe ser así, no solo para respetar derechos de quienes aprecian algún interés, sino para la aplicabilidad del principio de la última ratio en derecho penal en el evento que la discordia deba dirimirse por otra área del derecho (Civil o Administrativo).”

SONIA RODRIGUEZ NORIEGA
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

BOLETÍN DE RELATORÍA NÚMERO 019 – NOVIEMBRE DE 2013

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCESO CARNAL CON PERSONA PUESTA EN INCAPACIDAD DE RESISTIR-Materialidad de la conducta/ La víctima fue puesta en un estado de inconsciencia mediante la aplicación de cocaína y alcohol sin su consentimiento/**SUJETO PASIVO**- Fue colocada en un estado de inconsciencia que le impidió dar su pleno consentimiento para las relaciones sexuales. **Pág. 21**

COSA JUZGADA-Definición/Elementos que la constituyen: Identidad de partes, Identidad de objeto e Identidad de causa /**EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA EN PROCESO DE PERTENENCIA**- No procede cuando la declaratoria de usucapión se solicita respecto de lapsos de tiempo ocurridos con posterioridad al proferimiento de la decisión judicial. **Pág. 1**

CULPA PATRONAL-Se predica cuando el empleador no tiene políticas eficientes y eficaces para la prevención de accidentes de trabajo de sus dependientes/**INDEMNIZACIÓN PLENA DE PERJUICIOS**- Opera en aquellos casos en que la omisión del empleador por accidente de trabajo es tal que no tiene sistemas de información y registro en caso de que se presenten dichos eventos/**LUCRO CESANTE CONSOLIDADO Y FUTURO**-Liquidación de perjuicios conforme el grado de responsabilidad del empleador. **Pág. 12**

ESCRITO DE ACUSACIÓN- Su presentación extemporánea no hace nula la actuación respectiva/**NULIDAD DE ACTUACIONES**-Debe responder a principios de trascendencia y violación de garantías fundamentales. **Pág. 28**

LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA- Caso de la madre que interpone la acción de tutela en nombre de su hijo que se encuentra prestando el servicio militar/**EJÉRCITO NACIONAL**- Debe velar en sus actuaciones por el apego al debido proceso administrativo. **Pág. 35**

NULIDAD PROCESAL-Es la máxima sanción consagrada en el ordenamiento jurídico para corregir errores y hacer valer derechos sustanciales/**AUDIENCIA PREPARATORIA**-Si ninguno de los sujetos procesales solicitó la práctica de pruebas puede el juez decretar pruebas de oficio para esclarecer los hechos (L.600/00). **Pág. 28**

PENSIÓN ESPECIAL DE ALTO RIESGO-Procedencia/ Determinación de la norma aplicable al extrabajador en tratándose de pensión especial de vejez para entrar a verificar el cumplimiento de los requisitos/**MEDIOS DE PRUEBA**- El actor debe aportar la prueba de la dependencia de Salud Ocupacional calificatoria de la intensidad de la exposición, su habitualidad y los equipos utilizados que se consideren como de alto riesgo para la salud. **Pág. 18**

PÉRDIDA DE LA OPORTUNIDAD-Concepto/ Se materializa en el daño que sufre quien ve comprometida una posibilidad real de obtener un beneficio o evitar un menoscabo/**DAÑO EVENTUAL O INCIERTO**-No corresponde a los perjuicios indemnizables bajo el concepto de pérdida de oportunidad/**POSICIÓN DE LA VÍCTIMA**- Para hablar de pérdida de oportunidades es necesario establecer que la víctima estaba reducida a ella, y que por lo tanto una posibilidad seria y real de chance se frustró íntegramente por la conducta de un tercero. . **Pág. 3**

SUSPENSIÓN DE LA PATRIA POTESTAD- Casos en que procede/El abandono que debe predicarse debe ser demostrado mediante hechos que evidencien un abandono total y voluntario/**INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PATERNOS**- No resulta suficiente el establecimiento del mero incumplimiento alimentario o de cuidado, porque para tales efectos el ordenamiento jurídico establece acciones específicas.. **Pág. 6**

RECHAZO DE LA SOLICITUD DE MEDIOS DE PRUEBA- La negativa al decreto de pruebas solicitadas oportunamente sólo puede obedecer a que no conduzcan a establecer la verdad, estén legalmente prohibidas, sean ineficaces, versen sobre hechos notoriamente impertinentes o sean superfluas/ **NEGATIVA DEL JUEZ AL DECRETAR PRUEBAS**- El rechazo de una prueba que legalmente sea conducente constituye una violación del derecho de defensa y del debido proceso. **Pág. 9**