

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1. SALA CIVIL-FAMILIA

DIVORCIO –Causales objetivas y subjetivas/ **CAUSAL SUBJETIVA**–Cuando es invocada desplaza en su estudio a las causales objetivas que hayan sido alegadas/ **MALTRATOS FÍSICOS Y SICOLÓGICOS**–Deben estar debidamente demostrados en el proceso conforme las exigencias legales.

MAGISTRADO PONENTE: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES

Causa fáctica. En el presente caso, el demandante inicial solicita el divorcio amparado en la causal objetiva de separación de cuerpos por más de dos años, y la demandada a través de demanda de reconvencción solicita se decrete el divorcio amparada en la causal subjetiva de malos tratos físicos y sicológicos por parte de su cónyuge, pretensión ésta a la cual accedió el Juez–A quo.

Extractos. “Como fundamentos fácticos de la causal 3º, manifiesta la demandante-----, en los hechos Cuarto, Quinto y Séptimo de su demanda, que está separada de cuerpos de su cónyuge, por los continuos y permanentes maltratos físicos y verbales a los que éste la sometía, hasta el punto de golpearla en varias partes de su cuerpo, de insultarla y ofenderla en público y en privado, lo que la llevó a instaurar en su contra una denuncia penal el 7 de diciembre de 2009, por lo que fue remitida al Instituto Nacional de Medicina Legal quien le dio una incapacidad provisional de 16 días.

Como prueba de su dicho, allegó la demandante en reconvencción, copias simples de la denuncia que interpuso el día 7 de diciembre de 2009 en la Fiscalía – Unidad Local de Policía Judicial de Soledad contra el señor ----- por el delito de violencia intrafamiliar; copia del informe Técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de fecha 9 de diciembre de 2009, en el que se señala que la señora ----- presenta equimosis recientes múltiples en diferentes partes de su cuerpo, por lo que se le da una incapacidad provisional de 16 días.

Tales documentos, carecen de la correspondiente constancia de su cotejo con sus originales exigida por el artículo 254 *[véase nota1]* del Código de Procedimiento Civil para que puedan tener el mismo valor probatorio que se derivaría de los

¹ Artículo 254. **Valor probatorio de las copias.** Las copias tendrán el mismo valor probatorio del original, en los siguientes casos.

1. Cuando hayan sido autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada.
2. Cuando sean autenticadas por notario, previo cotejo con el original o la copia autenticada que se le presente.
3. Cuando sean compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial, salvo que la ley disponga otra cosa.

documentos que así fueron reproducidos. Por lo que no se les puede asignar ningún valor probatorio. Además debe tenerse en cuenta que el contexto de esa denuncia, inicialmente, no es más que la propia versión de la señora ----- sobre la situación que enfrentaba con su cónyuge, sobre las agresiones de éste hacia ella, no acreditándose que hubieran sido respaldadas estas afirmaciones por otra persona, ni que fue lo realmente investigado y acreditado ante esa autoridad y siendo así, mal puede considerarse tal documento demostrativo de los ultrajes del demandado en reconvención a aquella

El informe Técnico Médico Legal de Lesiones No Fatales del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de fecha 23 de febrero de 2011 (visible a folio 72) aportado en original, simplemente da cuenta, que las lesiones de tejidos blandos que presentaba la señora -----, están completamente resueltas, pero en manera alguna dicho documento es demostrativo de que tales lesiones fueron causadas por el señor -----.

Se recepcionaron en el curso del proceso las declaraciones de los señores -----, -----, ----- y ----- . Y aunque las dos primeras testigos afirman que presenciaron en casa de sus padres varias discusiones entre ellos, lo cierto es, que en principio, no toda discusión y “pelea” existente en una relación matrimonial configura la causal antes anotada. Tales declaraciones, no refieren que el señor ----- ultrajaba o maltrataba física o psicológicamente a su cónyuge la señora -----, simplemente refleja que entre la pareja se presentaban repetidas discusiones.

(...)

La queja remitida a las Fuerzas Militares de Colombia por la demandante en reconvención, allegada por dicha entidad por solicitud que le hiciera el a-quo; no es más que la propia versión de la señora ----- sobre la situación que enfrentaba con su cónyuge, sobre las agresiones de éste hacia ella, y siendo así, mal puede considerarse tal documento demostrativo de los ultrajes del demandado en reconvención a aquella.

En la visita social realizada por la Asistente Social del Juzgado al lugar de residencia de la señora ----- y su menor hija -----, manifestó la niña, que vio cuando su papá le pegó una cachetada a su mamá y cuando el pegó en la cabeza contra el mueble; sin embargo tales hechos no encuentran soporte en ninguna otra prueba y lógicamente por tratarse tan solo de una niña de 4 años de edad, no se precisa el contexto de la situación en que los mismos pudieron tener lugar.

Así las cosas, concluye esta Sala de Decisión que las pruebas recaudadas en el proceso no logran demostrar los hechos que constituyen la causal de divorcio alegada por la demandante en reconvención, razón por la cual resulta desacertada e inaceptable la decisión de primera instancia, la cual estuvo fundamentada, tal como lo puntualizó el recurrente, en meras inferencias que llevaron al A-quo a un errado convencimiento de la ocurrencia de los hechos deducidos.

3. Resulta pertinente entonces proceder al estudio de la causal invocada por el demandante inicial *“La separación de cuerpos, judicial o de hecho que haya perdurado por más de dos años”*.

Alega el demandante ----- que desde el 4 de julio de 2008, hace más de dos años, se encuentra separado de cuerpos con su cónyuge la señora ----- . No obstante, la demandada afirma en la contestación de la demanda, que tal separación no tuvo lugar en esa fecha, pero no indica la fecha en que según ella ocurrió la misma.

Los hechos en los que se fundamenta la causal alegada por la parte actora, aparecen demostrados con los testimonios recibidos, que dan cuenta de la separación de los contrayentes desde hace más de 2 años contados desde la presentación de la demanda (25 agosto de 2005), al afirmar la declarante -----^{-ver nota 2-} que los cónyuges están separados como a mediados de agosto de 2008; la declarante ----- que tal separación se produjo desde el mes de julio aproximadamente del año 2008; y el testigo -----, que están separados como de mitad del año 2008, como en el mes de julio ^{-ver nota 3-}.

Tales declaraciones, resultan ser, claras y contundentes, por lo que merecen total credibilidad para esta Sala.

(...)

Por consiguiente, el análisis en conjunto de las pruebas arrimadas, llevan a ésta Sala de Decisión, al convencimiento que se encuentra demostrada la causal alegada por el demandante inicial; razón por lo que se decretará el divorcio del matrimonio civil con fundamento en la causal 8° del Art. 154 del C.C.”

FUENTE NORMATIVA: ART. 42 CONST. NAL., ARTÍCULO 154 CÓDIGO CIVIL MODIFICADO POR LA LEY 25 DE 1992, ARTÍCULO 6° NUMERAL 3° Y 8° Y ART. 254 C.P.C.

PROCESO: CESACIÓN DE EFECTOS CIVILES DE MATRIMONIO CATÓLICO

FECHA: MARZO 27 DE 2012

RADICACIÓN: 08-758-89-10-001-2010-00374-01/ 00012-2012- F

DECISIÓN: REVOCA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN–Procedencia/ **CAUSALES**–Falta de notificación siempre que no se haya saneado la nulidad/ **SANEAMIENTO DE NULIDAD**–Lo constituyen las excusas presentadas para no asistir a diligencia de interrogatorio de parte.

MAGISTRADO PONENTE: DR. ABDON SIERRA GUTIERREZ

Causa Fáctica. En el presente caso, la parte actora manifiesta que no pudo hacerse parte en el proceso primigenio como quiera que no fue notificada del mismo, y que su falta de defensa técnica, le trajo consecuencias adversas a sus intereses.

Extractos. “Revisado el expediente que se erige como punto cardinal del presente recurso de revisión, se encuentra que efectivamente el extremo pasivo del mismo, se encontraba ocupado por las Sras. ZULLY SOFIA MAZZONI PERTUZ y SILVANA LUCIA MAZZONI PERETUZ, de quienes se dice ostentan la calidad de compradoras en el contrato de compraventa, el cual solicitaba fuese resuelto en el proceso ordinario que cursó en el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad. Con ello, queda demostrada la legitimidad de las actoras en el actual proceso de revisión de aquel litigio.–

Los demandados LEO ANTONIO MAZZONI PERTUZ, RACHELE MAZZONI PERTUZ y BRUNO MAZZONI PERTUZ comparecieron a la controversia aludida, mediante profesional del derecho, presentando excepciones de fondo en contra de las pretensiones del actor.–

² Visible a folios 171-173 del cuaderno principal.

³ Visible a folios 144-149 del cuaderno principal.

En el libelo demandatario se aportó como dirección para que se surtiera las notificaciones a los demandados: Carrera 49 B N° 74-98 Apartamento 201 del Edificio: El Rosario de Barranquilla. A pesar de que constan en el expediente oficios de comunicación a diferentes direcciones, a folio 29 se encuentra oficio dirigido a la dirección correcta, pero a diferente apartamento, por lo que el apoderado de la actora, mediante escrito visible a folio 31 informa respecto de la corrección, siendo el apartamento 201 y no 101. Posteriormente, a folios 47 y 50 se encuentra constancia de haberse entregado las comunicaciones de aviso a la dirección aportada en la demanda y a folios 57 y 61 reposan los avisos de notificación personal.-

Con fundamento en el extracto anterior, concluye la Sala que no se configura la causal que alegan las demandantes en recurso de revisión, puesto que las notificaciones personales realizadas a las demandadas en el proceso a revisar y demandantes en este proceso se ajustaron a la normatividad vigente.-

Aun así, si en gracia de discusión, se admitiese que se estructura la causal de nulidad alegada, por cuanto los demandantes en revisión no fueron notificados ni emplazados en el proceso ordinario de resolución, la causal no se limita a constatar la mera irregularidad procesal, sino que a su vez impone al operador judicial constatar que no la hubiesen saneado por cualquiera de las formas contempladas en el procedimiento civil.-

Así, tenemos que el numeral 3 del artículo 144 del C. de P.C. establece, entre otra de las formas de sanear la nulidad de indebida notificación o emplazamiento, “cuando la persona indebidamente representada, citada o emplazada, actúa en el proceso sin alegar la nulidad correspondiente” y a folios 72 y 73 aparecen certificaciones aportadas donde se hace constar que las Sras. ZULLY y SILVANA MAZZONI PERTUZ no pueden comparecer al interrogatorio de parte decretado en el proceso por encontrarse en Italia, lo que permite discurrir, de manera inconcusa y sin temor alguno, que tenían ellas pleno conocimiento de la existencia del proceso.-

Por otro lado, enterados de la falta de notificación o de emplazamiento, la manera de alegarla, prima facie, no era mediante el recurso de revisión, sino ante el mismo operador que conoció del proceso ordinario, para que allí se atendiera su reclamo, y no acudiendo de inmediato al recurso extraordinario de revisión, que por ser extraordinario es posible acudir a él solo y exclusivamente si se ha agotado los mecanismos ordinarios que brinda el procedimiento civil, dado que cuando las demandantes hacen llegar su escrito de excusa al interrogatorio de parte, el proceso declarativo no había finiquitado, siendo entonces, éste el escenario idóneo para impetrar la invalidez procesal que hoy imploran de la administración de justicia. Así lo expresa la Corte Suprema: “(...)En síntesis, pues, si la parte habiendo podido alegar la nulidad en instancia no lo hizo, no puede Acudir a la revisión”⁴

Siendo así, la Sala no encuentra otra resolución, que la de declarar como no probada la causal de revisión alegada por las demandantes y por tanto negar la solicitud de nulidad del proceso ordinario seguido entre las partes en el Juzgado Trece Civil del Circuito de esta ciudad.”

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 144 Num. 3° y 380 C.P.C.

PROCESO: RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

FECHA: MARZO 30 DE 2012

⁴Corte Suprema de Justicia Sentencia de julio 11 de 1994 M. P. Eduardo García Sarmiento -

DEMANDANTE: ZULLY SOFIA y SILVANA LUCIA MAZZONI PERTUZ

RADICACIÓN: 08001-22-13-000-2010-00762-00/ **35.174**

DECISIÓN: DECLARA NO PROBADA LA CAUSAL INVOCADA EN REVISIÓN

NULIDAD PROCESAL–Taxatividad/ REMATE JUDICIAL DE UN BIEN–Cualquier irregularidad debe alegarse antes del auto aprobatorio del remate o adjudicación

MAGISTRADA PONENTE: Dra. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ

Causa Fáctica. En el presente caso, el incidentalista recurre el auto que rechazo la nulidad propuesta contra el acto de remate y venta pública de un bien inmueble –por considerar– que no se encontraba debidamente secuestrado, y por tal razón, no podía ser adjudicado en remate.

Extractos. “Al hacer una revisión del presente proceso, observamos que en la fecha en que fue presentada la solicitud de nulidad procesal, se encontraba vigente el numeral 2º del art. 141 del Código de Procedimiento Civil, según el cual era causal de nulidad *“La falta de formalidades prescritas para hacer el remate de bienes, siempre que se alegue antes de proferirse el auto que lo aprueba...”*”.

Esta causal de nulidad, como puede observarse, tenía como referente las formalidades previstas en los artículos 523 a 528 del C.P.C., teniendo en cuenta la certidumbre que debe revestir toda la actividad dirigida al remate judicial de un bien, como quiera que en éstos el juez ocupa el lugar del tradente, de manera que la ley exige ser particularmente cuidadoso con el cumplimiento de tales requisitos. No obstante, en aplicación del art.228 de la Constitución Nacional, había de tenerse en cuenta la entidad de la irregularidad para deducir si en verdad se estaba ante una causal de nulidad o ante un error saneable por haber cumplido el acto la finalidad perseguida, o por no haberse vulnerado el derecho de defensa. (art.144, num.4º C.P.C.).

Además de lo anterior, tal como preceptuada la norma en cita, la posibilidad de invocar esta causal de nulidad tenía establecido un límite temporal, esto es, antes de proferirse el auto aprobatorio del remate o de la adjudicación.

Aplicando lo anterior al presente asunto, observamos de una parte, que los hechos en que se fundamenta la solicitud de nulidad, no es de aquellos previstos como tal por el art. 141 del C.P.C., puesto que están referidos a aspectos que debieron ser advertidos por las partes en el curso del proceso, porque al llegar a la etapa de remate las diligencias de embargo y secuestro deben encontrarse debidamente sometidas a contradicción y resueltos los aspectos motivo de controversia en éstas, antes de llegarse a la etapa de remate; de manera que en virtud de los principios de lealtad procesal y de colaboración de las partes y sus apoderados en el trámite regular del proceso, deben éstos presentar sus cuestionamientos oportunamente.

En este orden de ideas, encontramos que al haberse hecho parte en el proceso el demandado, en Abril 7 de 2005, quedó enterado de todas las providencias y actuaciones del proceso, entre éstas del auto fechado Julio 11 de 2002 que ordenó anexar al expediente, debidamente diligenciado, el Despacho Comisorio por el cual se ordenó y realizó la diligencia de secuestro del inmueble, época en la cual debió interponer el recurso de reposición para sanear la irregularidad que ahora enuncia; pues el art. 140, inciso final del C.P.C., enseña que *“...Las demás irregularidades del proceso se tendrán*

por subsanadas, si no se impugnan oportunamente por medio de los recursos que este Código establece"; con lo cual al momento de presentar el incidente de nulidad, la irregularidad comentada se encontraba saneada y en consecuencia procedía dar aplicación al art. 143, inc. 4º del C.P.C., rechazándola de plano, como lo hizo la jueza a-quo.

Otra circunstancia que permitía el rechazo de plano de tal incidente, era la extemporaneidad misma de esta específica causal de nulidad, pues como lo señala la norma antes citada, ello solo procedía antes del auto aprobatorio del remate o de la adjudicación, y en este caso se presentó dentro de la diligencia de entrega del inmueble; razones éstas suficientes para confirmar la providencia impugnada.

Sobre este particular, la Corte Constitucional en sentencia C-217 de 1996, señaló:

“Que se contemple, como lo hace la norma demandada, que el principio general en lo referente a irregularidades originadas por hechos diferentes a los taxativamente enunciados consista en considerarlas subsanadas, a no ser que se aleguen oportunamente mediante la interposición de los recursos legales, no vulnera la Constitución, pues ello no significa que pierdan eficacia las reglas del debido proceso ni que las partes afectadas por irregularidades dejen de tener oportunidad para invocarlas en defensa de sus derechos. La ley es la que ha establecido que defectos en los actos procesales constituyen nulidad procesal. A contrario sensu la misma ley dispuso que el defecto que no constituye nulidad es simplemente irregularidad, toda vez que se utiliza la frase “Las demás irregularidades”...ha de considerarse que toda irregularidad en los actos procesales, cualquiera que sea su nombre, está al alcance de los correctivos que la ley ha dispuesto para ellos”.

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 140, 141 NUMERAL 2º, 143 INCISO 4º, 144 NUMERAL 4º Y 523-528 C.P.C., ARTÍCULO 228 CONSTITUCIONAL.

PROCESO: EJECUTIVO HIPOTECARIO

FECHA: MAYO 16 DE 2012

DEMANDANTE: BANCO COLPATRIA RED MULTIBANCA COLPATRIA

DEMANDADO: VICENTE LUQUE NARVAÉZ

RADICACIÓN: 08-001-31-03-003-2001-00357-01/ 35.803

DECISIÓN: CONFIRMA AUTO DE PRIMERA INSTANCIA

2. SALA LABORAL

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES POR MUERTE DE HIJA–Procedencia/ **DEPENDENCIA ECONÓMICA**–Debe tenerse en consideración las circunstancias especiales que reviste cada caso/ **SUSTITUCION PENSIONAL POR CÓNYUGE**–No implica que estén cubiertos la totalidad de los gastos que demanda una persona enferma y con limitaciones físicas.

MAGISTRADA PONENTE: Dra. KATIA VILLALBA ORDOSGOITIA

Causa fáctica. En el caso sub-júdice, la parte actora demanda el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes por la muerte de su hija, quien según su afirmación, vivía con ella, velaba por su sustento, y sufragaba los gastos de una

persona para sus cuidados personales. Dicha prestación económica fue negada por el ISS, en razón a que la demandante era sustituta pensional de su finado cónyuge, argumento éste que acogió el juzgador de primera instancia.

Extractos. “La entidad demandada, por medio de la Resolución No. 0024131 del 20 de noviembre de 2009, negó el reconocimiento de la prestación solicitada, al considerar que no acreditaba dependencia económica respecto de su hija, toda vez, que es beneficiaria de una pensión de sobreviviente otorgada por el ISS con ocasión del fallecimiento de su cónyuge, y como consecuencia de ello, percibe un ingreso fijo, por lo que se desvirtúa la dependencia económica respecto de su hija.

Aunque la demandante no aportó el registro civil de nacimiento de su hija para efecto de demostrar parentesco, del documento obrante a folio 15, el cual proviene de la entidad demandada, se tiene que la actora es madre de la causante Ana María Cabrera Jiménez, quien se encontraba pensionada por el riesgo de vejez.

Esta sala habiendo verificado las pruebas documentales y los testimonios presentados por la parte actora, encuentra acreditado que, la causante vivió al lado de madre hasta el momento de su muerte.

Se recibieron los testimonios de las señoras ROSAURA ROLONG JIMENEZ y OLGA ALVARADO BELTRAN, quienes, en forma concordante y responsiva, manifestaron conocer a la causante, constándole por ello, que la actora dependió económicamente de ella. Sostuvieron que su hija fallecida siempre vivió con ella en la misma casa, y que proveía para sus necesidades y le pagaba a una persona para que atendiera de ella. Que la actora tiene gastos de medicamentos, y como el dinero no le alcanza tiene que recurrir a los prestamistas. La testigo Olga Alvarado Beltrán manifestó que algunos vecinos tienen que ayudar a la actora. Por su parte, la testigo Rosaura Rolong Jiménez manifestó que ella es quien la acompaña, y que hace 2 años que no le paga, pero que le tiene cariño, y por eso continúa cuidando de ella, ya que necesita la ayuda de otra persona por la enfermedad que padece y su avanzada edad.

Así las cosas, se concluye que, con las pruebas testimoniales y documentales allegadas al proceso, no existe asomo de duda sobre el cumplimiento del requisito de la dependencia económica respecto de la pensionada fallecida, para ser beneficiaria de la pensión de sobreviviente.

(...)

Es importante para esta Sala aclarar, que el a- quo erró en sus argumentos y apreciaciones al considerar que la actora, por el hecho de disfrutar de una pensión equivalente al salario mínimo legal, hace de ésta una persona con independencia económica y que, por el hecho que esta tenga cinco (5) hijos, es a ellos a quienes le corresponde su cuidado, siendo que, en el plenario, quedó demostrado que la actora siempre vivió bajo el mismo techo con su hija, hoy fallecida; Que ésta en vida, proveía para sus necesidades económicas, incluyendo el pago de una empleada para que se ocupara de su cuidado. Si la Sala apreciara las apreciaciones del a-quo, desnaturalizaría la finalidad esencial de la pensión de sobreviviente, cual es la protección de la familia como núcleo fundamental de la sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante, puedan seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia, sin que vean alterada la situación social y económica con que contaban, en vida del pensionado o afiliado que falleció, situación que, en el caso concreto, se desconoce con la decisión del Instituto de Seguro Social y del Juzgador de primera instancia.”

FUENTE NORMATIVA: Art. 46 y 47 de la ley 100 de 1993, modificados por los Art. 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, Sentencia C-111 de 22 de febrero de 2006 Corte Constitucional,

PROCESO: ORDINARIO LABORAL

FECHA: 29 DE MARZO DE 2012

DEMANDANTE: CARMEN ELENA JIMÉNEZ DE CABRERA

DEMANDADO: SEGURO SOCIAL

RADICACIÓN No. 08-001-31-05-011-2011-00206-01/ **46923-A**

DECISIÓN: REVOCA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA. CONDENA PAGO RETROACTIVO Y CONCEDE SUSTITUCIÓN PENSIONAL

CONFESIÓN FICTA–Requisitos que debe reunir para su eficacia probatoria/ **REPRESENTANTES DE LAS PARTES**–Deben estar debidamente acreditados en el proceso/**DERECHO DE POSTULACIÓN**–Su ausencia hace inadmisibile la alzada.

MAGISTRADO PONENTE: DR. CLIMACO MOLINA RAMOS

Causa fáctica. En el presente caso, se recurre la declaratoria de confeso de quien se tiene como Representante Legal de la empresa demandada, y otros, por considerar el a-quo, que la conducta procesal de éstos se hacía acreedora del mencionado efecto jurídico.

Extractos. “El problema jurídico a dilucidar radica esencialmente a determinar si la declaración de confeso de los demandados Miguel Alfredo Maza Márquez, Martin Alvear Sofan, Mariano Alvear Sofan y Gloria Isabel Orozco de Alvear, se ciñe a las normas del código de enjuiciamiento civil.

Se duele la recurrente de que pese a que el juzgado de primera instancia hubiese decretado y practicado el interrogatorio de parte absuelto por José Santiago Alvear Orozco, en la calenda 27 de marzo del 2008, visible a folios 194 a 200 de expediente, en su condición de representante legal de la fundación demandada, itera que no procede recepcionarse un nuevo interrogatorio de parte por haber sido ya absuelto.

En torno a la postura de la recurrente, se evidencia en autos que el representante legal atrás referido absolvió el interrogatorio de parte, por ello, al encontrarse practicado este medio probatorio no es necesario ordenar nuevamente su práctica y recepción de la absolución de posiciones y, por supuesto, resulta improcedente en este caso ordenar su práctica a través de un despacho comisorio en la ciudad de Bogotá, siendo apenas natural y lógico que cuando la parte demandada asistió y cumplió en forma legal con la prueba decretada aludida, queda agotada y relevada la parte de la aducción de este medio probatorio. Lo anterior, tiene conexión directa con la declaratoria de confeso de Miguel Alfredo Maza Márquez, quien inicialmente aparece señalado en el libelo introductorio como representante legal de la Fundación Universitaria San Martín, empero, es preciso advertir que por escritura pública N° 1603 de 5 de abril del 2005, éste le otorgó poder especial al Dr. José Santiago Alvear Orozco, para representar a la memorada fundación en los departamentos de Atlántico, Guajira, Bolívar y Córdoba, en diligencias de conciliación judicial y extrajudicial ante los Juzgados Laborales del Circuito, centros de conciliación y autoridades administrativas, ver folios 136 a 138, lo cual en nuestro sentir implica que el Dr. Miguel Alfredo Maza Márquez, delegó la representación de la fundación demandada y

mal puede declararse confeso como representante legal de aquella, condición que ostenta José Santiago Alvear Orozco, de acuerdo al poder que se le otorgó mediante la escritura antes memorada. En tal virtud, se revocará la decisión tomada por el juez a-quo al declarar confeso al Miguel Maza Márquez.

De otro lado, la recurrente censura la declaración de confeso de los señores Martín Alvear Sofan, Mariano Alvear Sofan y Gloria Isabel Orozco de Alvear, al analizar con detenimiento el auto y el punto respecto de los reproches formulados por la recurrente, se advierte que estas personas individualmente no le han conferido poder para representarlas en el presente litigio, desde luego, en estas eventuales circunstancias las inconformidades planteadas por la recurrente asumiendo la defensa de las personas atrás reseñadas se oponen a las exigencias fácticas exigidas por la jurisprudencia para la viabilidad de la concesión del recurso de apelación, y sobre este tópico en particular la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia dijo :

“1. Para reparar el agravio que les causa a las parte o a una de ellas una decisión del juez, consagra la ley los recursos, entre los cuales figura el de apelación.

“Con todo, este medio de impugnación, para que sea concedido por el a-quo y admitido por el ad quem, debe sujetarse a determinadas exigencias legales, que se concretan a las siguientes.

“a) Que se encuentren legitimados procesalmente para interponer el recurso, puesto que en principio pueden apelar todas las personas que figuran en el proceso con partes principales e incidentales.

“ b) Que la resolución les ocasione agravio, como quiera sin perjuicio no hay interés para la apelación;

“ c) Que la providencia sea susceptible de ser atacada por ese medio de impugnación, a virtud de que no todos los actos procesales o providencias del juez admiten tal recurso, y

“d) Que el recurso se formule en la debida oportunidad procesal, dentro del margen de tiempo establecido por la ley (arts. 350, 351 y 352 del C. de P. C.).

“ Cuando el juzgado a-quo, desentendiéndose de las exigencias necesarias para la concesión del recurso de alzada, decide concederlo, tal resolución, a pesar de no haberse formulado contra ella reparo alguno por las partes, por encontrarse ejecutoriada, no obliga al superior; por el contrario éste, al recibir el expediente dentro del examen preliminar que le corresponde hacer (art. 358 del C. de P. C.), debe prioritariamente examinar, entre otras situaciones, si se encuentran cumplidos los presupuestos indispensables para la concesión del recurso de apelación y, en caso contrario, lo declarará inadmisibile, pues en el punto que establece el artículo 358 del Código de Procedimiento Civil que “ cuando no se hallan cumplido los requisitos para la concesión del recurso, se declarará inadmisibile y devolverá el expediente al inferior”. (Auto octubre 10/84. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente. Dr. Alberto Ospino Botero). (Negrilla y subrayas de la Sala).

Así las cosas, razonando de esa guisa llegamos a la conclusión que la recurrente al carecer de interés legitimo y del derecho de postulación para impugnar el auto materia de alzada en lo referente al punto materia de análisis, se inadmitirá.”

FUENTE NORMATIVA. ARTÍCULO 210 Y ART. 63 s.s. C.P.C.

PROCESO. ORDINARIO LABORAL

FECHA. 30 DE ABRIL DE 2012

DEMANDANTE: PABLO CABALLERO POLO

DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN

RADICACIÓN: 30.996 (C)

DECISIÓN: REVOCA PARCIALMENTE E INADMITE RECURSO DE APELACIÓN

3. SALA PENAL

NULIDADES EN EL JUICIO ORAL POR CAMBIO DE JUEZ–Improcedencia/ PRINCIPIOS DEL SISTEMA PENAL ACUSATORIO–No se vulneran por cambios en el titular del despacho judicial

MAGISTRADO PONENTE: Dr. LUIS FELIPE COLMENARES RUSSO

Causa fáctica. En el presente la Juez A–Quo decreta la nulidad de todo lo actuado a partir de la iniciación del período probatorio, en razón a que es nueva en el cargo, y no pudo percibir los testimonios recepcionados en el proceso, manifestando que dicha situación afecta el principio de inmediación propio del sistema penal acusatorio, decisión ésta objeto de reposición y en subsidio apelación por parte del Fiscal del caso y de alzada por parte del defensor quien argumenta que la nulidad debe cobijar todo lo actuado desde el inicio del juicio oral, en atención a los principios rectores de la Ley 906 de 2004.

Extractos: “Debe iniciar la Sala advirtiéndole que acorde con el artículo 457 citado, no era procedente la declaratoria de nulidad, pues ello no es lo que dispone la norma, la norma escasamente dispone una orden, un decretamiento de la repetición de la actuación procesal cuando el juez dramáticamente por haber sufrido un cambio de titular, encuentra que desconoce los *intrínquilis* del proceso y se ha de ver afectado el principio de inmediación.

Entonces, debe aclararse, insistimos, en que no es procedente, no debe denominársele nulidad y no debe decretarse como tal, puesto que las nulidades son taxativas, y esa situación planteada por el juzgado de que aparecía como nueva funcionaria, escasamente habría dado para disponer la repetición de lo actuado en el juicio por principio de inmediación.

Peró este proceso obliga a hacer otra serie de consideraciones que ya la Sala ha hecho particularmente en el Radicado 2012–106– magistrado ponente, el Dr. Molá Capera.

En aquella actuación, tratándose igualmente de una víctima menor de edad, la Sala conceptuaba que, en los casos como el presente la inmediación procesal debe acompasarse con los registros de audios que llevan cada diligencia, no debe perderse de vista que la razón de ser de esas constancias no se limita a la mera formalidad de comprobar la existencia de la diligencia, si no que extiende la posibilidad de que el superior pueda evaluar el desarrollo del asunto en caso de que se presente algún recurso vertical y al respecto la Corte Suprema de Justicia ha considerado:

“En estas condiciones, la Sala estima necesario precisar que en el deber de buscar la verdad en el actual esquema, el desarrollo del juicio oral no se puede supeditar, exclusivamente, al cumplimiento de las ritualidades que lo conforman porque el proceso penal no es un trámite de formas, ni un fin en sí mismo considerado. Por lo tanto, en aras de no suprimir la eficacia del debate, se debe examinar en cada caso concreto si una incorrección, en punto de cambios en la persona del juzgador, alcanzaría a

trastocar los principios reguladores de la fase del juicio y, por consiguiente, las garantías fundamentales de los sujetos procesales...⁵

Finalmente dice la Corte:

Dicho de otra forma: no es posible acceder a las peticiones de nulidad en caso de cambio de juez por motivos administrativos de la Rama Judicial ya que conforme con la normativa penal existen los recursos de audio necesarios para que el nuevo funcionario analice lo dicho por el testigo; además, resulta aún más improbable la petición de nulidad cuando de por medio estén menores de edad y se requiera su testimonio, ya que con ello se expondría una vez más al niño al escarnio público.”

Es decir caeríamos en una doble victimización. De otro lado la fragilidad y complejidad del trámite del sistema de justicia Colombiana, incluido el sistema oral, permite concebir que decretar la nulidad o repetición de los juicios como en este caso, impone entonces el riesgo de que no puedan recaudarse el cúmulo de pruebas que venían adelantado en este proceso. Así también se perdería un precioso transcurso del tiempo y un diligenciamiento valioso prácticamente irrepetible.

La Fiscalía en su momento ha argumentado la dificultad por la distancia que existe entre Barranquilla y la población de Juan de Acosta, ese argumento aunque pareciera pueril en la práctica sabemos que viene revestido de trascendencia, pues es cierto que las personas que por virtud de buena ciudadanía comparecieron al juicio tiene sus obligaciones, sus familias, sus trabajos, etc., tomar un autobús intermunicipal que generalmente demora más de una hora para trasladarse desde la sede del municipio de Juan de Acosta hasta Barranquilla, no es fácil cuando se trata de personas humildes con condición de campesino, que necesariamente tendría que perder el día de trabajo que sirve para su sustento y el de su familia.

Por eso, esa consideración de la Fiscalía no viene a resultar pueril sino de una trascendencia importante. Decretar la nulidad o la repetición de este juicio, impone entonces el riesgo de que todas y cada una de las diligencias que vienen practicadas pudieran perderse o pudieran descontarse de las mismas, así mismo impondría por de pronto hacer nuevamente el viacrucis de comparecer y ser repreguntada por parte de la víctima, esto ciertamente como lo anotara la Corte Suprema de Justicia, tiene la condición de volver a victimizar al menor.

En este sentido pues, debe reiterarse la Sala en que el derecho superior del niño, entre otras cosas a una pronta y cumplida justicia se impone en este caso como colofón insuperable para que no se decrete la nulidad de lo actuado.

Así entonces, acorde con la Jurisprudencia de las Honorables Cortes Constitucional y Suprema de Justicia, que vienen citada y de esta propia Sala de Decisión Penal, en tratándose de ponderación de derechos sustanciales frente a derechos procedimentales, prevalecerán siempre los primeros, en este caso que vienen acoger la naturaleza de ser humana del menor de edad, más aún cuando dentro de la valoración de los mismos surgen tópicos que refuerzan derechos fundamentales de personas de especial protección, como lo es dentro del particular, los menores víctimas de delitos sexuales.

Debe decirse ahora, que si bien la Juez de instancia sustenta la nulidad del periodo probatorio surtido en el juicio, con fundamento en el principio de inmediación de la prueba, también lo es que está contando o tiene que contar con los documentos recepcionados en la misma, tanto como en los discos que contienen los audios y demás documentos como

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Penal. Sentencia del 30 de enero de 2008. Radicado 27.192 MP Dr. Augusto Ibáñez Guzmán.

actas suscritas que informan las diligencias, y en los cuales se encuentran las declaraciones las cuales bastarían con escuchar para retomar el hilo de la actuación.

Ciertamente y aunque no obstante cierta razón se le otorga la Colegiatura a la funcionaria a – quo en cuanto a que no es lo mismo escuchar a un declarante a través de un medio magnetofónico que percibir de manera directa sus gesticulaciones y observarlo de viva voz, teniendo en cuenta sus actitudes frente a los hechos que relata, también lo que es, que eso no implica *per se* imposibilidad de una valoración acertada de un testimonio, por cuanto no podemos obviar que en el antiguo sistema procedimental penal, aún vigente en Colombia, el director del proceso, valoraba pruebas que inclusive habían sido recolectadas en la etapa instructiva y que gozan del principio de permanencia frente a las cuales el fallador no había tenido intermediación alguna, por tanto no pueden tildarse por esto de especulativas las apreciaciones que se hicieran de estas, por el contrario, igual que ahora, se emitían veredictos en los cuales se cumplían a cabalidad con lo normado en el artículo 232 del código que regulaba la materia, por lo tanto menos ahora, ya que no recae la valoración probatoria sobre meros documentos, sino sobre audios, de los cuales podrá percibirse fluctuaciones de la voz, titubeos o algunas otras sensaciones en lo que se va a decir, o cualquier otro tópico para esclarecerse lo que se pretende, pues son grabaciones de alta fidelidad que recogen la mayor parte de las impresiones y manifestaciones expresadas por los testigos.”

FUENTE NORMATIVA: LEY 906 DE 2004, ARTS. 176 Y 457.

FECHA: MAYO 18 DE 2012

RADICACIÓN: 08001-60-01055-2009-02369-01 / 2012- 0114 -P-CR

DECISIÓN: REVOCA AUTO APELADO Y EXHORTA A LA FUNCIONARIA JUDICIAL

ACCIÓN DE REVISIÓN–Procedencia/ **MODOS DE EXTINCIÓN DE LA ACCIÓN PENAL**– Indemnización integral/ **APLICACIÓN ULTRACTIVA DE LA LEY 600 DE 2000** –Aunque la ley 906 de 2004 no menciona la indemnización integral expresamente como causal de extinción de la acción penal no significa *per se* que haya desaparecido del ordenamiento jurídico/**DELITOS CULPOSOS**– Deber del operador judicial de cesar el proceso penal cuando ha obrado indemnización integral a las víctimas de la conducta

MAGISTRADO PONENTE: Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa Fáctica. En el presente caso, la encartada se vió abocada a un proceso penal en su contra por el ilícito de homicidio culposo por accidente de tránsito, no obstante, haber indemnizado integralmente a través de una transacción a los familiares de las víctimas, le fue dictada sentencia condenatoria en su contra, por lo cual acude a la acción de revisión ante esta Corporación.

Extractos. “En ese orden de ideas se pensaría que esta causal de revisión solo tendría como fin la demostración de la prescripción de la acción penal como barrera que imposibilita el ejercicio represivo por parte del Estado frente a las conductas delictivas; empero la misma normativa hace alusión a *las demás causales de extinción de la acción penal* como posibles fuentes de este instituto. Así las cosas resulta necesario hacer alusión al artículo 77 de la ley 906 de 2004 que regula el particular; en tal previsión normativa el Legislador contempló los siguientes eventos como constitutivos de la extinción de la acción penal.

- a) La prescripción.
- b) La muerte del imputado o el acusado.
- c) La aplicación del principio de oportunidad.
- d) La amnistía.
- e) La oblación.
- f) La caducidad de la querrela.
- g) El desistimiento. Y,
- h) **Los demás casos contemplados por la ley.**

Le interesa a la Sala esta última posibilidad jurídica que le otorga el Legislador tanto a los operadores de justicia como a las partes e intervinientes del sistema acusatorio ya que abre la puerta para que eventos que no están regulados de manera taxativa en esa normativa y que constituyen una causal de extinción válida de la acción penal sean tenidos en cuenta como fundamento para posibles peticiones de las partes e intervinientes.

Una de esas eventualidades es la **indemnización integral**, instituto jurídico que no fue contemplado por el Legislador Procesal Penal del 2004 pero que se regulaba de manera precisa en el Estatuto adjetivo del año 2000. Así pues el artículo 42 de la ley 600 de 2000 establece que:

En los delitos que admiten desistimiento, en los de homicidio culposo y lesiones personales culposas cuando no concorra alguna de las circunstancias de agravación punitiva consagradas en los artículos 110 y 121 del Código Penal, en los de lesiones personales dolosas con secuelas transitorias, en los delitos contra los derechos de autor y en los procesos por los delitos contra el patrimonio económico cuando la cuantía no exceda de doscientos (200) salarios mínimos mensuales legales vigentes, la acción penal se extinguirá para todos los sindicados cuando cualquiera repare integralmente el daño ocasionado...La extinción de la acción a que se refiere el presente artículo no podrá proferirse en otro proceso respecto de las personas en cuyo favor se haya proferido resolución inhibitoria, preclusión de la investigación o cesación por este motivo, dentro de los cinco (5) años anteriores.

Tanto la jurisprudencia⁶ como la doctrina⁷ coinciden en que la legislación colombiana le da la oportunidad para que algunos asuntos que tienen la categoría de disputas personales entre los ciudadanos o que terminan en delitos querrelables o de naturaleza culposa (como las lesiones personales o el homicidio) puedan ser resueltos de manera autónoma por las partes inmersas en el conflicto a través de un mecanismo alternativo de solución del mismo. La normativa apareja tres requisitos para su configuración:

- a) El pago integral de los perjuicios causados a las personas que directamente se vieron afectados por la conducta punible. El monto de los mismos puede ser avaluado por las mismas partes de manera autocompositiva o por un perito que se designe.
- b) El monto de la cuantía del daño ocasionado no tiene tope cuando se trate de delitos en contra del patrimonio económico. Y,

⁶ CORTE CONSTITUCIONAL. Sentencia T-1062 de 2 de diciembre de 2002. MP. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

⁷ BERNAL Cuéllar, Jaime y MONTEALEGRE Llynet, Eduardo; El proceso penal cuarta edición; Universidad Externado de Colombia; Bogotá 2002. Página 517

c) No puede terminarse un proceso penal por vía de indemnización integral cuando el procesado haya terminado otra causa penal por esta misma vía.

5.3. El anterior análisis resulta pertinente en el caso bajo examen ya que si bien a la actora se le adelantó proceso penal en vigencia de la Ley 906 de 2004 y el peticionario elevó su solicitud de revisión en virtud de la causal del artículo 192.2 *ejusdem*, las previsiones normativas de la Ley 600 de 2000 sobre la indemnización integral resultan aplicables en virtud del principio de favorabilidad (al que el abogado de la parte accionante hizo alusión durante todo el decurso procesal) ya que llenan el vacío legal dejado por el Código Procesal Penal vigente sobre ese asunto.

(...)

En ese orden de ideas y conforme con las anteriores previsiones conceptuales y jurisprudenciales es válido en derecho afirmar que cuando un procesado indemniza de manera integral en vigencia de la Ley 906 de 2004 tal acción se constituye en una causal de terminación de la causa en virtud a lo reglamentado por el artículo 77 literal h *ejusdem* y al principio de favorabilidad (de doble vía como lo llamó el abogado de la accionante) y que genera la revisión de una sentencia en caso de que esta haya desconocido este evento como concluyente de un proceso.

(...)

5.5. En ese orden de ideas la Sala encuentra que la causal de revisión alegada por el abogado de la parte actora se encuentra probada ya que como se vio las personas que fueron afectadas por la actuación de la ahora actora y que terminó en la muerte de la ciudadana Liliana Sarmiento Martínez y de su hijo menor Jorge Luis Mantilla Sarmiento fueron indemnizadas de manera integral por Margarita Afanador de Afanador, hecho que constituye una causal de extinción de la acción penal (conforme con el artículo 77 de la ley 906 de 2004) y que impedía proseguir con el ejercicio del proceso penal en contra de la ahora actora, hecho que torna en ilegal la sentencia condenatoria impuesta a ella.”

FUENTE NORMATIVA. ARTÍCULOS 77 Y 192 NUMERAL 2º Y 196 LEY 906 DE 2004, ARTÍCULO 42 LEY 600 DE 2000, SENTENCIA C-680 DE 1998 CORTE CONSTITUCIONAL

FECHA. 12 de enero de 2012

RADICACIÓN. 08001-60-01055-2009-02369-01 / 2012- 0114 -P-CR

DECISIÓN. DECLARA FUNDADA LA CAUSAL DE REVISIÓN

PRUEBAS EN EL SISTEMA PENAL ACUSATORIO- Su valoración y análisis debe atender los principios de materialidad e inmaculación/ **AGENTES DEL ESTADO-** Su actuación constituye un punible disciplinario o penal cuando está en contravía a la verdad material acaecida en un proceso judicial.

MAGISTRADO PONENTE. Dr. JORGE ELIÉCER MOLA CAPERA

Causa fáctica. En el año 2010 se produce en la ciudad de Barranquilla la muerte violenta de un ciudadano canadiense, delito por el cual fue acusado una persona con base principalmente en el testimonio de una de las personas que se encontraban en inmediaciones al lugar de los hechos, dicho que se encontraba viciado – en voces del defensor– por las actuaciones irregulares de los agentes de Policía Judicial.

Extractos. "...a juicio de la Corporación las propuestas del defensor implican un estudio de los siguientes institutos jurídicos: (i) el principio de concentración de la prueba en el sistema penal oral acusatorio; (ii) el valor probatorio de las entrevistas que las partes recopilan durante la investigación; (iii) los protocolos que la policía judicial deben tener en cuenta a la hora de realizar diligencias investigativas, como reconocimientos fotográficos y retratos hablados, y las presuntas irregularidades que los agentes de la SIJIN cometieron durante la indagación; (iv) la retractación en el sistema acusatorio; y (v) la presunción de inocencia y la duda probatoria.

(...)

6.1. El principio de concentración de la prueba. Materialidad del principio acusatorio.

(...)

Así pues el Constituyente desplazó el sistema de permanencia de la prueba, de corte secreto, donde los elementos recogidos desde el momento en que sucedía un ilícito hasta la vista pública eran considerados **plena prueba** como manifestación de la filosofía inquisitiva del proceso penal donde la consecución de la verdad prevalecía sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar que rodeaban a los intervinientes en el proceso, a uno de pleno respeto de las garantías procesales del encartado, donde el centro de gravedad del sistema no es la búsqueda de la verdad sino el respeto de la dignidad personal de los intervinientes y que tiene por filosofía la **concentración de la práctica probatoria**.

Tal principio trajo consigo responsabilidades para los sujetos procesales, la judicatura y los intervinientes especiales (víctima y Ministerio Público) ya que más que un cambio en el pensamiento en la Administración de Justicia implicó la premisa fundamental de que solo los elementos suasorios que se ventilan durante el juicio oral y que sean introducidos a través del testimonio son los que pueden considerarse como pruebas, como muestra de la lucha dialéctica **en justas proporciones** entre el Estado y el acusado.

(...)

En ese orden de ideas el principio de concentración de la prueba tiene varias connotaciones: (i) separa los **actos de investigación** –que son aquellos desplegados por la Fiscalía, la víctima y el Ministerio Público que no tienen la vocación de prueba por sí mismos y que sirven de sustento para las decisiones adoptadas por el juez con funciones de control de garantías– de los **actos de prueba** que son aquellos que realizan las partes ante el juez del conocimiento a fin de convertir los actos de investigación en pruebas dirigidas a esclarecer los hechos; (ii) los elementos recogidos en la investigación que no fueron objeto de discusión durante la vista pública no tienen vocación de prueba y nunca pueden servir de sustento para un fallo determinado; (iii) el juez solo puede tomar su decisión con los elementos que fueron discutidos e incorporados en el juicio oral y (iv) la sentencia debe dictarse en un lapso que no puede prolongarse injustificadamente.

Además, tal principio va de la mano indeliblemente con el de **inmediación procesal** que comporta la percepción directa del juez sobre las pruebas y los alegatos de las partes y que sólo sobre estos aspectos puede edificar sus decisiones.

Teniendo de presente tales apuntes conceptuales la Colegiatura considera que en el *sub judice* el juez de primera instancia debió circunscribir su determinación únicamente a las pruebas que fueron recogidas y ventiladas durante el

juicio oral y no acudir a actos de investigación para distorsionar lo dicho por los testigos de cargo y de descargo con el objeto de colegir la responsabilidad penal de Ospino Polo.

Además se precisa desde ya que lo dicho por los testigos antes del juicio oral en entrevistas que rinden ante los agentes investigativos (Fiscalía, Defensa, Ministerio Público o Víctima) no tiene vocación de prueba, toda vez que se tratan de actos de investigación que deberán refrendarse en la vista pública cuyo peso probatorio se desdibuja si no se cuenta con la declaración de quien la rindió en primer momento. (...)

6.2. De las entrevistas dentro del sistema acusatorio.

La Corporación precisó párrafos arriba el concepto de actos de investigación, categoría en la que se encuadran las entrevistas que los potenciales testigos de un ilícito rinden antes del juicio oral y que no tienen la vocación de prueba por sí misma dentro del proceso penal. Tal asunto fue avalado por la Corte Suprema de Justicia en una determinación que sirvió de fundamento para edificar una línea jurisprudencial sólida sobre el peso probatorio de las entrevistas en el sistema acusatorio (que constituye una sentencia hito en la terminología del derecho jurisprudencial), en la que se precisó que:

“...De tal forma que los elementos materiales probatorios y las evidencias físicas recaudadas en las anteriores etapas del proceso –indagación e investigación–, si bien sirven de soporte para imponer medidas de aseguramiento o medidas cautelares, o para restringir otros derechos fundamentales, no tienen efecto por sí mismos en el juzgamiento, es decir, no sirven para fundamentar una sentencia, pues ésta, se reitera, ha de estar soportada en las pruebas aducidas durante el juicio oral, de acuerdo con el principio de inmediación inserto en el artículo 379 del Código de Procedimiento Penal de 2004, que señala que el *“juez deberá tener en cuenta como pruebas **únicamente** las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia...”*⁸

Empero pueden ser usadas con dos fines específicos: refrescar memoria del testigo, de conformidad al artículo 392.d de la ley 906 de 2004 (a) o para impugnar su credibilidad (b).

Así pues si lo declarado por un testigo durante el juicio oral riñe con su primera deposición no puede hablarse de una retractación en estricto sentido puesto que tal declaración no es una prueba autónoma e independiente sino un medio que pueden usar las partes para impugnar la credibilidad de las afirmaciones del declarante.

En efecto si una parte nota que un testigo modifica su postura sobre determinado aspecto podrá utilizar su primigenia afirmación a fin de que esclarezca las razones de su variación, a través de la técnica del interrogatorio cruzado. Pero nunca podrá tomarse, como arriba se dijo, como una prueba plena o como muestra de que el testigo está retractándose, ya que tal fenómeno ocurriría si el deponente da dos versiones diferentes durante su declaración pública.

Aterrizando las anteriores argumentaciones en el caso *sub judice* se tiene que la ciudadana Mireya Santiago Romero, a quien la Fiscalía trajo como testigo de los hechos, rindió una entrevista el 10 de febrero de 2009 en la que manifestó:

“...yo soy mesera de un local de comidas rápidas de razón social Marinos Junior's, ubicado en la CII 70B N° 32-115 y soy testigo de lo sucedido hoy donde resultó lesionado un señor diagonal al local donde trabajo, eso fue como a las 08.00 de la noche, yo estaba atendiendo el local como de

⁸ Casación de 9 de noviembre de 2006. Radicación 25738. MP Dr. Sigifredo Espinosa Pérez.

costumbre, cuando escuché un disparo y dirigo(sic) la mirada a donde se había escuchado el tiro, era en una casa que está ubicada diagonal al local donde yo trabajo, y veo a un **sujeto moreno contestura(sic) gruesa, estatura media**, vestido con una bermuda, sueter(sic) de rayas no me acuerdo el color, y una gorra blanca, que llevaba un revolver(sic) en la mano y se montó en una motocicleta como RX-115, de color azul, no le alcancé a ver las placas a la moto, cuando estos tipos se fueron, yo atravesé la calle y comencé a ayudar al señor herido, lo embarcamos en su carro, y en el se subió su esposa y un muchacho que es mototaxista y lo llevaron para la clínica, no sé cual..." (folio 24v. Carpeta estipulaciones. **Negrita fuera de texto**).

En esa declaración la testigo narró lo que ella percibió, haciendo énfasis en la descripción del vestido del supuesto agresor pero nunca precisó sus características físicas o morfológicas que le permitieran a la Fiscalía deducir en ese momento de la indagación que Francisco Javier fue quien perpetró el atentado. Solo se limitó a afirmar que el agresor era moreno, corpulento y de estatura media.

Tal postura inicial de la testigo Mireya Santiago fue refrendada por lo dicho por Julio César Márquez, quien se encontraba en el lugar de los hechos, y que precisó:

"...soy testigo presencial de los hechos que sucedieron el día (sic) de hoy, como a las 08.00 de la noche en donde resultó herido un señor. Eso fue en la calle 70B con carrera 32. Yo estaba comiendo en un puesto de comidas rápidas que se llama Marinos Junuio's, cuando llegó una motocicleta, marca Suzuki, color azul...la moto llegó a una casa...y se bajó el parrillero y disparó. Yo solo escuché un tiro, en contra de ese señor que estaba montando unas cosas en el baúl...**al parrillero de la moto solo alcancé a observar que vestía con un sueter de color rojo y una gorra de color blanco...al que conducía no lo alcancé a ver...**" (folio 23v. Carpeta de estipulaciones probatorias. **Negrita fuera de texto**).

En igual sentido se expresó la ciudadana Nidia Gamboa, cuñada de la víctima, quien sobre lo sucedido expresó: (...)

"...yo estaba en la puerta de mi casa y le estaba abriendo la puerta a Rafael Fandiño, quien es amigo de la casa, y Jhon Haid, que es mi cuñado y es de Canadá, es el que está herido, guardó la pañalera de su hija en la parte del pasajero trasera izquierda del carro de mi hermana...cuando Jhon estaba en el carro llegó un tipo **gruesito, trigueño, altico, tenía una gorra clara**, de camisueter claro, yo la ví como rosadito, tenía una bermuda de color caqui lo vi que llevaba un arma de fuego en la mano. De una le llegó encima a Jhon como abrazándolo, pero intimidándolo, entonces fue cuando yo le grité. Oiga(sic) el tipo se reparó a una distancia de un metro y me miró y volvió a mirar a Jhon y de frente le pegó un tiro, le disparó por el pecho y Jhon cayó..." (folio 4 y 4v Carpeta de estipulaciones. **Negrita fuera de texto**).

Así pues, la Sala no encuentra que alguno de los tres testigos presenciales de los hechos haya descrito en algún momento los aspectos morfológicos y anatómicos del supuesto agresor sino que solo apuntaron asuntos genéricos, como la estatura, el color de la piel y la ropa que usaba.

Si la Colegiatura asumiera como absoluta y única fuente de la verdad la descripción ofrecida por los testigos del agresor sospecharía y tendría como presunto asesino de Jhon Patrick Haid a más de la mitad de la población de Barranquilla, toda vez que el genotipo de los ciudadanos de esta región del país encaja en esas características.

6.3. Presuntas inconsistencias del testimonio de Mireya Santiago. Irregularidades cometidas en las diligencias de indagación por los agentes de la SIJIN.

Tanto el juez de instancia como la Fiscalía apuntaron que lo dicho por la testigo Mireya Santiago Romero en la audiencia de juicio oral contradecía sus primeras declaraciones en la investigación y que, por tanto, existía una retractación de su parte; empero, que a pesar de tal retractación las incriminaciones que lanzó en contra del acusado permanecían incólumes.

La Colegiatura no comparte esta postura porque: (i) no existió una retractación de parte de la testigo en estricto sentido sino una confirmación de lo que narró en su entrevista; y (ii) en el juicio oral Mireya Santiago corroboró su primera declaración y explicó el por qué señaló al procesado en el reconocimiento fotográfico.

(...)

Por tanto se equivoca el fallador de primer grado al otorgarle de manera indirecta el título de prueba a las declaraciones ofrecidas por Mireya Santiago antes de su testimonio en el juicio oral, para así concluir una retractación en ningún momento ocurrió. Lo que debió haber valorado el *a quo* fue en conjunto cada afirmación de la ciudadana Santiago (entrevista, descripción del retrato hablado, reconocimiento fotográfico) y tenerlas como criterios orientadores para entender globalmente el sentido de su declaración en el juicio oral.

(...)

Al respecto la señora Mireya Santiago Romero expresó en la sesión del 13 de agosto de 2010 del juicio oral que desde el principio les dijo a la SIJIN que Francisco Ospina Polo no era el asesino. Que desde que le mostraron las fotos de presuntos implicados ella dijo que Francisco Ospino no era el responsable y que los policías le habían dicho que otra persona ya lo había reconocido, pues había otro testigo que previamente habría hecho señalamiento contra el ahora acusado, por lo que el hecho que ella lo señalara era algo meramente formal.

Dijo de manera clara que los policías la convencieron de señalarlo puesto que tal señalamiento sólo era para que ella firmara y no más. Además, ella les dijo desde un inicio que él no había sido.

(...)

En efecto encuentra la Sala que si bien existe una dicotomía entre lo dicho por Mireya Santiago en su primera declaración y en el juicio oral con este reconocimiento hecho el 3 de marzo de 2009, la misma testigo explicó de manera coherente y clara durante su testimonio el por qué incurrió en tal error, de la siguiente manera.

“...Por eso estoy aquí, quiero que no se condene a un inocente, los de la SIJIN me dijeron que ya el otro testigo había dicho que yo solo tenía que reconocer que no me iba a pasar nada, que si yo quería me ayudaban para irme para Canadá...los agentes de la SIJIN me prepararon y me dijeron que reconociera una foto específica...siempre dije que ese no era. Me dijeron que el otro testigo ya lo había reconocido.

Y recalca en el juicio que:

Él (refiriéndose al procesado) no fue...” (momento 37:10 de la sesión del 13 de agosto de 2010).

Y durante el contrainterrogatorio Mireya Santiago Romero no solo se sostuvo en la inocencia de Francisco Ospino Polo y en sus señalamientos en contra de los agentes de la SIJIN, sino que dijo de manera clara que:

“... PREGUNTADO: ¿Le mostraron un computador con 50 fotos y que usted había señalado a una persona y los agentes de la SIJIN dijeron que ese no era? SÍ. **¿Es cierto que los AGENTES DE LA SIJIN le mostraron una foto antes de que usted hiciera el reconocimiento fotográfico? Es cierto.** ¿Es cierto que usted en esta audiencia ha mostrado esa fotografía en la audiencia? Sí. **¿Es cierto que esta fotografía que usted mostró es igual a la que aparece en el álbum fotográfico que presentó la SIJIN y con la que se hizo el reconocimiento fotográfico? SÍ, es igual.** ¿Es cierto que esa fotografía es la misma que aparece en el álbum N° 2 que realizaron los agentes de la SIJIN y que fue señalada en el reconocimiento fotográfico y que corresponde a la N° 5? Es cierto...” (Momento 52:54. Sesión del 13 de agosto de 2010 del juicio oral. Negrita es nuestra).

Además, apuntó que:

“...Cuando yo les señalé una foto me dijeron que esa no era. **Ellos me dieron la foto para que me grabara la foto de la persona para que cuando yo la señalara dijera que era ese....**Yo antemano digo que si me llega a pasar algo a mí o a mi familia le echo la culpa a los agentes de la SIJIN. **Ellos me dijeron que mostrara esta foto y lo inculpara** (Momento 1:07:00 de la audiencia).

Lo anterior correspondería a un señalamiento sin fundamento de parte de un ciudadano en contra de agentes de la Policía Judicial si no fuera porque en la carpeta de estipulaciones probatorias reposa a folio 25 una foto aportada por la testigo durante su declaración en el juicio oral y de la cual se dejó constancia que ella la traía en un sobre cerrado.

Le extraña a esta Corporación no solo que la testigo tuviera en sus manos una fotografía del encartado sino que esa fuera idéntica a la que de Francisco Ospino Polo reposa en los álbumes de reconocimiento fotográfico, como consta a folios 7 y 9 de la Carpeta de evidencias.

Por tanto a la Sala le resulta increíble que una ciudadana tenga en su poder elementos que son reservados y más aun si se trata de una investigación criminal. Y mucho más grave que estos le hayan sido presuntamente suministrados por agentes de Policía Judicial olvidando los deberes que les impone el ordenamiento jurídico, y en especial el artículo 255 y 257 de la ley 906 de 2004 que hablan de la cadena de custodia.

Por tanto no resulta descabellado, como lo aseveró la Fiscalía en la réplica de la apelación, sino lógico (y a la vez reprochable) que a la testigo la hubieran preparado con anterioridad a fin de que señalara la foto del encartado como el responsable de la muerte del ciudadano Jhon Patrick Haid, en abierto desconocimiento de las reglas para llevar a cabo la diligencia de reconocimiento fotográfico (artículo 252 *ejusdem*).

Las anteriores son razones suficientes para que este Tribunal acoja en su totalidad lo dicho por la testigo Santiago Romero ya que si bien incurrió en una contradicción entre lo que dijo en la indagación y la vista pública, explicó de manera razonable y clara las razones por las que actuó así, consiente de la gravedad de tal proceder.

Tan es así que prefirió contar la verdad de lo sucedido sin importar que tal manifestación pudiera causarle investigaciones en su contra por haberle mentado a la Administración de Justicia. Considera la Sala que si el querer de Mireya fuera mendaz y torcido habría cedido al silencio y ocultado lo que realmente ocurrió: el actuar irregular de unos agentes de policía que, con el afán de dar resultados implicaron a una persona ajena con la desafortunada muerte de un ciudadano extranjero.

Por tanto a juicio de la Sala, la testigo Mireya Santiago Romero solo reafirmó en la audiencia pública lo que dijo en su primera entrevista y dio las explicaciones lógicas y razonables del por qué señaló al hoy procesado como el autor del punible.

6.4. De la diligencia de retrato hablado.

Empero, las irregularidades cometidas durante la indagación no culminaron allí. Se tiene que el retrato hablado es un método de identificación que surge de los detalles del rostro que el testigo o la víctima de una conducta punible le dan a la Policía Judicial a fin de producir una imagen probable del sujeto agente.

El retrato hablado complementa las distintas disciplinas de la criminalística en el ámbito de la investigación primaria de "rostros" involucrados en la identificación.

Para la realización de un retrato hablado se deben contar con la descripción clara de las características morfológicas del rostro de la persona por reconocer, las cuales deben ser suministradas en el menor tiempo posible ya que, el tiempo torna borrosos los recuerdos. Quien realiza tal diligencia debe ser profesional en el arte del dibujo, en lo referente a proporciones y dimensiones, a la par que debe tener conocimientos de morfología, anatomía y de cultura general.

En ese orden de ideas durante la sesión del 8 de marzo de 2010 del juicio oral se recibió la declaración del patrullero Fabián Velilla Vergara como testigo perito, ya que fue él quien elaboró el retrato hablado que se encuentra a folio 3 de la carpeta de estipulaciones probatorias. Al respecto señaló:

“...Los retratos son confiables de acuerdo con la información dada por las víctimas o testigo...para elaborar un retrato hablado uno se basa en la información dada por la víctima. Uno se basa en los datos morfológicos **del rostro** dado por la víctima. Uno plasma esa información y hace el retrato hablado...”

Seguido señaló que el retrato hablado se hizo el 12 de febrero de 2009 a las 7.30 PM y que tal diligencia fue firmada por él. Apuntó sobre las técnicas para realizar el retrato hablado que:

“...se le solicita a la persona tranquilidad, la identificación de la persona y entra uno en detalle sobre los hechos del día del hecho. Después se solicita centrarse en el rostro de la persona y se empieza a hacer el dibujo artístico. Se le preguntan los rasgos morfológicos: la nariz, las cejas a medida que se va dibujando...”

Y sobre la información que debe plasmarse en el informe, precisó que:

“...PREGUNTADO: deben quedar todas las características físicas de la persona a reconocer en la diligencia de retrato hablado. RESPONDIÓ: las que describe el testigo, sí...”

Y finaliza de manera categórica el testigo. “...PREGUNTADO: **¿Sin la descripción de las características del rostro de una persona no se puede hacer nada?...RESPONDIÓ: Sí señor...**”.

Teniendo en cuenta las anteriores precisiones hechas por Fabián Velilla en el juicio oral a la Sala le sorprende el contenido del acta levanta ese 12 de febrero de 2009 y el resultado de la diligencia de reconocimiento fotográfico, ya que de la información ofrecida por la testigo Mireya Santiago Romero no podía producirse un resultado tan preciso morfológicamente como el que dio Velilla. En efecto, en tal diligencia se consignó que:

“...realización de retrato hablado, en cuanto a la percepción de características físicas y morfológicas de una persona, de género **masculino**, tez **morena**, contextura **gruesa**, estatura **1.70**, color de ojos: **oscuros**...partícipe de una conducta punible...”

Con tan precaria información (teniendo de presente que es deber del funcionario investigador **precisar todas las características que la testigo le ofrece**) a la Sala le sorprende la exactitud del retrato hablado con la fotografía que del procesado reposa en las bases de datos de la SIJIN y que de manera inexplicable cayó en las manos de la testigo Mireya Santiago Romero. Frente a tal situación de hecho a la Sala le surgen dos teorías sobre la fuente de información del retratante: o estamos frente a una persona con excepcionales facultades de interpretación cultural y antropológica que con los rasgos generales de la población promedio de esta ciudad produjo un retrato fidedigno del hoy procesado ó el agente Fabián Velilla conocía con anterioridad la fotografía del procesado y solo se limitó a plasmarla en el papel.

La Corporación opta por la segunda de las tesis ya que si se hace una interpretación sistemática de los testimonios recogidos en el juicio oral, en especial el de Mireya Santiago, se puede colegir que Fabián Velilla cometió irregularidades a la hora de hacer tal retrato. En efecto, señaló la testigo Santiago Romero:

“...Él hizo dos dibujos. Me los mostró, me dijo, ¿así es? Y me dijo, firma que nada más es un requisito. Yo no le dije que tenía cara redonda, que era labios así que eran ojos así. Él lo hizo así y me lo mostró y me dijo que así era y yo le dije que sí...” (momento 37:56 juicio oral).

Por tanto para la Sala es inaceptable que el juez del conocimiento haya dicho en la sentencia que la testigo reconoció al procesado en el juicio oral como el autor del homicidio del Jhon Patrick Haid ya que lo que hizo la testigo al ser cuestionada por el fallador de primer grado fue reconocer que del procesado era el personaje del retrato hablado; empero, nunca dijo en la vista pública que ese ciudadano haya sido quien atentó contra la vida del canadiense y siempre insistió en la inocencia de Francisco Ospino Polo. (...)

6.5. De los demás testimonios.

Además, durante la investigación no se pudo precisar quién era el presunto primer testigo que ya había reconocido a Francisco como el autor del ilícito, ya que ni la familia del occiso Haid ni el señor Julio César Márquez Bracho (también presente en el lugar de los hechos), describieron morfológicamente de manera clara al encartado ni mucho menos lo señalaron como el asesino.

Se podrá pensar que el no reconocimiento del encartado por parte de las testigos Gamboa Rojas (que se encontraban en Canadá) se debió al interés torticero del encartado y su defensor de esconder la verdad. Empero, la Sala no lo ve así, toda vez que tal actitud como la de no querer exponer a un reconocimiento en fila respondió a una **estrategia defensiva** que el juez de primera instancia avaló.

Así las cosas, como no existe un señalamiento claro y preciso en contra del acusado que lo identifique como el responsable de la muerte del canadiense Jhon Patrick Haid y como la actuación de los servidores de la SIJIN permitió que la duda aflorara en el caso bajo estudio, la Sala considera que no se desvirtuó la presunción de inocencia por el punible de homicidio agravado que blindó a Francisco Ospina Polo, razón suficiente para que se le exonere del cargo en contra de la vida e integridad personal, no porque esté convencida la Colegiatura de su inocencia sino porque las irregularidades que se cometieron durante la indagación le impidió al Estado precisar de manera clara su participación en el cargo imputado, siguiendo la máxima de que es mejor absolver a un responsable en vez de condenar a un inocente.

(...)

7. DETERMINACIÓN

Tal como se acaba de razonar, la Sala revocará íntegramente la sentencia de primer grado y, en consecuencia, exonerará de todo cargo al encartado Francisco Javier Ospina Polo, no porque exista convencimiento de su inocencia sino porque el pésimo trabajo investigativo de la Fiscalía permitió que la presunción de inocencia quedara incólume. Se cometieron irregularidades dentro de la indagación. Ninguno de los testigos identificó al procesado como la persona que acabó con la vida de Jhon Patrick Haid. Y la Fiscalía no demostró la ocurrencia del porte ilegal de armas de fuego ni del hurto agravado y calificado en grado de tentativa.”

NOTA DE RELATORÍA. Esta decisión quedó ejecutoriada mediante providencia de fecha 18 de abril de 2012, emanada de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, M.P. María del Rosario González Muñoz, quien resolvió: *“INADMITIR el libelo casacional presentado por el Fiscal Treinta y Ocho Delegado ante los jueces penales del circuito de Barranquilla, ...”*

FUENTE NORMATIVA. Acto Legislativo 03 de 2002, Ley 906 de 2004 arts, 392 numeral d), 252, 255 y 257

FECHA. 22 de febrero de 2011

RADICACIÓN. 2010-927-P-MC.

DECISIÓN. REVOCA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA Y COMPULSA COPIAS

4. ACCIONES CONSTITUCIONALES

PERDIDA DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PENSIONAL DE SERVIDORES DE LA RAMA JUDICIAL POR TRASLADO AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD – No lo recuperan aquellos servidores que se trasladaron al RAIS, teniendo menos de 15 años de servicios cotizados al 1 de abril de 1.994 / **CONDICIONES PARA CONSERVAR LOS BENEFICIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.**– Reiteración de la jurisprudencia constitucional, ordinaria laboral y contenciosa administrativa.

MAGISTRADA PONENTE. Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ, SALA LABORAL.

Causa fáctica. En el presente caso, la accionante pretendía en sede de tutela que se le ampararan sus derechos al debido proceso, seguridad social e igualdad, que consideró vulnerados con la acción del ISS al negarle la aplicación del régimen de transición consagrado en el Decreto 546 de 1971, en la reliquidación de su pensión de vejez.

Extractos. “En el caso que ahora ocupa la atención de esta Sala, el objeto de la impugnación de la parte accionante sobre el fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela, no es otro que se ampare los derechos vulnerados a la accionante por cuanto, estima que no obstante ser beneficiaria del Régimen especial de Pensión consagrado en el Decreto 546 de 1.971, el Aquo estimó que la acción de tutela no es procedente en este caso <reliquidación de la pensión de vejez>, ya que existen otros medios de defensa judicial y no se acredita el perjuicio irremediable.

(...)

Según lo expresado con anterioridad, la jurisprudencia constitucional ha determinado, en sede de tutela pero sobre todo de constitucionalidad, que algunas de las personas amparadas por el régimen de transición pueden regresar, *en cualquier tiempo*, al régimen de prima media cuando previamente hayan elegido el régimen de ahorro individual o se hayan trasladado a él, con el fin de pensionarse de acuerdo a las normas anteriores a la ley 100 de 1993. De acuerdo con las sentencias C-789 de 2002 y C-1024 de 2004, a estas personas *no les son aplicables ni las consecuencias ni las limitaciones y prohibiciones de traslado* de los artículos 36 (inciso 4 y 5) y 13 (literal e) de la ley 100 de 1993.

Estas personas son las que cumplan los siguientes requisitos:

- (i) *Tener, a 1 de abril de 1994, 15 años de servicios cotizados.*
- (ii) *Trasladar al régimen de prima media todo el ahorro que hayan efectuado en el régimen de ahorro individual*
- (iii) *Que el ahorro hecho en el régimen de ahorro individual no sea inferior al monto total del aporte legal correspondiente en caso que hubieren permanecido en el régimen de prima media”. (Subrayado y negrilla fuera de texto).*

Entendimiento que también le ha dado la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral en la sentencia del 17 de Octubre de 2008, radicación 33287 M.P. Gustavo Gnecco Mendoza, al indicar:

“Ahora bien; los incisos 4° y 5° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993, cuya inteligencia equivocada se atribuye al Tribunal, son del siguiente tenor literal:

“Lo dispuesto en el presente artículo para las personas que al momento de entrar en vigencia el régimen tengan treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres o cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, no será aplicable cuando estas personas se acojan al régimen de ahorro individual con solidaridad, caso en el cual se sujetarán a todas las condiciones previstas para dicho régimen.

“Tampoco será aplicable a quienes habiendo escogido el régimen de ahorro individual con solidaridad decidan cambiarse al de prima media con prestación definida”.

Contemplan estos dos textos legales, la pérdida del régimen de transición para quienes, siendo sus beneficiarios, se trasladasen al régimen ahorro individual con solidaridad, así decidan cambiarse luego al de prima media con prestación definida.

(...)

Por su parte, el Consejo de Estado también aplica los mismos criterios dentro del cual se debe entender el régimen de transición pensional, como los extracta en un reciente pronunciamiento de la Sección Segunda, Subsección “B”, C. P. Dr. Gerardo Arenas Monsalve, de fecha 13 de octubre de 2011, Rad. 0265-20119, así:

“(…)

En segundo término, aunque en principio se pierde el régimen de transición cuando el afiliado se traslade del régimen de prima media al de ahorro individual y regrese nuevamente al de prima media, la jurisprudencia constitucional precisó que este derecho no se pierde por razón de esa circunstancia, siempre que el afiliado tuviera quince o más años de servicios o cotizaciones a la fecha de entrada en vigencia del sistema de pensiones, caso en el cual el regreso al régimen de prima media le permite conservar el régimen de transición. La condición para conservar la transición en tales casos consiste, como lo señaló textualmente la sentencia de constitucionalidad condicionada, en que el saldo de la cuenta pensional que se traslada “no sea inferior al monto del aporte legal correspondiente, en caso que (sic) hubiera permanecido en el régimen de prima media”

En tercer lugar, debe recordarse que el Gobierno Nacional había introducido unas reglas para hacer perder el régimen de transición a los afiliados que se trasladaron al régimen de ahorro individual y regresaron al de prima media, con un supuesto propósito de reglamentar el contenido de la sentencia C-789 de 2002 de la Corte Constitucional, mediante el Decreto 3800 de 2003. La Sección Segunda del Consejo de Estado, mediante sentencia del 6 de abril de 2011 declaró la nulidad parcial de esa reglamentación y consideró que no era competencia del ejecutivo reglamentar las sentencias de la Corte Constitucional, de modo que desapareció la exigencia de dicho decreto de comparar los rendimientos que se hubieran obtenido en uno u otro régimen como requisito para recuperar el régimen de transición pensional.”
(Subrayado fuera de texto)

Los anteriores precedentes jurisprudenciales¹⁰, tanto de orden constitucional como en sede de revisión de la Corte Constitucional, así como del máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral y de la Jurisdicción Contenciosa Administrativa, que se traen expresamente a colación, vienen a constituir una línea jurisprudencial constante y reiterada que orientan las decisiones que deben adoptar los Jueces para dilucidar casos similares.

Además, que éste ha sido siempre el criterio de la Magistrada Ponente en sus pronunciamientos, como se evidencia precisamente al “Salvar el voto” frente a la providencia traída a colación por la accionante (visible a folio 80 a 95 11), dentro de la acción de tutela promovida por Osvaldo de Jesús Guerrero Ospino contra el I.S.S., dictada por la Sala Sexta de Decisión Laboral de éste Tribunal M.P. Climaco Molina Ramos, donde en un caso similar, expresé:

⁹ Proceso de MARTA LANCHEROS AYALA contra AUTORIDADES NACIONALES

¹⁰ En aplicación del Art. 115 de la Ley 1395 de 2010 que consagra: “ARTÍCULO 115. Facúltense a los jueces, tribunales, altas cortes del Estado, Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura y de los Consejos Seccionales de la Judicatura para que cuando existan precedentes jurisprudenciales, conforme al artículo 230 de la Constitución Política, el artículo 10 de la Ley 153 de 1887 y el artículo 4o de la Ley 169 de 1896, puedan fallar o decidir casos similares que estén al Despacho para fallo sin tener que respetar el turno de entrada o de ingreso de los citados procesos, conforme a lo señalado en el artículo 18 de la Ley 446 de 1998.

¹¹ Salvamento de voto que no fue anexado al texto de la providencia visible a folio 80 – 95

“En el caso sub examine resulta incontrastable que para dicha calenda el actor solo contaba con 10 años de servicio como correctamente lo ilustró el A-quo en su providencia (página 14 folio 171), tiempo en el que se encuentra incluido el corrido desde el 15 de marzo de 1992 hasta el 1° de abril de 1.994 con ocasión de reintegro ordenado por la jurisdicción contenciosa administrativa, por lo tanto no es dable inaplicar una norma que ya ha sido declarada exequible por la Corte Constitucional que prevé la pérdida del régimen de transición para aquellas personas que tenían menos de 15 años de servicio y voluntariamente se trasladaron al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) administrado por los fondos de pensiones como acontece en este asunto donde el accionante cotizó desde junio 1996 a octubre 2002 y que conforme consta en la Resolución No. 0866 del 20 de abril de 2009 expedida por el I.S.S. (fls. 27 a 32) al haberse regresado al régimen de prima media que administra el I.S.S. se le trasladó el capital acumulado en la cuenta de ahorro individual que tenía en la AFP Horizonte por un valor de \$20.999.142.”

Descendiendo al caso presente examinado, encuentra la Sala que viene plenamente acreditado que la señora NIDIA CLARISA COMAS CASTILLEJO nació el 18 de noviembre de 1952, conforme se extracta de la Resolución No.0013900 del 13 de septiembre de 2010 expedida por el I.S.S., lo cual significa que para la fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993 <1° de abril de 1994>, contaba con 42 años de edad, y que cumplió los 55 años el mismo día y mes del año 2007.

Ahora bien, observa la Sala que el I.S.S. en la referida Resolución, sostuvo que la asegurada perdió el régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1.993, porque *“al verificar los documentos obrantes dentro del expediente se encontró que la asegurada NIDIA CLARISA COMAS CASTILLEJO presentó traslado al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (...) que en este orden de ideas, el primer paso dentro del procedimiento indicado para determinar si el asegurado conserva o no el régimen de transición pensional es determinar si el solicitante cuenta o no con 15 años de servicio a 1° de abril de 1994, constatando en el sub-examine que el mismo **NO** cumple con dicha condición”*

Hace parte del acervo probatorio la certificación realizada por el Juzgado Octavo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento¹² en el cual consta: *“que la señora NIDIA CLARISA COMAS CASTILLEJO fue nombrada en el cargo de Secretaria Nominada mediante Decreto # 005 de septiembre 20 de 1985, del cual tomó posesión el mismo día por el término de 46 días y posteriormente a partir del 5 de noviembre de 1985 del cual tomó posesión el mismo día (...), lo que refleja un tiempo de servicio de 8 años, 7 meses y 11 días¹³; además, obra fotocopia de “resumen de semanas cotizadas por empleador” de la cual se desprende que la demandante antes de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1.993 <1° de abril de 1994>, reporta los siguientes periodos cotizados, del 12/02/1979 al 30/03/1979 y, del 20/10/1979 al 31/10/1982¹⁴, lo que traduce en 3 años, 1 mes y 29 días.*

Del material probatorio obrante en este expediente, se evidencia que la accionante no cumplió con el lleno de los requisitos requeridos por la jurisprudencia antes trascrita para conservar el régimen de transición del que era beneficiaria, esto es, los 15 años de servicios antes del 1° de abril de 1994, puesto que resulta incontrastable que para dicha calenda la accionante sólo contaba con **11 años, 9 meses y 10 días de servicio**, sin que exista prueba dentro del expediente que infirme dichas pruebas y si bien basa sus pretensiones en que cumple con uno de los requisitos para la

¹² Ver folio 25

¹³ Hasta el 1° de abril de 1994

¹⁴ Ver folio 59 - 60

obtención de la pretensión económica solicitada, esto es, la edad, se debe recabar que no es menos cierto que por el sólo cumplimiento de la edad, conlleve a que haya conservado indefectiblemente el régimen de transición, toda vez que se evidencia un cambio de régimen pensional, no resultando por ende violatoria de los derechos constitucionales de la actora la decisión de la accionada que amerite su tutela por esta vía constitucional.”

NOTA DE RELATORÍA. La *ratio decidendi* contenida en la presente decisión fue reiterada en sentencia de tutela de fecha **9 de febrero de 2012, radicación. 2011-00696-01**, con ponencia de la misma Magistrada, en compañía de los H. Magistrados Vicente de Santis Caballero y Heidi Guerrero Mejía.

FUENTE NORMATIVA. Corte Constitucional. Sentencias SU-1354 de 2.000, C-789 de 2002, C- 1024 de 2004, SU- 062 de 2010, C-789 de 2002, T- 801 de 2010, artículo 36 Ley 100 de 1.993, Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, sentencia del 17 de Octubre de 2008, radicación 33287 M.P. Gustavo Gnecco Mendoza, Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección “B”, C. P: Dr. Gerardo Arenas Monsalve, Sentencia de 13 de octubre de 2011, Rad. 0265-2011.

PROCESO: ACCIÓN DE TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

FECHA: ENERO 24 DE 2012

ACCIONANTE: NIDIA CLARISA COMAS CASTILLEJO

DEMANDADO: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES

RADICACIÓN: 08-001-31-05-009-2011-00610-01(00153)

DECISIÓN: CONFIRMA FALLO DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIAS JUDICIALES- Causales genéricas de procedibilidad/ Defecto sustantivo/ **DESISTIMIENTO TÁCITO-**Aplicación correcta de esta figura procesal/**DEBIDO PROCESO-** Vulneración de garantías judiciales

MAGISTRADA PONENTE: DRA. VIVIAN VICTORIA SALTARÍN JIMÉNEZ, SALA CIVIL-FAMILIA

Causa Fáctica. Dentro de un proceso ejecutivo singular se presenta acción de tutela contra los juzgados de primera y segunda instancia, porque en sentir del tutelante incurrieron en vías de hecho al hacer una interpretación exagerada de la figura del desistimiento tácito al estimar que por no realizar la totalidad de los trámites de notificación al demandado dentro del término de 30 días concedido, debía aplicarse este instituto procesal, y por ende, dar por terminado el proceso.

Extractos. “Sea lo primero verificar en este caso, si se advierten cumplidos los requisitos generales de procedibilidad de la acción de tutela contra providencias judiciales, a saber: (a) Haberse agotado los medios de defensa disponibles por la legislación para el efecto; y (b) Cumplir con el requisito de la inmediatez en la presentación de la acción.

En cuanto a lo primero, observamos que la parte actora, demandante dentro del proceso EJECUTIVO SINGULAR al que se refiere el presente trámite tutelar, interpuso los recursos de reposición y en subsidio apelación

contra el auto calendarado en febrero 23 de 2010, por el cual se decretó la terminación del proceso por DESISTIMIENTO TÁCITO, los cuales fueron resueltos de manera desfavorable a sus intereses, con lo cual quedaron agotados al interior del proceso, los medios de defensa judiciales de que disponía.

Con relación a la inmediatez, la parte actora acude por vía de tutela, en un espacio de tiempo razonablemente oportuno, contado desde que se produjo el pronunciamiento del Superior respecto a la apelación interpuesta, cumpliéndose de esta manera este requisito.

Precisado lo anterior, cabe examinar si los jueces de primera y segunda instancia incurrieron en las vías de hecho a que hace referencia la entidad accionante; y al respecto menester es indicar, de una parte, que de la Inspección Judicial practicada al expediente que contiene el proceso ejecutivo singular a que se refiere esta acción constitucional, se observa que una de sus características de este tipo de procesos, es la de proceder al aseguramiento de bienes del deudor como garantía de pago de la deuda antes de enterar a éste de la existencia del proceso, para evitar que realice maniobras dirigidas a distraer su patrimonio en perjuicio del acreedor; y en este sentido, no puede estimarse que para la época del 13 de Octubre de 2010, cuando se requirió a la parte ejecutante para que realizara las diligencias dirigidas a lograr la notificación personal del mandamiento de pago al demandado, el proceso estuviere inactivo por omisión imputable a la parte actora, puesto que ésta se encontraba para esa época adelantando las actividades procesales necesarias para materializar las medidas cautelares pedidas y decretadas.

De otra parte, una vez proferido el auto de Octubre 13 de 2010, mediante el cual se ordena a la parte demandante cumplir con la carga procesal que le corresponde para notificar al demandado el mandamiento de pago, la apoderada de la parte accionante mediante memorial de fecha Octubre 22 de ese mismo año, solicitó la expedición de la citación para notificar al ejecutado LUIGI DANTE ESCARPATTI DURAN, adjuntando el volante de pago del arancel correspondiente; citación que tal como consta en copia anexa junto con el certificado de remisión de DISTRIENVIOS fue expedida en Octubre 25 de 2010, entregada en el domicilio del demandado en Noviembre 24 del 2010, lo cual es informado al Juzgado por la parte demandante en febrero 15 de 2011, con lo cual se evidencia que la parte ejecutante estaba dando cumplimiento a la carga procesal que le correspondía.

Ahora bien, informado el Juzgado del envío de la citación para la diligencia de notificación personal, según consta en el memorial fechado Febrero 15 de 2011, lo que procedía, era un impulso oficioso del proceso, a cargo del(la) Secretario(a) del Juzgado, quien a tenor de lo preceptuado por el art. 315, num.3º del C.P.C., debía proceder “... *en forma inmediata a practicar la notificación por aviso en la forma establecida en el artículo 320*”, puesto que la citación había sido enviada oportunamente, esto es, dentro de los treinta (30) días dispuestos en el auto fechado Octubre 13 de 2010 para el adelantamiento de las diligencias de notificación, que vencían el 15 de Diciembre de 2010, tal como lo afirma el juez a-quo en su providencia de Abril 7 de 2011.

Cabe además llamar la atención en este punto, que no resulta admisible la interpretación exegética que los jueces accionados dieron al contenido de la Ley 1194 de 2008, en relación con la carga procesal que asiste a la parte demandante en la notificación del auto admisorio de demanda o del mandamiento de pago al demandado, para considerar que por razón de no haberse culminado todo el procedimiento de notificación en el lapso de los treinta (30)

días dispuestos por dicha ley, deviene *per se* la terminación del proceso por desistimiento tácito; puesto que diversas circunstancias, ajenas al querer del demandante pueden influir para que tal acto procesal se prolongue por un espacio de tiempo superior al que concede la ley en mención, como sería por ejemplo, los lapsos de tiempo que deben transcurrir entre el envío de la citación a diligencia de notificación y el envío del aviso deben transcurrir ciertos lapsos de tiempo, aquellos eventos en los que el demandado no conserve el domicilio al que se remiten tales comunicaciones que dan lugar a la notificación a través de Curador Ad-Litem previo emplazamiento, o, como acontece en este caso el aseguramiento previo de bienes del deudor para garantizar el pago de la deuda, etc., que impiden que tal diligencia se surta en ese estricto lapso de tiempo; por lo cual ha de considerarse, al interpretar esta norma, que lo que se requiere para evitar la declaratoria de terminación del proceso por desistimiento tácito, no es que la diligencia de notificación se culmine, sino que se tenga evidencia de que el demandante está realizando las actividades procesales necesarias para lograr la vinculación formal del demandado al proceso.

En este estado de cosas resulta evidente que la parte actora y demandante dentro del proceso EJECUTIVO SINGULAR, si realizó los actos tendientes a lograr la notificación personal del demandado LUIGI DANTE ESCARPATI DURAN, desde la semana siguiente a aquella en que fue proferido el auto que la requirió para que efectuara dicho trámite, a pesar de que no puede considerarse que el proceso estuviere inactivo, puesto que simultáneamente realizaba las diligencias procesales para la materialización de las medidas cautelares; por lo cual, la decisión de declarar el desistimiento tácito y consecuentemente la terminación del proceso por esta causa, a pesar de haberse allegado al expediente las actuaciones respectivas, torna en vía de hecho por defecto material o sustantivo y fáctico, las decisiones cuestionadas mediante esta acción constitucional, puesto que se presenta una evidente contradicción entre lo pretendido por la norma y las decisiones adoptadas con fundamento en ella, y entre éstas y la prueba de lo actuado en el proceso, puesto que se evidencia de una parte que el proceso no estaba inactivo por lo que no era procedente requerimiento alguno a la parte demandante para que lo impulsara, y que a pesar de ello, la ejecutante se allanó al cumplimiento de lo exigido y adelantó las gestiones tendientes a lograr la notificación personal del demandado, además de las gestiones procesales para materializar las medidas cautelares, que en este tipo de procesos, generalmente se realizan antes de efectuar la notificación del mandamiento de pago al demandado, para evitar que éste distraiga los bienes en perjuicio del acreedor.”

FUENTE NORMATIVA. Sentencia C-1186 de 2008, artículos 346 y 347 C.P.C., Ley 1194 de 2008, artículos 16, 228-229 Constitución Política.

PROCESO. ACCIÓN DE TUTELA DE PRIMERA INSTANCIA

FECHA. MAYO 7 DE 2012

ACCIONANTE. FONDO DE CAPITAL PRIVADO ALIANZA KONFIGURA ACTIVOS ALTERNATIVOS II, a través de su representante legal y administrador

ACCIONADOS. JUZGADOS 22 CIVIL MUNICIPAL Y ONCE CIVIL DEL CIRCUITO DE BARRANQUILLA

RADICACIÓN. T-00196-2012 (08001-22-13-000-2012-00200-00)

DECISIÓN. AMPARA EL DERECHO FUNDAMENTAL AL DEBIDO PROCESO.

ACCIONES POPULARES–Mecanismos procesales para la protección de los derechos colectivos//**LIMITADOS FÍSICOS O SENSORIALES**–Son sujetos de especial protección por parte del Estado/**FACTOS INTERNACIONALES**– Sistema normativo que garantiza la efectividad de los derechos de la población

discapacitada/ **REALIZACIÓN DE LAS CONSTRUCCIONES, EDIFICACIONES Y DESARROLLOS URBANOS RESPETANDO LAS DISPOSICIONES JURÍDICAS, DE MANERA ORDENADA, Y DANDO PREVALENCIA AL BENEFICIO DE LA CALIDAD DE VIDA DE LOS HABITANTES** –No existe vulneración de este derecho conforme el acervo probatorio recaudado en el proceso.

MAGISTRADA PONENTE: DRA. LILIAN PÁJARO DE DE SILVESTRI, SALA CIVIL-FAMILIA

Causa Fáctica. El actor popular pretende sea amparado su derecho colectivo a que las construcciones realizadas permitan el acceso a las personas disminuidas físicamente, por considerar que la empresa de telefonía accionada, pone vulnera dicha garantía de raigambre constitucional y legal, y pretende la construcción de rampas y vías de acceso para este tipo de población.

Extractos. “Con relación a las personas con discapacidad física, caso a tratar en esta Acción Popular, éstas reciben del Estado una protección especial derivada del ordenamiento jurídico y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Por tanto, se establece “un conjunto de deberes en cabeza de las autoridades públicas y de los particulares quienes en sus actuaciones han de proceder de modo que se considere de manera especial a estas personas y se les respeten sus derechos constitucionales fundamentales”¹⁵.

Particularmente, la Convención Interamericana para la eliminación de todas las formas de discriminación contra las personas discapacitadas, ratificada por Colombia mediante la Ley 762 de 2002, en su artículo 1º dispone:

“El término ‘discapacidad’ significa una deficiencia física, mental o sensorial, ya sea de naturaleza permanente o temporal, que limita la capacidad de ejercer una o más actividades esenciales de la vida diaria, que puede ser causada o agravada por el entorno económico y social”.

A su vez, el artículo 2 de la mencionada Convención, en su literal a, estipula:

“El término ‘discriminación contra las personas con discapacidad’ significa toda distinción, exclusión o restricción basada en una discapacidad, antecedente de discapacidad, consecuencia de discapacidad anterior o percepción de una discapacidad presente o pasada, que tenga el efecto o propósito de impedir o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por parte de las personas con discapacidad, de sus derechos humanos y libertades fundamentales”.

Aunado a lo anterior, Colombia es parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales – PIDESC¹⁶, que propugna por la eliminación de las desventajas estructurales para las personas discapacitadas, por medio de la adopción de acciones que obtengan acceso, en igualdad de condiciones que el resto de la población, a los derechos económicos, sociales y culturales.

Concretamente en el Ordenamiento Jurídico colombiano, en la Carta Magna de 1991 estipula, en su artículo 12:

¹⁵ Sentencia T-988 de 2007.

¹⁶ Ratificado mediante Ley 74 de 1968.

“...El Estado promoverá las condiciones para que la igualdad sea real y efectiva y adoptará medidas en favor de grupos discriminados o marginados.

El Estado protegerá especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancias de debilidad manifiesta y sancionará los abusos o maltratos que contra ellas se cometan”.

Referente a las personas discapacitadas el artículo 47 de la Carta Magna consagra: *“El Estado adelantará una política de previsión, rehabilitación e integración social para los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a quienes se presentará la atención que requieran”.* Sumado a lo anterior, el artículo 54 superior preceptúa de manera expresa el deber del Estado de *“...garantizar a los minusválidos el derecho a un trabajo acorde con sus condiciones de salud”*, y el artículo 68, determina en su último inciso que *“la erradicación del analfabetismo y la educación de personas con limitaciones físicas o mentales, o con capacidades excepcionales, son obligaciones especiales del Estado”.*

Por su parte, nuestro Máximo Tribunal Constitucional ha determinado la importancia de esta protección especial, de la siguiente manera:

“Lo expuesto lleva a resaltar el interés del Estado colombiano – acogido de manera expresa en el texto constitucional y reforzado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos –, de ofrecer una protección especial a las personas discapacitadas colocadas, muchas de ellas, por razón de sus limitaciones físicas, psíquicas o sensoriales en situación manifiesta de debilidad. Así, la jurisprudencia de la Corte Constitucional ha insistido también de manera reiterada en esa protección. Ha dicho al respecto, que la omisión de proporcionar especial amparo a las personas colocadas en circunstancia de indefensión bien sea por razones físicas mentales o sensoriales puede incluso equipararse a una medida discriminatoria. Lo anterior, por cuanto la situación que enfrentan estas personas les impide integrarse de manera espontánea a la sociedad para poder ejercer sus derechos y responder por sus obligaciones, así que el Estado no puede negarse a adoptar un conjunto de medidas de orden positivo orientadas a superar – en la medida de lo factible – esa situación de desigualdad y de desprotección a la que ellas se ven avocadas y propender por su efectiva integración a la sociedad”¹⁷

El Legislador, como consecuencia de esta obligación superior, profirió la Ley 361 de 1997 cuyo título IV se denomina De la accesibilidad y particularmente el capítulo II trata sobre eliminación de las barras arquitectónicas, que en su artículo 47 dispone: *“La construcción, ampliación y reforma de los edificios abiertos al público y especialmente de las instalaciones de carácter sanitario, se efectuarán de manera tal que ellos sean accesibles a todos los destinatarios de la presente ley. Con tal fin, el Gobierno dictará las normas técnicas pertinentes, las cuales deberán contener las condiciones mínimas sobre barreras arquitectónicas a las que deben ajustarse los proyectos, así como los procedimientos de inspección y de sanción en caso de incumplimiento de estas disposiciones.*

Las instalaciones y edificios ya existentes se adaptarán de manera progresiva, de acuerdo con las disposiciones previstas en el inciso anterior, de tal manera que deberá además contar con pasamanos al menos en uno de sus dos laterales...”

¹⁷ Sentencia T-988 de 2007

En concordancia, el Gobierno Nacional dicta el Decreto 1538 de 2005, regulador de la Ley 361 de 1997, determinando su ámbito de aplicación de aplicación de la siguiente manera (Artículo 1):

“Las disposiciones contenidas en el presente decreto serán aplicables para:

a) El diseño, construcción, ampliación, modificación y en general, cualquier intervención y/u ocupación de vías públicas, mobiliario urbano y demás espacios de uso público;

b) El diseño y ejecución de obras de construcción, ampliación, adecuación y modificación de edificios, establecimientos e instalaciones de propiedad pública o privada, abiertos y de uso al público”.

Finalmente, en el Capítulo III del citado decreto, se regula la accesibilidad a edificios abiertos al público, introduciendo normas que deben ser acatadas tanto por las autoridades públicas como por las personas privadas.

3.3. En el caso bajo examine, se pretender establecer si la entidad accionada COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., ha vulnerado o no los derechos colectivos, especialmente el establecido por el artículo 4, literal m, de la ley 472 de 1998.

Para lo anterior, el accionante indicó que existe vulneración del derecho colectivo establecido en el punto anterior, porque en ninguno de los sitios que relacionó en la demanda, se encontraban rampas o vados para facilitar el acceso y salida de las personas discapacitadas.

A su turno, la entidad accionada expresó que no existe violación al acceso al servicio público de telecomunicaciones, ya que en el centro de atención ubicado en la calle 45 No. 43-86 y en la calle 93 entre carrera 46 y 47, posee estructuras para facilitar el acceso para personas con situación de discapacidad de acuerdo a las normas técnicas, y que Colombia Móvil no tiene un punto de atención al público en la carrera 43 No. 84-12.

Así mismo, el a-quo para verificar dicha situación, decretó prueba de inspección judicial en la que se constató que tanto en la carrera 43 No. 84-12 y la calle 45 No. 43-86, las tiendas habían sido trasladadas a otro lugar, sin embargo, no se pudo conocer el nuevo sitio donde se encontraban instalados, ya que no había ningún anuncio en la puerta que lo expresara; en la primera dirección, la tienda se encontraba desocupada, mientras que la segunda cerrada, por ende, en ninguno de los sitios, se pudo evidenciar la existencia de rampas.

En cuanto a la tienda ubicada en la calle 93 entre carreras 46 y 47, el a-quo corroboró la existencia de una rampa en la entrada de la tienda TIGO, se toman 6 fotografías, el cual se anexaron en el expediente.

En conclusión, teniendo en cuenta la prueba de inspección judicial practicada por el a-quo y la prueba documental anexa (folios 113-116), se confirmará la sentencia de primera instancia, por cuanto en la tienda ubicada en la calle 93 entre carrera 46 y 47, se observa la existencia de rampas, cumpliendo así las normas que regulan sobre la accesibilidad de las personas con discapacidad y por lo tanto no vulnera el derecho colectivo consagrados en la ley 472 de 1998, artículo 4, literal m.

Respecto de las tiendas ubicadas en la carrera 43 No. 84-12 y la calle 45 No. 43-86, al verificarse por inspección judicial que se encuentran desocupadas, no se puede propender la vulneración de los derechos, puesto que en estos sitios no se prestan los servicios de comercialización de servicios de telefonía.”

FUENTE NORMATIVA: Artículos 12,47, 54,68 Superiores, Ley 472 de 1998, Ley 391 de 1997, Decreto 1538 de 2005

PROCESO: ACCIÓN POPULAR

FECHA: FEBRERO 28 DE 2012

ACCIONANTE: ARIEL ENRIQUE GONZÁLEZ JIMÉNEZ

ACCIONADO: COLOMBIA MÓVIL (TIGO) S.A.

RADICACIÓN: 08-001-31-03-007-2010-00090-01/ **36.494**

DECISIÓN: CONFIRMA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

JOSÉ DE JESÚS LÓPEZ ÁLVAREZ
PRESIDENTE

MARÍA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA