

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 01 2018



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI

RELATORIA

Henry Moreno Macias

Relator

BOLETIN 01

2018



Sala de Gobierno 2017 2018

Presidente Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz

Vicepresidenta Dra. Gloria Montoya Echeverry

SALA CIVIL

Presidente Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes

Vicepresidente Dr. Homero Mora Insuasty

SALA DE FAMILIA

Presidente Dr. Franklin Ignacio Torres Cabrera

Vicepresidente Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos

SALA LABORAL

Presidente Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya

Vicepresidente Dra. Elsy Alcira Segura Díaz

SALA PENAL

Presidente Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

Vicepresidente Dra. Socorro Mora Insuasty

SALA ESPECIALIZADA

RESTITUCION Y FORMALIZACIÓN

DE TIERRAS.

Presidente Dr. Carlos Alberto Trochez Rosales

Vicepresidenta Dra. Gloria del Socorro Victoria Giraldo

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara Homero Mora Insuasty
Hernando Rodríguez Mesa José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea
Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Carlos Alberto Trochez Rosales. Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Diego Flórez Buitrago
Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Franklin Torres Cabrera Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos
Gloria Montoya Echeverry Juan Carlos Ángel Barajas.
Secretario: Katherine Gómez

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez Luis Gabriel Moreno Lovera
Jorge Eduardo Ramírez Amaya Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos Ariel Mora Ortíz
Hugo Javier Salcedo Oviedo Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón Elsy Alcira Segura Díaz
Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez

Secretario: María Cristina Paz

Henry Moreno Macías
Relator

SALA CIVIL

DICTAMEN PERICIAL. Oportunidades probatorias.

Extracto:

Por establecido se tiene que en materia de pruebas, la ley procesal ha fijado una serie de reglas relativas a su aportación y práctica, en expresión de las cuales, en el artículo 173 del C.G. del P., como expresión del principio de preclusión, se precisa que “para que sean apreciadas por el juez, las pruebas deberán solicitarse, **practicarse e incorporarse al proceso dentro de los términos y oportunidades señalados para ello en este código (...)**”.

Recuérdese que dicha normativa se erige como expresión de la protección al derecho de defensa y contradicción de las partes, imponiéndoles a su vez, la obligación de solicitar y aportar las pruebas que pretenden hacer valer, en las oportunidades previstas por el legislador. Con este fundamento, ha de afirmarse que “le corresponde a las partes pedir al juez que decreta las pruebas que apoyen sus alegaciones. Tal petición **debe respetar momentos procesales en los cuales se permita la “socialización” del medio probatorio**, en cumplimiento del deber de lealtad que rige el sistema procesal vigente. Se aporta lo que se tiene, se pide lo que debe producirse.”

Ahora bien, por ese camino, en el artículo 373 ibídem, se regula la etapa de instrucción del proceso, advirtiendo el legislador que para adelantar la misma, el juez “deberá disponer de tiempo suficiente para practicar todas las pruebas decretadas”. En ese orden, es claro que en la referida audiencia –salvo las excepciones contempladas en la ley y los trámites previos a la misma- debe agotarse el recaudo probatorio respectivo, para dar paso a los alegatos de conclusión y a la sentencia.

Surge de las anteriores premisas que el principio de preclusión que rige en materia probatoria, con ocasión del trámite establecido en el nuevo régimen procesal, se encuentra íntimamente ligado a la audiencia de que trata el artículo 373 del C.G. del P., pues es en ella en la que se agota y culmina el periodo probatorio, de donde emerge claro que las partes corren con la carga procesal (responsabilidad) de actuar con la diligencia necesaria para cumplir el mentado propósito (práctica de pruebas en la referida audiencia).

Bajo la óptica de lo expuesto, establece la Sala Unitaria que debe confirmarse la decisión cuestionada, por la cual, el juez prescindió de la práctica del dictamen decretado a solicitud de parte actora y denegó la petición elevada por esta última, encaminada a insistir en su recaudo; en efecto, tal determinación emerge ajustada al principio de preclusión que rige en materia probatoria, acorde con el cual, el juez debía agotar el recaudo probatorio y la contradicción de las pruebas, oportunamente allegadas, en la respectiva audiencia de instrucción y juzgamiento, la cual, en este caso, se programó para los días 18 y 19 de septiembre y 3 de octubre de 2017, sin que hubiese sido aportada la prueba con anterioridad a ninguna de tales calendas.

No varía lo anterior, en atención a los reparos propuestos por la parte recurrente, relativos a la importancia de la prueba pericial objeto de la decisión, pues esa misma relevancia obligada a la parte actora, a profundizar sus actuaciones encaminadas a lograr la producción del medio probatorio, carga que por supuesto era suya, por haberse decretado la prueba a solicitud de parte.

Por el contrario, aflora del plenario que la parte interesada no actuó en forma verdaderamente diligente, pues la prueba fue decretada desde el 19 de julio de 2017 (Fl. 12 C. Copias), de donde emerge que contó con tres meses de antelación a la audiencia de instrucción y juzgamiento, para efectuar las gestiones que resultaban del caso.

No obstante, en este término, la parte interesada se limitó a radicar el oficio dirigido a Medicina Legal (Fl. 13 Copias), pues ante la demora de dicho ente, el cual se pronunció, pero sin dar ningún trámite a la experticia (Fl.14), el extremo demandante únicamente se preocupó por obtener respuesta de dicha entidad, el día previo a la audiencia del tres (3) de octubre de 2017, en la cual culminaría la etapa de instrucción y juzgamiento, como reconoce el propio apoderado en su recurso, al indicar que el anhelado pronunciamiento , sólo se expidió cuando se acercó a la entidad, quien emitió comunicado el 2 de octubre (Fl. 21).

Ciertamente, con antelación a estas calendadas y pese a la evidente demora de la entidad en dar respuesta de fondo, no obra prueba en el plenario de que la parte interesada, hubiese acudido ante la misma o se le hubiera instado para que manifestara al respecto, como se esperaría de quien tiene a costas la carga de allegar la prueba; por el contrario, se itera, parece claro que abandonó el trámite a la espera de que el ente emitiera algún pronunciamiento.

En otros términos, aunque la parte insiste en la importancia de la prueba, no asumió una conducta acorde con la misma, no obstante que el juez advirtió, en la audiencia inicial, sobre la necesidad de que las partes se apersonaran de sus pruebas (Minuto 2`25:38. Cd. A folio 12), y que instó a la actora, en las audiencias subsiguientes (18 y 19 de septiembre), para que aportara la pericia, advirtiéndole que debía llegar antes de la última audiencia programada, sin que en estas oportunidades la interesada, hubiese efectuado pronunciamiento o desplegado acto alguno, aun cuando los requerimientos del juzgador, como mínimo, le imponían verificar la disponibilidad de la entidad destinataria de la solicitud.

En conclusión, es claro que el extremo actor descuidó la actividad probatoria que, sin lugar a dudas, subsistía en cabeza suya, cuestión que no puede justificarse en la necesidad o importancia de la prueba, y mucho menos , en la existencia de pruebas que amparan sólo lo alegado por las demandadas, puesto que el aporte de un dictamen que, en palabras del recurrente , permita ratificar las falencias en la atención médica aducidas en la demanda, habla no de una prueba imperativa sino de la conveniencia que tiene dicho medio para los intereses de la parte interesada, de donde bien puede continuarse con el trámite y fallarse el proceso sin su presencia.

Se tiene entonces que el extremo interesado, no mostró verdadera preocupación por agotar las diligencias que resultaban necesarias para la obtención oportuna de la prueba pericial solicitada y su contradicción en la oportunidad prevista para ello, siendo entonces evidente que asumió una conducta contraria al principio de preclusión que rige el trámite.

Rad. 008 2016 00204 02 (07 12 2017) M.S. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

ENTREGA DEL BIEN REMATADO. Oposición alegando su condición de poseedora del bien. Ejecutivo hipotecario.

Extracto:

“El recuento de todo lo anterior, determina que fue adecuado el razonamiento desplegado por la juez de instancia, pues así lo permite el artículo 456 del C.G.del P., normativa que faculta al juez, para que al encontrarse frente a oposiciones planteadas al finalizar un proceso compulsivo, determinado este en la consecuencia natural de la entrega del bien perseguido a quien lo adquirió bien por adjudicación, ya por remate, rechace de plano aquella solicitud.

Sumado a ello, es evidente que este asunto no resultaba ajeno a quien ahora se aduce poseedora , pues a partir de su condición de guardadora del demandado –para eses entonces menor de edad- ella acudió al proceso desde su admisión , atendiendo, entre otras cosas, la diligencia de secuestro, momento en el que se habilitaba , conforme a la ley procesal, la oposición que ahora propone, sin que hiciera uso de la misma, con lo que

mostró aquiescencia con el trámite llevado a cabo, pasando por alto la calidad de poseedora que hoy se arroga.

En ese orden y sin necesidad de más disquisiciones que las anteriores, pues las mismas resultan suficientes para justificar lo decidido, se confirmará la providencia que por vía de apelación se ha revisado.

Por último, cumple precisar, que si bien la inspección encargada, al interior de la diligencia surtida el día 22 de julio de 2016 decidió admitir la oposición propuesta, lo que lleva al recurrente a insistir en que deben practicarse las pruebas allí solicitadas; lo cierto es que conforme lo decidido en primera instancia –que tal como se dijo, será objeto de confirmación por parte de este Tribunal- se tiene que tácitamente la juez competente dejó sin efecto aquella admisión, con lo cual, lo planteado por el alzadista no encuentra asidero.

Rad.014 2004 00136 01 (14 08 2017) M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez

LEVANTAMIENTO DE LA MEDIDA CAUTELAR DE SECUESTRO DECRETADA. Incidentalista logró probar la posesión material sobre el bien inmueble objeto de la Litis al tiempo en que se practicó la diligencia de secuestro.

Extracto:

Preliminarmente se observa que en el trámite de la primera instancia se incurrió en un yerro, al indicarse por parte de la a quo que lo que se está resolviendo corresponde a un “un trámite de oposición al secuestro”, cuando lo cierto es que corresponde a un incidente de levantamiento de secuestro. Empero, al no clasificar dicho yerro dentro de las causales de nulidad consagradas legalmente, y no haber sido impugnadas oportunamente por los recursos que establece el Código procedimental civil, se deberán tener como saneados. Así las cosas, al resolver la apelación, tendremos en cuenta que la providencia impugnada decidió acerca del incidente de levantamiento del secuestro.

Dispone el artículo 687 del C.P.C.: “se levantarán el embargo y secuestro en los siguientes casos:

Num.8 art. “Si un tercero poseedor que no se opuso a la práctica de la diligencia de secuestro, solicita al juez del conocimiento dentro de los veinte días siguientes, que se declare que tenía la posesión material del bien al tiempo en que aquella se practicó y obtiene decisión favorable.

La solicitud se tramitará como incidente, en el cual el solicitante deberá probar su posesión.

Lo dispuesto en los incisos anteriores se aplicará igualmente al tercero poseedor que se opuso a la diligencia de secuestro, pero no estuvo representado por apoderado judicial.”.

De la lectura anterior tenemos que son varios los requisitos para que en virtud del incidente de desembargo se levante dicha medida cautelar, a saber: a) que se trate de un tercero poseedor que no se opuso a la diligencia de secuestro y que en caso de oponerse no haya sido representado por apoderado (inc. 2º, núm. 8º art. 687, C.P.C.); b) que se solicite dentro de los veinte días siguientes a la diligencia de secuestro; c) que se tenga la posesión material de los bienes secuestrados al momento en que se practicó la diligencia de secuestro.

Procederá, entonces, la Sala a analizar el cumplimiento de los requisitos señalados:

4.1. Sea lo primero advertir que el incidente se promovió dentro del término señalado en la norma precitada, por lo que se satisface el primero de los supuestos.

4.2. En relación con el requisito de posesión tenemos que como lo pregona el artículo 762 del Código Civil, la posesión es la tenencia de una cosa determinada con ánimo de señor y

dueño, sea que el dueño o el que se da por tal la detente por sí mismo o por otra persona que la conserva en su lugar y nombre.

Así mismo, tiene dicho la jurisprudencia decantada de la Honorable Corte Suprema de Justicia, que la posesión se compone de dos elementos: el corpus, elemento material y objetivo, y el animus, elemento intencional y subjetivo. El primero se refiere a la aprehensión material de la cosa, es decir su mantenimiento dentro de la órbita de manejo de la persona, en tanto que el segundo hace referencia al elemento psicológico de reputarse a sí mismo dueño, sin reconocer dominio ajeno. Es éste último el que distingue la posesión de la mera tenencia por cuanto externamente, una y otra, implican la relación física o corpus.

La prueba testimonial universal de derecho en materia probatoria, que corresponde a las partes demostrar aquellos supuestos fácticos que sirvan de presupuesto a la norma que consagra el derecho que persiguen, como lo dispone el código General del Proceso en el artículo 167; de suerte que quien invoca un hecho para lograr la aplicación de determinada preceptiva legal corre con la carga de su demostración fehaciente, pues de lo contrario la decisión será adversa a tal pedimento.

En el sub examine se observa que el opositor, señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, presenta como sustento de la oposición pruebas documentales, entre ellas la promesa de compraventa, celebrada con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, además de los testimonios rendidos en audiencia por los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, coincidentes en sus afirmaciones en cuanto a que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx detenta la calidad de poseedor del bien materia de debate, desde tiempo antes a la diligencia.

Lo anterior por cuanto del acervo probatorio se desprende que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, suscribió un contrato de promesa de compraventa, en el que se prometió en venta el bien inmueble objeto de la Litis, con la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (demandada en el proceso ejecutivo), quien actuó representada por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx (fl. 34 del cuaderno incidental).

Obra el poder general otorgado para firmar la promesa de compraventa por la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, el cual consta en escritura pública No. 0106 del 4 de febrero del 2010 en la Notaria 23 del Círculo de Cali (Fl.25). También obra escritura pública sin número por medio de la cual la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, vende objeto de la Litis, sin que dicha escritura hubiera sido registrada por inconsistencias de la Notaria según refirió.

Del mismo modo, se recepcionó el testimonio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, vigilante de la cuadra donde se encuentra ubicado el inmueble objeto de debate y quien manifestó que este se encontraba habitado por la demandada hasta aproximadamente el año 2008, pues de ahí en adelante el inmueble era ocupado por el incidentalista quien realizó las mejoras, adujo además conocer sobre la venta del bien y de que era el incidentalista o su padre quien dirigía y pagaba los arreglos de la casa.

Por su parte el testigo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx aseguró que desde el año 2012 cuando fue al lugar por primera vez, ha tenido el convencimiento de que el bien es propiedad del incidentalista, pues se comporta como tal y la gente lo reconoce así, refiere que la sociedad a la que representa legalmente tomó en arriendo el citado inmueble, por el cual paga un canon mensual de \$1.400.000.

Dichas declaraciones se evidencian claras, concretas, responsivas y verosímiles en torno a la calidad de poseedor del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, lo cual impide a esta Sala, sostener conclusión distinta a que efectivamente, por un amplio lapso de tiempo, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ha ejercido actos de señor y dueño del inmueble que adecuó y dio en arrendamiento, siendo apenas evidente el factor psicológico de la posesión reposa en el incidentalista.

No es de recibo el argumento del apelante, según el cual no se debe valorar el testimonio del Sr. xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues aunque aun cuando tenga relaciones comerciales con quien alega la posesión, este hecho por sí solo no tiene la capacidad de restarle credibilidad a su declaración. Conforme lo anterior, debe precisarse que los medios probatorios

arrimados al plenario deben ser valorados en conjunto bajo el tamiz de la sana crítica y luego de ello se llega a la conclusión de que el incidentalista es poseedor del bien que ocupa y el cual fue objeto de medidas cautelares en este asunto.

Ahora respecto a lo expresado por el apelante en cuanto a que el interrogatorio de parte solicitado no fue decretado por el a quo, esta Sala advierte que era de su cargo advertir dicha falencia al momento de decretarse las pruebas, mediante los mecanismos procesales dispuestos por el legislador, y no cuanto se decidió de fondo el asunto, pues incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

En lo que atañe al requisito de ser tercero poseedor, está plenamente acreditada con la prueba recaudada, la calidad del tercero del incidentalista sobre el inmueble secuestrado pues por un lado no es parte dentro del proceso, sin que se pueda predicar que su derecho se derive de quien ostenta la condición de demandada, pues lo cierto es que, los actos de señorío, los viene ejecutando sin reconocer dominio ajeno desde el 14 de marzo de 2012, tiempo antes de que se instaurara la presente demanda ejecutiva (17 de enero de 2013), derecho que no puede desconocerse.

En un asunto de similares aristas, el Tribunal de Bogotá se pronunció de la siguiente manera: “Obsérvese que al haber adquirido la posesión con antelación al proceso, es cosa que lo faculta para oponer sus actos incluso contra el dueño mismo de la cosa y antecesor suyo, pues desde luego que si su calidad es estrictamente personal, el sentido y la idea de causahabencia por ese sólo motivo pierde cualquier significación jurídica. Situación muy diferente fuese, que el acto que ata a la parte con el opositor tuviese siquiera como punto de partida su celebración luego de presentada la demanda, pero itérase, aquí aparece probada, de mucho tiempo atrás a la fecha en que se radicó el libelo, ante la jurisdicción.” (Trib. Sup. De Bogotá auto de 10 de junio de 2010 M.P. Clara Inés Márquez Bulla)

Rad.011 2004 00320 01 (12 1 2017) M.S. Dr. César Evaristo León Vergara.

NULIDAD ABSOLUTA DE ESCRITURA PÚBLICA. La causa para declarar la improsperidad de las pretensiones obedece a la falta de interés para obrar en el demandante y no a la falta de legitimación en la causa.

Extracto:

Siendo el contrato sometido a la controversia aleatorio, el precio del avalúo catastral que se registró en la Escritura de Compraventa, no era un elemento de juicio suficiente para que el Juez pudiera declarar oficiosamente la nulidad, pues en estos casos, la ventaja o ganancia que pudiere reportar el comprador, no está ligada al valor del avalúo catastral sino que se encuentra subordinada al tiempo que dure el usufructo, en este caso la vida de los vendedores.

En este orden de ideas, debe concluirse que no es viable la declaratoria de nulidad en forma oficiosa en el presente asunto pues acorde a la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, la asimetría de las prestaciones no podía surgir del simple análisis de la escritura de compraventa.

Pero además de lo anterior, téngase presente que el avalúo catastral que es el que se encuentra registrado en la Escritura Pública, en la medida que su propósito no es establecer el valor de la nuda propiedad de los inmuebles, sino el valor integral de los mismos a través de un sistema de estadísticas a cargo del Estado, no sirve para que el Juez tenga un parámetro válido para establecer si del mismo acto o contrato surge o no una causal de nulidad en razón al precio de venta consignada en la escritura pública.

Finalmente, cumple precisar que no es posible acudir al avalúo comercial que se practicó al interior del proceso como fundamento para realizar la declaración, pues la exigencia normativa y jurisprudencial proscriben al Juez la posibilidad de acudir a medios probatorios

diferentes del propio acto o contrato para ejercer oficiosamente la posibilidad de declarar la nulidad del contrato en forma oficiosa.

Corolario de lo expuesto, es que en este evento no es posible declarar oficiosamente la nulidad del contrato sometido a nuestra consideración.

En estos términos se deberá refrendar la decisión de primera instancia, aunque se deberá modificar en el sentido de que la causa para declarar la improsperidad de las pretensiones obedece a la falta de interés para obrar en el demandante y no a la falta de legitimación en la causa.”

Rad.001 2014 00115 02 (21 06 2017) Acta 055. M.P. Dr. César Evaristo León Vergara

PERTENENCIA Prescripción extraordinaria adquisitiva de dominio. Tiempo de posesión como presupuesto. Derecho pretendido debe estar configurado a la fecha de presentación de la demanda.

Extracto:

“En el caso, la demanda fue presentada el 2 de junio de 2011 (Fl. 12 C Ppal.), el actor pide se declare a su favor la “la prescripción extraordinaria de dominio”, por haber ejercido posesión sobre los inmuebles en disputa, “[d]desde el 26 de abril de 1992, fecha en la cual de forma paz[í]fica recibo materialmente de parte de los vendedores los bienes inmuebles en cuestión hasta la fecha, junio de 2011, siempre he ejercido posesión en forma quieta, pac[í]fica, tranquila e ininterrumpida con [á]nimo de señor y dueño...”(Hechos 4º y 7º de la demanda, Fl.5 Ppal.).

EN ese orden, es evidente que el demandante no cumple con los 20 años de posesión exigidos por el artículo 1º de la Ley 50 de 1936, en tanto desde el 26 de abril de 1992 (fecha desde cuando dice haber iniciado la posesión) hasta el 2 de junio de 2011 cuando se presentó la demanda habían transcurrido 19 años, 1 mes y unos días; por otro lado tampoco se cumplen los 10 años de posesión exigidos por el art. 6º de la Ley 791 de 2002 como quiera que desde el 27 de diciembre de 2002 fecha en la que la nueva ley entró en vigencia, hasta la fecha de presentación de la demanda (2 de junio de 2011), habían transcurrido 8 años, 5 meses y unos días, es decir menos de los 10 años exigidos por la nueva Ley.

La Sala debe aclarar que no es posible contabilizar el tiempo de posesión transcurrido con posterioridad a la presentación de la demanda como lo sugiere el demandante cuando afirma que su posesión duró hasta el 13 de noviembre de 2013, cuando fue desalojado de los inmuebles por orden del Juzgado 30 Civil Municipal de Cali dentro de un proceso ejecutivo con título hipotecario, bien ha precisado la jurisprudencia que la sentencia judicial que accede a las pretensiones de usucapión es meramente declarativa, lo cual significa a la fecha de presentación de la demanda.

De ahí que incumplido el tiempo de posesión como presupuesto de la prescripción extraordinaria adquisitiva que se pide, el fracaso de las pretensiones es inevitable y con ello la confirmación de la sentencia de primer grado, siendo inocuo analizar los reparos de la apelación dirigidos a cuestionar la valoración probatoria realizada por el a quo, puesto que aun en el evento de que fueran fundados seguiría faltando el tiempo de posesión requerido por la ley como requisito para la prescripción adquisitiva que pretende el demandante.

Las mismas razones sirven para determinar la improcedencia de la solicitud de no tener en cuenta la declaración de los testigos para la tacha de sospechosos y la suspensión del proceso hasta que se definan las investigaciones penales, pues incumplido el requisito del tiempo de posesión ninguna relevancia cobran las declaraciones cuestionadas a efectos de decidir.

Respecto de las costas de segunda instancia, se condenará a la parte demandante a favor de la parte demandada por el fracaso del recurso (Art. 365 C.G.P.)”

REIVINDICATORIO DE DOMINIO. Proceso de declaración de pertenencia.

Extracto:

“A solicitud de la parte demandada se recaudó prueba pericial en la que se estimó el valor del inmueble, se verificó la identidad, ubicación, linderos, nomenclatura, estrato, estado actual y mejoras determinando que existen unas antiguas hacia el frente y nuevas hacia el fondo, el concepto fue soportado con fotografías y no tuvo objeción (Fols. 19 a 20 y 24 a 34 del C. 4).

Como el tema de la posesión es de prueba y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en la demanda dice que su sobrino xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx es un poseedor de mala fe porque entró al inmueble en circunstancias violentas y dudosas, la Sala observa que tal predicado de la posesión quedó únicamente como argumento porque no trajo prueba alguna que lo respalde (Art. 769 Código Civil), lo que se observa de las declaraciones de los ocho (8) testimonios en su conjunto, es que xxxxxxxxx, xxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxx empezaron a detentar el inmueble conjuntamente con su padre desde 1972 y que una vez fallecido xxxxxxxxxxxx (25 de agosto de 2003), hermano de la demandante se han comportado como señores y dueños.

La recurrente alega que en la sentencia no se tuvo en cuenta los fallos proferidos por el Juzgado Octavo Civil del Circuito de Cali (3 de marzo de 2005) y la confirmación del Tribunal (7 de diciembre de 2006) en el proceso de pertenencia que con anterioridad intentó el ahora demandado xxxxxxxxxxxx, sentencias de las que se conoce que fueron negadas las pretensiones por no acreditarse el tiempo requerido, el momento de la interversión del título y por no incluir a las otras personas que detentan la posesión; sin embargo, como el proceso reivindicatorio fue propuesto el 19 de diciembre de 2013 la posesión de los ahora demandados debe revisarse en los diez años anteriores (Dic 2013- Dic 2003), porque el tiempo ha transcurrido y otras son las circunstancias sobre las cuales debe analizarse la pretensión y la excepción, distintas de las analizadas en las sentencias aludidas en las que se estudió anteriormente la posesión de xxxxxxxxxxxx antes de octubre de 2003 siendo que la demanda de pertenencia fue admitida el 17 de octubre de ese año.

Con los testimonios traídos al proceso por los demandados, la Sala ve acreditado que posteriormente al fallecimiento de xxxxxxxxxxxx (padre), estos detentan la posesión del bien con ánimo de señores y dueños a mutuo propio a partir del 25 de agosto de 2003, fecha en que ocurrió el fallecimiento del padre (Fol. 234 C.P.); buscando un hito de la interversión del Título bien puede tomarse tal acontecimiento como punto de partida del desconocimiento total de xxxxxxxxxxxx como dueña, pues otra cosa no se puede entender de la actitud de demandar el inmueble en pertenencia por prescripción adquisitiva de dominio (octubre de 2003) a quien en el registro aparece como titular del derecho de dominio, amén que es la misma demandante en reivindicación quien al redactar el hecho octavo (8º) de la demanda, expresa que se encuentra privada de la posesión porque la tiene xxxxxxxxxxxx en razón de que “ (...) el padre de él se aprovechó para apropiarse (...) inclusive prohibiendo a mi poderdante su ingreso (...); en esas condiciones, bien pueden los ahora demandados anteponer su propia posesión a quien pretende reivindicar porque han transcurrido más de 10 años detentándolo como señores y dueños, tiempo suficiente para usucapir el bien según lo dispuesto en la Ley 791 de 2002.

En el asunto está suficientemente probado que los demandados pagaron las cuotas al Instituto de Crédito Territorial, pagaron los impuestos, hicieron mejoras y se comportan como verdaderos dueños, circunstancias que son conocidas por todo el vecindario según el conjunto de testigos; otra cosa no se debe entender cuando dicen que conocieron detentar el inmueble a xxxxxxxxx y luego de que el murió, como dueños a los hijos, la señora y nadie más, o que don xxxxxxxxx no hizo mayor cosa pero que los hijos fueron

los que construyeron (Declaración de Matilde Tulande 86 años vecina del sector); de esa manera, contextualmente se entiende sin que se pueda pedir una fecha exacta de la manifestación de la interversión, pues nadie se levanta un día a dejar constancia a los vecinos que ha intervertido un título, de ahí que sea válido considerar una época que dé certeza sobre el cambio que anima a quien otrora reconocía a un dueño diferente, la misma sentencia negatoria de la pertenencia para xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx considera como probable que la interversión haya ocurrido cuando se empezaron a pagar impuestos o las cuotas al ICT, o cuando se construyó la “ramada” tales dudas aparecen despejadas con posterioridad al fallecimiento de xxxxxxxx (padre), la actitud de las partes y la prueba que aquí se trajo así lo demuestran, además, antes y ahora se sabe que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx se desentendió del inmueble desde hace mucho más de 20 años y que a la reivindicación se vio alentada muchos años después de que su sobrino perdió la pertenencia.

Bien se ve entonces que xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxx podrían pedir a su favor la prescripción adquisitiva extraordinaria de dominio, más como no lo hicieron por demanda de reconvencción sino a través de la excepción, no es posible declararla en este proceso pero sí la excepción. La Corte Suprema de Justicia cuando no se ha reconvenido y se ha probado la usucapión ha orientado que así debe ser:

“(…) el inciso segundo del artículo 2513 del Código Civil, adicionado por el artículo 2º de la Ley 791 de 2002, faculta a todo aquel que tenga interés en que se declare la prescripción adquisitiva, para alegarla, bien sea “por vía de acción o por vía de excepción de mérito correspondiente (fls. 18 y ss ib.), sin presentar demanda de reconvencción, situación que le impone al Juez aguardar hasta la sentencia para pronunciarse al respecto y, en el evento de que dicha excepción se encuentre llamada a prosperar, así lo deberá declarar en el fallo que decida la instancia, denegando la pretensión reivindicatoria, pero no podrá declarar al demandado-excepcionante como dueño del bien, pues para ello éste habría tenido que alegar la prescripción adquisitiva a través de la correspondiente demanda de reconvencción. Y, como en este caso, el demandado no procedió en ese sentido, el Juez no podía suplir esa inactividad “adecuando” el trámite del proceso reivindicatorio promovido por el actor al del proceso de pertenencia”.

Tal orientación jurisprudencial, ha sido recogida en el Código General del Proceso al disponer que cuando la prescripción adquisitiva se alegue como excepción, para declarar la pertenencia deberá acompañar con la contestación de la demanda un certificado del registrador de instrumentos públicos en el que consten las personas que figuren como titulares de derechos reales principales sujetos a registro, emplazar a las personas que se crean con derechos sobre el respectivo bien, porque si así no es, no puede declararse la pertenencia.”

Rad.014 2014 00004 01 (03 11 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Lesiones personales en accidente de tránsito. Calificación de invalidez. Lucro cesante. Perjuicios morales. Daño a la vida en relación. Tasación de perjuicios. La jurisprudencia tiene decantado que dada la difícil cuantificación de los daños y perjuicios de índole extrapatrimonial, la estimación de su cuantía se hace al arbitrio judicial, debiéndose tener en cuenta las particularidades del caso.

Extracto:

Pues bien, a juicio de la Sala en el caso es evidente que la parte demandante logró acreditar tal daño sufrido por xxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues el mismo es consecuencia de la gravedad de las lesiones y secuelas que aún sufre y que afectan su desenvolvimiento en el entorno personal, familiar y social, impidiéndole llevar a cabo con normalidad las actividades naturales que antes realizaba como saltar, correr, bailar, sola o con sus familiares o amigos, y, en general, cualquier actividad que implique desplazamiento físico, incluso se ha visto

afectada en el uso de cualquier tipo de vestimenta como bien lo declaran las testigos xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, amén que la ocurrencia de este daño se deduce de las secuelas que dictaminó el perito forense adscrito al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (4.9), vistas tales circunstancias, la Sala no duda en tener por acreditado este tipo de daño en la integridad de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Ahora bien, la Sala tampoco ve atendible el reparo de la empresa transportadora demandada con el que pide que para la tasación de este perjuicio se tenga en cuenta el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, como quiera que la indemnización del daño a la vida de relación no corresponde al porcentaje de dicha pérdida, siendo que este daño tiene su caracterización autónoma y su tasación depende del arbitrio judicial según las particularidades del caso. En el asunto está probada la merma en la vida de relación de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, otrora joven alegre que disfrutaba de actividades familiares y sociales que implican facilidad de movilización; en ese entendimiento, en reconocimiento por tal perjuicio la Sala estima equitativo reconocerle \$15.000.000 en vez de los \$8.000.000 que reconoció el Juzgado considerando incluso el baremo que ha adoptado el Consejo de Estado en proporción a la pérdida de capacidad laboral.

Sobre el daño moral a la demandante xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y a sus familiares xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, cónyuge, hijos y madre, respectivamente, quienes para la época del accidente residían en el mismo lugar, no existe reparo sobre su acreditación, el cuestionamiento de la parte demandante ataca la tasación del perjuicio que en \$5.000.000 estimó el Juzgado para xxxxxxxxxxxxxxxx y \$2.000.000 para cada uno de los otros familiares, sumas que consideran insuficientes para paliar al daño sufrido, pidiendo se adecúe su condena a las pretensiones de la demanda, 80 s.m.l.m.v. para xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx; 60 s.m.l.m.v para su madre.

Sobre este aspecto cabe recordar que la jurisprudencia tiene suficientemente decantado que dada la difícil cuantificación de este tipo de daño y, en general, de los perjuicios de índole extrapatrimonial, la estimación de su cuantía se hace al arbitrio judicial, debiendo tenerse en cuenta las particularidades del caso, en orden a fijar un monto razonable de indemnización.

En el caso tenemos que la naturaleza y gravedad de las lesiones permiten inferir sin problema el grado de dolor sufrido por xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, además de las curaciones, tratamientos y terapias, al respecto el profesional especializado del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses diagnosticó “PERTURBACIÓN PSÍQUICA de carácter permanente”, pues no es poca la congoja, depresión, frustración y autoimagen que ha tenido que padecer, razón por la cual se incrementara a \$20.000.000; así mismo, como se vio acreditado el sufrimiento y dolor de su cónyuge, hijos y madre, quienes residían juntos, ante la frustración que causa ver a un ser querido en esas condiciones, la Sala incrementará la indemnización en \$5.000.000 para el esposo por la mayor cercanía afectiva de la diada y en \$3.000.000 para cada uno de sus hijos y de su madre.

Rad.002 2012 00071 01 (01 12 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Denuncia del Pleito y Llamamiento en Garantía.

Extracto:

“De entrada, debe la Sala manifestar que basado en el escenario prescriptivo de esta providencia, tomará como idénticas figuras la denuncia del pleito y el llamamiento en garantía, puesto que ambas figuras lo que buscan es la vinculación forzada de un tercero al proceso, por eso en la actualidad con el C.G. del P. la única figura procesal que autoriza la participación forzosa de terceros es la del llamamiento en garantía.

Igualmente, al ser sus diferencias tan imperceptibles, y al tener un mismo trámite ya que en ambos casos se aplica lo dispuesto en los artículos 54, 55 y 56 del C. de P. C., no se encuentra alguna notable diferencia para tomar como independientemente una de la otra.

Siendo así, la Sala debe verificar si el aquí denunciante tiene derecho a hacer uso de esta figura procesal, para lo cual debe remitirse al artículo 54 del C. de P.C. aludido anteriormente y el cual establece que *“El denunciado en un pleito tiene a su vez facultad para denunciarlo en la misma forma que el demandante o demandado”*, teniendo así que como ambas figuras procesales tanto la denuncia del pleito como el llamamiento en garantía son idénticas, la “Compañía Aseguradora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.” llamada en garantía si está legitimada para denunciar del pleito a la “xxxxxxxxxxxxxxxxx S.A.” ya que dicho artículo se lo permite.

Ahora en cuanto al primer problema jurídico formulado de determinar si la denuncia del pleito formulada cumple con los requisitos formales que establece el C.de P.C. se debe remitir al artículo 55 del C. de P.C. primeramente, en donde se encuentra que también cumple con los 4 requisitos establecidos, puesto que en el escrito de la denuncia del pleito se menciona tanto el denunciado como a su representante legal (o quien haga sus veces), igualmente indica el domicilio del denunciado, manifestó los hechos en los que se basaba para realizar la denuncia y la dirección donde el denunciado recibiría las respectivas notificaciones personales.

En el mismo escrito, el apoderado judicial de la llamada en garantía “Compañía Aseguradora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” menciona textualmente que *“... hipotéticamente hablando, de probarse alguna responsabilidad en los hechos denunciados por el actor y consiguientemente se produzca una condena por los perjuicios reclamados por la parte actora, las personas que correrían con dicha carga serían, no xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y mucho menos mi procurada la Compañía Aseguradora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, Llamada en garantía por la Aseguradora- demanda , sino precisamente la Institución IPS. XXXXXXXXXXXXXXXXXXXX, ...”* se deduce entonces que el apoderado pretende que en el supuesto de que llegara a existir algún tipo de condena, quien deba salir a responder por ésta, sea la “xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” y no su poderdante, por tanto lo que intenta realizar claramente es un llamamiento en garantía pero con la figura procesal de la denuncia del pleito, puesto que como lo apunta el doctrinante Jairo Parra Quijano *“si eventualmente con la denuncia se ejercita una acción para involucrar una pretensión contra el llamado, aparecerá el llamamiento en garantía”*.

En cuanto a la procedencia de vincular a la “xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” y a la cirujana xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, la Sala debe manifestar que la denuncia del pleito formulada aquí es procedente en virtud del principio de economía procesal, por que como bien lo manifestó el *a-quo* lo que se busca con este principio es evitar adelantar varios procesos, lo cual eventualmente puede ocurrir en el caso de que llegara a existir algún tipo de condena a cargo de “xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” quien podría iniciar otro proceso repitiendo contra la “xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” con base en el contrato de prestación de servicios de salud suscrito entre ellas.

En cuanto al punto anterior y al principio aludido, la Sala encuentra que para evitar otro proceso es procedente confirmar el auto objeto de la controversia, puesto que como se mencionó anteriormente en el caso en que llegare a existir algún tipo de condena, sería en este mismo proceso en donde se resolvería todo lo concerniente a este punto, sin necesidad de iniciar otro proceso; además de que la denuncia del pleito como se ha manifestado cumple con los requisitos formales establecidos por el C. de P. C. y es procedente la incursión de la “xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx” y de la cirujana xxxxx “.

Rad.008 2012 00343 01 (12 12 2017) M.S. Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL. Prescripción de la acción del asegurado. Contrato de Seguro.

Extracto:

“De hecho, en este caso no hay debate al respecto, sobre si la prescripción aplicable es de dos (2) o de cinco (5) años, porque como se extractó, la apelación del demandado llamante en garantía xxxxxxxxxxxx, consiste puntualmente en que a su criterio, la prescripción ordinaria de dos (2) años , se le debe empezar a contar desde que se le notificó el auto admisorio de la demanda en Mayo 26 de 2015 porque no hay prueba en el expediente de que xxxxxxxxxxxx hubiera tenido conocimiento del siniestro antes de haber sido notificada de la demanda.

Sobre ese aspecto que constituye el meollo del problema jurídico a resolver, llama la atención de la Sala, que en sus recursos, el apoderado de xxxxxxxxxxxx no hace la más mínima alusión a la actuación ante la Fiscalía 16 local de Zarzal, que obra en el expediente a folio 57 y que es la prueba fundante del argumento con que el a quo declaró probada la prescripción extintiva de su acción contra la aseguradora.

Entonces, contrario a lo que afirma el recurrente, en el expediente si hay prueba de que con anterioridad a la demanda, tuvo conocimiento de la pretensión indemnizatoria aquí ventilada, porque la víctima le requirió judicialmente con ocasión del accidente de tránsito generador del daño, según se prueba con la audiencia de conciliación preprocesal surtida ante la Fiscalía 16 local de Zarzal (Valle) el 3 de Agosto de 2012, en cuya anta quedó consignado que se convocó “*en torno a accidente de tránsito, con el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, identificado con la cédula de ciudadanía nro. 14 250.954 de Melgar Tolima*” y seguidamente se anota que para esa audiencia se recibió excusa para no asistir “*del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, gerente de la empresa xxxxxxxxxxxxxxxx, empresa a la cual está afiliada -8sic) el vehículo que provocó el accidente de tránsito que nos atañe y que era conducido por el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx*”.

De manera que es incuestionable, que la víctima requirió judicialmente a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx con ocasión del accidente de tránsito *sub judice*, y que el representante legal de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien aparece como tal en el certificado de existencia y representación legal de esa transportadora visible a folio 17 anexo a la demanda, conoció de ese requerimiento, al punto que se excusó de asistir, como ha quedado probado.

Y esa conciliación preprocesal intentada a instancias de la Fiscalía como requisito de procedibilidad para la acción penal según lo consagra el art. 522 del Código de Procedimiento Penal, en delitos querellables como son las lesiones personales sufridas por la demandante, lleva intrínseco el propósito de alcanzar la justicia restaurativa, de reparación integral, que inspira la Ley 906 de 2004, por lo que, de suyo, esa audiencia abarcaría la pretensión indemnizatoria de la víctima.

Sobre el punto dice la Corte Suprema de Justicia: “*En la sistemática procesal penal regulada en la Ley 906 de 2004 la conciliación preprocesal se concibe como un mecanismo de justicia restaurativa que tiene como propósito resolver en forma consensuada el conflicto jurídico puesto a consideración de la autoridad judicial*”. (Resalta la Sala).

Desde esa perspectiva, es claro que la conciliación preprocesal de la que hay prueba en el expediente en cuanto a que el representante legal de xxxxxxxxxxxx tuvo conocimiento de ella y no asistió, constituye la reclamación judicial de la víctima a partir de la cual empezó a descontarse el término de prescripción ordinaria de dos (2) años , para que xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como asegurado – tomador, le reclamara a la aseguradora; y como está probado que no lo hizo, esa acción le prescribió el 3 de agosto de 2014, Y se coincide con el Juez en cuanto a que por estar prescrita al momento de hacerse el llamado en

garantía – 25 de junio de 2015-, ese acto no generó la interrupción civil de esa prescripción y no existe prueba de una eventual interrupción natural.

Corolario de todo lo expuesto es que, la excepción previa de prescripción extintiva de la acción del asegurado, propuesta por la aseguradora en el llamamiento en garantía, está llamada a prosperar y razón le asiste al juez de primera instancia cuando así lo declara y excluye a la xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, del litigio. Por tanto la providencia apelada se confirma en todas sus partes.”

Rad.001 2014 00004 02 (01 12 2017) Acta 113. M.P. Dra. Ana Luz Escobar Lozano.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Prueba científica. Falta de prueba de los hechos.

Extracto:

“En efecto, en el segundo reparo formulado, el apelante acusa al Juez de haber realizado una inadecuada valoración del “*escaso material documental*” recaudado, el cual en su sentir, sí permite “*inferir la culpa médica o en su defecto la pérdida de la oportunidad*”; no obstante, de la revisión que esta Sala hiciera de la historia clínica allegada así como de la decisión del Tribunal de Ética Médica DEL Valle del Cauca que archivó la queja disciplinaria interpuesta por el demandante en contra del personal médico que atendió la patología y condición clínica de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx en los días anteriores a su fallecimiento, no se encuentra que la determinación atacada haya tendido como fundamento argumentos caprichosos, absurdos o infundados, pues por el contrario aquella es el resultado del correcto análisis normativo y probatorio aplicado al caso controvertido, dado que a pesar de que dichos documentos describen de manera completa la condición clínica de la paciente y el manejo médico y clínico que le fue brindado por parte de los demandantes, no evidencian por otra parte que la causa que originó su deceso hubiese sido el error de diagnóstico señalado en la demanda.

Y es que si bien conforme fue indicado por el *a quo*, la historia clínica refleja todo el manejo hospitalario de la paciente, no puede pasarse por alto que en el proceso no existe prueba técnica, médica o científica que demuestre que el mismo no fue el adecuado para su condición clínica; que existió mora en la lectura del TAC; ni tampoco que de haberse realizado su lectura inmediatamente concluida su realización, el infarto mesentérico (causa de la muerte) sufrido por la demandante, éste se hubiese podido prever; que la tardanza en su diagnóstico hubiese eliminado la oportunidad de recibir la paciente un tratamiento médico o quirúrgico capaz de conjurar el avance de la patología o situación adversa ya iniciada de manera natural por la paciente, y menos aún que se hubiese presentado una desatención de los protocolos médicos que permitieran prever o evitar el desarrollo del infarto mesentérico, trombosis de la vena cava inferior, e isquemia con necrosis de todo el colon que desencadenó el choque séptico secundario que presentó la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx al momento de su muerte.

Conforme a lo anterior, resulta patente que la negativa de las pretensiones de la demandante no obedeció a un error de valoración probatoria por parte del Juez, sino por el contrario, a la falta de prueba de los hechos en los cuales el demandante señaló la responsabilidad de las demandadas. Esto más aún cuando conforme lo demuestra el decurso procesal, el demandante contó con todas las garantías procesales que le permitieran la consecución de la referida prueba científica, pues el Juez no sólo decretó la prueba pericial solicitada sino que además, tramitó ante varias instituciones médicas su recaudo, siendo decisión de la demandante no correr con los gastos necesarios para llevar a cabo las experticias.

De esta manera entonces, pasa por alto el recurrente que a pesar de que, como él mismo lo menciona, el fin de la jurisdicción se basa en que “*las decisiones sean materialmente justas*”, no significa esto que, ante la desidia probatoria en la que incurren las partes, las pruebas de oficio estén llamadas a suplir la iniciativa probatoria que necesariamente debe provenir de aquellas, y que al Juez no le está permitido desplazar las cargas procesales que a éstas compete.

Por ese camino se recuerda que la iniciativa judicial en materia de pruebas está limitada a aquellas que se consideren “*útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes*” (artículos 42 numeral 4 y 169 del C.G.P.), y no para sustituir la inactividad de los litigantes pues tal actuación inobservaría el deber que le asiste al juzgador de “*hacer efectiva la igualdad de las partes*” (artículo 42 numeral 2 C.G.P.)

En conclusión, al no existir ninguna prueba que acredite la falta a la *lex artis* señalada en la demanda y que el Juez no se equivocó al no tener por probado el factor culpa, como criterio de imputación y elemento necesario de toda acción resarcitoria del cual surja al deber de indemnizar, la Sala confirmará en su integridad la sentencia apelada, e impondrá la correspondiente condena en costas a cargo de la parte apelante.”

Rad.007 2013 00382 01 (22. 09 2017) acta 985 Dr. Julián Alberto Villegas Perea.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Negación de la atención domiciliaria y de la asistencia médica. Responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud.

Extracto:

“Pero como lo explicó el juez A quo, estando la carga de la prueba del daño en cabeza de la parte actora, no es posible que este único medio de prueba soporte una condena en contra de la EPS como quiera que en los términos del Código de Procedimiento Civil, norma vigente para el momento en que fue rendido el interrogatorio de parte por la demandante, “*...las declaraciones de las partes alcanzan relevancia , sólo en la medida en que “el declarante admita hechos que le perjudiquen o, simplemente, favorezcan al contrario, o lo que es lo mismo, si el declarante meramente narra hechos que le favorecen, no existe prueba, por una obvia aplicación del principio conforme al cual a nadie le es lícito crearse su propia prueba” (sentencia de 13 de septiembre de 1994 , citada por Sent. Cas. Civ. De 27 de julio de 1999 Exp. No. 5195)...”*. En el mismo sentido, ha reconocido la jurisprudencia que “*a nadie le es lícito o aceptable preconstituir unilateralmente la probanza que a sí mismo le favorece, cuando con aquella pretende demostrar unos hechos de los cuales deriva un derecho o beneficio con perjuicio de la otra parte, pues ello sería tanto como admitir que el demandado, `mutatis mutandi`, pudiera esculpir su propia prueba, en franca contravía de granados postulados que, de antaño, inspiran el derecho procesal” (Sent. Cas. Civ. De 4 de abril de 2001, Exp. No. 5502)...`*”

Es de anotar, que la parte apelante en su recurso en ningún momento rebatió esta apreciación del juzgador y en lugar de ello, se limitó a afirmar que no se había tenido en cuenta la declaración de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sin sustentar porqué la misma sería suficiente para condenar a la demandada al pago de perjuicios.

Y si bien, por efectos de la cercanía y el parentesco, a la prueba del daño moral pudo arribar la parte actora con la demostración del sufrimiento de su ser querido, esto es, acreditando que efectivamente la no prestación del servicio de *home care* le impidió a éste morir de manera digna y tranquila, tampoco existe prueba de ello, nada en el plenario indica que se haya presentado esa situación sobre todo porque, como se detallará más adelante, la familia finalmente pudo suministrar al paciente los cuidados que éste requería.

Surge de todo lo anterior, la imposibilidad de acceder a las pretensiones de la parte actora pues, como lo tiene dicho la jurisprudencia nacional, el daño moral “*...requiere como presupuesto indispensable para su reparación “ser cierto” (CSJ SC, 28 sept. 1937, GJ. T XLV, pág.759), lo que en términos procesales significa que debe ostentar pleno respaldo probatorio...”*. (CSJ SC, 28 sept. 1937, GJ. T XLV, pág. 759), lo que en términos procesales significa que debe ostentar pleno respaldo probatorio...”. (CSJ. SC637/2014 DE 13 JUNIO), lo cual no sucede en el presente caso pues, como ya se explicó, son insuficientes las afirmaciones contenidas en la demanda y los dichos de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien fue la única de los demandantes que rindió interrogatorio de parte.

Damos respuesta así al tercer problema jurídico formulado al inicio de esta decisión.

c.3.4.- Ahora bien, en respuesta a nuestro cuarto problema jurídico , contrario a ese daño moral reclamado en la demandada, más bien lo narrado en ella indica que el mismo no

pudo haberse producido toda vez que la parte actora informó cómo la familia se vio obligada a solicitar el servicio de emergencia de EMI de manera particular; de igual modo, se indicó que se alquiló una cama hospitalaria y se solicitó apoyo de una enfermera de la familia, con lo cual se entiende que las necesidades del paciente finalmente fueron suplidas por el grupo familiar, al que de todos modos le asistía ese deber de protección y socorro respecto de su compañero y padre.

C.3.5.- Para finalizar, si los demandantes lo que terminan alegando es un perjuicio por los costos y emolumentos en que tuvieron que incurrir para atender en sus últimos días a su pariente cercano, se trata éste de un perjuicio material que, como quedó visto, no fue pretendido en la demanda, de ahí que no es posible considerar siquiera el reembolso de esas sumas de dinero.”

Rad.007 2013 00312 01 (07 11 2017) acta 110.M.P. Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. PRUEBA PERICIAL. Carga de la prueba. Prueba pericial y prueba Testimonial.

Demandante no demostró que del procedimiento médico se derivó un daño y que éste se generó por culpa del galeno que la intervino.

Extracto:

Analizado el procedimiento médico, conforme a las pruebas recaudadas y valoradas en su conjunto, concluye la Sala que no le asiste razón al recurrente para la prosperidad de sus pretensiones. El reproche dado por el demandante, para determinar la culpabilidad de los demandados, lo centró en descuido, negligencia e irresponsabilidad en la cirugía que se le practicó el 26 de diciembre de 2011.

Lo anterior es, porque no se trata simplemente de contradecir o poner en duda lo dicho por los testigos ni lo referenciado por el perito, por el contrario, lo que debió hacer la parte actora fue presentar las pruebas que tuvieran la suficiente fuerza para desvirtuar los testimonios así como el dictamen, e igualmente, ha debido demostrar que no se aplicó al demandante el clavo adecuado, pero centrando dicha afirmación en que el adecuado era el otro, ya que no basta en que se ponga en duda la escogencia del material de osteosíntesis, sino que necesariamente debía probarse que el adecuado fue el utilizado en la segunda intervención bajo la técnica de rimado/fresado del fémur.

Se materializa la posición de la Sala, dado a que en éste juicio no se demuestra una conducta de los demandados que lleve a determinar la existencia de un daño y menos nexo causal que conecte con las consecuencias derivadas de la fractura de fémur que sufrió el demandante, pues en primera medida no se puede olvidar que lo que causó el trauma del fémur derecho al accionante fue un accidente de tránsito, siendo atendido en forma urgente, determinándose el procedimiento y técnica quirúrgica con menores complicaciones que necesitaba el paciente con mira a salvaguardarle su integridad física, no pudiéndose decir, que se desprende una responsabilidad de los demandados por la técnica de no fresado – *rimado*- del canal medular del fémur en la primera intervención, pues dicha decisión, se tomó por las condiciones propias que presentaba en dicho momento el demandante.

Por otro lado, al formular los reparos el recurrente da por sentada la existencia de la culpa y nexo causal del daño sufrido por el demandante, aduce además una contradicción del perito, sin indicar cuál era esa contradicción, olvidando además demostrar, que aparte del trauma sufrido por accidente de tránsito –*primer daño*- se hubiera desprendido otro sobre la humanidad del señor xxxxxxxxx, y que ese otro daño sea consecuencia directa del actuar médico, bien sea por los calificativos que planteó, pues la Sala observa que las complicaciones referentes a la fatiga del material de osteosíntesis –*clavo intramedular de 10 x 422 mm*- así como la atrofia muscular, derivó de consecuencias propias del tipo de patología presentada por el demandante, no demostrándose –*si se tomara como imputación de responsabilidad la escogencia de un material inadecuado*- que el puesto en primera oportunidad fue defectuoso, pues altamente quedó definido en el debate probatorio que su doblamiento –*fatiga*- puede obedecer por múltiples causas, sin que el demandante

demostrar una en particular, dándose entre ellas la falta de consolidación –*pegado del hueso*- o retardo de la misma, ultima presentada por el demandante conforme se vislumbra en el historial clínico.

Carece, por tanto, de soporte probatorio la recriminación que se formula con el recurso; el Señor A Quo sí comprendió el problema jurídico que se planteara para deducir la responsabilidad que se imputaba a las demandadas, analizando para ello el material probatorio, tanto documental como testimonial, así como el del perito, que le llevaron a la conclusión de la inexistencia de responsabilidad de los demandados, pues no se prueba un nexo causal, y además conforme lo observado por la Sala tampoco se demuestra un daño que se derive de las intervenciones quirúrgicas –*distinto al sufrido por el accidente de tránsito*-, ello conforme con la prueba testimonial recaudada, en especial las de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, especialistas en ortopedia y traumatología , a lo largo de la diligencia enfáticamente dejan claro, que el procedimiento quirúrgico utilizado –*tanto la técnica como el material empleado*- en primera y segunda intervención médica fueron los correctos, lo que corroboró el dictamen pericial.

Atendiendo lo anterior, nada debe decirse sobre la responsabilidad extracontractual perseguida en favor de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, ya que no se demuestra un daño que puede achacarse a los aquí demandados sobre la humanidad de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx que irradie frente al primero.

Por otra parte, inane resultaba también estudiar sobre la responsabilidad solidaria en relación con todos los demandados en los cargos que se imputan, al no demostrarse una responsabilidad del parte médico que atendió al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, conforme lo anteriormente dicho.

Se concluye, entonces, que la parte demandante no demostró que del procedimiento médico se derivó un daño y que éste además se generó por culpa del galeno que la intervino. Se acredita, en cambio, que la fatiga del material de osteosíntesis así como la atrofia muscular, eran un riesgo inherente por el trauma sufrido en accidente de tránsito.

Rad.001 2013 00331 01 (13 10 2017) Acta 114. M.P. Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL MÉDICA. Daños Patrimoniales, por concepto de perjuicios morales la suma equivalente a 200 smlv y como daño a la vida de relación una cantidad igual a la anterior.

Extracto:

Así las cosas, al examinar la Sala el cúmulo de probanzas aportado al proceso y referenciado en lo esencial en los acápite precedentes llega a la convicción de que la parte actora no logró acreditar que frente al diagnóstico que presentaba la Sra. Xxxxxxxxxxx era procedente , adecuada o más beneficiosa la realización de una cirugía conservadora , por lo tanto no se logró demostrar dentro del presente proceso que los demandados hayan obrado con culpa, negligencia o impericia, presupuesto indispensable para la declaratoria de responsabilidad perseguida con la formulación de esta demanda.

Adicionalmente se concluye de acuerdo a las pruebas técnicas y científicas recaudadas en el transcurso de la actuación a saber: testimonios técnicos, literatura médica y dictamen pericial, que el tratamiento a seguir en presencia de un tumor phillodes, no se encuentra supeditado a sí es benigno o maligno, sino al tamaño del mismo, pues si supera los 5 cm, el procedimiento más beneficioso para la paciente es la mastectomía.

Rad.005 2013 00009 01 (17 07 2017) Acta 64. M.P. Dr. César Evaristo León Vergara.

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. Del contrato de seguros –llamadas en garantía- Lucro cesante. Perjuicios morales.

Si bien la jurisprudencia abordado por el A Quo para establecer este perjuicio de carácter patrimonial adujo la presunción de ayuda del hijo hacia los padres hasta el cumplimiento de sus 25 años, esta Sala se aparta de tal presunción, pues aquella se predica de los padres hacia los hijos en ese rango de edad y no viceversa,

Extracto:

“En lo que tiene que ver con el lucro cesante, conforme a la jurisprudencia, debe indicarse que para que proceda el reconocimiento del tal perjuicio debe demostrarse que el causante tenía a su cargo el sostenimiento económico de los posibles beneficiarios, en este caso de sus ascendentes, ello, pues atendiendo la definición incorporada en el Art. 1614 del C.C., es claro que tal perjuicio se pregona por la pérdida económica que se deriva de los daños a los derechos reales y personales del afectado, en relación a la frustración de una legítima utilidad que hubiera incrementado su patrimonio de no haber sucedido el hecho dañoso. En ese esquema, no está probado en el plenario que el joven xxxxxxxxxxxx sostenía económicamente a sus padres y sus hermanos que son los demandantes, por el contrario, lo que se demuestra, tal y como lo afirma el propio poderdante, eran los padres quienes sostenían a su hijo, es decir, eran los que le proveían ayuda para su sostenimiento.

Por otra parte, si bien la jurisprudencia abordado por el A Quo para establecer este perjuicio de carácter patrimonial adujo la presunción de ayuda del hijo hacia los padres hasta el cumplimiento de sus 25 años, esta Sala se aparta de tal presunción, pues aquella se predica de los padres hacia los hijos en ese rango de edad y no viceversa, pues conforme a las normas civiles de alimentos, son los padres que deben propender la ayuda de sostenimiento de sus hijos hasta dicha data, siempre y cuando aquellos estén imposibilitados para trabajar por estudio, en cambio de los hijos hacia los padres, cuando éstos últimos demuestren la necesidad de su sostenimiento por parte de sus hijos, cosa que en este asunto no fue probada, ya que no se logra demostrar que el sostenimiento del hogar que hacía parte el joven xxxxxxxxxxxx recaía en su cabeza, pese a lo indicado por su prima xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en diligencia del 16 de junio de 2015, al referirse que “él era el que ayudaba en la responsabilidad”, lo que se contradice con lo argüido por la parte demandante puesto que indican que los padres eran los que le proporcionaban a él lo necesario para vivir y estudiar (fl.397), razones por lo que este tipo de indemnización se revocará.

En cuanto a los perjuicios morales o inmateriales, al momento de su tasación, no debe perderse de vista que el tipo de responsabilidad que se endilga en éste juicio es por la pérdida de oportunidad o de chance, mas no por la muerte del joven xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por tanto, para la valoración del daño, no puede atribuirse al causante del perjuicio toda la responsabilidad por la afectación que sufra el accionante, en otras palabras, la responsabilidad no se configura por deceso de la víctima, sino porque se redujo la oportunidad de obtener un resultado diferente al que se dio (*Consejo de Estado, Sección Tercera, Sentencia 68001231500019951119501 (25869), oct. 25/13, C. P. Enrique Gil*). En ese entendimiento, encuentra la Sala que el monto de la condena impuesta en sentencia que se revisa, por éste concepto, no se encuentra ajustado, ya que, se prueba en el plenario el sufrimiento de los demandantes ante las angustias que se les generó por el paseo de IPS que sufrió el joven xxxxxxxxxx, perdiendo la oportunidad de obtener un resultado distinto al acaecido, por lo cual, éste perjuicio inmaterial por daño moral se establecerá en \$35 millones para cada uno de los padres del causante, y \$15 millones para cada uno de sus hermanos.”

Rad.008 2012 00440 01 (02 11 2017) Acta 119.M.P. Dr. José David Corredor Espitia.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Cirugía plástica. No es un requisito de ley pertenecer a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva para ejercer en Colombia.

Extracto:

“Ahora bien, se adujo en la demanda que al no pertenecer el doctor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica- Estética Maxilofacial y de la Mano no se encontraba autorizado para realizar procedimientos de cirugía estética. A lo anterior, manifestó el demandado en su escrito de contestación de la demanda que dicha entidad no es el ente rector que determine o dictamine quién está autorizado o no para realizar cirugías estéticas, en tanto que su condición de especialista en otorrinolaringología le reconoce la formación, entrenamiento e idoneidad en cirugía estética facial, para lo cual agrega que la Asociación Colombiana de Cirugía Plástica Facial y Rinología que agrupa a los otorrinolaringólogos especialistas en cirugía plástica facial, como también la Asociación Colombiana de Medicina y Cirugía Estética, lo reconocen como miembro activo y acreditado como cirujano idóneo en este tipo de procedimientos.

Lo primero que hay que aclarar es que “*no es un requisito de ley pertenecer a la Sociedad Colombiana de Cirugía Plástica Estética y Reconstructiva para ejercer en Colombia*”, tal como lo informa la misma agremiación en su página web, de modo que el argumento de la actora es insuficiente para concluir que el doctor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no estaba autorizado para realizarle intervenciones quirúrgicas de carácter estético.

Lo segundo es que, si bien no allegó el demandado prueba de su título en otorrinolaringología, sí fue arrimada al plenario la constancia expedida por la Secretaría Departamental del Valle del Cauca según la cual éste se encuentra autorizado para ejercer en todo el territorio nacional como médico y cirujano según título otorgado por la Universidad Nacional Autónoma de México el 22 de junio de 1989 (fl.102). Y a pesar de que se quiso hacer ver que en nuestro país el título de especialista en cirugía estética es indispensable para realizar intervenciones de esta naturaleza, lo cierto es que, si bien parece lo más recomendable, a la fecha no hay norma alguna que contemple tal exigencia y, en este sentido, según información que obra en la página web del Ministerio de Educación, apenas en el año 2016 se presentó el proyecto de ley con el que se busca exigir que para realizar cirugías plásticas sea obligatorio tener un título de especialista en la materia, tal y como ocurre en la actualidad con los radiólogos y los anesthesiólogos. De modo que, en respuesta a nuestro tercer problema jurídico, no es posible decir que el demandado no estaba autorizado para intervenir a la demandante por la sola razón de no ser especialista en cirugía plástica estética; este argumento es insuficiente para concluir la falta de idoneidad profesional del demandado.

Pero aún de tener por cierto lo alegado en este aspecto por la demandante, de todos modos no sería esto suficiente para declarar la responsabilidad civil pues, como se explicará a continuación, como se demostró en este asunto el incumplimiento de la *lex artis* por parte del cirujano demandado y tampoco el daño invocado en la demanda.

Al respecto, conviene decir, en primer lugar, que las conclusiones de la parte actora sobre la responsabilidad civil demandada no surgen espontáneamente de la lectura de la historia clínica en la cual se consignó para el mes de octubre de 2003 la realización de un *retoque* de blefaroplastia, otoplastia, papada y abdominoplastia y no de una *rectificación* como se dice en la demanda.

Dichas conclusiones tampoco encuentran respaldo en las restantes probanzas y, como lo explica la jurisprudencia nacional, “.....*la cuestión aquí, como en todos los casos de responsabilidad médica, es determinar si las actuaciones realizadas en desarrollo de la atención que se brindó a la víctima, guardan o no conformidad con la lex artis, sin que, por lo tanto, haya lugar a especular sobre si, con la utilización de unos procedimientos distintos, se hubiera evitado la afectación sufrida por el paciente o conseguido otro resultado...*”

Obsérvese que si bien el perito indicó que no le era posible pronunciarse sobre la relación de causalidad entre la atención prestada y el daño *“por no haber sido posible la valoración de la demandante”*, también expuso que *“...La atención en salud brindada a la demandante fue adecuada a la atención esperada en el manejo quirúrgico general, pues en la historia clínica aportada hay registro de la consulta médica pre-quirúrgica, de la valoración anestésica prequirúrgica, de los estudios prequirúrgicos, de los consentimientos informados firmados para ambos procedimientos...”*. Consideró asimismo que *“...la paciente contó con acceso a las instalaciones, a los profesionales y a los servicios cuando lo solicitó. Se le ofrecieron las opciones quirúrgicas de “retoque” plasmadas en el consentimiento informado”*.

De igual modo, dicho Instituto advirtió de la historia clínica que la primera queja de la paciente por los resultados de la cirugía tuvo lugar tan sólo dos (2) años después de realizada la primera intervención y hay otra única consulta a los cuatro (4) años después de la segunda cirugía, cuando *“...Se esperaría que la paciente hubiese consultado mucho antes de dos años en el primer caso y con mayor razón mucho antes de cuatro años en el segundo caso...”*.

Apreciación que comparte la Sala y que se refuerza por el hecho que en la segunda intervención no sólo se realizó un *“retoque”* sino que se incluyó un nuevo procedimiento denominado *“otoplastia”*, siendo entonces contradictorio que si la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx consideraba que la primera cirugía había dejado *deformidades* en su cuerpo, se hubiere sometido por parte del mismo profesional a otra intervención.

Surge de lo anterior que la parte actora no cumplió con la carga que le correspondía toda vez que ninguna prueba en el plenario permite a esta Sala inferir incumplimiento de la *lex artis* por parte del cirujano que práctico la intervención quirúrgica; ninguna evidencia de ello obra en el expediente, siendo necesario recordar que en virtud de la obligación de medio adquirida por el demandado no es posible juzgar su responsabilidad únicamente a partir de un resultado que, según la demandante, no fue el por ella deseado.”

Rad.001 2008 00083 01 (16 11 2017) acta 114... Dr. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes.

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Negligencia médica. Prueba pericial. Juez no puede reemplazar la opinión de quienes han dedicado largo tiempo de estudios y prácticas al conocimiento de la materia.

Extracto:

La Sala ve conveniente repasar que cuando se trata de imputar responsabilidad a quienes intervinieron en la atención médica, lo más apropiado es que sobre ella conceptúe un experto, pues el Juez no puede reemplazar la opinión de quienes han dedicado largo tiempo de estudios y prácticas al conocimiento de la materia, la complejidad del cuerpo humana imposibilita que por simples presunciones de hombre deduzca la responsabilidad de un experto que en principio se supone actúa profesionalmente, claro está , salvo ante negligencias palpables como cuando en una operación cierran la herida dejando instrumentos o elementos médicos que debían ser retirados o como cuando detectando un órgano que debe ser intervenido se interviene el otro, como lo ejemplifica la jurisprudencia.

Es por esto que en los temas de responsabilidad médica la prueba pericial resulta fundamental, ese es el medio por excelencia para obtener los elementos de juicio para establecer si en determinada atención se actuó o no apegado a la *lex artis*, de ahí que se requiera la opinión de uno o varios expertos que conceptúen sobre un procedimiento médico conforme a las disponibilidades actuales de los elementos médicos y a los postulados de la ciencia. Sin la existencia de la opinión de un experto, difícilmente se puede concluir si un grupo de médicos actuaron de manera irresponsable, la misma exigencia de formación profesional hace ver que neófito en la materia no sea confiable para deducir que un actuar médico haya transgredido la *lex artis*.

En esa dirección, la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, ha señalado que en los casos de responsabilidad médica la prueba pericial resulte fundamental: “El dictamen técnico de expertos médicos es indudablemente el medio probatorio que ofrece mayor poder de convicción cuando se trata de establecer las causas que produjeron el deceso de una persona por la actividad de otras. Acerca de este mayor valor demostrativo de esa prueba ha dicho esta Corporación: es verdad que en muchos casos las causas que puedan presentarla y que en otros casos tales causas son ajenas al conocimiento general de las gentes”.

En el proceso se cuenta con la declaración de cuatro médicos y dos dictámenes periciales, el primero de estos últimos emitido por el médico legista que realizó la necropsia a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, quien no es especialista en neurología o neurocirugía y que no concluyó que existió negligencia en la atención médica brindada por la Clínica a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues para ello dijo ser necesario el concepto de un neurólogo o neurocirujano (4.3.3.8), la Sala no pasa por alto que en la aclaración a su dictamen este médico forense aseguró que en la necropsia aparecen hallazgos diferentes a lo que observa en la historia clínica, empero, como se pudo corroborar esto se debió a que la historia clínica que le fue enviada para la necropsia solamente contaba con los registros médicos hasta las 6:23 a.m. del 8 de febrero de 2009, hecho que impidió al perito fijarse que a las 10:41 a.m. de ese día el neurocirujano, Dr. Parra Garzón, constató la presencia de un hematoma subdural agudo izquierdo con efecto de masa lo cual coincide con lo hallado en la necropsia (4.3.3.4), situación que obra en la copia de la historia clínica que fue entregada a los demandantes y en la aportada a este proceso por la clínica (4.3.3.6).

El segundo dictamen, al que ya se hizo referencia, emitido por el médico neurocirujano, Dr. Luis Arturo Acosta Ramírez, al que se llegó por la misma insinuación del legista quien dijo que había necesidad de los protocolos universales para el manejo del trauma craneoencefálico de xxxxxxxxxxxx y que en la atención de la Clínica hubo diligencia, siendo lo apropiado el manejo clínico y los dos TAC que se realizaron.

En ese orden de ideas, es claro que no existe prueba de la negligencia de la Clínica, por el contrario, todo indica que la atención brindada fue adecuada a los protocolos universales, sin que sea posible para la Sala concluir de manera diferente a como lo manifestaron los expertos en la materia cuya capacitación profesional los hace confiables.

Bajo ese contexto, la Sala no observa pruebas capaces de sostener la responsabilidad de la Clínica demandada, aunque el manejo de la historia clínica sea reprochable. Resta reiterar que carece de objeto el reparo de los apelantes relativo a que no se practicó la aclaración y complementación del primer dictamen pericial, toda vez que en esta instancia de oficio se ordenaron y se obtuvieron.

En suma, no se puede concluir diferente a que el lamentable deceso de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fue producto del trauma craneoencefálico que sufrió a raíz del accidente de tránsito, sin que haya prueba de que la clínica haya obrado dolosa o culposamente, todo indica que se hizo lo adecuado para tratar de conservarle la vida pero los imponderables de la lesión sufrida lo llevaron al fatal desenlace. Bajo tales premisas, los presupuestos de la responsabilidad civil que se endilga a la clínica no se ven cumplidos, aun si no se tuviera en cuenta las historias clínicas ni el concepto pericial de segunda instancia, el nexo causal que ata la conducta de la clínica al daño no se ve cumplido, aunque el esfuerzo de la parte demandante de querer probarlo a última hora no fue suficiente, la Sala entiende la angustia de los familiares del joven xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pero las condenas judiciales deben pronunciarse sobre lo probado.

Rad.009 2010 00020 01 (03 11 2017) M.P. Dr. Jorge Jaramillo Villareal.

RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL. Prescripción extintiva de la acción del asegurado.

Rad. 001 2014 00004 02 (01 12 2017) Acta 113. M.P: Dra. Ana Luz Escobar Lozano.

SALA PENAL

ACCION DE REVISION. Requiere poder especial a abogado.

“La acción de revisión es independiente del proceso penal, precisamente en la medida en que para que aquella sea viable, este debe haber terminado mediante sentencia, cesación de procedimiento o preclusión, que haya hecho tránsito a cosa juzgada. Por esta independencia y posterioridad, su ejercicio requiere que el titular de la acción, el condenado en el presente caso, presente la demanda a través de abogado titulado, previo el otorgamiento del correspondiente poder especial, con apoyo en algunas de las causales establecidas en el artículo 192 de la Ley 906 de 2004 o Código de Procedimiento Penal y ante autoridad competente.

Observa la Sala que el pedimento realizado *mutuo proprio* por el condenado no tiene vocación de prosperidad, en virtud que no se cumplen con las exigencias legales para proveer a su trámite habida cuenta que, por una parte, no es, ni ejerce como abogado y de otra, no se ajusta el libelo de los parámetros previstos en el estatuto procesal penal aplicable al caso en estudio.”

Rad. 000 2017 01077 00 (01 11 2017) Acta 205. M.P. Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya.

ACUMULACIÓN JURÍDICA DE LAS PENAS. Actos de terrorismo. Concierto para delinquir.

Extracto:

Descendiendo al caso concreto, tenemos que el juez de instancia, tuvo en cuenta para efectuar la dosificación la pena el delito de ACTOS DE TERRORISMO por el que el Juez Segundo Promiscuo del Circuito de Puerto Asís Putumayo, que condenó a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a la pena principal de 147 meses de prisión, la cual fue incrementada en 43 meses por el proceso que concursa, esto es, el del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR AGRAVADO por el que fue condenado por el Juzgado Penal del Circuito Especializado de Puerto Asís Putumayo.

Lo anterior, como quiera que se tuvo en cuenta las reglas que en materia de concurso de conductas punibles consagra el artículo 31 del Código Penal, al haber elegido la conducta punible que ameritó la mayor pena, y posteriormente incrementarla hasta en otro tanto, de acuerdo al delito concursante.

La proporción que se añadió a la pena base y que corresponde a la reducción de siete (7) meses de prisión de la fijada para el proceso a acumular, teniendo en cuenta que fue dosificada por el Juez Único Penal del Circuito Especializado de Puerto Asís Putumayo en 50 meses, si bien no rebasa los topes fijados por la Alta Corporación en relación con el “otro tanto”, es decir, que no se incurre en la denominada *suma aritmética de penas* lo cierto es que se desconoce el criterio de garantía y limitación de la punibilidad que conlleva este fenómeno.

Y es que no puede perderse de vista que se ha presentado una disminución casi irrisoria de siete (7) meses de prisión, frente a una condena, que sumada aritméticamente alcanza una pena de 197 meses de prisión.

Por tanto, analizado con detenimiento el caso y confrontado con todos aquellos aspectos que propone el caso y confrontado con todos aquellos aspectos que propone el artículo 61 del C.P., para que sean valorados por el sentenciador a la hora de imponer la sanción definitiva, la instancia considera que, en aras de no rayar con los principios de proporcionalidad y razonabilidad, y atendiendo los fines específicos de prevención general y especial de la pena, para que el castigo resulte íntegro y se identifique con la política criminal de Estado; basta con aumentarla “hasta en otro tanto” en proporción de treinta (30)

meses de prisión, para imponer una pena final de ciento setenta y siete (177) meses de prisión.

En ese orden de ideas la Sala modificará el numeral segundo del auto interlocutorio No. 0760 del 25 de mayo de 2017 proferido por el Juzgado Tercero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali en el sentido de imponer como sanción principal acumulada al señor xxxxxxxxxxxxxxxx, ciento setenta y siete (177) meses de prisión.

Así mismo se modifica el numeral cuarto de la providencia recurrida en el sentido de declarar que las penas accesorias de interdicción de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas fijadas se acumulan en ciento setenta y siete (177) meses, conforme lo anotado en precedencia.

Rad. 02 2012 00050 01 (05 10 2017) Acta 286. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

ALLANAMIENTO A CARGOS. Favorabilidad. Ley 1826 de 2017. Hurto calificado.

Rad. 193 2017 09465 00 (06 12 2017) Acta 375. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

APRECIACION DEL TESTIMONIO. Tentativa de homicidio. La Jurisprudencia ha considerado que las contradicciones en que incurra un mismo testigo, o varios de ellos entre sí, no constituyen razón de peso para desvirtuar su capacidad suasoria.

La Sala considera que los testimonios presentaron una coherencia y lógica entre sí, no encontrando contradicciones sobre aspectos centrales de tiempo, modo y lugar.

Rad. 193 2012 23679 00 (04 12 2017) Acta 369. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

BENEFICIO ADMINISTRATIVO de permiso hasta por 72 Horas. El hecho de que el tratamiento resocializador en la cárcel haya tenido efecto positivo en el aquí sentenciado no tiene como consecuencia necesaria la concesión del beneficio administrativo.

Extracto:

La hermenéutica de la aludida disposición legal lleva a establecer que cuando la condena verse sobre un delito relacionado con el *tráfico de estupefacientes* es jurídicamente improcedente la concesión de beneficios administrativos, a saber, el permiso hasta por 72 horas.

Que la sustancia estupefaciente incautada al aquí sentenciado haya sido –según su afirmación- para consumo personal, en manera alguna lleva a la inaplicación de la exclusión de beneficios contenida en el art. 68A del C.P. pues el ingrediente normativo denominado “*tráfico*” no hace alusión exclusiva a una actividad de venta o exportación de estupefacientes sino que abarca también la compra de tales sustancias.

No puede perderse de vista el hecho de que al aquí sentenciado: **1.-** se le halló en poder, de un lado, de 77 papeletas con sustancia que dio positivo para cocaína con un peso neto de 10,1 gramos y, de otro, 50 cigarrillos cuyo resultado arrojó positivo para marihuana con un peso neto de 35,3 gramos y, **2.-** al aceptar cargos por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes en la modalidad de “*portar*” convino implícitamente en que la sustancia que llevaba consigo no era para su consumo personal.

El hecho de que el tratamiento resocializador en la cárcel haya tenido efecto positivo en el aquí sentenciado no tiene como consecuencia necesaria la concesión del beneficio administrativo deprecado pues, aun cuando la pena en su fase de ejecución tiene como fin principal la resocialización del reo, no se puede soslayar la resocialización del reo, no se puede soslayar que la misma tiene también una función de prevención general y retribución justa por la magnitud del daño causado al cuerpo político (art.4-1 del C.P.).

El Estado, para preservar el orden justo y garantizar la convivencia ciudadana, fijó una política criminal orientada a castigar con mayor severidad a quienes cometan atentados tan

graves y socialmente reprochables como el narcotráfico pues es innegable que quien hace parte de esa cadena ha contribuido al grave daño que tal que tal actividad ha causado a la sociedad en la medida que ha originado muertes; destruido familias y ha propiciado la conformación de peligrosas bandas criminales dedicadas a ello, razón por la cual la ley prohíbe toda clase de beneficios y mecanismos sustitutivos de la pena para el autor de tal conducta.

Rad.193 2015 34967 01 (19 10 2017) Acta 295.M.P. Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso de hasta 72 horas. Tráfico de estupefacientes. Exclusión de beneficios o subrogados.

“...la negativa adoptada por la Juez Cuarta de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali respecto a la no aprobación del permiso de hasta 72 horas por la expresa prohibición del artículo 68ª de la Ley 599 de 2000, modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 20 de enero de 2014 respecto a la exclusión de beneficios o subrogados a quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con el tráfico de estupefacientes deviene acertada al ajustarse a las prescripciones legales aplicables al caso, razón por la cual la Sala confirmará la providencia recurrida, en lo que fue objeto de recurso.”

Rad. 000 2015 00897 01 (20 10 2017) Acta 317.M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar

COAUTORIA Homicidio agravado en grado tentado.

Extracto: “Así las cosas, se reitera que en el caso en especie, se tiene que la acusación fue por el ilícito de HOMICIDIO AGRAVADO en concurso con HOMICIDIO AGRAVADO TENTADO y FABRICACION, TRAFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO, PARTES O MUNICIONES, siendo que el Juez de primera instancia dictó sentencia solo por el punible de HOMICIDIO AGRAVADO IMPERFECTO, atendiendo la solicitud de la Fiscalía, ya que el homicidio consumado se dictó fallo en otra instancia ante la aceptación de cargos del homicida, pero bien pudo continuar en esa causa siendo también coautor el aquí procesado de la muerte de WILMAR MONTAÑO, empero el ente instructor decidió ser más benévolo con el implicado y solo deprecar condena por las agresiones contra la vida de TRUJILLO CHILITO, situación que el a-quo acogió acertadamente y condenó por el punible ya mencionado, y advirtiendo que el delito contra la seguridad pública, prescribió, de esto se sigue, en consecuencia que ninguna transgresión al principio de congruencia se cometió en este asunto, pues todo resultó más benigno en su punibilidad para el encartado.”
Rad. 000 2011 00010 00 (17 10 2017) acta 267. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

COAUTORIA Homicidio agravado. Porte de armas.

Extracto:

Para esta Corporación, es evidente que el señor xxxxxxxx es coautor del homicidio del menor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues fue la misma víctima quien lo incriminó antes de morir, además, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx lo vio cuando salía con un arma de fuego en la mano, de la casa lote donde se encontraba herido el niño xxxxxxxxxxxxxxxx, además, el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx lo vio cuando salía con un arma de fuego en la mano, de la casa lote donde se encontraba herido el niño xxxxxxxxxxxxxxxx, además, las actitudes posteriores al hecho realizadas por el acusado, burlas hacia el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx cuando llevaba herido a su hijo al hospital, y amenazas de muerte hacía éste para que no declarara en el juicio, nos lleva a corroborar que fue él uno de los coautores del homicidio del niño xxxxxxxxxxxxxxxx, por lo que esta Sala confirmará en todas sus partes el fallo apelado, sin compulsar copias en contra de los testigos de descargo como lo pide el abogado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues para esta Sala pese a lo evidente de las contradicciones que presentan los dichos de los señores xxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, no lo considera necesario, si el apelante

siente que debe hacerlo, tiene a su disposición la jurisdicción ordinaria ante la cual puede acudir para materializar su pretensión.

Finalmente, frente al argumento del abogado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en el que refiere que su prohijado no puede ser condenado a título de coautor, como quiera que nadie lo vio poniéndose de acuerdo con los alias MANGA Y ROSERO para cometer el crimen de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, hay que recordar, que las reglas de la experiencia nos enseñan, que en casos como el que nos ocupa, en el cual están inmiscuidas bandas delincuenciales, quienes disputan el dominio de territorio, cuando se traspasan los límites invisibles territoriales por ellos impuestos, para atacar al grupo contrario, el acuerdo se ha realizado en precedencia, en lugar mimetizado, pues es evidente que ninguna banda delincriminal concierne a la luz pública las fechorías que van a realizar, pero cuando las ejecutan, todos conocen el plan criminal, y saben que labor va a desempeñar cada uno, siendo ese acuerdo previo el que los hace coautores, debiendo destacar la Sala que en este caso se demostró que el procesado pertenecía al grupo delincriminal La Cero, rival de la banda Los Lindos, al que pertenecía la aquí víctima, por lo que es evidente que cuando los de La Cero incursionaron en la casa lote donde permanecían Los Lindos, ya tenían un plan criminal diseñado, por ello, resulta ilógico se argumente por la defensa que nadie vio a su prohijado concertar para cometer el homicidio de xxxxxxxxxxxx, pues por la pertenencia de xxxxxxxxxxxx a La Cero, cuando ingresó al territorio de Los Lindos, ya sabía a lo que iba, por lo que para esta Corporación es innecesario ahondar en más consideraciones en torno a la responsabilidad penal del señor xxxxxx

Por lo anterior, se reitera, al ser evidente la responsabilidad penal del señor xxxxxxxxxxxx en los hechos jurídicamente relevantes por los que fue condenado, se confirmará el fallo apelado.

Rad. 000 2013 00557 00 (01 12 2017) Acta 317. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

COMPETENCIA Solicitud de revocatoria de medida de aseguramiento. Homicidio. Porte de armas.

Extracto: "...como el condenado, se encuentra privado de su derecho a la libertad por virtud de la sentencia condenatoria proferida por el Juez Dieciséis Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Cali, es a este funcionario a quien le compete resolver sobre las peticiones que se relacionen con libertad o la restricción del derecho a la libertad."

Rad. 193 2011 24469 00 (21 09 2017) Acta 246. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

COMPETENCIA Solicitud de prisión domiciliaria. Concierto para delinquir agravado.

Extracto: "Así las cosas, esta Sala no es competente para conocer de la solicitud de sustitución de la pena privativa de la libertad en establecimiento carcelario impuesta al condenado, por la prisión domiciliaria del artículo 38G del Código Penal, por lo que se ORDENA DE MANERA INMEDIATA, la remisión de la petición al Juzgado Tercero Penal del Circuito Especializado de esta ciudad, para lo de su cargo.

Salvamento de Voto: "... considero que la autoridad judicial para resolver el pedimento es el Tribunal atendiendo a que: a) La petición fue presentada ante esta instancia; b) está relacionada con el derecho fundamental de la libertad y c) por no existir norma expresa, resulta aplicable analógicamente el art. 108-2 de la Ley 600/00 que le atribuye al juez de segunda instancia resolver el pedimento de la libertad cuando el procesado se haya a disposición del mismo."

Rad. 000 2015 00893 00 (26 09 2017) Acta 249. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz
Salva Voto: Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

DEBIDO PROCESO. Ineficacia procesal. Principio de trascendencia. Solicitud de aplazamiento.

Rad. 193 2017 11843 00 (06 12 2017) Acta 376. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR. Delitos conexos.

El procesado, con conocimiento de que reproducir esa gran cantidad de obras literarias que le fueron incautadas, sin la autorización de los titulares de sus derechos, era ilícito, decidió hacerlo, afectando de paso el patrimonio de sus autores, motivo por el cual, lo que se

impone es la confirmación de la sentencia condenatoria que profirió el Juez de primera instancia.

Rad.193 2013 14763 00 (01 11 2017) acta 332. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

HÁBEAS CORPUS. Agente oficioso. Habeas Corpus Reparador. Vía de Hecho.

Extracto:

“En ese orden cosas, debemos iterar que en el presente caso no se ha cumplido con la medida de aseguramiento de detención preventiva en el domicilio del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, proferida por autoridad competente, misma que fuera dirigida a la Cárcel Villahermosa Cali, a donde ingresó según lo informado por este establecimiento, el 9 de noviembre y solo hasta el día 16 de noviembre en horas de la mañana y en virtud del traslado de la Acción de Habeas Corps se procede a realizar los trámites a fin de llevarlo al Complejo Carcelario de Jamundí, para que por jurisdicción se encargue de trasladarlo a su residencia, donde no es recibido, dado que no se realizó en debida forma la Resolución del traslado, es decir, que se ha dado una vía respecto del cumplimiento de la plurimencionada medida.

Debe aclararse que esta Acción de habeas corpus no tiene la finalidad de resarcir la libertad personal del accionante, sino que los efectos que produce son en la modalidad de **HABEAS CORPUS REPARADOR**, en el sentido de proteger los derechos que se le han conculcado por la omisión de las autoridades vinculadas, luego la decisión a tomar será reafirmar el derecho que tiene a cumplir su medida de aseguramiento en su domicilio o morada tal como lo ordenara el juez de control de garantías.

Y esta vía de hecho ha sido perpetrada, en primer lugar por los Agentes de Policía que tuvieron en custodia al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues se ha dicho que solo hasta el 9 de noviembre de 2016 fue internado en la CARCEL VILLAHERMOSA CALI, Habiéndose proferido la medida de aseguramiento desde el 1 de noviembre de 2017, de donde claro es, que los policiales encargados de su custodia no lo entregaron inmediatamente al Centro Carcelario, tal como lo ordena la norma procesal penal”

(...)

“Ahora bien, el Centro Carcelario de Villahermosa Cali, recibió el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx el 9 de noviembre de 2017, y solo hasta hoy –noviembre 19 de 2017- procede a realizar los trámites para su traslado, como lo es, llevarlo inicialmente y por jurisdicción al Complejo Carcelario de Jamundí para el respectivo traslado, donde se repite, no fue recibido porque no se cumplió en debida forma con la Resolución instituida para el efecto.

Luego entonces era deber de la Cárcel Villahermosa desde que recibió al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx realizar los trámites dentro de un término razonable y de forma efectiva para dar cumplimiento a la medida de aseguramiento de detención preventiva en la residencia y no exceder en ello el término de 36 horas.

Así las cosas, es dable que desde el 9 de noviembre que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx ingresó a la Cárcel de Villahermosa Cali debía proceder de forma inmediata a realizar el correspondiente registro en el Sistema de Información de Sistematización Integral del Sistema Penitenciario y Carcelario (SISIPEC) y acto seguida proceder a ser remitido a su lugar de residencia, procedimiento que no debía extenderse más de 36 horas, de acuerdo a las voces del artículo 304 de la Ley 906 de 2004, modificado por la Ley 1453 de 2011, revisado en precedencia.

Bajo esas condiciones, refulge que se ha configurado una vía de hecho, respecto del cumplimiento de la medida de aseguramiento impuesta, que hace procedente la protección constitucional invocada en favor del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx. Vía de hecho que inicialmente fue perpetrada por la Policía Nacional, dado que al patrullero CRISTIAN MORALES se entregó la orden de encarcelación, desde el 1º de noviembre, tal como se

advera a folio 2 de la Carpeta y solo es llevado a la Cárcel Villahermosa a donde se dirección la orden, el 9 de noviembre. Centro Carcelario que tampoco realiza los trámites pertinentes para el traslado a la residencia dentro un término razonable, pues solo hasta el día de hoy lo lleva a la Cárcel de Jamundí para que sea esta ergástula la que proceda trasladar al señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx al lugar de su residencia, donde no es recibido por causas atribuibles a la cárcel de Villahermosa Cali, donde ha estado recluido por un término superior a las 36 horas al que alude el artículo 28 A de la Ley 65 de 1993.

Ergo, se concederá la acción constitucional de habeas Corpus presentada a favor del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

En consecuencia, se ordenará al DIRECTOR DE LA CARCEL VILLAHERMOSA CALI que de manera inmediata, realicen los trámites pertinentes para que se ejecute la medida de aseguramiento de detención domiciliaria impuesta a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.”

Rad.000 2017 01137 00 (16 11 2017) Acta 338. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar.

HURTO AGRAVADO POR LA CONFIANZA

Rad. 01 2015 00047 01 (06 12 2017) Acta 273. M.P. Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez

LIBERTAD ANTICIPADA, CONDICIONADA Y TRANSITORIA. Tortura agravada. Delito cometido con ocasión, por causa, o en relación directa o indirecta con el conflicto armado.

Rad. 077 2017 80077 01 (04 12 2017) acta 367. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez

LIBERTAD CONDICIONAL. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. Valoración de la conducta del penado.

Extracto: “De acuerdo a lo expuesto, surge irrefutable que el condenado ha tenido una conducta satisfactoria a lo largo de su estadía en el centro de reclusión y que el sistema progresivo del tratamiento penitenciario ha tenido efectividad en su caso particular, asumiendo un comportamiento adecuado y cabal a las distintas reglas de conducta y reglamentos que permiten la convivencia al interior del reclusorio, por lo que debe reconocérsele que se ha ajustado y asimilado el propósito de la sanción que se le impuso sin incurrir en conductas que sean contrarias a los mandatos e imperativos del establecimiento penitenciario.

Por lo anterior, debe concluirse que la valoración de la conducta del penado, de acuerdo con la evolución de la misma en cumplimiento de la pena de prisión, es buena, razón por la cual, dada la plena satisfacción de las demás exigencias previstas en el original artículo 64 de la Ley 599 de 2000, conducen a que en este evento particular, sea plausible revocar el Auto Interlocutorio No. 1599 del 4 de Septiembre de 2017 proferido por el Juzgado de primera instancia y en su lugar otorgar la libertad condicional a favor del *condenado*, por un período de prueba correspondiente al tiempo faltante para el cumplimiento de la condena.”
Rad. 017 2005 00184 01 (31 10 2017) Acta 290. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

HOMICIDIO. Levantamiento de la medida de aseguramiento privativa de la libertad y la libertad por vencimiento de términos. Poder vinculante de la jurisprudencia.

Extracto:

“El término de duración de las medidas de aseguramiento fijado por el legislador, como bien lo señaló la Corte Constitucional en la sentencia C-221 de 2017 responden a la garantía establecida en el artículo 29 de la Constitución Política y los artículos 9.3 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y políticos y 7.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los cuales establecen el derecho que tienen los procesados de ser juzgados en un tiempo razonable y sin dilaciones injustificadas , pues como se ha dicho desde antaño por las Altas Cortes, de no ser así, puede pasar que el procesado se encuentre bajo restricción de su derecho a la libertad por un término que puede ser equivalente a la condena establecida para el delito que se le enrostra, y, en consecuencia , se estaría frente a una “ *anticipación de la pena*”.

Es por lo anterior, que se afirma que las medidas de aseguramiento, tienen unos límites , no sólo temporales, en cuanto al término de duración de las mismas, los cuales están consagrados en el parágrafo 1º del artículo 307 del Código de Procedimiento Penal (no pueden exceder más de un año), sino que también comporta un límite en cuanto a la vigencia de las mismas, pues es claro que por la naturaleza de la medida de aseguramiento (cautelar y preventiva), no pueden regir de manera indefinida, además , por cuanto la situación jurídica de quien es procesado debe resolverse de manera perentoria, de modo que su *status* indefectiblemente cambiará de acusado a condenado o absuelto.

Frente al cambio de *status* del procesado, el mismo opera desde el momento en que se anuncia el sentido del fallo, pues es en esta audiencia en la que se le informa al acusado de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 446 de la Ley 906 de 2004, si será declarado culpable o se lo absolverá de los cargos atribuidos por la Fiscalía General de la Nación, y en consecuencia, conforme lo dispone el artículo 40 de la misma normatividad, la decisión para imponer penas y medidas de seguridad a partir de dicho estadio procesal, corresponde al Juez de Conocimiento. **Lo anterior, nos permite señalar, que las medidas de aseguramiento rigen o tienen como límite de vigencia, el anuncio del sentido del fallo,** ya que de concederse o negarse cualquier prerrogativa que infiera directamente sobre el derecho a la libertad del procesado, se fundamentará teniendo en cuenta el fallo de responsabilidad anunciado, bien porque se le absuelva y se le conceda la libertad, o porque se le condene y se ordene la privación de éste, en virtud del fallo.

La H. Corte Suprema de Justicia en los autos que critica el abogado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, - el auto n° AP5052-2017, dictado dentro del proceso radicado bajo la partida n° 50861, del 9 de agosto de 2017y con ponencia del doctor Gustavo Enrique Malo Fernández-, citando lo dicho por la misma Corporación el auto AP4711-2017, radicado n° 49734, del 24 de julio de 2017-, de cara a lo antes dicho recordó que, **“la medida cautelar personal tiene vigencia, hasta el anuncio del sentido del fallo condenatorio o hasta la lectura de la sentencia,** por lo que, de negarse cualquier beneficio liberatorio en la sentencia de condena, la restricción de la libertad del procesado ya no será en virtud de la medida de aseguramiento , sino fundada en el fallo que declara su responsabilidad penal, razón por la cual el plazo máximo de vigencia de la medida de aseguramiento previsto en el inciso 1º de la Ley 1786 de 2016, se deberá contabilizar desde el momento en que se impone la medida cautelar personal sin que se haya realizado la audiencia de lectura de fallo de primera instancia. **(Negras de la Sala).**

Lo que, de contera, permite señalar, que la privación de la libertad del acusado , una vez dictado el sentido del fallo, pese a que sigue siendo cautelar, no cumple los fines de la medida de aseguramiento, sino que tiene como propósito el cumplimiento de los fines de *la pena*, por ello, conforme lo dispone el artículo 450 del Código de Procedimiento Penal, en concordancia con el 40 ibídem, el juez de conocimiento al momento de anunciar el sentido del fallo condenatorio , puede disponer de la libertad del acusado, esto es, puede ordenar su libertad inmediata si fuese absuelto, o sí el acusado privado de la libertad al momento de dictarse sentencia tiene derecho de un subrogado penal así lo dispondrá , o puede librar orden de encarcelamiento si el acusado se encuentra en libertad.”

ACLARACION DE VOTO. *Comparto la decisión de confirmar el auto que negó el levantamiento de la medida privativa de la libertad y la libertad por vencimiento de términos al procesado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, sin embargo difiero respetuosamente de algunas aseveraciones que se hacen en la decisión de segunda instancia, como la de afirmar que: “...la privación de la libertad del acusado una vez dictado el sentido del fallo, pese a que sigue siendo cautelar, no cumple los fines de la medida de aseguramiento , sino que tiene como propósito el cumplimiento de los fines de la pena ...”. De otro lado sostener que con*

la sentencia de primera instancia el principio de presunción de inocencia se encuentra “derrotado”.

Expresiones que se muestran contrarias a los principios que orientan el derecho penal.

Rad. 193 2011 24469 00 (25 10 2017) Acta 280.M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

Aclaración de Voto: Dra. Socorro Mora Insuasty

TESTIMONIO. Informe policivo. Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado.

Extracto:

“Sea preciso aclarar, que para la Sala no era deber absoluto del ente acusador hallar a la persona que le había entregado la sustancia estupefaciente al procesado, pues se itera la teoría del caso presentada por la Fiscalía se encuentra acreditada con los precitados gendarmes, quienes fueron testigos directos que dentro del establecimiento comercial del procesado se **almacenaban** alucinógenos. Es por ello que la carga de la prueba se invertía hacia la defensa quien conociendo el paradero del personaje como “bola ocho” no hizo el mínimo esfuerzo en solicitarlo como testigo y así confirmar la inocencia del acusado, pues no hay duda que en el sistema acusatorio cada parte debe buscar y presentar en juicio las evidencias que favorezcan sus respectivas teorías del caso , aunado a que la defensa tiene esa carga también para desvirtuar la prueba de la fiscalía ,cuyo descubrimiento fue oportuno, así que era deber del procesado explicar y demostrar las razones por las cuales esa mercancía duró en su bodega más de 4 días, quien la llevó, cuál era el soporte legal para almacenarla en su negocio, entre otros aspectos.

Así mismo no, es factible atribuirle responsabilidad a la Fiscalía por no ubicar al conductor del rodante de placas CAY 172, desde donde presuntamente se bajaron los paquetes de estupefacientes , pues si bien habría servido para determinar el origen de los mismos, esta escasa información fue suministrada por el acusado consiente de la imposibilidad de rastrear al rodante, como él mismo adujo en juicio, que posterior a la entrega de la mercancía no volvió a observar dicho vehículo, máxime que según su dicho, el día de descargue de la mercancía sólo tomó nota de la placa del rodante, sin solicitar mayor explicación del origen o destinatario de los paquetes.

Testimonios de los uniformados que además de ser vestidos por funcionarios públicos en ejercicio de sus funciones, reúnen las características de idoneidad y credibilidad necesarias para edificar sobre los mismos el juicio de responsabilidad penal en contra el enjuiciado xxxxxxxxxxxxxxxx, aunado a la inexistencia de hechos que motiven animadversión hacia el implicado, ni que exista interés alguno en los hechos objeto de estudio, siendo las dos versiones coherentes y contestes entre sí, sin inconsistencias que minen su credibilidad, caracterizados por ser testigos presenciales , directos, con buena rememoración y detalle en su narrativa, por lo tanto la verdad manifestada por estos servidores de la Policía Nacional, permite tener un acercamiento real y creíble frente al hecho ocurrido el 20 de abril de 2011, fecha en la que luego de ser enterados por fuente humana que en ese sitio se almacenaba gran cantidad de sustancia estupefaciente para ser distribuida esa misma tarde, de manera inmediata acudieron al inmueble referenciado, y previa autorización del administrador ingresaron hallando el alijo tantas veces citado, confirmando plenamente la información que los llevó a ese lugar, por lo que su ingreso no fue casual, sino previa alerta ciudadana, cuyo procedimiento se hizo legítimamente en ejercicio de sus facultades legales y constitucionales de carácter preventivo, sin afán de perjudicar al aquí encausado, ni que la incautación de la sustancia fue producto de una maniobra encaminada a inculparlo sin fundamento.

No existe entonces, la más mínima arista que lleve a considerar que la actuación de los uniformados fue caprichosa o arbitraria, al punto de querer manchar injustamente el buen nombre y reputación del acusado, o de un “falso positivo” como groseramente lo llamó el

abogado defensor sin fundamento alguno, puesto que cuando llegaron la droga ya estaba ahí y nunca ingresaron sin el permiso del administrador, tal como lo reconocieron todos los testigos de cargo.

De ahí que es inaceptable que la Juez de Instancia le haya dado credibilidad a las aseveraciones del procesado respecto a las presuntas amenazas o extorsión a la que se vio sometido por parte de las autoridades, pues las mismas son meras conjeturas sin ningún fundamento probatorio, sobre las cuales no era posible darles condición de acierto como lo hizo la Juez, sin contar con ninguna otro elemento que le permitirá corroborarlas dentro del Juicio, pues no es lógico que si supuestamente se presentaron amenazas a su familia, ningún pariente haya acudido a estrados a corroborar sus dichos o que por lo menos se haya denunciado el presunto hecho delictivo.

Son entonces las versiones de cargo las que valoradas en su conjunto se advierten claras, contestes, coherentes y espontáneas, sin vestigio de algún interés distinto a esclarecer los hechos, que sin duda alguna comprometen la responsabilidad del acusado en tanto que se probó que consciente de lo ilícito de su proceder, incurrió en el punible ofensivo de la Salud Pública, cayendo por su propio peso la coartada que en el juicio ofreció para pretender mostrarse ajeno al resultado típico. De allí que, no gocen de credibilidad tanto sus afirmaciones como las del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en tanto que carecen de sustento probatorio, pues los testigos convocados en su defensa, no lograron explicar se actuar durante la recepción de la mercancía y la conducta desplegada los 6 días que estuvo almacenada la sustancia estupefaciente, sin ningún soporte a pesar de presuntamente conocer y lograr ubicar a la persona que llevó dicha droga, interrogantes que precisamente impiden tener como ciertos sus propios dichos, una vez confrontados con los elementos aducidos por la fiscalía que con toda razón, se alzó contra el fallo absolutorio.

En este orden de ideas, la tipicidad objetiva y subjetiva de la conducta ilícita por la que fue investigado el procesado quedó plenamente acreditada, pues se demostró que almacenaba sustancia ilícita en su local comercial, hecho respecto del cual tenía pleno conocimiento, que se infiere de los siguientes hechos indicadores, toda vez que autorizó su ingreso en horas de la noche, permaneció en la bodega de su propiedad durante más de 4 días, sin que nunca se preguntara la razón por la cual el presunto propietario no regresaba , no contaba con los fletes, ni facturas, ni órdenes de remisión y/o entrega, no conocía la identificación del presunto propietario de esa mercancía ilícita, y el olor que debía expedir esa tonelada de marihuana , era obvio en un espacio pequeño de 3 por 3 metros, lo que descarta de plano el desconocimiento del contenido del alijo, y bajo ese supuesto, encaminó libremente su voluntad para conservar por más de 4 días dicha mercancía ilegal.

De otra parte la Corporación constató que el comportamiento desplegado por el procesado xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx vulneró la salubridad pública, dada la cantidad de marihuana incautada y que no contaba con los permisos de ley respectivos, siendo por lo tanto antijurídico su comportamiento , por cuanto la lesión al bien jurídico se hizo efectiva formal y materialmente.

Rad.193 2011 09130 00 (17 10 2017) Acta 268. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

NULIDAD del Allanamiento a cargos. Estado de salud mental del procesado. Consentimiento del procesado.

Con el comportamiento del procesado, el juez debió evidenciar que no se encontraba bien psicológicamente, por lo que debió, en primer lugar,, verificar que el imputado estuviese bien asesorado por su defensor, dando un espacio en la audiencia para que ello se realizara, y en segundo lugar, tenía que establecer si al momento de interrogar al procesado sobre la aceptación de responsabilidad, éste estaba consciente de lo que decía, pues su labor no era la de una simple revisión formal la cual cumplía interrogándolo sobre si aceptaba de manera libre los cargos, sino que como garante y protector de los derechos humanos de quienes son llevados ante su estrado judicial, debía ir más allá, verificando que el consentimiento del procesado no estuviese viciado, máxime ante las respuestas

incoherentes e ilógicas que estaba realizando el imputado, las cuales evidenciaban que el acusado podría agravar su situación jurídica.

Rad.000 2011 00489 00 (31 10 2017) acta 288. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

PECULADO POR APROPIACIÓN A FAVOR DE TERCEROS. Coautoría. Comisión por omisión de la conducta punible de peculado por apropiación en beneficio de tercero.

Extractos:

“Así pues, al tener el procesado la disponibilidad jurídica de los dineros de la Caja Agraria, al ser el encargado de las cartas de créditos aperturadas a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, tenía posición de garante frente a los mismos y por ello el deber jurídico de haber impedido el resultado ilícito, lo cual no hizo pese a conocer las inconsistencias que presentaba la carta de crédito, lo que conllevó a la pérdida de la garantía de la Caja Agraria sobre la mercancía.

El procesado contaba con el conocimiento y la experiencia necesaria para advertir las inconsistencias que de manera taxativa dio a conocer el Banco Corresponsal de Miami, no habiendo razón alguna para que pese a advertir las irregularidades las dejara pasar, lo que generó que se autorizara el pago y se perdiera la garantía prendaria, sin embargo ninguna advertencia realizó al respecto, favoreciendo a xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, de los que se advierte no solo un actuar omisivo sino también doloso.

Debe aclarársele al togado, que el *a quo* **no señalo** que la conducta desplegada por el procesado correspondía a la modalidad culposa del peculado, siendo claro en advertir que la responsabilidad del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx radicaba en la omisión en la que incurrió respecto a las inconsistencias presentadas en la carta de crédito, actuación que, sin lugar a dudas, fue catalogada como una omisión preordenada, dirigida a generar el resultado, esto es, **un delito doloso de comisión por omisión.**

El procesado dirigió su conducta a conseguir un resultado ilícito, razón por la cual no podía responder por una forma distinta a la culpabilidad dolosa, aspecto sobre el cual la sentencia de primer grado no ofrece duda alguna, pues la posición de garante que tenía frente a los bienes de la entidad, en su cargo de Director de la Seccional Cali con la que xxxxxxxxxxxxxxx adelantó la negociación, hace que se le predique la **comisión por omisión de la conducta punible de peculado por apropiación** en beneficio de un tercero.

Lo anterior no implica, atribuirle una actuación culposa o imprudente, por incumplimiento del deber de cuidado que le correspondía frente a los bienes que estaban bajo su garantía, sino a un obrar destinado a ese propósito con lo cual se configura el dolo.

Por otro lado, importante es advertir que contrario a lo expuesto por el Apoderado Judicial del Procesado el llamamiento a responder en calidad de coautor del delito de peculado por apropiación a favor de terceros es procedente y acertada, pues como lo advirtió el *a quo* se valió de otras personas, involucradas con la Dirección Nacional de Operaciones Internacionales, las cuales además fueron vinculadas penalmente, para materializar el propósito.

En sentencia Rad. 43772 del 18 de junio de 2014 la Corte Suprema de Justicia haciendo mención al tema de la Coautoría refirió que : “Se predica cuando **plurales personas** son gregarias por **voluntad propia** de la **misma causa** al margen de la ley, **comparten conscientemente los fines ilícitos propuestos** y **están de acuerdo con los medios delictivos** para lograrlos, de modo que **cooperan** poniendo todo de su parte para alcanzar esos cometidos, **realizando cada uno las tareas que le corresponden**, coordinadas por quienes desempeñen a su vez el rol de liderazgo.

“En tales circunstancias, quienes así actúan, coparticipan criminalmente en calidad de coautores, **aunque no todos concurren por sí mismos a la realización material de los delitos específicos**; y son coautores, porque de todos ellos puede predicarse que dominan el hecho colectivo y gobiernan su propia voluntad, en la medida justa del trabajo que les

correspondiere efectuar, **siguiendo la división del trabajo planificada de antemano o acordada desde la ideación criminal**".

Así pues, la jurisprudencia ha enseñado que el acuerdo puede ser expreso o tácito, teniendo el dominio funcional del hecho, lo cual se predica del procesado, por cuanto en su rol de Director de la Oficina Seccional Cali de la Caja Agraria de manera consiente y voluntaria contribuyó a la apropiación de dinero por parte de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, atendiendo la división del trabajo criminal de cada uno de los participantes, de lo que se evidencia la importancia del aporte por cuanto enterándose de las inconsistencias que por demás le fueron reportadas no hizo nada al respecto, lo que conllevó a la pérdida de la garantía prendaria de la Caja Agraria sobre la mercancía.

La Corte señaló también que la coautoría funcional se puede deducir de los hechos que demuestran la decisión conjunta de realizar el delito, enseñando que: **"para la coautoría funcional el acuerdo del plan criminal no requiere de un pacto detallado, pues se deduce de los actos desencadenantes, de los hechos demostrativos de la decisión conjunta de su realización"**.

Por otro lado, como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia no es necesario si quiera que los coautores se conozcan entre sí para predicar la figura jurídica en mención, advirtiendo que "la totalidad de las acciones agotadas por los ejecutores es endilgarle a los demás, así cada una de las conductas vistas aisladamente no permita la subsunción en un tipo penal concreto, para concurrir todos dolosamente a la consecución del resultado" – CSJ. AP 6401-2014, rad. 44740, sp16201-2014, rad. 40087, AP. 40685 del 20 de Noviembre de 2013 y AP. 4348-2016 rad. 48.223).

Predicable es entonces que no le asiste razón al apelante cuando señala que no se acreditó el dolo directo en que incurrió el procesado, o que el juicio de reproche resultó amañado respecto al **acervo probatorio**, por cuanto la intención fue clara cuando al conocer de las inconsistencias presentadas en la carta de crédito, respecto a asuntos de tanta importancia, conscientemente omitió hacer manifestación alguna para evitar el pago de la misma, por cuanto se le informó con claridad que las condiciones diferían de las inicialmente pactadas, pero sobre todo advertible era con claridad que el beneficiario varió, lo que conllevó a la pérdida de garantía de la entidad para la que laboraba sobre la mercancía, independientemente de los resultados de las investigaciones respecto a los Funcionarios de la Gerencia Nacional de Operaciones – Bogotá, aspecto que si bien reprochó el *a quo*, se le escapa de las manos, por cuanto la acción penal está en cabeza de la Fiscalía General de la Nación."

Rad. 15 2011 00160 01(17 11 2017) Acta 350.M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PRESUNCION DE INOCENCIA. Secuestro extorsivo. La prueba analizada aunada al hecho de que al juicio oral no compareció ninguno de los testigos directos del delito de secuestro extorsivo, es los que nos lleva a concluir que no hay ni siquiera prueba de la materialidad del delito.

Extracto:

"Las pruebas analizadas en precedencia, aunado al hecho que al juicio oral no compareció ninguno de los testigos directos del delito de secuestro extorsivo, los cuales señalaran a los procesados xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx como las personas que ingresaron ese 21 de junio de 2008 al depósito de madera del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, y de manera ilegal lo retuvieron a él, a su hijo xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, es lo que nos lleva a concluir que no hay ni siquiera prueba de la materialidad del delito de secuestro extorsivo, pues si bien haciendo un ejercicio analítico, puede ser posible que los aquí procesados estuvieron en el depósito de las víctimas, teniendo en cuenta que al parecer se les incautaron prendas de vestir que le habían hurtado a las víctimas, teniendo en cuenta que al parecer se les incautaron prendas de vestir que le habían hurtado a las víctimas e incluso el equipo móvil

(celular) de la señora xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, lo cierto es, que retuvieron privados de su libertad a los antes citados, no se arribó a la actuación.

Siendo que el Estado no expandió la capacidad averiguatoria a fin de lograr la comparecencia de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, al juicio, con el fin de confirmar o infirmar los supuestos dichos de la intendente ELSY MARIA, JADER GERMAN Y MILA MARIA PAZ CAMPAZ, se debe decir, que no tenemos ningún grado aproximado de certeza que nos indique que se lesionó el bien jurídico de la libertad personal de xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx , xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx.

Ante las escasas e insuficientes pruebas presentadas por la Fiscalía General de la Nación con los cuales pretendió sostener la acusación en contra de los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, por delito de SECUESTRO EXTORSIVO, considera esta Sala que innecesario es realizar mayores elucubraciones, toda vez que las pruebas practicadas se limitaron a confirmarnos el hecho cierto del pago de una extorsión de la que fue víctima el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pero de cara al delito de SECUESTRO EXTORSIVO, o mejor, frente a la responsabilidad de los aquí enjuiciados nada se dijo, la Fiscalía pidió se dictara sentencia de condena con base a lo declarado por tres testigos de oídas, olvidando que sólo se puede emitir sentencia de condena con pruebas directas, pues hasta la prueba de referencia tiene una tarifa negativa para con base en ella emitir fallo condenatorio (artículo 381 del Código de Procedimiento Penal).

Así las cosas, en nuestro criterio, siendo que no se cuenta con pruebas suficientes para valorar, que conduzcan a establecer la verdad de las imputaciones realizadas por los testigos de cargo presentados en el juicio por la Fiscalía General de la Nación, hay que reconocer que el Estado no logró desvirtuar la presunción de inocencia que desde los albores de este proceso ampara los enjuiciados xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, pues no existe certeza o pleno conocimiento de que éstos hayan sido coautores del delito de secuestro extorsivo que les fue enrostrado, la duda surge al respecto, dada, reiteramos, la precariedad de los medios de convicción incriminantes.

Ante una incertidumbre de esa naturaleza, es la misma ley la que le ofrece la solución a esta Sala, indicándole que debe observarse aquel principio merced al cual, la duda debe resolverse en favor del reo, en consecuencia la decisión a adoptar en el presente asunto será de la de revocar el fallo de primera instancia y en consecuencia se emitirá una sentencia absolutoria.”

Rad. 195 2008 00633 00 (07 12 2017) acta 325. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

PRISION DOMICILIARIA. La Prisión Domiciliaria como Padre Cabeza de Familia. No es cierto como lo afirmó el abogado del señor que los padres del condenado presenten patologías médicas que los hagan dependientes de los cuidados médicos que sólo les puede brindar el enjuiciado.

Tráfico, fabricación o porte de estupefacientes agravado. Concierto para delinquir agravado con fines de narcotráfico

Extracto:

“La Corte Constitucional en la sentencia antes citada consideró, que la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, no se otorgaba con el propósito de beneficiar al infractor de la Ley Penal, sino con el objetivo de favorecer a esos menores de edad, o personas en condiciones de incapacidad que dependan exclusivamente del condenado, a fin de evitar que estos queden en estado de desprotección u orfandad absoluta. De ahí que se requiere que se demuestre además de la calidad de padre biológico o dependencia de terceras

personas, la ausencia de otro miembro del grupo familiar que pueda velar por el cuidado y protección de la persona a favor de quien se pide el beneficio.

Por lo anterior, es que se afirma que el concepto padre o madre cabeza de familia no se limita a que se acredite que se está al cuidado de los hijos o personas en condiciones de incapacidad, y que es el soporte económicamente al hogar, sino que se debe acreditar que quien reclama tal condición de indefensión exige y si es realmente ineludible su presencia en el núcleo familiar, para que con ella, los menores o adultos en estado de incapacidad obtengan el bienestar necesario, que debe ser garantizado por sus progenitores.

Ahora bien, el legislador a través de la Ley 750 de 2002, de la cual fue declarada su exequibilidad por la Corte Constitucional en la sentencia citada en precedencia (C-184 de 2003), estableció los presupuestos legales que se deben valorar por el Juez para el otorgamiento de la prisión domiciliaria como padre cabeza de familia, los que comportan el análisis de unos requisitos objetivos, cuales son: i) que el condenado, hombre o mujer, tenga la condición de padre o madre cabeza de familia; ii) que la condena no haya sido proferida por los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el Derecho Internacional Humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada; y iii) que la persona no tenga antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos; y el cumplimiento un requisito subjetivo, el cual hace referencia a: iv) que el desempeño personal, laboral, familiar y social permita inferir que no pondrá en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, requisito este dentro del cual el juez debe valorar la gravedad de la conducta ejecutada por el condenado, pues la prisión domiciliaria como padre o madre cabeza de familia, además de garantizar el bienestar de quien que podría verse afectado con la privación de la libertad del condenado, debe satisfacer el orden justo, ya que el otorgamiento de la prisión domiciliaria no puede conducir al desconocimiento de las finalidades de la pena, en cuanto a la prevención general, conforme a la política criminal del Estado y el mensaje que quiere enviársele a la sociedad, y desde la prevención especial de quien incurre en la conducta delictual.

Es por ello, que el funcionario competente para resolver la solicitud de sustitución de la prisión intramural por la domiciliaria elevada por el padre o madre cabeza de familia privado de la libertad, debe, luego de analizar los requisitos atrás descritos, llevar a cabo un juicio de ponderación entre las prerrogativas constitucionales: el interés superior del menor o persona en estado de incapacidad y la satisfacción del orden justo, para determinar si es necesario el sacrificio a que podría someterse una de estas con la decisión que se adopte.

En este caso se reitera, el abogado del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no presentó documento alguno en la audiencia de individualización de pena y sentencia que demostrara que el antes citado era la única persona que velara por el cuidado físico, emocional y económico de sus progenitores, quienes como lo señalamos renglones atrás, es evidente no requieren de los cuidados especiales del sentenciado, siendo menester aclararle también al togado de la defensa, que el A- quo en ningún momento señaló que debía allegar un informe psicológico como al parecer lo entendió, pues adjuntó al recurso de apelación un informe de dicha naturaleza, lo que el Juez de primera instancia señaló fue que echaba de menos que no se hubiese allegado un **informe socio-económico del entorno familiar de los señores xxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxx**, el cual debe realizarse por un trabajador social, a fin de establecer las condiciones de vida de las personas a favor de quien se pide se otorgue la domiciliaria del condenado, en este caso dicho documento no se aportó, el que si bien tiene la razón el apelante no es el único a través del cual se pueda acreditar las condiciones de vida de los señores xxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxx, no se aportó por parte de la defensa tampoco una prueba similar que demostrara que los señores xxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxx, requerían de la atención especial del condenado.

Así mismo, la Sala debe resaltar, que por parte de la defensa tampoco se presentó prueba alguna que permitiera conocer los antecedentes sociales, personales, familiares y laborales del sentenciado, es decir, se desconoce en qué labora el señor xxxxxxxxx, y cuál es su dinámica familiar, pruebas que resultaba necesario aportara el abogado defensor del señor xxxxxxxxxxxxxxx, pues lo único que se conoce del antes citado dentro de este proceso, es que participó en una organización criminal dedicada al tráfico de estupefacientes en un

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
R E L A T O R I A
BOLETIN 01 2018

parque principal de esta ciudad, antecedentes estos que hay que decirlo, lo único que permite señalar es que el procesado social y personalmente ha actuado incorrectamente, y que nos llevan a preguntarnos: sí se supone que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx siempre ha velado por el cuidado de sus padres, en qué momento lo hacía, si vendía estupefacientes en el parque contiguo al Instituto Departamental de Bellas Artes y a pocos metros de la Alcaldía Municipal de Cali?. La solicitud del abogado del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, en este sentido es huérfana de sustento probatorio.

Y es que si bien la defensa en la audiencia de individualización de pena y sentencia que aportaba una declaración extra-juicio en la que se indicaba que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx era la persona que respondía por sus padres, como quiera que no dio lectura a dicho documento, se desconoce si en verdad el mismo confirmaba lo dicho por él, y esta Sala no puede hacer afirmaciones en dicho sentido, máxime, cuando dicho documento no fue anexado en la carpeta del caso.

Para la Sala es evidente que la petición presentada por el abogado xxxx xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx es improcedente, por lo que resulta inane continuar esbozando argumentos que al final llevaran a la misma conclusión, esto es, que no se ha acreditado la condición de padre cabeza de familia del señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, frente a quienes se dice son sus progenitores, pues vale la pena resaltar que tampoco se allegó documento alguno que nos permita inferir que en efecto los señores xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx y xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx son los padres del antes citado, el hecho de contar con los mismos apellidos no se constituye *perse* en prueba de dicha circunstancia.

Finalmente, hay que indicar que como bien lo señaló el A-quo, que la conducta en la que incurrió el aquí procesado por su modalidad es altamente gravosa, y permite señalar que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx requiere tratamiento penitenciario. Recordemos que fue aprehendido por hacer parte de una organización criminal dedicada al micro-narcotráfico de sustancia estupefacientes, la cual se apostaba en el parque contiguo Instituto Departamental de Bellas Artes y a pocos metros de la Alcaldía Municipal de Cali, sitios concurridos por gran población de estudiantes, quienes adictos a dichas sustancias y con el fin de continuarla consumiendo, incurren en conductas delictivas gravosas, tales como el hurto e incluso homicidios, situación que va en detrimento no sólo del bien jurídico la Salud Pública, sino en contra de la seguridad pública, entendido este bien jurídico como el conjunto de derechos que tiene toda una sociedad de vivir en paz y en tranquilidad, sin que ninguna persona perturbe su entorno de manera ilegal.

Así las cosas, esta Sala comparte la conclusión a la que llegó el *Juez de Primera Instancia*, en el sentido de que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx no es padre cabeza de familia, o por lo menos no allegó prueba alguna que así lo permita concluir, por lo que desde el plano de la prevención general y especial, resulta imperioso que el procesado cumpla la pena a él impuesta en el correspondiente centro de reclusión.”

Rad.199 2016 01556 00 (14 11 2017) Acta 293.M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

NULIDAD. Petición de absolución perentoria. Ante la postura obstinada y poco reflexiva del juez unipersonal de no acceder a una nueva programación de la diligencia para dar continuidad al juicio oral, fue totalmente desacertada la decisión de mérito con la que prosperó la petición de absolución perentoria sustentada por la defensa, pues, se fundó en argumentos propios de la responsabilidad penal, sin abordar los presupuestos de tipicidad del delito acusado y que tienen estrecha relación con los elementos estructurales y dogmáticos de la conducta. Secuestro simple. Con circunstancia de agravación en grado de tentativa.

Extracto:

“En el sentir de la Sala, la insistente manifestación de la Fiscalía para suspender la sesión de audiencia del 12 de agosto de 2015, no constituye una maniobra de dilación injustificada

del proceso, ni se evidencia como una práctica recurrente, muy por el contrario, la Fiscal 91 Seccional sustentó su solicitud, señalando que con la práctica de esos tres testimonios buscaba aproximarse a la verdad de los acontecimientos como uno de los derechos que le asiste a la víctima, a quien recordemos, el Juez le vulneró en dos oportunidades de manera injustificada su derecho a declarar en el juicio, y el cual si bien no asistió a la sección de audiencia del 12 de agosto de 2015 se desconocía el motivo, pues en otras oportunidades sí lo hizo.

La decisión del Juez Veinte Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento es injusta e injustificable jurídicamente, pues con la misma cercenó la posibilidad probatoria del ente instructor, con la plena convicción que tal proceder haría nugatoria su pretensión punitiva, pues pese a haber autorizado en audiencia preparatoria la presentación de sus testigos, sin justificación alguna, amparado tan solo en un criterio “personal” no operante a las situaciones planteadas por la Fiscalía frente a cada uno de los testigos que no asistieron a ese acto procesal.

Vicio el cual compromete seriamente el andamiaje conceptual del actual modelo de enjuiciamiento, y con él, los derechos y garantías de las partes e intervinientes, frente a lo cual no existe otra alternativa menos drástica a la aquí propuesta por la Fiscalía, para que el perjuicio sea subsanado.

De todas formas, anótese que ante la postura obstinada y poco reflexiva del juez unipersonal de no acceder a una nueva programación de la diligencia para dar continuidad al juicio oral, fue totalmente desacertada la decisión de mérito con la que prosperó la petición de absolución perentoria sustentada por la defensa, pues, se fundó en argumentos propios de la responsabilidad penal, sin abordar los presupuestos de tipicidad del delito acusado y que tienen estrecha relación con los elementos estructurales y dogmáticos de la conducta. Básicamente, el juez se dedicó a desestimar el juicio de reproche basándose en la prueba testimonial practicada, para concluir que los acusados no cometieron el delito enrostrado, sin referirse si quiera a si estaban presentes los presupuestos para adecuar la conducta enrostrada a los acusados en el injusto de secuestro simple agravado, realizando un análisis descontextualizado de las pruebas a él presentadas en el juicio oral, invocando el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal, norma que hay que afirmar, no rige el análisis probatorio en la ley 906 de 2004, entendiéndose con ello la falta de cuidado del A-quo en la elaboración de su proveído.

Brilló por su ausencia la motivación orientada a explicar por qué en el caso concreto, y dada la coyuntura de la que la defensa sacó provecho para renunciar a sus pruebas e invocar la liturgia del canon 442 del Código de Procedimiento Penal, se evidenciaba que “*la prueba reina*”, presentada por la Fiscalía no lograba destronar la presunción de inocencia de los acusados, término que está por demás decirlo, no se utiliza en ley 906 de 2004, ***la prueba reina no existe***, pues en el nuevo sistema penal adversarial de corte acusatorio no hay tarifa legal probatoria, ese es un tema pacífico a estas alturas en el trámite del proceso penal, el cual hace evidente, se reitera, la falta de cuidado que se tuvo en la elaboración del fallo de primera instancia.

Razones por las cuales la Sala, acogiendo la esencia de lo pedido por la recurrente, decretará la nulidad parcial de lo actuado a partir inclusive del momento en que el Juez Veinte Penal del Circuito con funciones de Conocimiento, en la sesión de audiencia del 12 de agosto de 2015 decretó el cierre de la práctica probatoria de la Fiscalía, para que se proceda a practicar las pruebas que le faltaba presentar a la Ente acusador, entre ellas, el testimonio de la víctima xxxxxxxxxxxxxxxxxxxx, a quien sí para el momento en que se presente aún no cuenta con la cédula de ciudadanía, la Fiscalía deberá acreditar por otro medio que quien se presente en el estrado, es la misma persona de quien solicitó su testimonio. Se aclara, que al retrotraerse a ese punto la actuación, la defensa tendrá la oportunidad para hacer lo propio en lo que respecta a sus medios de prueba.”

Rad.000 2011 00489 00 (23 10 2017) Acta 276.M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

REDOSIFICACION DE LA PENA. Condenado pretende revisión integral de los fundamentos de la condena. Juez de Ejecución de Penas no es competente para modificar la sentencia.

Extracto:

“Tal como se logra evidenciar, en este evento, el condenado no está acudiendo a la solicitud de redosificación por haber existido algún cambio favorable de ley o una interpretación normativa más benigna a sus intereses, sino que cuestiona el fallo de condena, considerando que no debía derivársele un agravante que por ley no es aplicable al ser condenado por el delito de actos sexuales con menor de 14 años, lo que redunda directamente en el quantum punitivo impuesto.

Ello permite razonar que no es el juez de penas a quien le compete realizar esta clase de estudios, ya que implicaría desconocer los efectos de cosa juzgada que conlleva la sentencia ejecutoriada, dado que el cuestionamiento se dirige directamente sobre la dosificación de la pena.

Por tanto, tal como se indicó en primera instancia, no es posible que esta instancia proceda a efectuar un estudio que no se encuentra contemplado dentro de las competencias funcionales de los jueces de penas, ya que lo que se pretende en una revisión integral de los fundamentos del fallo de condena.

Al margen de lo anterior debe la Sala resaltar que revisado el fallo de condena se advierte que el señor xxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxxx fue declarado penalmente responsable de la conducta delictiva de Actos Sexuales con Menor de 14 Años, consagrado en el artículo 209 del C.P, sin derivarse ninguna de las circunstancias de agravación específica contenidas en el artículo 211 del C.P.

De modo que, razón le asiste al Juez Séptimo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de la ciudad, al negar la pretensión del condenado por no ser él competente para modificar la sentencia, ni éste el mecanismo para remover los efectos de la cosa juzgada.”

Rad.193 2008 11541 01 (09 11 2017) Acta 325. M.P. Dra. Socorro Mora Insuasty.