

Crónica JUDICIAL

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué



Crónica **JUDICIAL**

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

Nº 707

2024

Título: Crónica Judicial (Ibagué)

Autor: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

Editor: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

Descripción física: V. : 2 p. ; il. ; fots.

Número y fecha de publicación: 707 enero a diciembre 2024

Periodicidad: Anual

ISSN: 2500-7998

País de origen: Colombia

Idioma: Español

Forma de adquisición: Donación

Materias:

Tribunales-- Colombia-- Publicaciones seriadas (+)

Jueces-- Colombia (+)

Abogados-- Colombia (+)

Jurisprudencia-- Colombia-- Publicaciones seriadas (+)

Sentencias-- Colombia-- Publicaciones seriadas (+)

Doctrina Colombia-- Publicaciones seriadas (+)

Derecho Colombia-- Publicaciones seriadas (+)

Derecho Tolima Ibagué-- Publicaciones seriadas (+)

Tolima (Colombia) (+)

Ibagué (Tolima) (Colombia) (+)

Entidades:

Colombia, Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué. Ibagué, Tolima

Títulos uniformes:

Tolima-- Bibliografía regional

© CRÓNICA JUDICIAL (IBAGUÉ)

Tribunal Superior del Distrito Judicial del Ibagué

© 2024

ISSN: 2500-7998

Consejo de Redacción

Presidencia y Relatoría del Tribunal

Superior del Distrito Judicial de Ibagué

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

Palacio de Justicia 'Alfonso Reyes Echandía'

Carrera 2ª N° 8-90

Secretaría General: Piso 1, Oficina 11

Teléfono celular 3212324135

Buzón electrónico: sgtsupiba@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ibagué, Tolima--(Colombia)

Fotografías Magistrados: Fotorama Digital Ibagué

Diseño e impresión: León Gráficas S.A.S.

Teléfono: 608 263 00 88--Ibagué

Contenido

PRESENTACIÓN	7
Magistrados del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.....	9
Composición del Cuerpo Colegiado	13
Jueces del Distrito Judicial de Ibagué	17
 ARTÍCULOS Y ENSAYOS	
Reforma a la Administración de Justicia en Colombia: Avances y Desafíos Ricardo Enrique Bastidas Ortiz. Magistrado Sala Civil Familia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, presidente de la Corporación año 2024.....	33
 UNA MIRADA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE LA JUDICATURA	
“Analizando la incidencia de la actividad de la administración pública en la gestión judicial” Angela Stella Duarte Gutiérrez. Magistrada Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima	39
 ¿JUEZ NATURAL o ARTIFICIAL?	
Diego Alexander Galicia Virviescas. Profesional Especializado Grado 33 Despacho 06 Sala Penal Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.....	55
 LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN JURÍDICOS DESDE LA RELATORÍA. Una visión a través del tiempo	
Francisco Javier López Quijano. Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué	67
 JURISPRUDENCIA	
SALA CIVIL FAMILIA	
 DIVISORIO AD VALOREM. PRELACIÓN DEL DEMANDADO AL DERECHO DE COMPRA	
Pablo Gerardo Ardila Velásquez	79
 CONTRATO DE SEGURO. NULIDAD RELATIVA POR RETICENCIA	
Ricardo Enrique Bastidas Ortiz.....	93

EL LITIS CONSORCIO POR ACTIVA EN RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD PROCESAL. INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN	
Diego Omar Pérez Salas.....	113
PETICIÓN DE HERENCIA. ESTADO CIVIL Y SU PRUEBA	
Juan Fernando Rangel Torres	135
RESPONSABILIDAD BANCARIA. Sustracción no autorizada en transacciones monetarias	
Julián Sossa Romero.....	147
DECLARATIVO–LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA– DERECHOS DE AUTOR	
Astrid Valencia Muñoz	187
SALA LABORAL	
INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS EN LOS CASOS DE MULTIVINCULACIÓN O MULTIAFILIACIÓN	
Jair Enrique Murillo Minotta.....	213
HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADO. Mandato de asistencia legal en procesos coactivos por deuda fiscal	
Amparo Emilia Peña Mejía	221
EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD Y MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA PERSPETIVA DE GENERO SE RECONOCE EL CONTRATO LABORAL ENTRE UNA TRABAJADORA DOMÉSTICA Y UN GRUPO FAMILIAR QUE, BAJO EL MANTO DE LA RELACIÓN CONYUGAL HABIDA ENTRE AQUELLA Y EL MAYORDOMO, INTENTÓ ENCUBRIR UNA VERDADERA RELACIÓN DE TRABAJO.	
Mónica Jimena Reyes Martínez.....	243
PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE, CÓNYUGE SUPÉRSTITE E HIJA DISCAPACITADA, CON ENFOQUE DE GÉNERO. Sentencia calificada con excelencia por la Comisión Nacional de Género de la Rama Judicial de Colombia año 2023	
Carlos Orlando Velásquez Murcia	259
SALA PENAL	
VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL FEMINICIDIO	
Ivanov Arteaga Guzmán.....	277

SECUESTRO SIMPLE Y HOMICIDIO: PRUEBA INDICIARIA Y DUDA RAZONABLE	
Juan Carlos Cardona Ortiz.....	307
 FEMINICIDIO: CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA Y PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN DE IRA E INTENSO DOLOR	
Juan Carlos Cardona Ortiz	333
 JUSTICIA PENAL PARA MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD	
Julietta Isabel Mejía Arcila.....	355
 REBELIÓN: CALIDAD DE MILICIANO O COLABORADOR DE GRUPO IRREGULAR EN ZONAS RURALES.	
Héctor Hugo Torres Vargas.....	383
 SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES	
 VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO ÚNICO DE LA MADRE DE LA VÍCTIMA EN CASOS DE DELITOS SEXUALES CONTRA MENORES DE EDAD	
Ricardo Enrique Bastidas Ortiz.....	397
 IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE CORROBORACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES DENTRO DEL SISTEMA PENAL DE ADOLESCENTES	
Julían Sosa Romero	417
 EVENTOS JUDICIALES	
Jornadas Académicas	
 CONFERENCIA ACADÉMICA SOBRE “MORA JUDICIAL”	
Fernando Rodríguez Tamayo Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial.....	439
 TÉCNICAS PROFESIONALES DE ORATORIA JURÍDICA, RETORICA Y ARGUMENTACIÓN	
Piedad Del Rocío Gutiérrez Morales Especialista en Gerencia Estratégica de Mercadeo.....	439
 BARRERAS PARA EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	
Presidida por el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia Doctor Gerson Chaverra Castro Presidencias de la Corte Suprema de Justicia y presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué	440

PRESENTACIÓN

La revista “CRONICA JUDICIAL” del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué es una publicación periódica que ofrece información relevante sobre los aspectos legales y judiciales, tanto a nivel local como nacional, con un enfoque particular en el ámbito judicial del departamento del Tolima. Esta revista es una herramienta importante para la divulgación de los avances y novedades del sistema judicial de la región.

En el número 707 de la revista, se incluyeron diversas secciones que abarcan:

1. Espacio de opinión: Artículos de reflexión y análisis jurídico sobre temas de actualidad que afectan el sistema judicial, como el acceso a la justicia.
2. Actualización jurisprudencial: Providencias emitidas por las diferentes salas de decisión del Tribunal Superior de Ibagué que tienen relevancia nacional.

Eventos judiciales: Se destacan las Jornadas Académicas realizadas en el Auditorio “Alfonso Reyes Echandía” del Palacio de Justicia de Ibagué, los días 18 de octubre de 2024, conferencia sobre la “Mora Judicial” dictada por el Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Doctor Fernando Rodríguez Tamayo; el 8 de noviembre del año 2024 y en conmemoración del Aniversario 39 del denominado “Holocausto del Palacio de Justicia de Bogotá año 1985”, se llevó a cabo por parte de la Doctora Piedad Del Rocío Gutiérrez Morales, Especialista en Gerencia Estratégica de Mercadeo, la conferencia sobre técnicas profesionales para oratoria jurídica, retórica y argumentación; y el 22 de noviembre de 2024 la jornada académica “Barreras para el acceso a la administración de justicia”, realizada en la ciudad de El Espinal–Tolima, en el Auditorio de la Federación Nacional de Arroceros “Fedearroz”, presidida por el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia Doctor Gerson Chaverra Castro, en especial consideración al escoger al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué para desarrollar dicho evento.

Esta revista no solo cumple una función informativa, sino también educativa, permitiendo que servidores judiciales, abogados, estudiantes de derecho y la ciudadanía en general estén al tanto de los avances y cambios dentro del sistema judicial colombiano.

Sea la oportunidad para agradecer a la Cooperativa Judicial del Tolima – Coopjudicial-, a las empresas Equidad Seguros y Fotorama Digital Ibagué, por su oportuna y valiosa colaboración para que esta edición de la Revista Crónica Judicial esté a disposición de la comunidad judicial y ciudadanía.

Ricardo Enrique Bastidas Ortiz

Presidente



TRIBUNAL SUPERIOR
DEL DISTRITO JUDICIAL
DE IBAGUÉ

Magistrados del Tribunal Superior de Ibagué



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

MESA DIRECTIVA 2024-2025

(Art. 19 Acuerdo 10715 de 2017
Consejo Superior de la Judicatura)

Periodo

01 de febrero de 2024 al 31 de enero de 2025

(Acta 05 de enero 18 de 2024 y Acta 006 de enero 25 de 2024)

SALA PLENA

Presidente: Dr. RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ORTIZ

Vicepresidente: Dra. AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA

SALA CIVIL FAMILIA

Presidente: Dr. PABLO GERARDO ARDILA VELÁSQUEZ

Vicepresidente: Dr. JUAN FERNANDO RANGEL TORRES

SALA LABORAL

Presidente: Dr. JAIR ENRIQUE MURILLO MINOTTA

Vicepresidente: Dr. RAFAEL MORENO VARGAS

SALA PENAL

Presidente: Dr. LUÍS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA

Vicepresidente: Dr. JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ

SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Presidente: Dra. JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA

Vicepresidente: Dr. DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

MAGISTRADOS TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

SALA CIVIL-FAMILIA

Pablo Gerardo Ardila Velásquez
Ricardo Enrique Bastidas Ortíz
Diego Omar Pérez Salas
Juan Fernando Rangel Torres
Julián Sosa Romero
Astrid Valencia Muñoz

SALA LABORAL

Rafael Moreno Vargas
Jair Enrique Murillo Minotta
Amparo Emilia Peña Mejía
Mónica Jimena Reyes Martínez
Carlos Orlando Velásquez Murcia

SALA PENAL

Ivanov Arteaga Guzmán
Juan Carlos Cardona Ortíz
Julieta Isabel Mejía Arcila
Luis Guiovanni Sánchez Córdoba
Héctor Hugo Torres Vargas
María Cristina Yepes Avivi

SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Ivanov Arteaga Guzmán
Juan Carlos Cardona Ortíz
Julieta Isabel Mejía Arcila
Luis Guiovanni Sánchez Córdoba
Héctor Hugo Torres Vargas
María Cristina Yepes Avivi
Pablo Gerardo Ardila Velásquez
Ricardo Enrique Bastidas Ortíz
Diego Omar Pérez Salas
Juan Fernando Rangel Torres
Julián Sosa Romero
Astrid Valencia Muñoz

SECRETARIOS SALAS DE DECISIÓN

SECRETARIA GENERAL

Germán Eduardo Villalobos Monroy

SALA CIVIL FAMILIA

Fredy Cadena Rondón

SALA LABORAL

Juan Diego Hernández Galindo

SALA PENAL y de ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Luz Mireya Jaramillo Díaz

APOYO FINANCIERO Y TÉCNICO

Diana Sofía Sánchez Vizcaya - Contadora
Martín Fernando Leyton Restrepo–Ingeniero de Sistemas

RELATOR

Francisco Javier López Quijano



TRIBUNAL SUPERIOR
DE DISTRITO JUDICIAL
IBAGUÉ - TOLIMA

LISTA ACTUALIZADA DE JUECES
DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ

LISTA ACTUALIZADA DE JUECES DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ¹

CIRCUITO DE IBAGUÉ

JUEZ 1º. LABORAL DEL CIRCUITO	Santiago Antonio Beltrán Lozano
JUEZ 2º. LABORAL DEL CIRCUITO	BLANCA ALEXANDRA SIERRA
JUEZ 3º. LABORAL DEL CIRCUITO	LUIS ALFREDO CLAROS MÉNDEZ
JUEZ 4º. LABORAL DEL CIRCUITO	ANA MARÍA GÓMEZ ESPAÑA
JUEZ 5º. LABORAL DEL CIRCUITO	LUISA FERNANDA NIÑO DÍAZ
JUEZ 6º. LABORAL DEL CIRCUITO	ADRIANA CATHERINA MOJICA MUÑOZ
JUEZ 1º CIVIL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN RESTITUCION DE TIERRAS DE IBAGUE	CARLOS ARTURO PINEDA LÓPEZ
JUEZ 2º CIVIL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN RESTITUCION DE TIERRAS DE IBAGUE	GUSTAVO RIVAS CADENA
JUEZ 3º CIVIL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO EN RESTITUCION DE TIERRAS DE IBAGUE	Leonardo David Arias Cuellar
JUEZ 1º. DE FAMILIA	LUIS CARLOS PRIETO NIVIA
JUEZ 2º. DE FAMILIA	MARCO TULIO GÓNGORA MARTÍNEZ
JUEZ 3º. DE FAMILIA	ÁNGELA MARÍA TASCÓN MOLINA
JUEZ 4º. DE FAMILIA	Gustavo Andrés Garzón Bahamón JULIÁN SOSA ROMERO
JUEZ 5º. DE FAMILIA	Diana Carolina Arana Franco
JUEZ 6º. DE FAMILIA	PAULA ANDREA ZULUAGA GIRALDO
JUEZ 1º. CIVIL DEL CIRCUITO	GERMÁN MARTÍNEZ BELLO
JUEZ 2º. CIVIL DEL CIRCUITO	JESÚS SALOMÓN MOSQUERA HINÉSTROZA
JUEZ 3º. CIVIL DEL CIRCUITO	JOHN CARLOS CAMACHO PUYO
JUEZ 4º. CIVIL DEL CIRCUITO	Adriana Lucía Lombo González
JUEZ 5º. CIVIL DEL CIRCUITO	DIEGO FERNANDO RAMÍREZ SIERRA
JUEZ 6º. CIVIL DEL CIRCUITO	SAÚL PACHÓN JIMÉNEZ
JUEZ 1º. PENAL DEL CIRCUITO	Diego Esaú García Prada
JUEZ 2º. PENAL DEL CIRCUITO	HENRY HERNÁN BELTRÁN MAYORQUÍN
JUEZ 3º. PENAL DEL CIRCUITO	Carlos Hernán Caballero Guzmán
JUEZ 4º. PENAL DEL CIRCUITO C.F.C.	Elkim Ernesto Buitrago Santos
JUEZ 5º. PENAL DEL CIRCUITO	Liliana Patricia Bernal Moreno

¹ Los nombres en mayúscula pertenecen a los jueces titulares en propiedad y en minúscula son los que están actualmente en provisionalidad.

JUEZ 6º. PENAL DEL CIRCUITO C.F.C	Roby Andrés Melo
JUEZ 7º. PENAL DEL CIRCUITO C.F.C.	Norberto Ferrer Borja DIEGO ALBERTO PRIETO DUARTE
JUEZ 8º. PENAL DEL CIRCUITO C.F.C.	Sandra Milena Garcia Callejas
JUEZ 9º. PENAL DEL CIRCUITO C.F.C. Acuerdo PCSJA23-12124 de diciembre 19 de 2023 Art. 12, literal e.	Luis Carlos García Aranda
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE – CONOCIMIENTO	LUIS ERNESTO CARDOZO ÁVILA
JUEZ 2º. PENAL DEL CIRCUITO PARA ADOLESCENTES CON FUNCIÓN DE CONOCIMIENTO	ENNA MARGARITA RUBIO CUELLAR
JUEZ 1º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO	Hugo Ernesto Rubio Novoa DIEGO FERNANDO CABALLERO PIRABAN
JUEZ 2º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO	GERMAN LEONARDO RUIZ SÁNCHEZ
JUEZ 3º PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO Acuerdo PCSJA23-12124 de diciembre 19 de 2023 Art. 12, literal f.	Claudia Ximena Reyes Oliveros
JUEZ 1º. DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	Adriana del Pilar Guzmán Martínez
JUEZ 2º. DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	Alexander González Sierra
JUEZ 3º. DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	Michael Anderson Botello Mojica
JUEZ 4º. DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	Jairo Rodríguez Motta
JUEZ 5º. DE EJECUCION DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD	Carlos Iván Ferreira Hernández
JUEZ 6º PERMANENTE DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE IBAGUÉ	CRISTHIÁN CAMILO VALDERRAMA REYES
Juez 7º DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE IBAGUÉ	Diana Marcela Rivera Loaiza (de Dic.16 a Ene.9 de 2025) Adriana Marcela Ardila Téllez
Juez 8º DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE IBAGUÉ Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020	Ángela Patricia Salamanca Garzón
Juez 9º DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE IBAGUÉ Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020	Sonia Cecilia Lozano Gamboa
Juez 10º DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE IBAGUÉ Acuerdo PCSJA23-12124 de diciembre 19 de 2023 Art. 12, literal h.	Andrea Upegui Tobón

Juez 11° DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE IBAGUÉ Acuerdo PCSJA23-12124 de diciembre 19 de 2023 Art. 12, literal h.	Carlos Humberto Parrales Lastra
JUEZ 1° DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES	JORGE MARIO FLORIDO BETANCOURT
JUEZ 2° DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES	JEIMMY JULIETH GARZÓN OLIVERA
JUEZ 1°. CIVIL MUNICIPAL	Juán José Peláez Sánchez JUAN CARLOS CLAVIJO GONZÁLEZ
JUEZ 2°. CIVIL MUNICIPAL	Jean Pierre Gutiérrez Salazar DIANA CAROLINA ARANA FRANCO
JUEZ 3°. CIVIL MUNICIPAL	Camilo Andrés López Rozo FRANCISCO QUINTANA ROJAS
JUEZ 4°. CIVIL MUNICIPAL	CARMENZA ARBELÁEZ JARAMILLO
JUEZ 5°. CIVIL MUNICIPAL	Carolina Calderón Trejos LUIS EVELIO OROZCO CABEZAS
JUEZ 6°. CIVIL MUNICIPAL	MARTHA FELISA CARVAJALINO CONTRERAS
JUEZ 7°. CIVIL MUNICIPAL	JESÚS MARÍA MOLINA MIRANDA
JUEZ 8°. CIVIL MUNICIPAL	GERMAN ALONSO AMAYA AFANADOR
JUEZ 9°. CIVIL MUNICIPAL	ANGELA CONSTANZA RINCON ZAMORA
JUEZ 10. CIVIL MUNICIPAL	JAIME LUNA RODRIGUEZ
JUEZ 11. CIVIL MUNICIPAL	JORGE GIRON DIAZ
JUEZ 12. CIVIL MUNICIPAL	LEONEL FERNANDO GIRALDO ROA
JUEZ 13. CIVIL MUNICIPAL	JAIRO ANDRÉS GAITÁN PRADA
JUEZ 1°. DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE	JENNY YANETH VARELA LOZANO
JUEZ 2 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE	Claudia Alexandra Rivera Cifuentes ORLANDO ROZO DUARTE
JUEZ 3 DE PEQUEÑAS CAUSAS Y COMPETENCIA MULTIPLE	Diego Ricardo Arias Acosta ADRIANA LUCIA LOMBO GONZALEZ
JUEZ 1°. PENAL MUNICIPAL C.F.C.	Diana Carolina Peñuela Orjuela CAMILO VILLARREAL HERRERA
JUEZ 2°. PENAL MUNICIPAL C.G.	Andrés Felipe Chica Alzate (de Dic.10 a Ene.03) JAIRO ZAMBRANO FUENTES
JUEZ 3°. PENAL MUNICIPAL C.F.C.	Oscar Augusto Saavedra Pinilla
JUEZ 4°. PENAL MUNICIPAL C.F.C.	Edgar Mauricio Castañeda Piñeros SANDRA MILENA GARCÍA CALLEJAS
JUEZ 5°. PENAL MUNICIPAL C.G.	Pablo Emilio Lozano Hernández HUGO ERNESTO RUBIO NOVOA
JUEZ 6°. PENAL MUNICIPAL C.G.	Diana Estefanía del Carmen Ortiz Álvarez (de Dic.23 a Ene.16) Claudia Carolina Pinto Rojas NORBERTO FERRER BORJA

JUEZ 7º. PENAL MUNICIPAL C.G.	Eliecer Vargas Díaz
JUEZ 8º PENAL MUNICIPAL C.G.	Santiago Rojas CastelBlanco
JUEZ 9º. PENAL MUNICIPAL C.F.C.	Sandra Milena Hernández López (de Dic. 10 a Dic. 31) SILVIA LILIANA BUITRAGO BURGOS
JUEZ 10. PENAL MUNICIPAL (Este es el único con Ley 600) MIXTO DE IBAGUE CON FUNCION DE CONOCIMIENTO (A PARTIR DEL 1 DE SEPTIEMBRE DE 2017 – ACUERDO N° CSJTOA17-443 DEL 14 DE AGOSTO DE 2017)	Kelly Tatiana Medina Herrera
JUEZ 11. PENAL MUNICIPAL C.F.C	Leidy Daniela Álvarez Dallos
JUEZ 12. PENAL MUNICIPAL C.F.C.	Laura Marcela Cortés Albadán LUIS CARLOS GARCIA ARANDA
JUEZ 13. PENAL MUNICIPAL C.F.C	JESÚS HUMBERTO GARCÍA OVALLOS
JUZGADO 14 PENAL MUNICIPAL C.F.C DE IBAGUÉ, antes Juzgado 1º Penal Municipal para adolescentes con función de control de garantías, transformado transitoriamente por Acuerdo PCSJA20-11504 de febrero 20 de 2020 en Juzgado 14 Penal Municipal C.F.C y permanentemente por Acuerdo PCSJA22-11975 de julio 28 de 2022.	MARÍA DEL SOCORRO GARCÍA DÍAZ
JUZGADO 15 PENAL MUNICIPAL C.F.C DE IBAGUÉ	Blanca Inés Pacheco Peña ROGER ADRIANO RUBIO MOLINA
JUEZ 16 PENAL MUNICIPAL C.F.C Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020	Valdemiro Pirabán Guarnizo
JUEZ 17 PENAL MUNICIPAL C.G. Acuerdo PCSJA20-11650 del 28 de octubre de 2020	Aura Rocio Oyola Moreno
JUEZ 18 PENAL MUNICIPAL C.F.C Acuerdo PCSJA23-12124 de diciembre 19 de 2023 Art. 19, literal c.	María Estefanía Silva Calderón CAMILO ANDRÉS CORTÉS COLORADO
JUEZ 1º PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS, antes Juzgado 3º Penal Municipal para adolescentes con F.C.G, transformado permanentemente por Acuerdo PCSJA22-11975 de agosto 05 de 2022 en 1º Penal Municipal para adolescentes con F.C.G	ASTRID RODRIGUEZ BARRIOS
JUEZ 2º PENAL MUNICIPAL PARA ADOLESCENTES CON FUNCION DE CONTROL DE GARANTIAS	MYRIAM ELVIRA GARCIA CONDE

CIRCUITO DE CHAPARRAL

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO	DALMAR RAFAEL CAZÉS DURÁN
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	FERMIN SANCHEZ GOMEZ
JUEZ PROMISCOUO DE FAMILIA	JORGE ENRIQUE MANJARREZ LOMBANA
JUEZ 1º. CIVIL MUNICIPAL	María Del Pilar Rico Jaramillo
JUEZ 2º. CIVIL MUNICIPAL	MARÍA ALEJANDRA LÓPEZ SALGADO

JUEZ 1º. PENAL MUNICIPAL	ISAIAS CARDENAS CRUZ
JUEZ 2º. PENAL MUNICIPAL	ÁLVARO HERNÁN PIEDRAHITA GRAJALES

CIRCUITO DE ESPINAL

JUEZ 1º. CIVIL DEL CIRCUITO	JULIÁN MAURICIO CASTELLANOS SIERRA
JUEZ 2º. CIVIL DEL CIRCUITO	CARLOS AUGUSTO DURAN OSORIO
JUEZ 1º. PROMISCOU DE FAMILIA	BERLAI GRACIA ANGARITA
JUEZ 2º. PROMISCOU DE FAMILIA	MILCIADES FALLA QUIROGA
JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO	Efraín Buendía Castro
JUEZ 1º. PENAL DEL CIRCUITO	Oscar Armando Vélez Giraldo
JUEZ 2º. PENAL DEL CIRCUITO	Camilo Andrés Cortés Colorado
JUEZ 1º. PENAL MUNICIPAL	ELISEO OSORIO CAVIEDES
JUEZ 2º. PENAL MUNICIPAL	ANDREA SANCHEZ PULIDO
JUEZ 3º. PENAL MUNICIPAL	HELIA LETTY PIÑEROS SANCHEZ
JUEZ 1º. CIVIL MUNICIPAL	GLORIA CARMENZA TOVAR GUZMÁN
JUEZ 2º CIVIL MUNICIPAL	Diego Alejandro Cardoso Ochoa JOSÉ LUÍS GUALACÓ LOZANO
JUEZ 3º. CIVIL MUNICIPAL	SANDRA LILIANA ARIAS CORTÉS
JUEZ 4º. CIVIL MUNICIPAL	MIRYAM AMANDA FANDIÑO ORTIZ

CIRCUITO DEL FRESNO

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO	JUAN DAVID PÉREZ LÓPEZ
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	Cayetano Vasquez Sánchez
JUEZ PROMISCOU DE FAMILIA	Francisco Quintana Rojas
JUEZ 1º. PROMISCOU MUNICIPAL	German Eduardo Mesa Garzón
JUEZ 2º. PROMISCOU MUNICIPAL	Nallyve Avivi Rodríguez
JUEZ 3º PROMISCOU MUNICIPAL	Gloria Alexandra López Rodríguez

CIRCUITO DEL GUAMO

JUEZ 1º. CIVIL DEL CIRCUITO	Fabian Marcel Lozano Otálora
JUEZ 2º. CIVIL DEL CIRCUITO	CLAUDIA ESPERANZA CASAS TOBITO
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	Heriberto Prada Tapia
JUEZ PROMISCOU DE FAMILIA	ENRIQUE CUBIDES AMEZQUITA
JUEZ 1º. PROMISCOU MUNICIPAL	MANUEL JOSE NIETO GALINDO
JUEZ 2º. PROMISCOU MUNICIPAL	SANDRA RODRIGUEZ BARRETO
JUEZ 3º. PROMISCOU MUNICIPAL	MARGARITA DEVIA GUTIERREZ

CIRCUITO DE HONDA

JUEZ 1º. CIVIL DEL CIRCUITO	KATY ALEXANDRA RAMÓN CABRERA
JUEZ 2º. CIVIL DEL CIRCUITO	Juan Carlos Clavijo González
JUEZ PROMISCO DE FAMILIA	Juan Camilo Laverde Gaona
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	Roger Adriano Rubio Molina
JUEZ LABORAL DEL CIRCUITO	DIANA MILENA RIVERA GÓMEZ
JUEZ 1º. PENAL MUNICIPAL	Diego Fernando Lozano Oyola (desde Ene.02.2024) LUZ MARINA OLAYA RODRÍGUEZ (hasta Ene.01)
JUEZ 2º. PENAL MUNICIPAL	Luis Alejandro Deantonio Medina
JUEZ 1º. CIVIL MUNICIPAL	LEIVY JOHANNA MUÑOZ YATE
JUEZ 2º. CIVIL MUNICIPAL	MARTHA CECILIA HUNTER HERNÁNDEZ

CIRCUITO DE LÉRIDA

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO	JAVIER PARRA SATIZABAL
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	HENRY ALEXANDER FRANCO ARCILA
JUEZ PROMISCO DE FAMILIA	Orlando Rozo Duarte
JUEZ 1º. PROMISCO MUNICIPAL	María Ruth Solarte Reina
JUEZ 2º. PROMISCO MUNICIPAL	NELLY BEATRIZ PINZON USECHE

CIRCUITO DEL LÍBANO

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO, que conoce de procesos laborales	Martha Cecilia Rubio
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	Felipe Andrés Rumbo Montaña
JUEZ PROMISCO DE FAMILIA	JOHN JAIRO PINZON MONTOYA
JUEZ 1º. PROMISCO MUNICIPAL	Johana Katherine Villanueva Palma
JUEZ 2º. PROMISCO MUNICIPAL	MARÍA DEL PILAR OÑATE SÁNCHEZ
JUEZ 3º. PROMISCO MUNICIPAL	NORMAN HARRISON AREVALO ALARCON

CIRCUITO DE MELGAR

JUEZ 1º. CIVIL DEL CIRCUITO	Mónica del Pilar Liévano Jiménez
JUEZ 2º. CIVIL DEL CIRCUITO QUE CONOCE DE PROCESOS LABORALES	José Luis Gualacó Lozano
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	Vladimir Rangel Roddríguez
JUEZ PROMISCOU DE FAMILIA	Alejandro Reyes Sogamoso (de Nov.25 a Dic.19) JUAN GUILLERMO HOYOS VILLA
JUEZ 1º. PROMISCOU MUNICIPAL	Vilma Mercedes Ramírez Romero
JUEZ 2º. PROMISCOU MUNICIPAL	Sandra Margarita Rojas Agudelo
JUEZ 3º. PROMISCOU MUNICIPAL Acuerdo PCS-JA20-11650 del 28 de octubre de 2020	Diana Lucía Torres Triana
JUEZ 3º. PROMISCOU MUNICIPAL Acuerdo PCS-JA23-12124 de diciembre 19 de 2023 Art. 19, literal h.	Yenny Marcela Sánchez Lozano

CIRCUITO DE CIRCUITO PURIFICACIÓN

JUEZ CIVIL DEL CIRCUITO	Mario Alberto Gálvez Montoya
JUEZ PENAL DEL CIRCUITO	JOSE RAMIRO TORRADO LLAIN
JUEZ PROMISCOU DE FAMILIA	ANA LUCIA GELVEZ TELLEZ
JUEZ 1º. PROMISCOU MUNICIPAL	Gabriela Aragón Barreto
JUEZ 2º. PROMISCOU MUNICIPAL	Eliana Constanza Méndez Orozco
JUEZ 3º. PROMISCOU MUNICIPAL	Martha Celena Cuevas Pinilla

MUNICIPIO DE ALPUJARRA

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Tomas Olaya González
--------------------------	----------------------

MUNICIPIO DE ALVARADO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Ányela Rocío Blanco Triviño ALVARO DAVID MORENO QUESADA
--------------------------	--

MUNICIPIO DE AMBALEMA

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Jaime Andrés Díaz Martinez
--------------------------	----------------------------

MUNICIPIO DE ANZOATEGUI

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Yanneth Nieto Vargas
--------------------------	----------------------

MUNICIPIO DE ARMERO – GUAYABAL

JUEZ 1º. PROMISCUO MUNICIPAL	Beatriz Carolina Puentes Acosta
JUEZ 2º. PROMISCUO MUNICIPAL	Fabián Ricardo Bernal Díaz

MUNICIPIO DE ATACO

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	Sandra Patricia Florez Vaquiرو
--------------------------	--------------------------------

MUNICIPIO DE BELTRAN (CUNDINAMARCA)

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	Ayme Ortiz Díaz
--------------------------	-----------------

MUNICIPIO DE CAJAMARCA

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	Juan Guillermo Robledo Toro
--------------------------	-----------------------------

MUNICIPIO DEL CARMEN DE APICALA

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	Andrés Felipe Torres Díaz
--------------------------	---------------------------

MUNICIPIO DE CASABIANCA

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	JAIME ENRIQUE CALDERON LOPEZ
--------------------------	------------------------------

MUNICIPIO DE COELLO

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	GONZALO HUMBERTO GONZALEZ PÁEZ
--------------------------	--------------------------------

MUNICIPIO DE COYAIMA

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	Diana María González Barrero
--------------------------	------------------------------

MUNICIPIO DE CUNDAY

JUEZ PROMISCUO MUNICIPAL	Flor Yolanda Rodríguez Hernández
--------------------------	----------------------------------

MUNICIPIO DE DOLORES

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Andrea Carolina Barroso Vergara

MUNICIPIO DE FALAN

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Edgardo Toloza Villabona

MUNICIPIO DE HERVEO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Tatiana Borja Bastidas

MUNICIPIO DE ICONONZO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Johana Sánchez Neira

MUNICIPIO MARIQUITA

JUEZ 1°. PROMISCOU MUNICIPAL

Arley Ramirez cardona

JUEZ 2°. PROMISCOU MUNICIPAL

MILTON EDMUNDO MUTIS VALLEJO

MUNICIPIO MURILLO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

OLGA PATRICIA VARGAS GUTIERREZ

MUNICIPIO DE NATAGAIMA

JUEZ 1°. PROMISCOU MUNICIPAL

LUZ NELCY MARTINEZ LAGUNA

JUEZ 2°. PROMISCOU MUNICIPAL

WILLIAM RENE BONILLA FORERO

MUNICIPIO DE ORTEGA

JUEZ 1°. PROMISCOU MUNICIPAL

Diana María Montilla Velásquez

JUEZ 2°. PROMISCOU MUNICIPAL

Edna Isabel Rodriguez Gomez

MUNICIPIO DE PALOCABILDO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Fabián Rogelio Cruz Quesada

MUNICIPIO DE PIEDRAS

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	SANDRA PAOLA VILLANUEVA CRUZ
--------------------------	------------------------------

MUNICIPIO DE PLANADAS

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Noel Enrique Tello Pórtela
--------------------------	----------------------------

MUNICIPIO DE PRADO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Diana Elizabeth Espinosa Díaz
--------------------------	-------------------------------

MUNICIPIO DE RIOBLANCO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Carlos Andrés Bocanegra Báez
--------------------------	------------------------------

MUNICIPIO DE RONCESVALLES

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL	Mauricio Mogollón Pérez
--------------------------	-------------------------

MUNICIPIO DE ROVIRA

JUEZ 1°. PROMISCOU MUNICIPAL	ÁLVARO ALEXANDER GALINDO ARDILA
JUEZ 2° PROMISCOU MUNICIPAL	Jorge Andrés Quijano Devia

MUNICIPIO DE SALDAÑA

JUEZ 1°. PROMISCOU MUNICIPAL	José Alfonso Pardo Arias
JUEZ 2° PROMISCOU MUNICIPAL	ASTRID LORENA OYUELA ARAGÓN

MUNICIPIO DE SAN ANTONIO

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Gustavo Enrique Reina Durán

MUNICIPIO DE SAN LUIS

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

CAROLINA ANDREA ANGARITA IBARBUEN

MUNICIPIO DE SANTA ISABEL

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Diego Marcel Restrepo Tarquino

MUNICIPIO DE SUAREZ

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

ADRIANA MARÍA SÁNCHEZ LEAL

MUNICIPIO DEL VALLE DE SAN JUAN

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

FRANCISCO JAVIER GARCIA QUESADA

MUNICIPIO DE VENADILLO

JUEZ 1°. PROMISCOU MUNICIPAL

DIANA CONSTANZA TIQUE LEGRO

JUEZ 2°. PROMISCOU MUNICIPAL

JULIETH BIBIANA GUTIERREZ CRUZ

MUNICIPIO DE VILLAHERMOSA

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Norvey Sánchez Ramírez

MUNICIPIO DE VILLARRICA

JUEZ PROMISCOU MUNICIPAL

Daniel Felipe Andrade Rujana

GERMÁN EDUARDO VILLALOBOS MONROY
Secretario

ARTÍCULOS Y ENSAYOS

Reforma a la Administración de Justicia en Colombia: Avances y Desafíos¹

La administración de justicia en Colombia ha sido históricamente un tema de debate y preocupación, debido a la lentitud, la corrupción en todas las esferas y la falta de acceso a un sistema judicial eficiente y equitativo. En los últimos años, el país ha emprendido varias reformas para mejorar la justicia y garantizar una mayor transparencia y efectividad en los procesos judiciales. Sin embargo, a pesar de los esfuerzos, aún persisten desafíos estructurales que requieren una atención constante. En este artículo se analizarán los principales avances, las áreas de mejora y los retos que enfrenta la reforma judicial en Colombia.

1. Contexto histórico de la reforma judicial en Colombia

La reforma judicial en Colombia no es un fenómeno reciente. Desde la Constitución de 1991 se han propuesto y ejecutado diversas reformas al sistema judicial, con el fin de adaptar la justicia a los nuevos tiempos, fortalecer la independencia judicial, mejorar la eficiencia y garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos. En ella se introdujo el principio de autonomía del poder judicial, la creación de nuevas instituciones como la Corte Constitucional, el Consejo Superior de la Judicatura y la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, y una serie de cambios estructurales para mejorar la eficacia del sistema judicial.

A lo largo de las últimas décadas, la administración de justicia ha sido uno de los temas recurrentes en las agendas políticas y sociales, dada la percepción de que el sistema sigue siendo lento, costoso y difícil de acceder para la mayoría de los ciudadanos.

2. Reformas recientes: Avances y medidas adoptadas

En los últimos años, diversas reformas han sido impulsadas en busca de una justicia más rápida, accesible y transparente. Algunas de ellas incluyen:

- a. Reforma al sistema penal acusatorio (2005)

¹ Artículo elaborado por Ricardo Enrique Bastidas Ortiz, Magistrado Sala Civil Familia Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, presidente de la Corporación año 2024.

Una de las reformas más significativas en la historia reciente de la justicia colombiana fue la implementación del sistema penal acusatorio, que entró en vigor en 2005 por virtud de la Ley 906 de 2004. Este sistema cambió radicalmente la forma en que se procesan los casos penales en Colombia, pasando de un sistema escrito a uno oral. La reforma se diseñó con el objetivo de hacer más transparentes y ágiles los juicios, permitiendo una mayor participación de las víctimas y los acusados.

Aunque la reforma penal acusatoria trajo mejoras, la implementación plena del sistema ha sido lenta en algunas regiones del país. La falta de infraestructura adecuada y la escasez de jueces y fiscales han dificultado la operación del sistema en su totalidad. En efecto, algunas de las principales crisis y desafíos del sistema penal acusatorio incluyen: 1.- Sobrecarga y congestión judicial; 2.- Falta de recursos e infraestructura; 3.- Deficiencia en la investigación y el sistema de pruebas; 4.- Problemas con la detención preventiva; 5.- Inseguridad en el proceso judicial; 6.- Falta de confianza en la justicia; 7.- Desajustes en la transición y en la coordinación entre instituciones; 8.- Criminalidad organizada y su impacto en el sistema judicial; 9.- Impacto de la impunidad. En resumen, la crisis del sistema penal acusatorio en Colombia refleja una combinación de factores estructurales, operativos y sociales que requieren una atención urgente para garantizar una justicia rápida, accesible y efectiva para todos.

b. Fortalecimiento de la Corte Constitucional y la Corte Suprema de Justicia

La Corte Constitucional ha jugado un papel crucial en la defensa de los derechos humanos y la interpretación de la Constitución. En los últimos años, ha tomado decisiones claves en temas como la protección de los derechos de las minorías, la salud, la educación y la igualdad de género. Sin embargo, la Corte también ha sido objeto de críticas por algunos de sus fallos controvertidos y por la percepción de que, en ocasiones, su poder excede el de otros órganos del Estado.

La Corte Suprema de Justicia, por su parte, también ha sufrido reformas importantes, como el cambio en su composición y la mejora de sus procesos internos para garantizar una mayor independencia y eficiencia. La creación de nuevas salas especializadas en temas de descongestión como la laboral y las de instrucción y juzgamiento penal han permitido mejorar la capacidad de respuesta de la Corte ante la creciente demanda de justicia.

c. Más competencias y atribuciones al Consejo Superior de la Judicatura

La Ley 270 de 1996 estatutaria de la administración de justicia, ha sido una de las normativas fundamentales para la organización y funcionamiento del

poder judicial en el país, confiándole importantes competencias al Consejo Superior de la Judicatura como la de administrar los recursos humanos y financieros del poder judicial, ser garante de la autonomía e independencia de los jueces, el control sobre la carrera judicial y la promoción y desarrollo de políticas judiciales.

Recientemente fue reformada por la Ley 2430 de 2024 en donde se le dan amplias facultades al Consejo Superior de la Judicatura para hacer la administración de justicia más eficiente y rápida, destacándose entre otras la de descentralizar sus funciones en los Consejos Seccionales de la Judicatura que existen en cada departamento.

En este escenario debo reivindicar el gran desempeño de sus integrantes quienes con mucho esfuerzo y dedicación han logrado avanzar significativamente en la modernización del sistema judicial colombiano, promoviendo una justicia más eficiente, accesible, especializada y transparente. Aunque aún persisten desafíos, como la carga procesal en ciertas áreas o la lucha contra la corrupción, los logros alcanzados han tenido un impacto positivo en la mejora de la administración de justicia. Los programas de formación que ofrecen a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla” y las iniciativas para el fortalecimiento de la carrera judicial deben exaltarse.

d. Comisión Nacional de Disciplina Judicial

Es un órgano jurisdiccional encargado de la vigilancia, control y sanción de los comportamientos de los funcionarios y empleados judiciales, así como de los abogados en ejercicio de su profesión como litigantes, asegurando que el sistema de justicia funcione de manera ética, eficiente y transparente.

e. Digitalización de la justicia

Con el avance de la tecnología, Colombia ha comenzado a implementar sistemas digitales para agilizar los procesos judiciales. La digitalización de los casos y el uso de plataformas en línea para la presentación de demandas, la consulta de fallos y el seguimiento de los casos han permitido reducir la burocracia y mejorar el acceso a la justicia.

El sistema “Radicación Única de Demandas” (RUD) y el expediente electrónico son algunos ejemplos de avances en la modernización de la justicia en Colombia. A pesar de los beneficios, la digitalización ha encontrado obstáculos en términos de capacitación de los funcionarios y el acceso a tecnología en zonas rurales y apartadas.

3. Desafíos persistentes en la reforma judicial

A pesar de los avances, el sistema judicial colombiano enfrenta varios desafíos que dificultan la plena implementación de una justicia eficaz, eficiente e igualitaria:

a. Sobrecarga de casos y falta de recursos

El sistema judicial colombiano está sobrecargado de casos, especialmente en los jueces de primera instancia, lo que genera retrasos y demora en los procesos. La falta de personal capacitado, jueces y fiscales suficientes para atender la alta demanda es una de las causas principales de esta situación.

b. Corrupción y falta de confianza en las instituciones

La corrupción dentro del sistema judicial es otro problema persistente que ha socavado la confianza de los ciudadanos en la justicia. Casos de soborno, tráfico de influencias y manipulaciones en el proceso judicial, aun en las altas Cortes, son constantes en los reportes de transparencia. La percepción de que la justicia puede ser comprada o influenciada por intereses externos sigue siendo un reto para la reforma. Ya es hora de crear un alto Tribunal penal y disciplinario para los altos togados ante la ineficiente comisión de acusaciones de la Cámara de Representantes.

c. Acceso desigual a la justicia

Aunque la Constitución garantiza el acceso a la justicia para todos, en la práctica persisten barreras que afectan a los ciudadanos más vulnerables, como la falta de representación legal, la complejidad de los procedimientos judiciales y los costos asociados a los procesos. Las poblaciones rurales y las comunidades étnicas, en particular, enfrentan dificultades para acceder a una justicia efectiva.

d. Reforma de la justicia laboral

La reforma a la justicia laboral ha sido un tema recurrente debido a la gran cantidad de litigios laborales que se acumulan en los tribunales. La creación de un sistema especializado y más ágil para resolver estos casos es una necesidad que sigue siendo una prioridad en las reformas judiciales. Por fortuna el Congreso de la República acaba de aprobar un nuevo Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, impulsado por la Corte Suprema de Justicia, que pronto será ley luego de la sanción presidencial y su vigencia hasta dentro de un año, destacándose en esa nueva normativa los avances tecnológicos y la virtualidad regulando de forma autónoma el uso de las TIC dentro del

trámite judicial, sin limitar el acceso material o presencial a los usuarios de la administración de justicia y especialmente simplificando tanto trámite, fortaleciendo la profundización humanística de las relaciones laborales, propendiendo siempre porque la parte más débil de la relación laboral, que es el trabajador, encuentre dentro de un plazo razonable y a partir de instituciones procesales autónomas una justicia pronta, recta y cumplida.

e. Necesidad de un gran plan de descongestión de la justicia

La necesidad de crear un gran plan de descongestión en la rama judicial en Colombia es un tema que ha sido abordado durante años debido a los altos niveles de saturación que enfrenta el sistema judicial del país. La sobrecarga de casos judiciales, la falta de recursos humanos y materiales, la desigualdad en el acceso a la justicia, la ineficiencia en la resolución de casos y el aumento de delitos y problemas sociales, han contribuido a una gran mora judicial en todas las jurisdicciones. Mientras que haya recursos económicos para afrontarla, el Consejo Superior de la Judicatura debe mejorar la redistribución de los casos entre las autoridades de cada especialidad sin importar el ámbito territorial. No pueden seguir existiendo juzgados congestionados y otros de la misma especialidad y categoría con una baja carga laboral.

4. Conclusiones y perspectivas

La reforma a la administración de justicia en Colombia ha logrado avances significativos en las últimas décadas, pero también enfrenta desafíos importantes. Para lograr un sistema judicial más eficiente y accesible, se requieren esfuerzos continuos en la capacitación del personal judicial, el fortalecimiento de las instituciones y el combate a la corrupción. Además, es crucial que la digitalización y la modernización de los procesos judiciales lleguen a todas las regiones del país, garantizando que todos los colombianos, sin importar su ubicación, tengan acceso a una justicia pronta y eficaz.

La justicia en Colombia sigue siendo un pilar fundamental para el fortalecimiento del Estado de Derecho, la protección de los derechos humanos y la construcción de una sociedad más equitativa. Sin embargo, solo con reformas profundas y un compromiso real por parte de todos los actores del sistema judicial, sin tintes politiqueros, se podrá lograr un cambio significativo en la administración de justicia en el país.

UNA MIRADA A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DESDE LA JUDICATURA

*“Analizando la incidencia de la actividad de la administración pública
en la gestión judicial”*

Angela Stella Duarte Gutiérrez*

Con gran agrado recibo la cordial invitación hecha por el señor presidente del Honorable Tribunal Superior de Ibagué, Doctor Ricardo Enrique Bastidas Ortiz, para contribuir con un sencillo aporte a la Edición Número 707 de la Revista Crónica Judicial 2024, que circula desde el año 1885, y cuya presentación como ha sido costumbre, se realiza en el marco de la conmemoración del “Día de la Vida”, jornada institucionalizada para conservar por siempre en la memoria, el triste episodio del holocausto del palacio de Justicia, en el que se malogró la vida de grandes juristas, quienes fueron ejemplo y vocación en el servicio de la justicia Colombiana y dejaron huella por sus calidades personales, profesionales e intelectuales.

Me permito hacer unas breves reflexiones sobre como el defectuoso funcionamiento de la administración pública en su actividad diaria, incide en un aspecto problemático de la Rama Judicial en el Distrito Judicial de Ibagué, como es la congestión judicial.

Esto ocurre, porque los ciudadanos acceden a la administración de justicia para que se les protejan o restablezcan sus derechos, se les reconozcan sus garantías y libertades constitucionales, o se le solucionen los conflictos que se suscitan entre estos y el estado, cuando las autoridades públicas por omisión o por acción los han desconocido en flagrante violación a la Constitución, la Ley o el reglamento¹.

* Magistrada Consejo Seccional de la Judicatura del Tolima

1 Sentencia STC233 del 21 de enero de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, Pagina 5 *“se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia”, lo cual no puede entenderse solamente como la facultad de asistir ante los estrados, sino, además, de obtener una respuesta pronta y eficaz a la problemática que ante ellos se exhibe, porque como lo sugiere la inmortal frase de Lucio Anneso Séneca, «nada más parecido a la injusticia que la justicia tardía».*

El acceso a la administración de justicia se concibe como un derecho fundamental de las personas, consagrado en el artículo 229 de la Constitución Política², y se materializa cuando los jueces deciden de fondo las controversias puestas a su conocimiento y garantizan a los usuarios su pleno ejercicio en igualdad de condiciones y sin dilaciones, por tanto, todas las personas sin discriminación alguna, esperan que el servicio de justicia se preste de manera oportuna y célere, pues como lo ha dicho la Corte Constitucional “justicia tardía no es justicia”.³

Por eso en este corto escrito, se hará referencia a como la inoperancia del estado ya sea del orden nacional, departamental o local, por no cumplir de manera eficiente sus obligaciones, y no atender oportunamente las solicitudes que presentan los ciudadanos, ni reconocer sus derechos en sede administrativa, da lugar a múltiples acciones que hacen que éstos activen el aparato de justicia, en procura de obtener una respuesta efectiva, y que se decida de fondo las controversias originadas por esta situación, lo que produce un cumulo de trabajo adicional y una sobrecarga laboral en los despachos judiciales, como resultado de la avalancha de demandas y tutelas que se presentan contra el estado por su inactividad, lo que contribuye a empeorar el fenómeno de la congestión judicial, y a que no se cumplan los términos procesales bajo los cuales se deben dirimir los litigios, como lo establece la constitución y la ley.

Por ello, se pretende ilustrar con algunos datos estadísticos, el desempeño de la gestión judicial que se ha visto afectada por el aumento significativo de las acciones de tutelas que presentan las personas, para que se protejan sus derechos, cuando éstos se ven amenazados o vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas en el ejercicio de sus funciones; o cuando se acude ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa a instaurar los respectivos medios de control para reclamar el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por culpa de los agentes del Estado, como resultado del daño antijurídico que lesiona sus derechos, bienes o intereses. En el mismo sentido, y no menos importante, se llama la atención sobre lo que ocurre en materia penal, con ocasión al aumento significativo de los delitos cometidos por los servidores públicos contra la administración pública, que aunque deben ser investigados y fallados con prontitud, para responder a las víctimas, a la sociedad y al mismo estado, de acuerdo a las estadísticas judiciales se ha visto un aumento significativo en el inventario de procesos en los despachos judiciales de la especialidad penal, lo que ha generado graves consecuencias en la

2 **Artículo 229** Constitución Política de Colombia: “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de abogado”.

3 Auto 029A del 16 de abril de 2002 de la Corte Constitucional, página 1 “El derecho fundamental a un proceso sin dilaciones injustificadas constituye uno de los elementos básicos dentro del complejo del derecho al debido proceso. Dicho derecho procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que **justicia tardía no es justicia**. Es decir, se protege la oportunidad de la decisión”.

administración de justicia, porque en repetidas ocasiones se ha configurado el fenómeno de la prescripción, vencimiento de términos y aplazamiento de audiencias.

Resulta pertinente en el presente artículo, hacer referencia a las estadísticas judiciales que reportan los despachos, y que reflejan el aumento significativo de la carga laboral de los jueces de la República cuando éstos ejercen como jueces constitucionales conociendo de las acciones de tutela, o cuando fugen como jueces ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, decidiendo las demandas que presentan los usuarios en la búsqueda del resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por acciones u omisiones de las autoridades públicas.⁴ Situaciones éstas, que generan congestión en los despachos judiciales y dificultan avanzar hacia una justicia al día y eficiente, como reclaman los usuarios de la administración de justicia. Del análisis hecho a las estadísticas judiciales se advierte, que una de las causas de la congestión judicial, la reporta las múltiples acciones de tutela que instauran las personas por la deficiente prestación de los servicios públicos, especialmente en los servicios de salud, por la no respuesta oportuna a los derechos de petición, violación al debido proceso, el no pago de prestaciones laborales y el no reconocimiento de la seguridad social entre otros; lo que se deriva de la inactividad del Estado y el incumplimiento de los deberes funcionales por parte de los servidores públicos, en especial en la Rama Ejecutiva del orden nacional, departamental o municipal.

Vale recordar, que el Estado colombiano a través de la historia se ha comprometido a desarrollar una administración pública eficiente y transparente, alineado con los principios del buen gobierno. Estos principios buscan que todas las personas que forman parte del pacto social se sientan bien representadas como resultado del ejercicio de la participación democrática, y por ella se espera contar con una buena y eficiente administración.

Por la anterior razón, es que toda actividad que desarrolla la Administración Pública debe estar encaminada a garantizar los fines del Estado. Es decir, a servir a la comunidad, a proteger y garantizar la efectividad de los derechos y libertades de los administrados, garantizar la primacía del interés general, la sujeción de las autoridades a la Constitución y la ley, el funcionamiento eficiente y democrático de la administración, la observancia de los deberes de los servidores públicos y de los particulares, y la adecuada prestación de los servicios.⁵

En la actualidad, las autoridades públicas, especialmente de la Rama Ejecutiva, se encuentran revestidas de amplias facultades para garantizar los fines esenciales del Estado y asegurar la eficacia y eficiencia en la Administración Pública. Por lo

4 Artículo 90 constitución política de Colombia “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades públicas.”

5 Artículo 123 de la Constitución Política de Colombia Interés General “Los servidores públicos están al servicio del Estado y de la comunidad; ejercerán sus funciones en la forma prevista por la Constitución, la ley y el reglamento”.

tanto, resulta inconcebible desde la judicatura, observar una administración pública inoperante e ineficiente, que asume un rol pasivo frente a situaciones que pueden afectar no solo a los ciudadanos, sino a la comunidad en general; mostrando así, un claro desconocimiento de las obligaciones consagradas en la Constitución, la ley, los reglamentos y los manuales de funciones.

Esta ineficiencia del Estado afecta el adecuado funcionamiento de la administración de justicia, dado que muchas personas, por diversas razones, deben recurrir al aparato judicial a reclamar la protección de sus derechos que a menudo se ven vulnerados, por la acción o la omisión de las autoridades públicas; especialmente de la Rama Ejecutiva. Esto lleva a que los ciudadanos acudan al Juez Constitucional en acciones de tutela como ya se indicó, o ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, en la búsqueda del resarcimiento de los daños y perjuicios causados por la acción o la omisión de los agentes del estado. En estos casos, corresponde a las personas o ciudadanos hacer uso de los medios de control de nulidad y restablecimiento del derecho, reparación directa o controversias contractuales entre otros; observándose en sede judicial, que al terminar los procesos, la mayoría de estos finalizan con fallos condenatorios contra el Estado, que se ve obligado a pagar cuantiosas sumas de dinero, afectándose de esta manera a su vez, el patrimonio público, la inversión social, la adecuada prestación de los servicios públicos, y la atención oportuna de las necesidades básicas insatisfechas,

Por tanto, es deber y obligación de las autoridades públicas, contribuir con la prevención del daño antijurídico para que se reduzca significativamente la presentación de litigios ante la Jurisdicción Contencioso Administrativa, dado que la actividad estatal se manifiesta a través de un acto, contrato, hecho, omisión u operación administrativa, y debe estar enmarcada y desarrollada bajo sus dos pilares fundamentales: el principio de legalidad y el principio de responsabilidad. Esto implica que la administración debe ajustar su actividad a la ley, organizando mecanismos que aseguren de manera coercitiva esta sujeción e impongan el restablecimiento del orden jurídico infringido o el derecho subjetivo vulnerado.

Así pues, se tiene que el principio de legalidad constituye la base fundamental de una administración pública eficiente y transparente. Cuando los servidores públicos se comprometen con este principio, no solo aseguran el cumplimiento del ordenamiento jurídico colombiano, sino que también fomentan la cultura de la legalidad en cada una de sus acciones, lo que los impulsa a actuar con responsabilidad como lo manda el Art. 6º de la Constitución Política.⁶ Este compromiso indeclinable, se traduce en transparencia, ética y eficiencia en el desempeño de sus

⁶ Artículo 6 de la Constitución Política de Colombia “Los particulares sólo son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución y las leyes. Los servidores públicos lo son por la misma causa y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones”.

funciones, garantizando así una administración pública alineada con los valores de integridad y servicio a la comunidad, constituyendo este último, uno de los fines esenciales del estado colombiano.⁷

En este sentido, y teniendo en cuenta que el principio de responsabilidad contenido en el artículo 6° de la Constitución política de 1991, implica que cada servidor público debe actuar con diligencia, transparencia y compromiso en la búsqueda del interés general, debe responder de manera efectiva a las necesidades y expectativas del ciudadano y de la comunidad en general; lo que exige también, que los servidores públicos reconozcan sus errores, aprendan de ellos y tomen acciones correctivas y preventivas en sede administrativa, fortaleciendo así la confianza pública en las instituciones.

Del mismo modo, la legislación colombiana, específicamente en la Ley 1437 de 2011, (Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo), establece en su primera parte los procedimientos y normas que deben ser adoptados por las autoridades públicas al expedir un acto administrativo. Esto aplica cuando por iniciativa propia, la autoridad busca producir determinados efectos jurídicos, o cuando, en virtud de un derecho de petición o la interposición de recursos en sede administrativa, se inicia una comunicación directa entre la administración y los administrados. En estos casos, es fundamental seguir las normas que rigen el procedimiento administrativo para que el acto administrativo produzca los efectos jurídicos esperados.

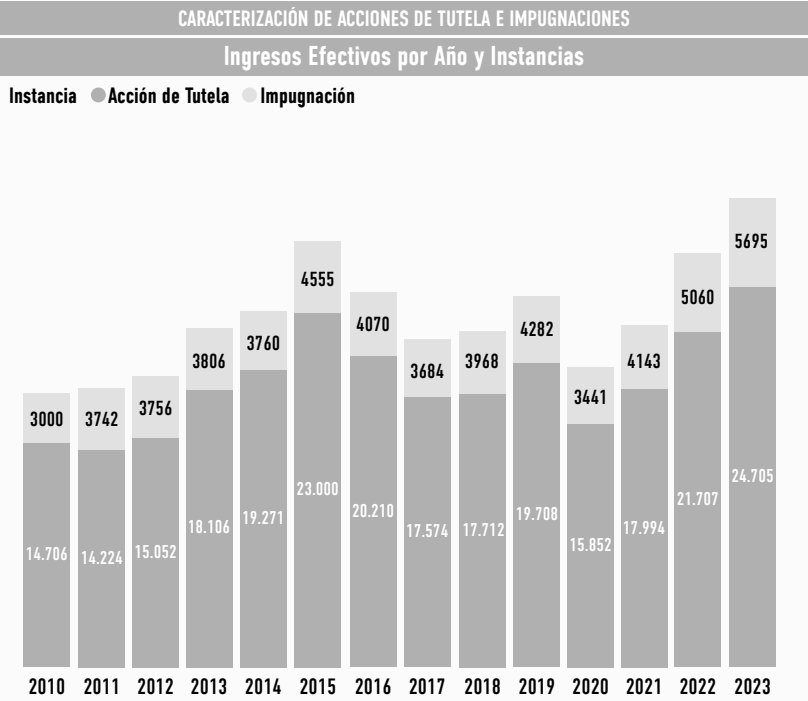
En ese sentido, los servidores públicos deben ejercer sus funciones orientadas al cumplimiento de los fines estatales que constituyen la finalidad última de los actos administrativos. Por ello, se les exige un comportamiento diligente, correcto, leal, honesto y ético, tanto en el ejercicio de sus derechos como en el cumplimiento de sus deberes funcionales.

Sin embargo, esta finalidad poco se logra, cuando por la acción, omisión o extralimitación de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, se desvían de la búsqueda del interés general e incurrir en conductas reprochables. Situación ésta, que impide la plena satisfacción de los derechos de los usuarios de la administración pública, quienes tienen la expectativa que el Estado resuelva sus asuntos de manera oportuna y en debida forma. Expectativa que se ve frustrada cuando al adelantarse una actuación administrativa, se viola el debido proceso, o se da una respuesta tardía a sus peticiones, o no se prestan adecuadamente los servicios públicos, especialmente los servicios de salud, y tampoco se reconoce la seguridad social. Es así como la ineficiencia del Estado, contribuye a la congestión en la Rama Judicial, cuando las personas se ven obligadas a instaurar múltiples

7 Artículo 2 de la Constitución Política de Colombia Servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución

acciones judiciales, ya sean constitucionales u ordinarias, en la búsqueda de que se protejan sus derechos y se respete su dignidad humana, que de entrada se ha visto resquebrajada.

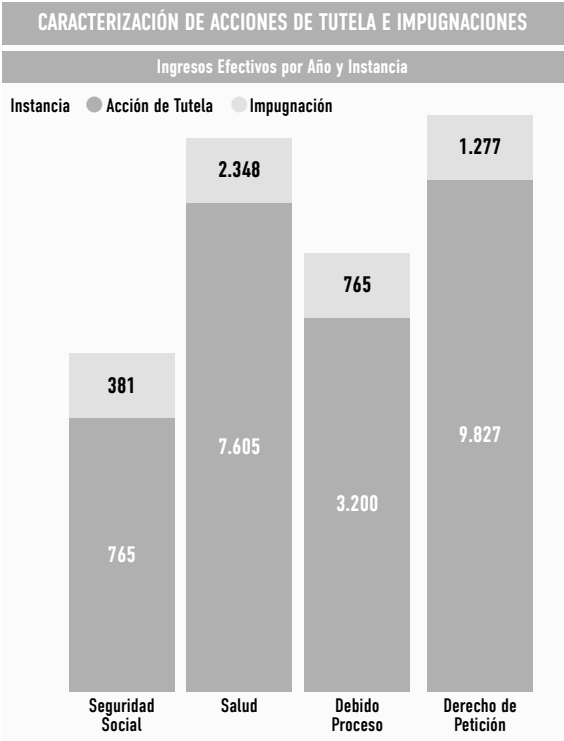
Al analizar las estadísticas judiciales en el Distrito Judicial de Ibagué, a corte 31 de diciembre de 2023, puede observarse como se ha aumentado significativamente las acciones de tutelas y cuáles derechos los más vulnerados a las personas, observamos que durante este lapso, se tramitaron 24.705 tutelas, por vulneración a derechos como la seguridad social, salud, debido proceso y derecho de petición; y donde las entidades más accionadas fueron las Alcaldías Municipales, la Gobernación del Tolima, las entidades prestadoras de servicios de salud (EPS), los institutos penitenciarios y carcelarios, entidades bancarias, ministerios, Colpensiones, así como los conjuntos residenciales y edificios, entre otros, como se refleja en la siguiente gráfica, que incluye el número de acciones de tutela tramitadas y el número de impugnaciones.



Fuente gráfica 1: (UDAE, 2023)

La gráfica anterior muestra un aumento continuo en el número de acciones de tutela tramitadas desde 2020, registrándose 15.852 y 3.449 impugnaciones. En 2021, el total de tutelas ascendió a 17.994, con 4.143 impugnaciones. Para 2022, se

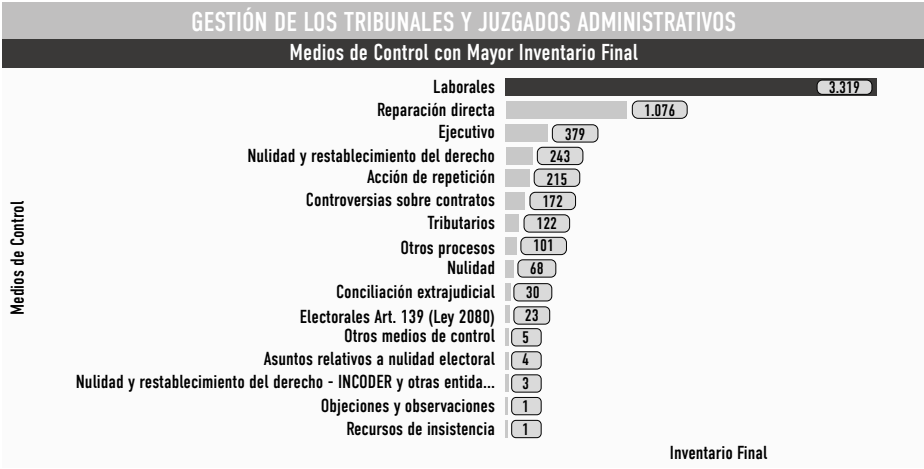
tramitaron 21.707 tutelas y 5.060 impugnaciones, al compararse estos datos con las 24.705 tutelas presentadas en 2023, se evidencia un aumento significativo en el trámite de acciones de tutela en el Distrito Judicial de Ibagué.



Fuente gráfica 2: (UDAE, 2023)

En la anterior grafica se observa que, de las **24.705** tutelas tramitadas en 2023 en el Distrito Judicial de Ibagué, la de mayor incidencia radica en la vulneración de derechos fundamentales como el **derecho de petición**, con **9.827** acciones de tutela y **1.277** desacatos, sigue el derecho a la **salud**, con **7.605** tutelas y **2.348** desacatos, luego sigue el **debido proceso**, con **3.200** tutelas y **765** impugnaciones, y finalmente el derecho a la **seguridad social**, con **765** tutelas y **381** desacatos.

Por otra parte, al analizar la información estadística reportada por el Tribunal Administrativo y Juzgados Administrativos del Distrito Judicial durante el año 2023, se observa que, la mayor demanda de justicia se presenta en los procesos laborales seguidos contra la administración pública, arrojando en su inventario final un total 3.319 procesos, equivalentes a un 57.60% frente a las demás demandas administrativas presentadas durante la vigencia del año 2023; seguidamente encontramos las acciones de reparación directa con 1.076 procesos en los inventarios finales.



Fuente gráfica 3: (UDAE, 2023)

Medio de Control	% Inventario Final
Laborales	57,60%
Reparación directa	18,67%
Ejecutivos	6,58%
Nulidad y restablecimiento del derecho	4,22%
Acción de repetición	3,73%
Controversia sobre contratos	2,99%
Tributarios	2,12%
Otros procesos	1,75%
Nulidad	1,18%
Conciliación extrajudicial	0,52%
Electorales Art. 139 (Ley 2080)	0,40%
Otros medios de control	0,09%
Asuntos relativos a nulidad electoral	0,07%
Nulidad y restablecimiento del derecho - INCODER y otras entidades (Ley 2080)	0,05%
Objeciones y observaciones	0,02%
Recursos de insistencia	0,02%
Pérdida de investidura	0,00%
Total	100,00%

Fuente gráfica 4: (UDAE, 2023)

Del análisis anterior se colige, que el Distrito Judicial del Tolima, ocupa el puesto número 12 de los Distritos Judiciales que reciben la mayor demanda de justicia en la especialidad contencioso administrativa en el país, situación que pone de relieve que estos despachos judiciales enfrentan una alta carga laboral, implicando con ello un mayor esfuerzo humano para impulsar las actuaciones procesales y culminar cada uno de los expedientes.



Fuente gráfica 5: (UDAE, 2023)

En conjunto, la especialidad contencioso-administrativa registra un total de **5.199 procesos** en sus inventarios finales. Como puede observarse a partir de estas estadísticas, un incumplimiento frecuente por parte de la Administración Pública es la aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia, tal como lo establece el **Artículo 10 del CPACA**. Este incumplimiento podría ser la causa de numerosos conflictos laborales o de responsabilidad que podrían resolverse en sede administrativa., lo cual le permitiría resolver muchos de sus conflictos laborales o de responsabilidad.⁸ El incumplimiento de este deber faculta al administrado a recurrir al mecanismo de extensión de la jurisprudencia del artículo 102 del mismo Código.⁹ Sin embargo, existe una reticencia por parte de la administración a aplicar

8 Artículo 10. CPACA: Deber de aplicación uniforme de las normas y la jurisprudencia. Al resolver los asuntos de su competencia, las autoridades aplicarán las disposiciones constitucionales, legales y reglamentarias de manera uniforme a situaciones que tengan los mismos supuestos fácticos y jurídicos. Con este propósito, al adoptar las decisiones de su competencia, deberán tener en cuenta las sentencias de unificación jurisprudencial del Consejo de Estado en las que se interpreten y apliquen dichas normas.

9 Artículo 102 CPACA: Extensión de la jurisprudencia del Consejo de Estado a terceros por parte de las autoridades. Las autoridades deberán extender los efectos de una sentencia de unificación jurisprudencial dictada por el Consejo de Estado, en la que se haya reconocido un derecho, a quienes lo soliciten y acrediten los mismos supuestos fácticos y jurídicos.

las sentencias de unificación del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional en la resolución de conflictos similares.

Por otro lado, no se puede olvidar que la administración no puede cambiar sus actuaciones o decisiones a menos que sean debidamente justificadas. Cuando se implementen cambios, debe ofrecerse a los administrados la oportunidad de adaptarse a las nuevas disposiciones. Esto implica que las autoridades tienen el deber de actuar con especial cuidado, asegurándose de que sus decisiones se ajusten a la ley y persigan el interés general. Una actuación responsable y ética exige que las decisiones sean rectas, honestas y de buena fe, en el marco del principio de moralidad que rige la función administrativa a la luz del Art. 209 de la Constitución Política, en concordancia con el numeral 5 del artículo 3 del CPACA.^{10 11}

Ahora bien, a pesar de que la administración sea diligente y cuidadosa, puede expedir actos irregulares, injustos o inconvenientes en perjuicio de los derechos subjetivos de los administrados o que violen el ordenamiento jurídico. En estos casos, lo lógico es ofrecer primero a la administración la oportunidad de revisar sus propios actos en sede administrativa, con el fin de que los modifique, aclare o revoque. Al mismo tiempo, se debe garantizar a los administrados la posibilidad de ejercer el control ante la Jurisdicción.

Este control se lleva a cabo a través de los mecanismos de impugnación, como los recursos en sede administrativa. Este procedimiento se cumple ante la propia administración, y las decisiones que profiera forman parte de la función administrativa, integrándose así con la decisión inicial en una unidad compleja; impugnables ante la Jurisdicción contencioso administrativa. Además, la administración pública puede formular oferta de revocatoria sobre actos administrativos conforme al parágrafo del artículo 95 del CPACA.¹²

10 Artículo 209 de la Constitución Política de Colombia: La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones. Las autoridades administrativas deben coordinar sus actuaciones para el adecuado cumplimiento de los fines del Estado. La administración pública, en todos sus órdenes, tendrá un control interno que se ejercerá en los términos que señale la ley.

11 Artículo 3° numeral 5 CPACA: En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

12 Artículo 95 de la ley 1437 de 2011 (...) “Parágrafo. No obstante, en el curso de un proceso judicial, hasta antes de que se profiera sentencia de segunda instancia, de oficio o a petición del interesado o del Ministerio Público, las autoridades demandadas podrán formular oferta de revocatoria de los actos administrativos impugnados previa aprobación del Comité de Conciliación de la entidad. La oferta de revocatoria señalará los actos y las decisiones objeto de la misma y la forma en que se propone restablecer el derecho conculcado o reparar los perjuicios causados con los actos demandados. Si el Juez encuentra que la oferta se ajusta al ordenamiento jurídico, ordenará ponerla en conocimiento del demandante quien deberá manifestar si la acepta en el término que se le señale para tal efecto, evento en el cual el proceso se dará por terminado mediante auto que prestará mérito ejecutivo, en el que se especificarán las obligaciones que la autoridad demandada deberá cumplir a partir de su ejecutoria”

Así las cosas, a todas las personas que actúan ante la Administración Pública, se les debe garantizar las protecciones constitucionales, que incluye (i) la actuación debe ser adelantada por la autoridad a la cual legalmente se le haya asignado la competencia y (ii), se aplican las normas jurídicas preexistentes a la situación que se estudia dentro del procedimiento.¹³

No obstante, diversas circunstancias pueden dar lugar a situaciones jurídicas basadas en el principio de responsabilidad. Desde la promulgación de la Constitución Política en 1991, este principio quedó claramente establecido en el artículo 90 de la Carta, convirtiéndose en uno de los pilares fundamentales del Estado social de derecho.

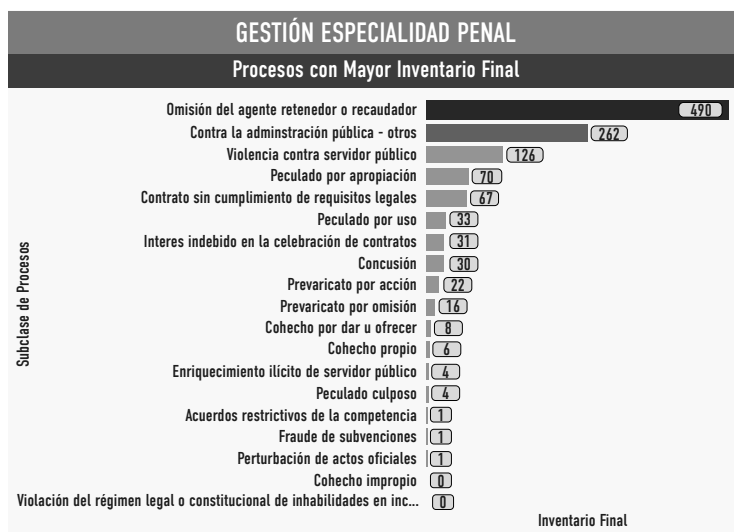
En este contexto, los poderes reconocidos a las autoridades públicas deben ir necesariamente acompañados de un régimen de responsabilidad que los obligue a someterse a la legalidad y a reparar de manera integral los daños antijurídicos que sus actuaciones puedan causar. A su vez, el artículo 3° del CPACA, reitera que las autoridades involucradas en las actuaciones administrativas son responsables, desde el punto de vista patrimonial, penal, disciplinario y fiscal, por sus actuaciones y omisiones dentro del procedimiento administrativo. Esto significa que ninguna actuación de las autoridades públicas está exenta de control, y, por ende, de responsabilidad, a más de que genera consecuencias y sanciones.

En ese sentido, es importante señalar que es la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, a quien se le da la competencia para estructurar, formular, aplicar, evaluar y difundir políticas de prevención del daño antijurídico, con el objetivo de proteger el patrimonio del Estado y establecer lineamientos que optimicen la Administración Pública. de modo que, cada vez, se presenten menos incidentes dañinos causados a terceros, en razón de la actividad y operatividad estatal.

Del mismo modo, si una autoridad comete un error, tiene la posibilidad de corregirlo en sede administrativa. Sin embargo, a menudo se espera que sea el juez quien indique lo que debe hacer o no, en lugar de tomar la iniciativa en la práctica administrativa, situación que también contribuye al aumento de las cargas laborales en la jurisdicción y a la congestión judicial, pues se están desconociéndose elementales herramientas con que cuenta la administración para emendar sus errores.

Por otra parte, en el ámbito de la responsabilidad penal, cuando los servidores públicos no asumen con diligencia y cuidado sus funciones, y actúan en contravía de la Constitución y la ley, se generan consecuencias que dan lugar a sanciones de orden penal, encontrándose también, que, de acuerdo a las estadísticas judiciales, a corte 31 de diciembre de 2023, se tramitaron 1.132 procesos por delitos contra la administración pública como se registra en el siguiente cuadro.

13 Artículo 29 Constitución Política de Colombia “El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas. Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio”.



Fuente gráfica 6: (UDAE, 2023)

GESTIÓN ESPECIALIDAD PENAL	
Subclase de Proceso	% Inventario Final
Omisión del agente retenedor o recaudador	41,81%
Contra la administración pública - otros	22,35%
Violencia contra servidor público	10,75%
Peculado por apropiación	5,97%
Contrato sin cumplimiento de requisitos legales	5,72%
Peculado por uso	2,82%
Interés indebido en la celebración de contratos	2,65%
Conclusión	2,56%
Prevaticato por acción	1,88%
Prevaticato por omisión	1,37%
Cohecho por dar u ofrecer	0,68%
Cohecho propio	0,51%
Enriquecimiento ilícito de servidor público	0,34%
Peculado culposo	0,34%
Acuerdos restrictivos de la competencia	0,09%
Fraude de subvenciones	0,09%
Total	100,00%

Fuente Imagen 7: (UDAE, 2023)

La información presentada anteriormente, corresponde en su orden al número de procesos que conocen los despachos judiciales de la especialidad penal, por delitos cometidos contra la administración pública, destacándose que el mayor

índice de carga laboral, como lo refleja las estadísticas que se presentan a continuación, es el delito de omisión de agente retenedor o recaudador, con un promedio de un 41.81% procesos frente a los demás delitos con mayor demanda en el Distrito Judicial de Ibagué, reportándose en general un total de 1.132 procesos en inventario final en la vigencia del año 2023.

El otro gran grupo de procesos penales, corresponde al de delitos cometidos por los servidores públicos en contra de la administración pública, esto es, delitos de contrato sin cumplimiento de requisitos legales, cohecho, peculado en sus distintas modalidades, etc.

Con relación a estos delitos, notamos que, a la escasa formación que en algunos casos se les brinda a los ordenadores de gasto en materia de Contratación Estatal, se suma una alta deficiencia en principios y valores, pues a la comisión de estos delitos no solo se llega por ignorancia, sino por decisión. Quien se apropia de los recursos públicos no lo hace por desconocimiento, sino por su falta de honestidad y ausencia de valores en la sociedad en general, pero en particular en algunos servidores públicos, esto es lo que ha llevado a que las estadísticas de delitos contra la administración pública se incrementen y con ello aumente la congestión de los despachos judiciales.

La solución está entonces, a corto plazo, en formar mejor a los servidores públicos, capacitarlos y concientizarlos de las consecuencias de un mal proceder, pero, en definitiva, a largo plazo, la solución está en la formación en valores desde la familia, desde los colegios y Universidades, a nuestros niños, niñas y jóvenes, para que se inculque el respeto por los derechos de los demás y el respeto por lo público.



Fuente Imagen 8: (UDAE, 2023)

Finalmente, revisada la demanda de justicia de los Distritos Judiciales antes referenciados, se concluye que, el Distrito Judicial de Ibagué enfrenta una alta

demanda de procesos penales comparada con sus homólogos en la especialidad penal que conocen de los delitos contra la administración pública, y que de acuerdo a la última estadística rendida con corte a diciembre de 2023 se sitúa en el número 3 de los Distritos judiciales con mayor ingreso efectivo de 1132 respecto a los 21.079 procesos que por estos delitos se tramitan a nivel nacional, encontrándose Ibagué, por debajo de los distritos judiciales de Bogotá y Medellín, situación que pone de relieve la alta congestión judicial que enfrentan los operadores judiciales en este Distrito.

CONCLUSIONES

Después de analizar como la actividad de la administración pública incide en la congestión que presentan algunos despachos en el Distrito judicial de Ibagué, como resultado de la inactividad y de la ineficiente prestación de los servicios públicos, la falta de atención a los derechos de petición que presentan los usuarios y las múltiples acciones que instauran quienes reclaman los daños y perjuicios ocasionados por la acción u omisión de los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, se considera pertinente culminar este artículo con las siguientes conclusiones:

En un estado social de derecho como el colombiano, es esencial que las autoridades públicas actúen conforme a la Constitución y las leyes, **dado que** siempre deben buscar el interés general y el servicio a la comunidad, como fines esenciales del estado, de esta manera se responde a las expectativas de los ciudadanos y de la comunidad y se evitarían litigios contra el estado, o por lo menos se reducirían.

Una buena administración pública eficiente y transparente, es fundamental **no solo** para fortalecer la democracia, **sino también** para promover el bienestar social y evitar desgastes a otros órganos del estado, como la administración de justicia.

Hoy el reconocimiento y respeto al ciudadano como protagonista principal, implica un cambio significativo en la relación entre el estado y la sociedad. **En este sentido**, los ciudadanos no solo tienen derechos, **sino** también tienen la responsabilidad de participar y vigilar la gestión pública, acudiendo también al ejercicio del control jurisdiccional de los actos de la administración **De este modo**, se fomenta una cultura de responsabilidad y colaboración, **lo que** asegura que las decisiones y acciones de la administración respondan a sus necesidades.

Una administración pública comprometida con el interés general y el servicio a la comunidad, no solo se dedica a la prestación de servicios, sino que asume la responsabilidad de promover y garantizar los derechos fundamentales y las libertades ciudadanas. Esta responsabilidad implica la implementación adecuada de programas de formación y capacitación para los servidores públicos especialmente en ética pública y cultura de la legalidad; entendida como esa actitud positiva que se asume por el respeto a los principios, valores y normas que rigen las instituciones,

y además porque como agentes directos del Estado, deben actuar con pleno conocimiento de sus funciones y sentido ético en el ejercicio de las mismas. Además, deben mostrar disposición para atender las solicitudes de los ciudadanos y entender su rol y responsabilidad social, que les permita de manera efectiva atender las necesidades básicas de todas las personas bajo el respeto de su dignidad humana. Cuando todo esto se logre, estamos seguros que existirá un estado eficiente, donde el ciudadano sea el protagonista y las decisiones que adopten las autoridades públicas estén enmarcadas en la constitución y la ley, lo que inexorablemente conduce a evitar desgastes judiciales y administrativos como los reseñados en este escrito.

BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de Colombia (1991).
Decreto 2591 de 1991.
Ley 1437 de 2011–Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo.
Ley 1474 de 2011–Estatuto Anticorrupción.
Ley 270 de 1996 – Reformada por la Ley 2430 de 2024. Estatutaria de la Administración de Justicia
Código Penal Ley 599 de 2000
Sentencia STC233 del 21 de enero de 2019 de la Corte Suprema de Justicia, Página 5, Magistrado Ponente Eduardo Montealegre.
Auto 029A del 16 de abril de 2002 de la Corte Constitucional, página 1, Magistrado Ponente Octavio Augusto Tejeiro.
Fuente gráfica 1: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Caracterización de Acciones de Tutela e Impugnación, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué 2010 – 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 2: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Caracterización de Acciones de Tutela e Impugnación por derecho fundamental afectado año 2023, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 3: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Gestión de los Tribunales Juzgados Administrativos, Medios de Control con Mayor Inventario Final 2023, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 4: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Gestión de los Tribunales Juzgados Administrativos, Medios de Control con Mayor Inventario Final 2023 por porcentaje, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 5: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Gestión de los Tribunales Juzgados Administrativo, Distritos con Mayor Demanda 2023, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 6: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Gestión Especialidad Penal, Procesos Mayor Inventario Final 2023, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 7: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Gestión Especialidad Penal, Procesos Mayor Inventario Final 2023 por porcentaje, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)
Fuente gráfica 8: Unidad de Desarrollo y Análisis Estadístico UDAE, Gestión Especialidad Penal, Distritos con mayor demanda 2023, Estadísticas Judiciales, Distrito Judicial de Ibagué, 2023. Tomado de: [Estadísticas Judiciales–Estadísticas Judiciales \(ramajudicial.gov.co\)](https://estadisticasjudiciales.gov.co)

¿JUEZ NATURAL o ARTIFICIAL?

Diego Alexander Galicia Virviescas¹

Las Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TIC), entendida como el conjunto de recursos, herramientas, equipos, programas informáticos, aplicaciones, redes y medios; que permiten la compilación, procesamiento, almacenamiento, transmisión de información como: voz, datos, texto, video e imágenes (Art. 6 Ley 1341 de 2009) llegaron para quedarse garantizando el aprendizaje didáctico, la adquisición de conocimiento y el mejoramiento de los procesos de los seres humanos, entre los que no se escapan los servidores judiciales, pues para nadie nos resulta extraño, el constante uso de estas, como es el caso del correo electrónico, la búsqueda de la información, la administración electrónica, la banca en línea, entre otras.

Gracias a estos avances tecnológicos, hoy es común escuchar el término IA – Inteligencia Artificial, entendida según la Comisión Mundial de Ética del Conocimiento Científico y la Tecnología (COMEST) de la UNESCO como un campo que implica máquinas capaces de imitar determinadas funcionalidades de la inteligencia humana, incluidas las características como la percepción, el aprendizaje, el razonamiento, la resolución de problemas, la interacción lingüística e incluso la producción de trabajos creativos.

Justamente, quise resaltar el término anterior, ya que para nadie es un secreto que en nuestro quehacer judicial nos dedicamos a eso, a resolver problemas jurídicos y en ese trasiego utilizamos herramientas de consultas para obtener información de doctrina especializada y jurisprudencia para aplicarlos al caso concreto y es allí en esa búsqueda donde las IA entran en juego a brindar soluciones para mejorar la eficiencia y eficacia de la justicia colombiana.

En el mundo de la IA encontramos muchas herramientas o aplicaciones y entre las más destacadas² para el 2024, tenemos las siguientes:

1 Profesional Especializado Grado 33 Despacho 06 Sala Penal Tribunal Superior de Ibagué

2 <https://www.getguru.com/es/reference/best-ai-apps>

1. **Guru** — Mejor herramienta de gestión del conocimiento e inteligencia artificial empresarial. Es una wiki, centro de intranet y herramienta de base de conocimiento.
2. **ChatGPT** — Mejor chatbot de IA para responder preguntas. Es el más utilizado porque permite hacerle preguntas y obtener respuestas inmediatas como si estuvieras hablando con un experto, puede resumir grandes textos y convertir las ideas en imágenes.
3. **Microsoft Copilot (anteriormente Bing Chat)** — Mejor asistente de Microsoft para Microsoft Edge. Puede hacerle preguntas cortas o largas y obtener respuestas inmediatas, puede crear imágenes, escribir poemas, historias y hasta preparar una comida.
4. **FaceApp** — Mejor aplicación de IA para editar fotos y selfies. Con ella puede mejorar las fotos con más de 60 filtros, fondos y efectos más rápido que con Photoshop.
5. **Lensa** — Mejor herramienta de IA para generar ediciones artísticas. Es una aplicación personal ideal para redes sociales y videojuegos ya que permite mejorar las fotos eliminando objetos, retocar las mismas y crear avatares a partir de las fotos.
6. **Google Assistant** — Mejor asistente virtual para búsquedas en Internet. Es una aplicación muy usada, generalmente, desde los teléfonos móviles con la frase “Hey Google” que permite auxiliar en las tareas cotidianas, desde escuchar una canción, prender una luz, hasta pedir en un supermercado, entre otras funciones.
7. **StarryAI** — Mejor generador de imágenes de IA gratuito basado en indicaciones de texto. Con esta aplicación puedes crear obras de arte, generar retratos, como si fueras un diseñador experto.
8. **Socrático** — Mejor aplicación de aprendizaje gratuita para estudiantes. Esta App ayuda a discentes de secundaria y universitarios, resolviendo las preguntas y problemas de diferentes materias con la posibilidad de usar la voz y la cámara.
9. **Cleo** — Mejor chatbot para asistencia presupuestaria. A través de esta App se puede manejar el presupuesto, gestionar ahorros, solicitar créditos, entre otros asuntos financieros.

10. Read AI — Mejor herramienta de IA para resúmenes y transcripciones generadas. Ideal para resumir las videoconferencias en Zoom, Google Meet, o Microsoft Teams.

Aplicaciones que están al alcance de todos porque en su mayoría son gratuitas, como es el caso de ChatGPT, Microsoft Copilot, FaceApp, Google Assistant y SaryAL, no obstante, su acceso es limitado en cuanto a que permiten un uso básico por lo que para ciertas funcionalidades se requerirá de una suscripción y pasar a la opción Premium.

Sea la oportunidad para mencionar que algunos organismos del Estado a nivel justicia ya están haciendo uso de esa inteligencia artificial, es el caso, de la Corte Constitucional con su IA denominada “Pretoria”³ la cual permite apoyar la labor de selección de tutelas procesando y analizando más de 2500 sentencias diarias, agrupándolas por casos similares y criterios prioritarios para el Alto Tribunal, así mismo, la Fiscalía cuenta con la IA “Prisma”⁴ la cual la utiliza para analizar datos y a través de un aprendizaje automático lograr identificar patrones y conexiones entre evidencias, identificar sospechosos, y analizar tendencias y patrones para predecir y prevenir crímenes. Hoy por hoy el ente investigador la utiliza como insumo para fundamentar una solicitud de medida de aseguramiento ante el Juez de Control de Garantías, descargando en un documento PDF del sistema SPOA la información sobre el riesgo de reincidencia y el historial criminal de un capturado,

Por su parte, ese engranaje entre la inteligencia artificial y el factor humano es lo que ha activado la curiosidad de muchos servidores judiciales y por supuesto en ese proceso está el Consejo Superior de la Judicatura, que en cumplimiento del artículo 95 de la Ley 270 de 1996, el artículo 103 del CGP, y del Plan Estratégico de Transformación Digital de la Rama Judicial (PETD) ha venido desarrollando planes de acción en torno de las IA, por lo que el pasado mes de febrero de 2024 lanzó el primer curso virtual sobre inteligencia artificial para la administración de justicia con el apoyo de la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla y la Escuela de Gobierno “Alberto Lleras Camargo” de la Universidad de los Andes, el cual tuvo como propósito capacitar a 1200 servidores sobre el uso responsable de estos sistemas aplicados en la justicia, en el que se incluye este servidor.

Justamente, ese plan de acción consistente en la capacitación de los servidores judiciales hace parte de las directrices⁵ de la UNESCO para el uso de sistemas de IA en Juzgados y Tribunales que nos presenta el profesor Juan David Gutiérrez,

3 <https://www.corteconstitucional.gov.co/noticia.php?PRETORIA,-un-ejemplo-de-incorporaci%C3%B3n-de-tecnolog%C3%ADas-de-punta-en-el-sector-justicia-8970>

4 <https://www.fiscalia.gov.co/colombia/wp-content/uploads/Perfil-de-riesgo-de-reincidencia-para-solicitudes-de-medida-de-aseguramiento.pdf>

5 https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390781_spa

PhD, profesor asociado de la Universidad de los Andes, en cuatro tipos principales de fuentes, a saber: i) la recomendación sobre la ética de la Inteligencia Artificial de la UNESCO, ii) los conjuntos de herramientas y orientaciones de la UNESCO sobre IA, iii) los resultados de la encuesta de la UNESCO sobre el uso de la IA por parte de los operadores judiciales y iv) diversas fuentes secundarias y bibliografía especializada.

Destaca el profesor Juan David Gutiérrez⁶ que, para garantizar la protección de los derechos humanos y las libertades individuales, todo servidor judicial debe tener en cuenta 13 principios a la hora de adoptar y utilizar cualquier tipo de sistema de IA y/o IA Generativa:

1. **Protección de los derechos humanos:** La IA que se adopte debe proteger los derechos humanos, la cual debe estar enfocada en garantizar la equidad, la no discriminación, la equidad procesal y la protección de los datos personales.
2. **Proporcionalidad:** La IA que se adopte debe perseguir fines legítimos y proporcionales.
3. **Protección:** La IA que se adopte debe evitar y eliminar daños no deseados
4. **Seguridad de la información:** La IA que se adopte debe proteger la información confidencial de acuerdo con las normas internacionales de acceso a la información.
5. **Conocimiento y uso informado:** Los servidores que utilicen IA deben comprender las funcionalidades, los tipos de usos, los impactos potenciales, las limitaciones y los riesgos de esta antes de su implementación.
6. **Uso transparente:** Se debe informar a los usuarios el cómo se utilizan y cómo funcionan los sistemas de IA, especialmente, cuando las decisiones puedan afectar los derechos y libertades.
7. **Rendición de cuenta y auditabilidad:** Se debe rendir cuenta acerca de los procesos y los resultados de estos sistemas, especialmente, cuando se utilicen para la toma de decisiones.
8. **Explicabilidad:** Los sistemas de IA que se adopten deben ser comprensibles y rastreables por los humanos, que permitan brindar información sobre las entradas, los resultados y el funcionamiento.

6 Ver página 9 y ss. https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000390781_spa

- 9. Precisión y Fiabilidad:** La IA que se adopte debe ser fiable, es decir, que funcione de manera correcta.
- 10. Supervisión humana:** Se debe desconfiar de cualquier sistema de IA en cuanto adoptar decisiones, ya que pueden afectar negativamente los derechos y libertades de los usuarios.
- 11. Diseño centrado en el ser humano:** Resultan válidas las IA que sigan los principios de diseño centrados en el ser humano.
- 12. Responsabilidad:** Todos los actores que participen en la adopción de los sistemas de IA desde el creador, la entidad que los adquiera o autorice, como el servidor judicial que los use deben asumir la responsabilidad sobre los resultados defectuosos.
- 13. Gobernanza y colaboración de múltiples partes interesadas:** Se debe permitir la participación de la población o comunidad que pueda verse potencialmente afectada con las decisiones de estos sistemas, recibiendo los comentarios y críticas constructivas sobre el desarrollo y uso de estas herramientas.

Observando estas directrices no dejan duda que el tema es nuevo, que aún no se tiene una política clara sobre la adopción y el uso de estos sistemas de IA y que por ahora lo más recomendable es enfocar los esfuerzos en la capacitación de los servidores judiciales, quienes debemos estudiar la legislación nacional e internacional sobre estas aplicaciones, conocer el uso, el impacto, los riesgos y por supuesto el costo beneficio, dado que un mal proceder puede en un momento dado generarnos más de una investigación disciplinaria al adoptar herramientas que antes de solucionar un problema jurídico nos causé otros.

Justamente, en torno a esta temática sobre la adopción de IA en los procesos judiciales, la Corte Constitucional mediante la sentencia⁷ T-323 de 2024 estudió la acción de tutela resuelta en segunda instancia por un Juez del Circuito que utilizó la herramienta ChatGPT para extender los argumentos de la decisión que amparó el derecho a la salud de un menor autista que solicitada la exoneración del cobro de cuotas moderadoras y copagos para la prestación de los servicios de transporte que requería, dada su patología y recursos económicos.

La Corte garantizó igual los derechos del menor y analizó si con el uso de la herramienta, el Juez había o no vulnerado el debido proceso, por cuanto se hacía necesario establecer si la decisión fue tomada por una máquina o por el ser humano, concluyendo que no existió tal vulneración por cuanto se garantizó la

7 <https://acortar.link/70My5G>

función de administrar justicia, no obstante, si encontró que se vulneraron algunos principios, como el de transparencia y el de responsabilidad.

El de transparencia porque además de indicar en el texto de la providencia que hizo uso del ChatGPT, el Juez debió señalar que tenía capacitación, conocimiento sobre la IA, indicar las capacidades y limitaciones de la herramienta, exponer toda fundamentación que se haga sobre el uso de la aplicación, dar a conocer los datos utilizados y el lugar de esta información que ocupa en el cuerpo de la decisión, y establecer la idoneidad y necesidad del uso de esta aplicación, lo cual no hizo, pues solo se itera se limitó a decir que uso la IA y plasmó la pregunta con la respuesta brindada por dicha herramienta.

El de responsabilidad porque además de estar capacitado para el empleo de la IA, el Juez debió verificar que la información obtenida fuera reciente, aplicable al caso de marras y que estuviera orientada en el contexto normativo y jurisprudencial colombiano.

En el mismo fallo, la Corte solicitó al Consejo Superior de la Judicatura, además de la divulgación de la providencia, establecer una guía o manual que contenga los lineamientos y directrices que el órgano colegiado tomó en la sentencia, lo cual procedió de conformidad expidiendo la Circular⁸ PCSJC24-37 del 23 de septiembre de 2024, mediante la cual divulgó la sentencia y creó el ABC que debe tener en cuenta todo servidor judicial a la hora de adoptar y aplicar la inteligencia artificial en la administración de justicia. Guía que se hizo conforme las consideraciones que el máximo órgano de la jurisdicción constitucional plasmó en su decisión.

El ABC⁹ es el pliego de condiciones, es la ruta que todos los servidores judiciales debemos atender a la hora de adoptar la inteligencia artificial en la administración de justicia, porque de no hacerlo podemos vulnerar el debido proceso y nos veremos expuestos a las investigaciones disciplinarias y penales a que haya lugar y todo por querer innovar y ahorrar tiempo en la resolución de los casos, sin prever que dichas decisiones pueden afectar derechos y garantías de los usuarios.

Precisamente, se hace menester traer a colación lo que debe hacer el Empleado Judicial, el Juez y el Magistrado a la hora de aplicar la inteligencia artificial, para lo cual citamos textualmente lo que el manual o ABC¹⁰ nos indica:

1. Emplearlos de manera razonada y ponderada. Esto supone un enfoque de protección de derechos fundamentales, que valore y considere las mejores prácticas, así como la aplicación de criterios éticos y de respeto a los mandatos superiores.

8 https://actosadministrativos.ramajudicial.gov.co/GetFile.ashx?url=%7e%2fApp_Data%2fUpload%2fPCS-JC24-37F.pdf

9 https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/155269343/ABC_SentenciaIA_T323De2024.pdf/a2006b6d-58f1-beb0-31f8-1b04f398bf68?t=1727383419804

10 https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/155269343/ABC_SentenciaIA_T323De2024.pdf/a2006b6d-58f1-beb0-31f8-1b04f398bf68?t=1727383419804

2. Aplicar las siguientes condiciones o cargas:

- **No sustitución de la racionalidad humana.**
- **Carga de transparencia.** Deber de exponer claramente cuál fue el uso, el alcance y la ubicación en las actuaciones o decisiones de los resultados obtenidos por la utilización de la IA. Se cumple cuando el funcionario judicial: (i) pone en conocimiento de las partes que hizo uso de una herramienta de IA en el transcurso del proceso; (ii) expone las razones por las cuales tiene conocimiento del debido uso de estas herramientas tecnológicas, por ejemplo, se ha capacitado, ha hecho estudios especializados en el tema, etc.; (iii) precisa el funcionamiento del sistema de IA que se utilizó, entre lo que es de especial importancia resaltar las capacidades de la IA y sus limitaciones; (iv) expone toda fundamentación que se haga alrededor del uso de una IA de manera comprensible, convincente, completa y específica; (v) da a conocer de manera irrestricta los datos utilizados y el lugar que esta información ocupa dentro de la decisión judicial; y (vi) establece las razones por las que el sistema de IA se debe emplear, es decir, se hace un análisis de necesidad e idoneidad sobre el uso de IA.
- **Carga de responsabilidad.** Exigencia de estar capacitado en la materia, entender cabalmente los riesgos, así como poder dar cuenta del origen, la idoneidad y la necesidad del uso de IA y verificar la información suministrada por esta.

La responsabilidad del juez se centra, especialmente, en verificar que la información sea real, apropiada para el asunto, respetuosa de los presupuestos fácticos y jurídicos, y comprensible para la administración de justicia y los administrados. El juez o magistrado debe asegurarse que el sistema utilizado esté entrenado con datos recientes, suficientes y relevantes para el contexto colombiano o de aplicación y, de evidenciarse algún tipo de inconsistencia, manifestarlo expresamente en la decisión judicial.

- **Carga de privacidad.** Proteger la reserva de datos personales y sensibles que se le dan a conocer al sistema judicial para posibilitar el adecuado cumplimiento de sus funciones. Consecuentemente, es necesario realizar una evaluación sobre los riesgos que implica suministrar este tipo de datos a sistemas de IA y evitar su filtración, más aún cuando las herramientas tecnológicas son externas al funcionamiento de la justicia en Colombia o no están expresamente autorizadas para la función judicial en el país.

Como consecuencia de lo anterior, el juez incumple sus deberes legales cuando, habiendo utilizado IA en una decisión judicial, (i) la emplea en el ejercicio de

funciones de raciocinio que son indelegables e irremplazables; (ii) no es transparente con el usuario de la administración de justicia revelando el uso de IA y, con ello, compromete la garantía efectiva de su derecho de contradicción; (iii) no realiza de manera rigurosa la verificación de la fiabilidad de la información que soporta la motivación del fallo pudiendo comprometer la independencia o imparcialidad debido a los sesgos y alucinaciones de la IA; y/o (iv) no adopta las cautelas necesarias para evitar la transgresión de derechos como el habeas data o la intimidad.

De conformidad con los lineamientos anteriores, podemos indicar que si pretendemos aplicar una IA sobre todo de tipo Generativa, en un caso hipotético, llámese acción de tutela o en un proceso abreviado por inasistencia alimentaria por citar unos ejemplos, debemos primero, acreditar nuestra idoneidad, es decir, que estamos capacitados para ello, que nos hemos preparado, que hicimos cuanto curso existe y segundo, en la providencia debemos plasmar lo que sabemos, la herramienta que utilizamos, el que, como y cuando lo hicimos, la funcionalidad de la misma y el resultado que obtuvimos que obviamente debió ser verificado, esto para conocimiento de los sujetos procesales y como garantía de archivo de una eventual investigación disciplinaria que se inicie, bien por solicitud de un litisconsorcio que no quedó conforme con la decisión o bien de oficio por el superior funcional que revise la sentencia.

Después de todas estas recomendaciones, será que ya podemos responder la siguiente pregunta: **¿Estamos preparados para implementar un Juez Artificial o seguimos con el Juez Natural en la resolución de los problemas jurídicos?**

Y la respuesta por ahora, es que no estamos preparados, pues apenas estamos avanzando en la digitalización, en la adopción del expediente electrónico con avances significativos, ya que hay que recordar que ya la Rama Judicial cuenta por fin con su propia herramienta tecnológica que no dependerá de un proveedor de servicios y es el caso del Sistema Integrado Único de Gestión Judicial – SIUGJ -, el cual permitirá tener sede judicial electrónica, ventanilla virtual, el expediente electrónico y la gestión documental, la gestión de procesos y los servicios digitales con condiciones de seguridad, interoperabilidad, confiabilidad, escalabilidad, extensibilidad, y documentación, dentro del cual por supuesto estará el Sistema de Gestión Documental Electrónica–SGDE -

Ciertamente, dentro de la transformación digital de la Rama Judicial se encuentra el SIUGJ, y los siguientes proyectos¹¹:

- a. Digitalización de Expedientes que conforman los documentos de un proceso judicial.

11 <https://www.ramajudicial.gov.co/web/transformacion-digital/sistema-integrado-unico-de-gestion-judicial-siugj>

- b. Optimización y estandarización de procedimientos administrativos en los despachos judiciales.
- c. Implementación de Intranets y Portales.
- d. Implementación de Interoperabilidad con entidades externas.
- e. Implementación de Autenticación o verificación de la identidad de una persona través de medios electrónicos y firmas electrónicas.
- f. Implementación de aplicaciones de analítica predictiva, mediante aplicaciones de Inteligencia Artificial y Machine Learning para la justicia usando datos estructurados y no estructurados.

Por ahora se insiste hagamos uso de la inteligencia artificial como complemento de nuestro quehacer judicial para recopilar información importante para resolver nuestros problemas jurídicos, pero no caigamos en el copia y pegue sin revisar, ya que esta información puede ser incorrecta o inexacta, e incluso falsa, que solo un servidor judicial puede detectar que no puede hacer una máquina.

De allí que como conclusión, dejemos que el Consejo Superior de la Judicatura dentro del proceso de transformación digital que adelanta nos informe sobre la IA y/o IA Generativa que debemos aplicar sin riesgo a que vulneremos el debido proceso, la independencia e integridad del poder judicial, y claro esta los derechos y garantías de los ciudadanos, sin embargo, para los que nos gusta innovar y estar a la vanguardia usémoslas, pero siempre siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional¹² (Sentencia T-323 de 2024) y el ABC¹³ del Consejo Superior de la Judicatura.

Para finalizar, quiero compartirles un ejercicio preguntándole a dos IA diferentes sobre un tema específico en derecho penal para que hagamos el comparativo y reflexionemos sobre las ventajas o no de estas herramientas que sin duda llegaron al sistema judicial y que no podemos desconocer.

12 <https://acortar.link/70My5G>

13 https://www.ramajudicial.gov.co/documents/10635/155269343/ABC_SentenciaIA_T323De2024.pdf/a2006b6d-58f1-beb0-31f8-1b04f398bf68?t=1727383419804

Pregunta	Respuesta	
	Meta AI	ChatGPT ¹⁴
Son o no compatibles la circunstancia de menor punibilidad del estado de ira causado por comportamiento ajeno, grave e injustificado de que trata el artículo 57 del código penal colombiano y a quien se le atribuye la calidad de interviniente del artículo 30 del mismo código	<p>Según el Código Penal colombiano, el artículo 57 se refiere a la “Circunstancia de menor punibilidad por ira provocada”, que establece:</p> <p>vaina judicial”Cuando el agente haya obrado bajo el impulso de una pasión provocada por un comportamiento grave e injustificado de la víctima, el funcionario judicial podrá disminuir la pena hasta en una tercera parte.”</p> <p>Por otro lado, el artículo 30 del mismo código se refiere a la “Participación” y define diferentes roles dentro de un delito, incluyendo al “interviniente”, quien es alguien que coopera con el autor del delito sin ser su coautor.</p> <p>La compatibilidad entre estas dos circunstancias depende de la interpretación jurisprudencial y doctrinaria. Sin embargo, se pueden plantear algunos argumentos:</p> <p>Argumentos a favor de la compatibilidad: La circunstancia de menor punibilidad por ira provocada (art. 57) se refiere a la motivación del agente, mientras que la calidad de interviniente (art. 30) se refiere a la participación en el delito. No hay una relación de exclusión entre ambas.</p> <p>El interviniente puede haber accionado bajo el impulso de una pasión provocada por el comportamiento de la víctima, lo que justificaría la aplicación de la circunstancia de menor punibilidad.</p> <p>Argumentos en contra de la compatibilidad:</p> <p>La calidad de interviniente implica una participación menos directa en el delito, lo que podría no justificar la aplicación de la circunstancia de menor punibilidad por ira provocada.</p> <p>La ira provocada por el comportamiento de la víctima podría no ser una motivación relevante para el interviniente, quien puede haber accionado por otras razones.</p> <p>En resumen, la compatibilidad entre la circunstancia de menor punibilidad por ira provocada y la calidad de interviniente depende de la interpretación del caso concreto y de la jurisprudencia vigente. Sería recomendable consultar la doctrina y la jurisprudencia colombiana actualizada para obtener una respuesta más precisa.</p>	<p>La cuestión sobre la compatibilidad entre la circunstancia de menor punibilidad por estado de ira, según el artículo 57 del Código Penal colombiano, y la figura del interviniente del artículo 30 es interesante y compleja.</p> <p>El artículo 57 establece que una persona puede tener una reducción de punibilidad si actúa en un estado de ira provocado por un comportamiento ajeno grave e injustificado. Esto implica que la persona actuó en un contexto emocional específico que puede mitigar su responsabilidad.</p> <p>Por otro lado, el artículo 30 se refiere a la figura del interviniente, que se considera como aquel que, sin ser el autor directo del delito, participa en su comisión de alguna manera. Esto puede incluir cómplices o encubridores.</p> <p>La compatibilidad entre ambos artículos podría depender del contexto específico de cada caso. Un interviniente podría haber actuado también en un estado de ira provocado por el comportamiento de otro, lo que podría ser relevante en el momento de evaluar su grado de culpabilidad y, por ende, la aplicación de la reducción de punibilidad.</p> <p>Sin embargo, en términos generales, la figura del interviniente no está diseñada para que se aplique automáticamente la circunstancia de menor punibilidad por ira. Esto significaría que cada caso debe ser analizado de manera individual, considerando las circunstancias y la naturaleza de la participación del interviniente en el delito.</p> <p>En resumen, aunque hay posibilidades de compatibilidad, la aplicación de cada norma debe evaluarse con base en las circunstancias específicas del caso concreto.</p>

Como se observa en el cuadro anterior, ambas aplicaciones frente a la pregunta entregan una respuesta en la cual no descartan la compatibilidad entre esas

14 <https://chatgpt.com/>

dos figuras jurídicas, sin embargo, concluyen que dependerá de la doctrina y jurisprudencia aplicable y de las circunstancias del caso concreto.

En suma, podemos concluir diciendo que la inteligencia artificial la podemos usar por ahora como una guía, hasta que la Rama Judicial dentro de su política de transformación digital nos permita hacer uso de una IA especializada que brinde seguridad en la información que sin duda corresponda al contexto normativo y jurisprudencial colombiano y así de esta manera poder resolver nuestros problemas jurídicos, agilizar los procesos y ayudar a la descongestión judicial, evitando afectar el debido proceso, que se genere discriminación o daño con el uso de la herramienta.

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE INFORMACIÓN JURÍDICOS DESDE LA RELATORÍA

Una visión a través del tiempo

Francisco Javier López Quijano¹

La Jurisprudencia está llamada a servir de medio racionalizador e integrador del Derecho dentro de un Estado. Por ello, en razón a la necesidad de coherencia sistemática, tiene fuerza vinculante para los Jueces de la República, a la luz de los principios constitucionales, en especial de los principios de igualdad, coherencia, seguridad jurídica y confianza legítima.

Entendida la jurisprudencia, como fuente de derecho y a la vez como instrumento de investigación socio jurídica, requiere de un adecuado sistema de análisis y recopilación de la información que haga más eficientes los procesos de investigación. Desde aquí la Relatoría encuentra su justificación dentro de la comunidad judicial, e igualmente, en la práctica de la investigación socio jurídica.

El acceso adecuado a la información jurisprudencial es un deber del sistema judicial en su conjunto, que tiene que garantizar que sus decisiones sean conocidas por las partes y por la ciudadanía, de saber que los jueces van a decidir los casos iguales de la misma forma y que interpretan y van a seguir interpretando el ordenamiento jurídico de manera estable y consistente, garantizando la administración de justicia en el diario ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de las personas.

La labor de relatoría en la administración de justicia en Colombia inicia con la creación del cargo de relator en la Corte Suprema de Justicia, por intermedio de la Ley 169 de 1896, en su art.6. Allí inicia el compendio y la publicación de las decisiones proferidas en la Gaceta Judicial, órgano oficial de difusión de la corporación judicial. Igualmente, el relator se encargaba del estudio de las decisiones proferidas por los tribunales y publicadas en las revistas editadas en la época, en los respectivos tribunales. Posteriormente, se crean los cargos de relatores en los Tribunales de Distrito Judicial y en el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué por intermedio del Decreto 900 de 1970.

¹ Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué.

Allí, se inicia el camino de la función adscrita y consistente en compilar, analizar, clasificar, titular, extractar y divulgar las decisiones proferidas por los tribunales de distrito judicial; y su difusión se realizaba a través de boletines informativos, o en las revistas judiciales que publicaban los tribunales, entre ellos, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en su revista Crónica Judicial constituida en el órgano de difusión oficial desde el año 1885, a la fecha.

La función de relatoría se realizaba en máquina de escribir y se transcribía en fichas extracto de cartulina, dejándolas disponibles para su consulta en ficheros metálicos, fichas ordenadas alfabéticamente con su título, extracto y referencia. Es así, como la consulta de providencias, bibliografía jurídica y normativa se realizaba presencialmente en la relatoría mediante textos en físico, para lo cual se disponía de:

- Ficheros de extractos de jurisprudencia del tribunal elaborados en fichas de cartulina, igualmente en legajadores, o copiadores AZ de providencias;
- Extractos de jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que se recibían por correo a través de la empresa Adpostal y mediante oficio de presidencia se circulaban entre los despachos de magistrados para su consulta y/o fotocopiado;
- Gacetas Judiciales de la Corte Suprema de Justicia, Corte constitucional, Anales de Consejo de Estado, igual, de la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura, ejemplares apreciados y muy solicitados en su momento, en medio físico;
- Textos bibliográficos jurídicos como dotación oficial por parte del Fondo Rotatorio del Ministerio de Justicia, de las Cortes, entidades oficiales, como también de donaciones privadas, o particulares;
- Consulta normativa a través de los ejemplares de diarios oficiales publicados por la Imprenta Nacional de Colombia y que llegaban por correo físico.

Al llegar los primeros equipos de cómputo PC, a través de un programa denominado WordStar, se inician las primeras bases de datos. Se recibían y compilaban las decisiones por medio de los denominados DISKETTES de 3 ½ de alta densidad, posteriormente, aparecen los discos compactos CD, para llegar a las unidades USB extraíbles.

A continuación, se realizan los primeros Encuentros de relatores, bibliotecólogos y responsables de bibliotecas de la Rama Judicial, convocados por el Consejo Superior de la Judicatura, por medio del Centro de Documentación Judicial CENDOJ bajo la directriz de la Doctora Paola Zuluaga Montaña y la Biblioteca Enrique Low Murtra con su coordinador a la cabeza el Doctor José Francisco

Serrato Bonilla, con el objeto de conocer la situación real de las relatorías y bibliotecas judiciales, realizándose los primeros diagnósticos en campo, iniciando procesos de intercambio de criterios, ideas, experiencias laborales, proyectos de mejoramiento, dejando en consideración las inquietudes, requerimientos y necesidades, con miras a su ejecución.

Gracias a ello, se inicia un proceso de mejoramiento con las dotaciones de equipos de cómputo, colecciones bibliográficas, actualizaciones de conocimientos por intermedio de capacitaciones idóneas respecto de la función adscrita, beneficiando sustancialmente las labores de relatoría, de colecciones bibliográficas y normativas; y, por ende, del servicio hacia los usuarios, comprendidos como la comunidad judicial, abogados, estudiantes de las programas y facultades de Derecho y ciudadanía en general; y desde luego, mejorando la percepción de funcionalidad, traducido ello en la importancia que constituye la divulgación jurisprudencial.

La ejecución de dicho proceso dio como resultado la conformación del Sistema Nacional de Relatorías y Bibliotecas de la Rama Judicial de Colombia, el cual, resalta en sus inicios, las capacitaciones aportadas por las bibliotecólogas Esperanza Ortega Rojas y Blanca Ruth Lovera Guzmán, hoy día disfrutando de su merecida jubilación; así como lo instruido por los doctores Javier Alfonso Naranjo Ramírez, Manuel Humberto Puello, José Francisco Serrato Bonilla, actuales bibliotecólogos y coordinador de la denominada actualmente, División de Gestión del Conocimiento de las Fuentes de Derecho, Relatoría y Biblioteca Enrique Low Murtra.

Es así, como en el año 2013 en el Encuentro de Relatores y Bibliotecólogos realizado en la ciudad de Medellín se presentan las plataformas para la carga de providencias en el portal Web de la Rama Judicial y de colecciones bibliográficas en el Sistema de Información Doctrinario y Normativo SIDN, estas últimas, conformando hoy día la biblioteca virtual SIDN. A raíz de ello, en el año 2016 se inician en los Tribunales de Distrito Judicial las labores de carga bibliográfica al SIDN, una vez realizados los respectivos inventarios y procesos de digitalización, incluyendo portadas y tablas de contenido, y en el caso del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, bajo las directrices de los bibliotecólogos Nikos Sanclemente Sierra Duque, Maricel Amaya Gómez y Patricia Zambrano Parra, finalizando dicha anualidad con su respectiva catalogación y digitalización.

Seguidamente, aprovechando el acceso a la Internet, las relatorías se abren paso en ella, insertando información en el portal Web de la Rama Judicial, a través de boletines jurisprudenciales; otras, creando Blogs y portales Web, con el fin de divulgar la información jurisprudencial, e información jurídica de interés, visualizando aún más las funciones asignadas.

El Consejo Superior de la Judicatura por intermedio del Centro de documentación Judicial CENDOJ y la Biblioteca Enrique Low Murtra implementan las estrategias y gestiones encaminadas a la recuperación del Patrimonio Jurisprudencial del país y en dicho propósito se implementa el ‘Sistema de Información Jurisprudencial’, patrimonio que no puede estar inmerso en el olvido, ya que es bastión y faro para la comunidad judicial y ciudadanía, a fin de brindar seguridad jurídica. Es así como se inician las primeras labores de carga de providencias en el citado aplicativo, a manera de ensayo, conocimiento y ajustes para su fortalecimiento.

Finalmente, en la ciudad de Cúcuta en el año 2018, se lanza oficialmente el aplicativo y su acceso público en el portal Web de la Rama Judicial. A partir de ese instante se constituye en el canal oficial de divulgación de las providencias de los Tribunales de Distrito Judicial, denominado finalmente como “Consulta de Providencias Tribunales” y alojado en el portal Web de la Rama Judicial de nuestro país, el cual, se viene actualizando día a día con las providencias aportadas por parte de los despachos de magistrado y/o secretarías de salas de decisión.

Ha sido una labor ardua, compleja en volumen y como nueva tecnología a conocer y aplicar, desde luego, ha tenido observaciones, inquietudes, sugerencias y aportes, los cuales, han tenido la oportuna y diligente atención de parte del ingeniero de sistemas Gustavo Fernando Negrete Arteaga, de los doctores Richard Mauricio Pinzón Gil y José Francisco Serrato de la Biblioteca Enrique Low Murtra, contando con el apoyo del Centro de Documentación Judicial CENDOJ bajo la directriz de la Doctora Paola Zuluaga Montaña, fortaleciendo de manera mancomunada la gestión en dicho aplicativo.

Al tiempo, se inician las gestiones de información, divulgación y concientización a los usuarios para consultar los aplicativos dispuestos en el portal Web de la Rama Judicial de Colombia, ello mediante instructivos, videos institucionales, información personal, e igualmente, vía correo electrónico; plataformas donde los usuarios en general pueden acceder, finalmente, a las providencias proferidas por los Tribunales de Distrito Judicial con sus respectivas titulaciones, tesis extracto, referencia y descarga de su contenido completo.

En este proceso de mejoramiento se institucionalizan los Conversatorios y Capacitaciones para los relatores y bibliotecólogos judiciales, a través de la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”, gracias a las acciones conjuntas entre el Centro de Documentación Judicial CENDOJ, la Biblioteca Enrique Low Murtra y la Escuela Judicial, realizándose periódicamente en los años 2017, 2018, 2019 y a pesar de la pandemia Covid19, de manera virtual en el año 2020 y consecutivamente en los años 2021, 2022 y 2023. Capacitaciones que han contribuido al fortalecimiento en las temáticas de perspectiva de Género; aplicativos para consulta jurisprudencial

de las Cortes y Tribunales de Distrito Judicial Administrativos y Superiores; de Restitución de Tierras y en el Tema 3 Vocabulario Controlado, todo ello orientado por parte de las doctoras María Adelaida Palacio Puerta, Lucía Arbeláez de Tobón, del doctor Richard Mauricio Pinzón Gil, del Ingeniero de Sistemas Gustavo Fernando Negrete Arteaga, del Bibliotecólogo Edwin Alonso Sossa Cruz, de juristas de Tribunales y Cortes de Distrito Judicial y profesionales invitados tanto de carácter nacional, como internacional en el transcurso de estos años; los cuales, han orientado, capacitado, asesorado y enriquecido el conocimiento hacia el desempeño de las funciones asignadas a los relatores, bibliotecólogos y responsables de las bibliotecas judiciales.

Vale la pena recordar, satisfactoriamente, como esa transformación y desarrollo institucional, ha logrado dar buen fruto, gracias a una planeada y sostenida directriz gerenciada por el Consejo Superior de la Judicatura; el Centro de Documentación Judicial CENDOJ; la Biblioteca Enrique Low Murtra; la Escuela Judicial “Rodrigo Lara Bonilla”; la Dirección Ejecutiva de Administración Judicial y sus seccionales; de las Cortes y de los respectivos Tribunales de Distrito Judicial; sumado al compromiso indeclinable por parte de los respectivos relatores en el cumplimiento de las funciones adscritas.

Ha sido un largo camino, todo un proceso de transformación de lo mecánico a lo digital, de concientización sobre lo vital que es el conocimiento y la divulgación de las fuentes formales del Derecho, a través de la consulta jurisprudencial, bibliográfica y normativa, que hoy día están disponibles de manera oportuna, eficaz, en tiempo real por medio plataformas virtuales digitalizadas, que se actualizan día a día.

Herramientas de divulgación jurisprudencial de Cortes, Tribunales de Distrito judicial, Restitución de Tierras, Perspectiva de Género; complementadas con el sistema Informativo Doctrinario y Normativo SIDN; y que gracias a las correspondientes convocatorias continúan su fortalecimiento, logrando una mejor prestación de servicios de información jurídicos, lo cual, indudablemente beneficia a todos los usuarios llámese comunidad judicial de magistrados, jueces y empleados; abogados; estudiantes de las facultades y programas de Derecho y otras carreras profesionales; investigadores y ciudadanía en general de nuestro país y del mundo globalizado a través de la internet y sus redes sociales.

Todo un camino que prosigue y se fortalece cada día, y más, frente a los retos de una Transformación Digital en curso, con horizonte hacia la implementación de la denominada Inteligencia Artificial IA, lo cual, es motivo de controversia, análisis y expectativa en cuanto a su aplicabilidad en la administración de justicia, como recientemente la Corte Constitucional en sentencia T-324 de agosto 2 de 2024, con ponencia del Magistrado Juan Carlos Cortés González la ha definido como un

instrumento de apoyo, pero que, no puede ser usada para sustituir el razonamiento lógico y humano que es competencia de cada juez; ello, en consonancia con la Ruta de Generación de Competencias en Inteligencia Artificial que en la Rama Judicial viene implementando el Consejo Superior de la Judicatura, en tres niveles: (i) básico; (ii) intermedio y; (iii) avanzado, la cual continuará su desarrollo, e incorporación en el Plan de Formación de la Rama Judicial liderado por la Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla, planeando fomentar habilidades digitales en los operadores jurídicos, creando cursos para comprender y discutir sobre las nuevas tecnologías y la Inteligencia Artificial, incluyendo formación jurídica sobre su novedad en el curso concurso para ingresar en la Rama Judicial; y desarrollando proyectos de extensión de despliegue de sistemas de Inteligencia Artificial.

Es así, como el trayecto institucional de la función adscrita a las relatorías y bibliotecas de la Rama Judicial de Colombia continúa su robustecimiento, acatando las funciones asignadas, ello, en aras de contribuir a una mejor Administración de Justicia para Colombia y como referente ante la comunidad jurídica internacional, porque, como bien lo anota el apreciado colega relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Buga, Doctor Edwin Fabián García Murillo en el escrito de su autoría: **“las relatorías son la memoria o el olvido”**.

JURISPRUDENCIA



SALA CIVIL FAMILIA



**DIVISORIO AD VALOREM
PRELACIÓN DEL DEMANDADO
AL DERECHO DE COMPRA**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL
DEL PODER PÚBLICO**

**TRIBUNAL SUPERIOR
DE DISTRITO JUDICIAL
DE IBAGUÉ**

SALA CIVIL FAMILIA

SALA DE DECISIÓN No. 03

*Ibagué, veintinueve (29) de febrero de dos mil veinticuatro (2024).
(Aprobado en sesión virtual mediante acta No. 18 del 29 de febrero de 2024)*

Magistrado Ponente: *Pablo Gerardo Ardila Velásquez.*
Referencia: *Apelación de sentencia.*
Demandantes: *Carmenza Rodríguez Hernández y otros.*
Demandada: *Ana Briceida Peralta Cruz.*
Radicado: *73411-31-03-001-2023-00068-01.*
Proceso: *Divisorio.*

Corresponde al Tribunal decidir lo que en derecho corresponda al recurso de apelación interpuesto contra la providencia de 27 de julio de 2023, proferida por el Juzgado

Civil del Circuito de Líbano – Tolima, dentro del proceso Divisorio instaurado por Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez contra Ana Briceida Peralta Cruz, en virtud a que el trámite que le es propio a la instancia se ha agotado.

I.- ANTECEDENTES.

1.- Los demandantes actuando por conducto de apoderado judicial legalmente constituido para la litis presentaron frente a la aquí convocada, proceso divisorio para que, con su citación y audiencia, previos los trámites legales, se decretará la división por venta ad valorem de los bienes inmuebles identificados con folios de matrícula inmobiliaria No. 364 – 4225, 364 – 22287 y 364 – 1631, junto con la correspondiente condena en costas en caso de oposición.

2.- Las anteriores peticiones se apoyan en los supuestos fácticos que ameritan el siguiente compendio:

2.1.- Los demandantes junto con la demandada son propietarios en común y proindiviso de los inmuebles relacionados en líneas que anteceden, los cuales fueron adquiridos por los comuneros, a través de la sucesión y liquidación de la sociedad conyugal y compraventa de derechos de cuota equivalentes del señor Gilberto Peralta Cruz mediante escritura pública No. 1544 del 10 de diciembre de 2022, otorgada por la Notaría Única de Líbano – Tolima, siendo adjudicados los inmuebles en común y proindiviso tanto a la demandada como a los demandantes.

2.2.- Advierte el extremo actor que los bienes objeto de demanda no son susceptibles de división material conforme se determinó en el dictamen pericial arrimado con la demanda, revelando que sus representados no están obligados a vivir en comunidad, por lo que solicitan la venta de los predios objeto de este asunto.

II. ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA.

1.- Por encontrar que el libelo reunía los requisitos legales, la señora Juez a quo lo admitió mediante providencia del 15 de mayo de 2023² ordenando su notificación a la demandada, acto procesal que se cumplió en forma personal en diligencia realizada el 23 de mayo de 2023³.

2.- Dentro de la oportunidad procesal prevista en la Ley ritual, la demandada Ana Briceida Peralta Cruz, quien, a través de apoderado judicial, no se opuso a la pretensión primera y segunda de la demanda referente a la división ad valorem de los inmuebles identificados con folio de matrícula inmobiliaria 364-4225 y 364-22287,

² Archivo pdf No. 11. Carpeta de primera instancia.

³ Archivo pdf 12. Cuaderno principal. Carpeta de primera instancia.

manifestando estar de acuerdo con el avalúo de los mismos, solicitando la venta de la cosa común.

2.1.- Frente a la pretensión tercera, se opuso a la misma, argumentando que conforme al informe pericial rendido por el perito Jorge Francisco Solano Mendoza, el cual se adjunta con la contestación de la demanda, se conceptúa que el inmueble identificado con folio de matrícula inmobiliaria No. 364 – 1631, es susceptible de división, por constar de dos plantas que separan el bien raíz, además de estar en desacuerdo en el valor fijado en la pericia aportada con la demanda, el cual le fijo un avalúo comercial por \$549.600.000, cifra que se encuentra muy por encima al señalado por el auxiliar Solano Mendoza que dictaminó como valor comercial \$443.049.000.

3.- Llevada a cabo la audiencia de conciliación⁴, el apoderado de la parte demandante pidió el uso de la palabra a fin de hacer claridad que por error de digitación en los hechos 3 y 5 de la demanda, se citó el nombre del señor Carlos Fernando Cortés, solicitando no tener en cuenta el mismo, en la medida que no hace parte de este asunto.

3.1.- Por otra parte, al ser requeridas las partes para que conciliaran sus diferencias, el extremo demandado aceptó el avalúo dado por los demandantes al inmueble de matrícula inmobiliaria 364-1631, y al ser el único motivo de desacuerdo, quedo transado el asunto, disponiendo la señora juez aceptar la conciliación realizada entre las partes, decretándose la venta en subasta pública de los bienes inmuebles objeto de esta demanda, teniendo como avalúos los asignados en el dictamen pericial aportado con la demanda, ordenándose a su vez el secuestro de dichos bienes raíces.

4.- Seguidamente, mediante memoriales allegados en término, tanto la parte demandada como demandante hicieron uso del derecho de compra sobre los bienes inmuebles con F.M.I. 364-4225 y 364-22287, efectuando las respectivas consignaciones a la cuenta de depósitos judiciales del juzgado, por lo que a fin de dirimir la anterior situación, se convocó a las partes a audiencia de que trata el artículo 414 del Código General del Proceso, diligencia realizada el 27 de julio de 2023⁵, en la que se resolvió adjudicar a favor de los demandantes el 25% de los derechos de cuota que le correspondían a la demandada respecto de los inmuebles de los cuales se ejerció el derecho de compra.

4 Grabación en audio y video contenida en archivo 22 y acta en archivo pdf 23. Cuaderno principal. Carpeta de primera instancia.

5 Grabación en audio y video contenida en archivo 30 y acta en archivo pdf 29. Cuaderno principal. Carpeta de primera instancia.

III.- LA SENTENCIA.

1.- La señora Juez Civil del Circuito de Libano-Tolima, sentenció la instancia adjudicando el 25% de los predios con F.M.I. 364-4225 y 364-22287 a favor de los actores, argumentando que si bien el artículo 414 del Código General del Proceso limita la facultad de hacer postura únicamente a la parte demandada, en el caso de marras, el despacho con fundamento al canon 2336 del Código Civil, amparará el derecho de los demandantes conforme a la facultad consagrada en la norma sustancial, que establece que cualquiera de los comuneros podrá comprar los derechos a los solicitantes, pagándole la cuota que les corresponda, en aplicación al principio de la primacía del derecho sustancial sobre el procedimental, para también hacer postura sobre los bienes inmuebles identificados con matrícula inmobiliaria 364 – 4225 y 364 – 22287, dejando en claro que tanto la parte demandante como la demandada, estaban facultados para hacer postura respecto de dichos predios.

1.1.- Indicó que los demandantes han ejercido actos de señor y dueño respecto de los fundos objeto de oferta de compra desde el 10 de diciembre de 2022, fecha en la que se les adjudicó en común y proindiviso el respectivo bien inmueble en proporción del 75%, quedando acreditado también conforme al material probatorio allegado que el señor Breiner Gilberto Peralta Rodríguez ha venido ejerciendo posesión de los remembrados bienes desde hace más de 12 años, efectuando actos que el derecho de dominio le confiere como la siembra de pastos para ganado, ingreso de semovientes a la finca, remodelación de cercas, bebederos, entre otras, conforme se estableció en el interrogatorio de partes realizado de manera oficiosa, quedando también acreditado que los demandantes en ocasiones ofrecieron realizar la compra de los derechos del 25% que le corresponden a la demandada sin que se haya podido llegar a una negociación por la negativa de esta última.

1.2.- De esa manera, estableció el Despacho que lo que permite acceder a la pretensión de los demandantes, no es sólo seguir ejerciendo la posesión de los bienes, sino que, además, seguir ejercitando la explotación económica de los mismos que hasta ahora han venido realizando, actos que solo el derecho de dominio les confiere.

1.3.- Por último, aclaró que si bien el artículo 414 del Código General del Proceso, faculta únicamente a los demandados para ejercer el derecho de compra, esta facultad se da bajo el entendido que los demandados están en su derecho de permanecer en la indivisión y deseen conservar la propiedad de su cuota parte con el fin de continuar explotándola; sin embargo, en el caso objeto de estudio, la demandada nunca ha ejercido actos de dominio respecto de los bienes objeto de controversia, ni ha deprecado posesión alguna, ni mucho menos ha realizado ninguna acción tendiente a la

explotación económica, lo que permite inferir que la negativa de sus derechos es de conservar su derecho a la propiedad, en cambio el intereses de los demandantes no era el de permanecer en la in división, sino que conforme a la declaración rendida en la audiencia era la de poder comprar la cuota parte de la demandada, esto es, el 25% restante de la finca para con ello poder continuar con la explotación del fundo, y que por la actitud de la demandada no ha podido ejercer; aunado a que consignaron los dineros correspondientes.

1.4.- En virtud de lo anterior, ordenó la adjudicación a los demandantes del 25% de los derechos de la cuota parte que le corresponden a la demandada Ana Briseida Peralta Cruz respecto de los bienes inmuebles con matrícula inmobiliaria 364 – 4225 y 364 – 22287.

IV.- LA APELACIÓN.

1.- La anterior decisión fue objeto del recurso de apelación por parte del apoderado judicial del extremo demandado, quien refirió, que el presente asunto es un proceso divisorio más no uno de pertenencia, los cuales gozan de una regulación totalmente distinta.

2.- Agregó que ninguna de las partes expresó en el interrogatorio que fue decretado de oficio, que detentaban los inmuebles con ánimo de señor y dueño, aunado a que el señor Breiner manifestó que fungía como administrador más no con ánimo de señor y dueño.

3.- Refuta que, como fundamento de la sentencia se toma el artículo 2336 del Código Civil, sin embargo, aduce que dicho articulado es claro en el sentido de que quienes solicitan en este asunto la venta son los demandantes, y así mismo el artículo 314 (sic) del estatuto procesal, es lúcido al facultar al demandado para ejercer el derecho de compra, como quiera que el espíritu de esa norma le cierra el derecho de compra a los demandantes y el único que puede consignar es el demandado, situación que se encuentra corroborada por la norma sustantiva citada en líneas que anteceden, razón por la cual, los demandantes no podían ejercer el derecho de compra, en virtud que ellos realizaron su propio avalúo, y eso es lo que pretende el espíritu de esa norma, evitar que las personas se abroguen el derecho de acudir a un proceso a fin de elaborar su propio avalúo y consignar lo más beneficioso para estos, por lo que esa situación es la que pretende prohibir el artículo 414 del CGP y el 2336 del C.sC.

4.- Por lo tanto, en atención a la argumentación esbozada, solicita la revocatoria de la decisión recurrida, a fin de que no sea tenida en cuenta la opción de compra propuesta por los demandantes, en razón a que las normas citadas lo prohíben, y en

su lugar se tenga en cuenta sólo la opción de compra realizada por su mandante la señora Ana Briseida Peralta Cruz, quien hizo uso de la misma dentro del término legal, efectuando las consignaciones de los dineros correspondientes en favor de los actores conforme a la cuota que les corresponden a cada uno de ellos respecto de los dos inmuebles con matrícula inmobiliaria 364 – 4225 y 364 – 22287.

V.- TRÁMITE EN SEGUNDA INSTANCIA.

1.- Mediante proveído del nueve (9) de agosto del año dos mil veintitrés (2023), se admitió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia apelada.

2.- Superado el trámite normal para esta clase de actuaciones, se realizan la siguientes.

VII.- CONSIDERACIONES.

1.- Inicialmente cumple advertir, que la alzada interpuesta por el apoderado judicial de la parte demandante, fue sustentada ante el juez de conocimiento, una vez, le fue notificada en estrados la decisión reprochada, lo que significa, que no existe motivo por el cual se deba de disponer la deserción del medio de impugnación, en la medida que se dieron a conocer los señalamientos en contra de la sentencia emitida por el señor juez de conocimiento, aunado a que dichos motivos de inconformidad, fueron corroborados dentro del término de traslado otorgado por la Secretaría de esta Corporación posterior a la admisión de ésta alzada, mediante memorial calendado 22 de agosto de 2023, resultando necesario proceder a su análisis, a fin de salvaguardar el derecho de defensa, que en este evento se impone frente al citado formalismo.⁶

2.- Por otra parte, no encuentra esta Corporación reparo en cuanto a los llamados, por la doctrina y la jurisprudencia, presupuestos jurídico procesales como son capacidad para ser parte; capacidad para comparecer al proceso; demanda en forma y competencia. Además, de la actuación vertida en el plenario, no se vislumbra vicio con capacidad de anularla en todo o en parte, siendo viable emitir un pronunciamiento de fondo.

3.- La Ley procesal civil establece que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, cuando se trate de bienes que puedan partirse materialmente sin que los derechos de los codueños desmerezcan por el fraccionamiento. En lo demás casos procederá la venta, para que se distribuya el producto entre ellos. Es patente,

6 Frente al tema consúltese la sentencia STC5790 – 2021, del 24 de mayo de 2021 M.P. Octavio Augusto Tejeiro Duque.

que la finalidad exclusiva del proceso divisorio es poner fin al estado de indivisión, pues nadie puede ser obligado a vivir en comunidad perpetua.

3.1.- *Bajo estos supuestos es evidente que existen dos tipos de procesos, según la pretensión invocada: la división de la cosa común, cuando los comuneros se proponen quedarse con parte del bien en proporción a sus derechos, pretendiendo convertir esa cuota parte ideal, indivisa y abstracta, en algo concreto y determinado; y la venta de la cosa común o ad valorem, para que una vez realizada, se distribuya su producto entre los comuneros, de acuerdo con su cuota parte. Así las cosas, la división material es procedente cuando se trate de bienes que pueden partirse materialmente sin que su valor desmerezca por el fraccionamiento (artículo 2334 Código Civil) y, la venta cuando se trate de bienes que, por el contrario, no sean susceptibles de partición material o cuyo valor desmerezca por su división en partes materiales.*

3.2.- *El artículo 406 del Estatuto Procesal Civil previene que todo comunero puede pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto, dirigiendo la correspondiente acción contra los demás comuneros. Agrega la citada disposición, que a la demanda deberá allegarse la prueba que acredite que demandante y demandado son codueños y, que tratándose de bienes sujetos a registro, habrá de aportarse un certificado del registrador de instrumentos públicos sobre la situación jurídica del bien y su tradición.*

3.3.- *Ya en punto de las defensas que puede ejercer el comunero demandado, es la misma ley procesal la que en virtud de la especialidad de este tipo de asuntos, la que se encarga de limitar esos actos, advirtiendo que dentro del término del traslado de la demanda, el demandado puede proponer excepciones previas, de otra naturaleza y oposición o únicamente ésta, entendiéndose esa oposición como un cuestionamiento a la división o a la venta pretendida por el actor; en otros términos, la oposición a la pretensión prácticamente queda circunscrita a la vigencia del pacto de indivisión y a la forma de verificar la división. Igualmente se le faculta al comunero que considere tener mejoras en la cosa común, para que las alegue o reclame con la demanda o en el escrito de contestación, según fuere el caso, especificándolas debidamente y pidiendo las pruebas correspondientes, aspecto que deberá decidir el juzgador en la misma providencia en que resuelva la oposición planteada y, en el evento en que se lleguen a reconocer esas mejoras, ordenará que el perito las avalúe por separado (artículo 412 Código General del Proceso).*

4.- *Aplicados estos supuestos normativos al caso que ocupa la atención de la Sala, es incuestionable que con la prueba documental allegada con la demanda, esto es con la copia de la escritura 1544 de diez de diciembre de 2022 otorgada por la Notaría Única de Líbano – Tolima, así como con los certificados de tradición*

número 364 – 4225, 364 – 22287 y 364 – 1631 expedidos por la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de esa misma municipalidad, se acreditó plenamente que los comuneros Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús, Breiner Gilberto Peralta Rodríguez y Ana Briceida Peralta Cruz, son codueños de los bienes inmuebles objeto de esta demanda. En fin, el presupuesto previsto por el artículo 406 *ibídem* y que tiene que ver específicamente con la legitimación tanto por activa como por pasiva, se encuentra plenamente cumplido, situación que permite entrar en el estudio de la alzada invocada por la comunera demandada.

4.1.- Es claro que en el sub judice conforme al devenir de la actuación judicial, se hace necesario entrar a verificar sí con la prueba recaudada de oficio y los argumentos esbozados por la juzgadora de primera instancia, se tornan viables y suficientes para que la oferta de compra ejercida por los demandantes debe de prevalecer sobre la demandada.

4.2.- Bajo esa egida tenemos que el artículo 414 de la obra procesal señala: Derecho de compra. Dentro de los tres (3) días siguientes a la ejecutoria del auto que decreta la venta de la cosa común, cualquiera de los demandados podrá hacer uso del derecho de compra. La distribución entre los comuneros que ejerciten tal derecho se hará en proporción a sus respectivas cuotas.

El juez, de conformidad con el avalúo, determinará el precio del derecho de cada comunero y la proporción en que han de comprarlo los interesados que hubieran ofrecido hacerlo. En dicho auto se prevendrá a estos para que consignen la suma respectiva en el término de diez (10) días, a menos que los comuneros les concedan uno mayor que no podrá exceder de dos (2) meses. Efectuada oportunamente la consignación el juez dictará sentencia en la que adjudicará el derecho a los compradores.
(...)

4.3.- Por su parte, el canon 2236 del Código Civil preceptúa “VENTA PARCIAL DE LA COSA EN COMÚN. Cuando alguno o algunos de los comuneros solicite la venta de la cosa en común, los otros comuneros o cualquiera de ellos pueden comprar los derechos de los solicitantes, pagándoles la cuota que les corresponda, según el avalúo de la cosa”

4.4.- Frente al uso del derecho de compra consagrado en las normas en cita, debe advertirse que sobre este derecho existe prelación por la parte demandada, la cual se funda no por los argumentos esbozados por la parte apelante, sino por los que la Sala procede a exponer.

4.5.- La Corte Constitucional en el desarrollo de una acción pública de inconstitucionalidad promovida por un ciudadano en la que solicitó la declaración de

inexequibilidad parcial del entonces vigente artículo 474 del Código de Procedimiento Civil y 2336 del Código Civil, atacando de inconstitucional la expresión de “cualquiera de los demandados” y “los otros comuneros o cualquiera de ellos pueden comprar los derechos” por ser violatorios del derecho a la igualdad de que gozan los demandantes en un proceso divisorio ad valorem, al no poder efectuar el derecho de compra, otorgándole la norma de manera privativa dicho privilegio al demandado (s) en esa clase de asuntos.

4.6.- Por ello, a fin de resolver la anterior problemática, en sentencia C – 791 de 2006, se analizó las normas parcialmente demandadas, señalando:

“(…) las normas parten de reconocer un derecho de preferencia de compra para los demandados que debe entenderse circunscrito a la modalidad de venta de la cosa común o ad valorem en el proceso divisorio y antes de que proceda el remate del bien.

Al tratarse de un proceso divisorio en el que procede la venta del bien común y no la división material del mismo, él o los demandantes comuneros deben de tener presente que si bien tienen el derecho a no permanecer en la indivisión, y que la naturaleza de dicha acción en el caso en concreto consiste en vender o enajenar la cuota o cuotas partes proindiviso, en cabeza de los demandados también se encuentra el derecho a permanecer en la indivisión si no han expresado una voluntad contraria, teniendo en consecuencia también el derecho a conservar la propiedad de su cuota parte.

Distintos intereses pueden motivar a cada una de las partes en el proceso divisorio de venta de la cosa común, por lo que el derecho preferente de compra a favor de los demandados encuentra una justificación constitucional como lo es perseguir ejercer las prerrogativas propias del derecho a la propiedad, que para unos puede estar en terminar la comunidad y para otros en conservarla dentro del proceso de venta de la cosa común.

En el proceso divisorio de venta de la cosa común, él o los comuneros demandantes buscan no permanecer en estado de indivisión a través de la venta del bien -a lo que no podrán oponerse los demandados-, pretensión que quedaría satisfecha cuando se logra tal cometido bien porque los demás comuneros accedan a la propiedad de la cuota parte de aquellos y paguen el valor correspondiente, o bien porque finalmente el bien sea rematado con la opción de éste caso para cualquier comunero o un tercero de adquirir la propiedad del bien, existiendo una división posterior ad-valorem.

Cabe recordar que a los comuneros demandados les puede animar un interés distinto al del demandante como lo es el conservar la comunidad, el legislador previo precisamente la facultad de ejercer el derecho de compra, señalando que decretada la venta del bien común, dentro de los tres días siguientes a aquél en el que el avalúo quede en firme, los demandados podrán ejercer dicho derecho, para lo cual al juez corresponde determinar el precio del derecho del demandante y la proporción en que han de comprarlo los demandados que hubieren ofrecido hacerlo, se prevenirá para que se efectúe la consignación y una vez efectuada se proferirá sentencia adjudicando el derecho a los compradores.

El medio empleado por el legislador resulta adecuado y necesario a la consecución del fin establecido por cuanto los comuneros demandados podrán ejercer el derecho preferente de compra, conservando su calidad de comunero, sobre el derecho o cuota parte del demandante, evitando así que también pase a manos de terceros por remate del mismo. Y, a la vez se podrá satisfacer el interés del comunero demandante de no permanecer en la comunidad a través de la venta de los que corresponde sobre el bien común.

Así mismo, debe de indicarse que si el comunero demandante busca además comprar el bien común, es decir, no sólo desea dejar de pertenecer a la comunidad, sino que también persigue adquirir la cosa común, podrá conseguirlo, como se ha expuesto, a través del común acuerdo con los demás comuneros o solo en la medida que estos no utilicen la opción de compra el bien deba salir a remate, momento en el cual el demandante puede presentarse como postor.

Por consiguiente, la opción de compra inicial y preferencial que se confiere a los comuneros demandados sobre la cosa común no vulnera el derecho a la igualdad de los comuneros demandantes”.

5.- Por lo tanto, ante el razonamiento efectuado por la Corte Constitucional traído en cita, no le era dable a la señora Juez de conocimiento darle preferencia al derecho de compra enervado por los demandantes, debido a que dicha facultad es propia del extremo demandado, conforme lo dispuesto tanto por la norma sustancial (artículo 2336 Código Civil), como por la procesal (artículo 414 Código General del Proceso).

5.1.- Nótese que el fundamento base para proferir el fallo de primer grado consistente en que uno de los demandantes ejercía actos de señor y dueño sobre los predios materia de división ad valorem, no podía ser usado en este escenario, dada las particularidades propias de este proceso y el derecho sustancial de conservar la cosa común que le asiste a los demandados en un proceso divisorio.

5.2.- En suma, debe de ponerse de presente que, así como la ley civil y procedimental otorgan a los comuneros la libertad de no estar obligados a permanecer en indivisión, pudiendo pedir la división material de la cosa común, o su venta para que se distribuya el producto, la misma normatividad sustancial y el procesal permite al comunero(s) demandado seguir conservando la cosa.

5.3.- Por lo que es sólo en el caso de que proceda el remate del bien, que cualquier comunero puede presentarse como postor, para lo cual deberá consignar el porcentaje legal y pagar el precio del remate en la misma forma que los terceros, pero con deducción del valor de su cuota en proporción aquel; sin embargo, la anterior situación respecto a los inmuebles con folio de matrícula inmobiliaria No 364-4225 y 364-22287, no procedía ante el derecho de compra efectuado por la demandada, siendo inviable para con estos su remate.

5.4.- Aunado, a que la determinación adoptada por la sentenciadora de primera instancia no contó con un sustento jurisprudencial o doctrinal para el caso en concreto, pasando por encima de lo reglado por las normas en cita. Razones más que suficientes para revocar la sentencia recurrida.

6.- Ahora bien, revisadas las consignaciones efectuadas por la demandada Ana Briceida Peralta Cruz a fin de hacer valer su derecho de compra, se logra constatar que el avalúo acogido por las partes respecto del predio con matrícula inmobiliaria No 364-4225 corresponde a \$70.000.000, por lo que el 75% de los comuneros demandantes es de \$54.000.000, valor que en efecto fue cubierto por la convocada.

6.1.- En tema del inmueble distinguido con matrícula inmobiliaria 364-22287 su avalúo se fijó en \$294.208.500, de manera que el 75% correspondiente a los demandantes asciende a \$220.656.375, suma de dinero que también fue depositada por la señora Peralta Cruz, de tal manera, al verificarse que las consignaciones se realizaron con estricto apego al porcentaje correspondiente, no queda otra opción sino la de adjudicar el porcentaje común y proindiviso de los señores Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez a la ciudadana Ana Briceida Peralta Cruz.

7.- Consecuentemente, se revocará la sentencia para en su lugar adjudicar en favor de la demandada Ana Briceida Peralta Cruz el 75% del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 364-4225 Lote San Antonio con un área superficial de 6 hectáreas con 4.294 metros, ubicado en la vereda La Gloria del municipio de Murillo – Tolima, porcentaje común y proindiviso que corresponde a los demandantes Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez.

7.1.- Así como también, adjudicar a la demandada Ana Briceida Peralta Cruz el 75% el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 364 – 22287, “Lote El Jardín uno y dos” con un área superficial de 20 hectáreas, ubicado en la vereda La Gloria – Sabana Larga del Municipio de Murillo – Tolima, porcentaje común y proindiviso que corresponde a los demandantes Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez.

8.- Por último, no se proferirá condena en costas en esta instancia ante la prosperidad del recurso impetrado por el extremo demandado.

En mérito de lo expuesto, LA SALA CIVIL-FAMILIA EN SU SALA DE DECISIÓN 03 DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ, ADMINISTRADO JUSTICIA Y EN NOMBRE DE LA REPÚBLICA Y POR AUTORIDAD DE LA LEY:

RESUELVE:

PRIMERO. REVOCAR la sentencia proferida el 27 de julio de 2023, por el Juzgado Civil Circuito de Líbano–Tolima, y en su lugar, **ADJUDICAR** en favor de la demandada Ana Briceida Peralta Cruz el 75% del bien inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria No. 364-4225, Lote San Antonio, con un área superficial de 6 hectáreas con 4.294 metros cuadrados, ubicado en la vereda La Gloria del municipio de Murillo – Tolima, porcentaje común y proindiviso que corresponde a los demandantes Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez.

Así como también, **ADJUDICAR** a la demandada Ana Briceida Peralta Cruz el 75% el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 364 – 22287, “Lote El Jardín uno y dos” con un área superficial de 20 hectáreas, ubicado en la vereda La Gloria – Sabana Larga del Municipio de Murillo – Tolima, porcentaje común y proindiviso que corresponde a los demandantes Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez.

Los linderos de los inmuebles referenciados en los párrafos que anteceden se encuentran consignados en escritura pública No. 1544 del 10 de diciembre de 2022 otorgada por la Notaria Única de Líbano.

SEGUNDO. ORDENAR al Juzgado Civil del Circuito de Líbano que a través de su Secretaría realice la entrega de los títulos de depósito judicial consignados por la demandada respecto de los bienes inmuebles con matrícula inmobiliaria 364-4225 y 364-22287 a los demandantes Carmenza Rodríguez Hernández, Fabio De Jesús y Breiner Gilberto Peralta Rodríguez en proporción al porcentaje común y proindiviso que cada uno ostentaba sobre los referenciados predios, por valor total de \$54.000.000 y \$220.656.375.

TERCERO. ORDENAR al Juzgado Civil del Circuito de Líbano que a través de su Secretaría realice la devolución de los dineros consignados por los demandantes por concepto de derecho de compra.

CUARTO. ORDENAR la cancelación del embargo y secuestro de los inmuebles identificados con la matrícula inmobiliaria No. 364-4225 y 364-22287 de la oficina de registro de instrumentos públicos de Líbano – Tolima.

QUINTO. ORDENAR la expedición de copias de la presente sentencia, a favor de la demandada Ana Briceida Peralta Cruz, a fin de que se proceda con su protocolización en la Notaría de Líbano y su posterior inscripción en la oficina de Instrumentos Públicos de Líbano – Tolima.

SEXTO. DISPONER con la continuación de este asunto respecto del remate del bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 364-1631, sobre el cual no se ejerció derecho de compra.

SEPTIMO. CONDENAR en costas de la primera instancia a los demandantes en favor de la demandada Ana Briceida Peralta Cruz.

OCTAVO. En firme devuélvase la actuación al juzgado de origen.

NOVENO.–NOTIFÍQUESE esta providencia conforme lo señala el artículo 9 de la Ley 2213 de junio 13 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

PABLO GERARDO ARDILA VELÁSQUEZ

Magistrado.

JULIÁN SOSA ROMERO

Magistrado.

(Ausencia justificada)

DIEGO OMAR PÉREZ SALAS

Magistrado.

CONTRATO DE SEGURO. NULIDAD RELATIVA

POR RETICENCIA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL SALA CIVIL-FAMILIA DE DECISIÓN IBAGUÉ-TOLIMA

Magistrado Sustanciador: Ricardo Enrique Bastidas Ortiz.

Ibagué, seis (06) de agosto de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia: R.C.C. Demandante: Flor Alba Calderón Moreno y otros. Demandado: Banco Davivienda y otro. Radicación Nro. 73-001-31-03-001-2022-00048-01.

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación presentado por la parte demandante contra la sentencia dictada el 17 de agosto de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué (Tolima).

I. ANTECEDENTES:

1.- Flor Alba Calderón Moreno, Fabián Mauricio Suárez Calderón, Juan José Suárez Calderón y Julián Francisco Suárez Calderón, esposa e hijos del causante Francisco Antonio Suárez Avilés, a través de apoderado judicial presentaron demanda

dirigida contra la Compañía de Seguros Bolívar S.A. y solidariamente contra Banco Davivienda S.A., para que se emitan las siguientes declaraciones y condenas:

1. *Que se declare que existió un CONTRATO DE SEGURO contenido en la PÓLIZA DE SEGURO DE VIDA GRUPO – DEUDORES Nro. 45388, suscrita el día 08 de abril de 2019, entre el asegurado FRANCISCO ANTONIO SUÁREZ AVILÉS (Q.E.P.D.) y la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A., por medio del cual la compañía aseguradora se comprometió a responder y pagar al tomador y beneficiario oneroso BANCO DAVIVIENDA S.A. por concepto de “muerte del asegurado”, el amparo básico del seguro, es decir a pagar el 100% del saldo del crédito amparado de la Tarjeta de Crédito Cafetera No. 0032060407465430, por valor asegurado de \$80.000.000.*
2. *Que se CONDENE a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. a pagar a favor del BANCO DAVIVIENDA S.A. el 100% correspondiente al saldo de la tarjeta de crédito cafetera Diners No. 0032060407465430, crédito aprobado, otorgado y desembolsado a favor del asegurado FRANCISCO ANTONIO SUÁREZ AVILÉS (Q.E.P.D.) amparado en la PÓLIZA DE SEGURO DE VIDA GRUPO – DEUDORES Nro. 45388.*
3. *Que igualmente se DECLARE: que existió un contrato de mutuo contenido en el crédito amparado de la Tarjeta de Crédito Cafetera No. 0032060407465430, entre el BANCO DAVIVIENDA S.A. y el cliente FRANCISCO ANTONIO SUÁREZ AVILÉS (Q.E.P.D.), quien da origen a todos los convenios con la aseguradora, contrato de mutuo contenida en un pagaré de persona natural, contrato que nace ligado al contrato de seguro de vida, con el fin de asegurar su pago al faltar el deudor, y donde la entidad financiera asume las obligaciones que, en calidad del tomador, le impone el artículo 1041 del código de comercio. Obligando al señor FRANCISCO ANTONIO SUÁREZ AVILÉS (Q.E.P.D.), a constituir el primer contrato como garantía de su pago.*
4. *Que se DECLARE que existió el incumplimiento del CONTRATO DE SEGURO DE VIDA GRUPO – DEUDORES celebrado entre la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y el causante tomador el señor FRANCISCO ANTONIO SUÁREZ AVILÉS (Q.E.P.D.), con fundamento en el siniestro “MUERTE” del asegurado (...), acaecido el día 16 de noviembre de 2019, que amparaba la tarjeta de crédito cafetera No. 0032060407465430, obligación adquirida y beneficiario del seguro el BANCO DAVIVIENDA S.A., acreencia amparada que al momento del fallecimiento del asegurado estaba por valor de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y*

DOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$57.036.282), la cual fue negada a pagar al tomador o beneficiario (...), y este a su vez incumplió su obligación como beneficiario (...).

5. *Que se DECLARE CIVIL, SOLIDARIA, CONTRACTUAL y EXTRA-CONTRACTUALMENTE RESPONSABLES a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y BANCO DAVIVIENDA S.A., de los resultados y consecuencias derivados del incumplimiento en el pago del amparo siniestro de muerte obligado, hechos que determinaron en el Proceso Ejecutivo de BANCO DAVIVIENDA S.A. en contra de mis prohijados (...); proceso judicial adelantado en el Juzgado Segundo Civil Municipal del Espinal Tolima, bajo el radicado N° 73268400300220200016700.*
6. *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se CONDENE SOLIDARIAMENTE a la COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. y BANCO DAVIVIENDA S.A., a PAGAR a [los demandantes] a título de reparación: Al resarcimiento de la totalidad de los PERJUICIOS PATRIMONIALES y EXTRA-PATRIMONIALES, irrogados a todos los demandantes producto del incumplimiento del CONTRATO DE SEGURO DE VIDA GRUPO – DEUDORES (...). Por concepto de daños materiales (...) al 16 de noviembre de 2019 (...) la suma de CINCUENTA Y SIETE MILLONES TREINTA Y SEIS MIL DOSCIENTOS OCHENTA Y DOS MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$57.036.282) (...) LUCRO CESANTE (...) la suma de \$14.479.218; por el perjuicio material de los dineros retenidos y embargados dentro del proceso ejecutivo (...), perjuicio que fue causado a (...) FLOR ALBA CALDERÓN MORENO (...) por la pérdida legítima y de las ganancias que dejaron de obtener los bienes embargados y secuestrados. (...) Por concepto de perjuicios morales el equivalente a 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, (...) para la señora FLOR ALBA CALDERÓN MORENO.”*

De igual forma reclamaron el reconocimiento de todos los daños no pedidos pero que se logren demostrar; las sumas se paguen indexadas; se imponga el reconocimiento de los intereses legales; y se condene en costas a la pasiva.

2.- Como hechos de la demanda se expusieron los siguientes:

Se adujo que Francisco Antonio Suárez Avilés, quien falleció por infarto cerebral el 16 de noviembre de 2019, suscribió el 8 de abril de esa misma anualidad “seguro individual de vida grupo – deudores” No. 45388 con Seguros Bolívar S.A. para ser amparado por vida, invalidez e incapacidad en un 100% para el saldo no pagado

del crédito No. 0032060407465430 otorgado por Banco Davivienda S.A. por la suma de \$80.000.000, éste fungiendo como beneficiario oneroso, tal como le fue exigido por la misma entidad financiera. Obligación respaldada con la firma de pagaré No. 1110687 y carta de instrucciones para el diligenciamiento del mismo.

También se agregó que Flor Alba Calderón, cónyuge sobreviviente del causante realizó la reclamación para el cumplimiento del contrato de póliza *“solicitando el pago del 100% del saldo del crédito asegurado, (...), que según certificación expedida a fecha del 27 de diciembre de 2019 estaba por valor total de cincuenta y siete millones treinta y seis mil doscientos ochenta y dos pesos (\$57,036.282)”*, empero que, el 19 de julio de 2020, la compañía de seguros por medio de oficio GO-SV-8167854 informó *“que NO PROCEDE EL PAGO INDEMNIZATORIO”*, como quiera que no se informó el verdadero estado de salud del asegurado al momento de tomarse la póliza conforme lo exige el canon 1058 del Código de Comercio, pues existían patologías *“que no fueron informadas al momento de suscribir la declaración de asegurabilidad”*, omisión que entonces generaba nulidad.

Sin embargo, se relató en la demanda que al causante *“no se le había diagnosticado ningún infarto cerebral, en ninguno de sus exámenes, ni menos se le había manifestado con anterioridad a la toma del seguro”*, razón por la cual estimó *“son civil y solidariamente responsables, tanto la compañía de Seguros Bolívar S.A. y el Banco Davivienda S.A.”*, dado que *“el objeto del seguro es la vida del deudor (...) y originado el riesgo asegurable cuya realización da origen es el evento cierto de su muerte, este seguro participa de un evidente contenido patrimonial e indemnizatorio”*.

Adicionando que dada la edad del señor Francisco Antonio previo al fallecimiento (68 años) y la falta de suministro de información y explicación por las demandadas, *“no tenía el consentimiento informado, ni conocía completamente la información suficiente con la que se abstendría a la aseguradora para celebrar el contrato, y de haberla conocido tampoco hubiere sido posible que declarara preexistencias porque en ningún momento se suscribió declaración de asegurabilidad”*, máxime que las afecciones preexistentes no tienen nexo causal con la causa de muerte, la aseguradora no le exigió exámenes médicos o historia clínica a la suscripción de la póliza y no desplegó su deber de diligencia profesional.

Relató finalmente que dada la abstracción en el cubrimiento que mantuvo la aseguradora, el Banco Davivienda S.A. demandó ejecutivamente a los herederos del causante, juicio donde se decretó el embargo *“de los dineros propios de la cónyuge supérstite depositados en el Banco Bancolombia en su cuenta de ahorros No. 41170051236 por la suma de \$85.453.382,77”*, lo que ocasionó perjuicios materiales y extra patrimoniales.

3.- La demanda presentada el 8 de febrero de 2022, luego de rechazarse por el Juzgado Séptimo Civil Municipal de Ibagué, fue asignada al Juzgado Primero Civil

del Circuito de esta ciudad, sede que la admitió mediante auto del 28 de marzo del mismo año. (archivo 17, cuaderno primera instancia).

4.- Notificados los demandados, éstos contestaron en el siguiente orden:

4.1.- La Compañía de Seguros Bolívar S.A.¹ se opuso a la prosperidad de las pretensiones invocadas, adujo que unos hechos eran ciertos, que no le constaban los relatados respecto de la actividad desplegada por la entidad financiera, que no eran ciertos aquellos que trataron de excluir la relación de las preexistencias con la patología por la cual ocurrió el deceso y la no suscripción de la declaración de asegurabilidad, a la postre que en gran parte se abstuvo de emitir pronunciamiento por no tratarse de hechos en estricto rigor.

Como excepciones propuso las que denominó así: (i) *“nulidad relativa del contrato de seguros por reticencia y/o inexactitud en la declaración del estado del riesgo”*; (ii) *“el tomar faltó a su deber legal de declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo”*; (iii) *“no es necesario que exista una relación causal entre la declaración inexacta y/o reticente y el siniestro para que opere la declaración de nulidad del contrato de seguro”*; (iv) *“en virtud de la buena fe que irradia al contrato de seguro en su etapa precontractual el asegurador no se encuentra obligado a inspeccionar en forma previa el riesgo que le pretende ser traslado por el futuro tomar”*; (v) *“el señor Francisco Antonio Suárez Avilés (Q.E.P.D.), defraudó el principio de buena fe que regula el contrato de seguro”*; (vi) *“falta de prueba de los perjuicios materiales”*; (vii) *“los perjuicios inmateriales o extrapatrimoniales no son cubiertos por la Póliza de Seguros de Vida Grupo Deudores”*; (viii) *“excesiva cuantificación de perjuicios morales”*; (ix) *“buena fe”*; (x) *“prescripción”*; y (xi) *“genérica”*.

4.2.- Banco Davivienda S.A. refutó la prosperidad de las pretensiones al argumentar que *“no es entidad aseguradora y, al no ser parte de su objeto social el desarrollo de actividades asegurativas, no corresponde a esta entidad el reconocimiento o pago de la indemnización reclamada con el fin q de cubrir el saldo insoluto del Tarjeta de Crédito Agropecuaria No. 0032060407465430”*, además porque no se cumplen los requisitos axiológicos de la acción de responsabilidad civil contractual. Por esa orientación admitió la veracidad de algunos hechos, y se opuso a los relacionadas con el cobro efectuado por esa entidad, como quiera que estimó no tener responsabilidad al no ser la entidad que expidió la póliza, así como aquel que negó la suscripción de la declaración de asegurabilidad, pues menciona que ello si ocurrió.

Como apoyo de su defensa esgrimió las excepciones de mérito que nombró así: (i) *“cumplimiento estricto de las obligaciones contractuales y legales a cargo del Banco Davivienda S.A.”*; (ii) *“en caso de algún tipo de responsabilidad el llamado a*

1 Archivo 32, cuaderno primera instancia

responder por el reclamo de los demandantes no es el Banco Davivienda S.A.”; (iii) “inexistencia de los elementos para predicar responsabilidad contractual a cargo de Banco Davivienda S.A.”; (iv) “ausencia e inexistencia de perjuicios patrimoniales imputables a Banco Davivienda S.A.”; (v) “inexistencia de daños patrimoniales”; y (vi) “excepción genérica”.

5.- El diecisiete (17) de agosto de 2023 el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué (Tolima) dictó sentencia² de primera instancia declarando probada la excepción de mérito denominada “nulidad relativa del contrato de seguros por reticencia planteada por el demandado Seguros Bolívar S.A.”, en consecuencia, negó las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la demandante.

En esencia consideró el sentenciador que el señor Suárez Avilés al no declarar sobre las preexistencias que padecía incurrió en reticencia al momento de realizar la declaración de asegurabilidad, vulnerando el principio de la buena fe y viciando el consentimiento del asegurador, pues al margen de la incidencia de las patologías existentes con la causa del deceso, “lo realmente relevante, es que al no declarar las preexistencias se vulneró el principio de la buena fe contractual, (...), puesto [que] de haber tenido el conocimiento de ello por información fidedigna otorgada por el asegurado, podría haber aumentado la prima o no haber celebrado el contrato, situaciones que pusieron en desequilibrio la relación contractual, y por tanto, viciaron de nulidad relativa el contrato de seguro”, razón por la cual, concluyó que “no se puede predicar la existencia de un contrato legalmente válido, requisito indispensable para declarar responsabilidad civil contractual”.

6.- Dado el desacuerdo con la decisión inicial, el extremo actor promovió recurso de apelación, no obstante, como quiera que el desarrollo ante el juez *a-quo* fue meramente enunciativo y no detallado ni suficiente, en esta instancia dando aplicación a lo previsto en el artículo 12 de la Ley 2213 de 2022, se admitió la alzada y concedió el lapso de cinco (5) días para efectuar la debida sustentación del recurso, oportunidad dentro de la cual ese extremo se pronunció.

La disconformidad con lo resuelto, encontró basamento según el extremo promotor del litigio en la deficiente valoración probatoria, por cuanto “no se aport[ó] prueba alguna que demuestre la mala fe por parte del señor Francisco Suárez al momento de declarar sobre su estado de salud”, además que al considerar la edad del causante “de alguna manera presenta menoscabo en su salud siendo la aseguradora negligente al no indagar sobre el estado de salud del [mismo] antes de asumir el riesgo”. Y aun con ello, en desmedro de esas apreciaciones la sede judicial presumió la mala fe.

2 Archivo 79, cuaderno primera instancia.

Se insistió en que la aseguradora podía tener acceso a la historia clínica del señor Suárez, como se atestó en la declaración de asegurabilidad, y con ello, *“la parte demandada no acreditó haber desplegado ninguna conducta adicional encaminada a realizar una verificación de la declaración hecha por el tomador para poder establecer las condiciones contractuales y mucho menos realizó exámenes médicos encaminados a corroborar lo declarado, (...), por ende, (...), surge (...) la obligación de probar la mala fe del tomador, (...), esto es demostrar con suficiencia que el señor Suárez actuó con intención de ocultarle la existencia de alguna condición médica”*.

Una vez corrido el traslado de rigor por la secretaría de la Corporación, las dos entidades demandadas se pronunciaron oponiéndose a la sustentación realizada y solicitando se mantenga la decisión objeto de controversia.

II. CONSIDERACIONES:

1. Los presupuestos procesales entendidos como los requisitos mínimos que deben estar presentes para proferir sentencia se encuentran plenamente estructurados. De otro lado, no se observa vicio capaz de invalidar lo actuado, por lo que procede esta Sala a decidir de fondo el asunto presentado a estudio.
2. Atendiendo los reparos y la sustentación enarbolada contra la sentencia de primera instancia, el estudio se ciñe principalmente a determinar si la postura del a-quo frente a la reticencia y declaratoria de nulidad relativa que como excepción se declaró probada se debe mantener o sí, por el contrario, la aseguradora demandada estaba obligada a pagar la obligación financiera adquirida por Francisco Antonio Suárez Avilés con el Banco Davivienda, producto del contrato de seguro suscrito en el que ésta funge como beneficiaria onerosa³, y por esa orientación, se encuentra obligada a pagar las sumas de dinero que los demandantes en calidad de sucesores del señor Suárez Avilés relatan le fueron descontadas por cuenta del proceso ejecutivo iniciado a instancias del banco demandado en el Juzgado Segundo Civil Municipal de El Espinal (Tolima) y también a indemnizar los perjuicios que con ello se causaron.
3. En ese orden, imperioso es transcribir lo consagrado en los artículos 1058 y 1158 del Código de Comercio, así, el primero dice:

“DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO Y SANCIONES POR INEXACTITUD O RETICENCIA. El tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el

3 Ver certificado individual de seguro. Folio 4, archivo 003, cuaderno primera instancia.

cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo.

Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160”.

Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente. (Subrayado propio).

A su turno, el segundo indica: “PRESCINDENCIA DE EXAMEN MÉDICO Y DECLARACIÓN DEL ESTADO DEL RIESGO. Aunque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058, ni de las sanciones a que su infracción dé lugar”.

4. Bajo ese panorama normativo, debe decirse que no siempre el asegurador conoce las circunstancias que pueden influir en la apreciación del riesgo, por eso la correcta información del asegurado constituye el contenido del comportamiento de quienes participan en los tratos preliminares al contrato. No ha de desatenderse que, por lo general, la aseguradora se orienta y decide conforme a lo que la otra parte le ha revelado; aquélla debe confiar en las declaraciones de quien pretende asegurarse.

En la etapa precontractual, quienes participan en ella, recíprocamente deben dar noticia de todo dato trascendente, porque esto ejerce una influencia sobre el consentimiento, como también la ejerce toda afirmación de lo que es

falso o suministrada con reticencia, lo cual se traduce en una infracción al deber general de comportarse de buena fe.

Una información falsa, inexacta o reticente suministrada por el asegurado, vicia el consentimiento del asegurador, porque queda perfeccionado un contrato sobre un riesgo distinto del verdadero; de haber sido informado éste sin reticencias ni falsedades sobre las circunstancias que influyen en la apreciación del riesgo, hubiera preferido no contratar o hacerlo bajo otro contenido contractual. El perfeccionamiento del contrato de seguro depende de la influencia que ejerce la declaración del estado del riesgo que emite quien pretende asegurarse y obtener así un provecho para sus beneficiarios.

El deber de informar, que participa de la naturaleza de una carga de conducta, porque el asegurador no dispone de un medio de ejecución forzosa de la conducta debida, de ordinario se realiza por escrito mediante cuestionarios impresos que proporciona el asegurador, cuyo contenido apunta a la exacta representación del riesgo que puede llegar a ser objeto del contrato. A la anterior forma se le ha llamado declaración dirigida del estado de riesgo, o como aquí ocurre, *declaración de asegurabilidad*, en contraposición a la declaración espontánea, que no se perfecciona con sujeción a un cuestionario determinado, sino que se circunscribe a las circunstancias conocidas y relevantes de la apreciación del riesgo a buen criterio del tomador o asegurado.

El contenido del cuestionario suministrado por el asegurador es el elemento orientador sobre cuáles son las circunstancias que, a su juicio, influyen en el riesgo, por ello la confianza que el asegurador deposita en la declaración veraz del asegurado puede ser infringida mediante la reticencia y la inexactitud o falsa declaración, fenómenos que producen la misma consecuencia aunque ontológicamente difieren. La primera se concibe como la omisión en la declaración de las circunstancias relevantes y la segunda como la discordancia entre lo manifestado en la declaración y la realidad. Una y otra vician el consentimiento del asegurador cuyo efecto es la nulidad relativa del seguro (artículo 1058 del Código de Comercio).

5. Descendiendo sobre el caso de marras, se le enrostra al asegurado Francisco Antonio Suárez Avilés (Q.E.P.D.) que al gestionar la “*póliza vida grupo deudores*” No. 45388 del 8 de abril de 2019 siendo beneficiario oneroso el Banco Davivienda S.A., “*incurrió en reticencia e inexactitud al momento de suscribir*

la póliza (...), pues su estado de salud no correspondía con lo manifestado en dicha declaración”, tal y como se evidencia en la declaración de asegurabilidad, “ya que desde el año 2008 fue diagnosticado con (...): (i) enfermedad coronaria (...), (ii) antecedente de angioplastia (...), (iii) disartria y anartria, enfermedad cerebrovascular, no especificada, fibrilación y aleteo auricular, diabetes mellitus no insulino dependiente (...), (iv) ECV transitorio a descartar HTA (...)” (Fol. 14, archivo 32), las cuales soportaba de años anteriores a la contratación realizada, tal y como adelante se detallará.

Para hilvanar lo anterior, precítese que la copia de la declaración de asegurabilidad⁴ arrimada con las contestaciones de la demanda no fue objetada, desconocida o tachada de manera alguna, de ahí que la misma soporta con suficiencia su contenido y alcance, aspectos que además no vienen directamente controvertidos.

Claro ello, nótese que de la manifestación del estado del riesgo hecha en la declaración de asegurabilidad, se extrae que el asegurado indicó no padecer de limitación o enfermedad alguna, sin que ello se hubiera podido colegir o presumir de tajo por el sólo hecho de haber tenido 67 años para ese momento, mucho menos, iterase, cuando el propio asegurado, siendo su obligación legal y contractual, nada expresó pese a tener conocimiento de sus precedentes médicos; para claridad y además del deber de prudencia y cuidado mínimo que se tenía de leer antes de firmar, se consignó en un aparte de dicha declaración lo siguiente:

1. Mi estado de salud es normal, no padezco ninguna enfermedad crónica ni me encuentro en estudio médico por afecciones de mi estado de salud.
2. No sufro actualmente de dolencias tales como: enfermedades congénitas, enfermedades del corazón y/o enfermedades de las arterias, aneurismas cerebrales o de otras arterias, VIH-SIDA; tensión arterial alta, cáncer, diabetes, hepatitis B o C; enfermedad crónica del hígado y/o riñones; enfermedades neurológicas, psiquiátricas o pulmonares; lupus, artritis reumatoidea o enfermedades del colágeno similares; várices del esófago; trombosis o derrame cerebral; tromboflebitis, enfermedades de la sangre; enfermedades del páncreas; trasplantes; obesidad.
3. No he sido sometido ni se me han programado tratamientos o intervenciones quirúrgicas en razón a las enfermedades anunciadas anteriormente o a dolencias directamente relacionadas con ellas, así como tampoco por alguna otra enfermedad no enunciada, en forma causal o consecuencial.
4. En la actualidad no sufro síntomas, enfermedades crónicas o adicciones que puedan incidir sobre mi estado de salud.
5. No tengo limitación física ni mental alguna.

Además, concluyó: “reitero que lo manifestado en esta declaración es verídico y que tengo el conocimiento de que cualquier falta a la verdad es causal de nulidad de este seguro”, a lo que después se pasó a imponer la firma y huella asintiendo lo allí consignado.

En ese orden, debe ahora averiguarse si la anterior declaración guarda o no consonancia con la realidad, para lo cual se tiene en cuenta las pruebas

4 Ver folio 44 archivo 32 y folio 29 archivo 46, cuaderno primera instancia

allegadas al proceso que indican el estado de salud del asegurado con anterioridad a la declaración de asegurabilidad que se ha mencionado.

La historia clínica allegada junto a la contestación de la demanda que hiciera la aseguradora encartada (Fls. 67 a 235 archivo 32 Cuaderno primera instancia), da cuenta que Francisco Antonio Suárez Avilés (Q.E.P.D.) tenía como antecedentes “*diabetes mellitus tipo 2*” (fol 69 y 108), “*cardiopatía hipertrófica de etiología, (...) enfermedad coronaria severa de un vaso principal, (...) enfermedad moderada de la descendente anterior*” (Fol. 75), fue sometido a “*caterismo cardíaco*”, en el año 2007, procedimiento donde le fue encontrado “*severa hipertrofia del ventrículo izquierdo, función ventricular conservada, lesión severa en la arteria circunfleja y una lesión moderada de la arteria descendente anterior*” (Fol. 76), según atención del 19 de julio de 2017 ya tenía “*enfermedad coronaria con sten hace 10 años*” (Fol. 98), “*hipertensión arterial*” (Fol. 99 y 101), “*fibrilación auricular*” (Fol. 108), también se anota “*presencia de angioplastia, injertos y prótesis coronarias*” (Fol. 136), patologías que también eran extractables de los legajos de la historia clínica adosada por la demandante (Folios 25 a 56, archivo 003, cuaderno primera instancia), y que además a nivel general se admitieron por la cónyuge supérstite Flor Alba Calderón Moreno y su hijo Julián Francisco Suárez Calderón en sus interrogatorios (récord 17:39 – 20:00 y 38:50 – 41:00, audiencia del 30 de junio de 2023, archivo 099).

Luego, emerge diamantino de dichas probanzas no sólo las patologías que tenía el causante, sino además los muchos años que llevaba el paciente con tales enfermedades.

De ahí que entonces, sin lugar a duda se observe que Francisco Antonio Suárez Avilés para la época en que hizo la declaración de asegurabilidad – 01 de abril de 2019–tal como se afirma en las contestaciones de la demanda y lo sentenció el *a-quo*, omitió mencionar las deficiencias médicas que lo aquejaban según su historia clínica, en otras palabras, no informó a la aseguradora su verdadero estado de salud pese haber tenido el formulario en sus manos y a la vista. Es que, “*ha de acotarse que en efecto esas circunstancias constan en los documentos remitidos al proceso por la institución de salud que le prestaba servicios asistenciales al asegurado, suscritos (...) por el médico (...) los que siendo puestos en conocimiento de las partes (...) no merecieron objeción alguna, por lo que aunados a la ‘declaración de asegurabilidad’ evidencian en*

forma diamantina la demostración de haber el ‘asegurado’ faltado al deber de ‘declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo’, por lo que se presenta la reticencia denunciada, que trae como consecuencia la ‘nulidad relativa del ‘contrato de seguro’”⁵.

Puestas las cosas en ese punto, está visto que la deslealtad y omisión del asegurado en no manifestar su estado de salud en cuanto a los padecimientos de que era víctima años atrás y persistente a la celebración del contrato de seguro, que es precisamente lo sancionable por el legislador indistintamente de que el ocultamiento sea la causa directa del siniestro, configura nulidad relativa de conformidad con lo preceptuado por el artículo 1058 del régimen mercantil, pues repítase, se está en la obligación de declarar sinceramente y en el caso presente, como se anotó líneas atrás, el extinto Francisco Antonio Suárez Avilés no lo hizo, todo lo contrario, dijo estar sano generando una confianza legítima que a la postre dada la abstención de la verdad, quebrantó el principio de la buena fe que en su máxima expresión campea en esta clase de asuntos.

6. Y no se le puede achacar a la parte demandada, como en algún momento lo manifestó el extremo recurrente, la obligación de haber solicitado la historia clínica o exámenes médicos para determinar las condiciones de salud del asegurado, pues en el expediente no aflora ni un sólo elemento de juicio idóneo que permita concluir que la aseguradora *“antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración”*, o que ya celebrado el contrato se hubiere allanado a *“subsananlos o los acepte expresa o tácitamente”*, absolutamente nada da cuenta de ello y en ese sentido no se imponía para la demandada realizar ese deber. Sí Francisco Antonio Suárez Avilés hubiese informado su anómalo estado de salud y pese a ello la aseguradora no hubiere averiguado realmente cuál era su condición médica, ahí sí ésta no podría excusarse a pagar el siniestro, no obstante, como ello no aconteció o por lo menos acá no se probó, difícil entonces mirar el asunto desde la óptica por la que aboga la parte actora.

Tampoco es consistente aseverar como lo dice la parte actora en la alzada y lo manifestó en diferentes momentos procesales, que el asegurado sólo se limitó a firmar sin que se le indagara o cuestionara sobre su estado de salud o se le pusiera de presente las consecuencias de la declaración de asegurabilidad,

5 C.S.J. Sentencia del 25 de mayo del 2012.Exp. 2006-00038-01 M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

pues ello se contrapone a lo consignado y a la firma impuesta en los documentos que componen la póliza de seguro, con lo que el asegurado asintió lo convenido y dio por sentado que había entendido lo pactado, cuanto más, cuando de manera libre y voluntaria lo hizo, pues no existe elemento de juicio alguno que indique lo contrario o que pruebe que por su edad su capacidad mental o física estaba limitada o que por algún factor extraño su consentimiento se vio turbado o nublado, de ahí que se entienda que el señor Francisco Antonio estuvo de acuerdo con la información consignada en la declaración de asegurabilidad, lo que de paso aflora intrascendente si los espacios o respectivas casillas fueron diligenciados por el asegurado, el asesor o un tercero, pues, finalmente, con la imposición de la firma se entiende la ratificación de la información allí consignada, lo que de paso desgaja en que la inversión de la carga de la prueba a que alude el extremo activo aflore insustancial e inocua.

Y es que, menos acogida tiene ese argumento si en la cuenta se tiene que al asegurado se le puso a su disposición un cuestionario previamente establecido y que tenía precisamente por objeto provocar esa declaración de asegurabilidad, formulario que valga decirlo, de su revisión se observa que su contenido el cual involucra las preguntas allí hechas es claro, comprensible y preciso, el cual entonces al estar en manos del asegurado, debió éste como cualquier ciudadano cauteloso proceder con un mínimo grado de prudencia y cuidado a dar lectura del mismo, como en efecto se colige que lo hizo y por esa razón impuso su firma, máxime, repítase, cuando no se informa y menos se prueba que no estuviera en capacidad de hacerlo. Además que, como se indicó en el libelo incoativo, no era la primera solicitud crediticia que emprendía, de ahí que, no es plausible que no se leyera la totalidad de documentos, pues resultaba ello ser una carga mínima que en cualquier relación contractual se debe asumir y que no requiere de un conocimiento especializado o superior, ya que en ultimas las preguntas se reducen a contestar si se padecen o no determinadas patologías que inclusive en el cuestionario se relacionan y que para el caso varias vienen a coincidir con las que tenía en vida el señor Suárez Avilés.

Recuérdese que en asuntos como este, *“...no importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que de informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a esta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual*

haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz...⁶; es más, nada obra para inferir que la aseguradora tomó el riesgo en el estado en que se encontraba, y por ende, el “deber de actuar de buena fe obligaba a...manifiestar, así fuera espontáneamente, ‘todas aquellas circunstancias vinculadas con el riesgo, máxime cuando tiene conocimiento sobre la información que le es relevante para la empresa aseguradora, como podía ser deducido, en este caso, a partir del formulario de declaración de asegurabilidad que el tomador decidió no suscribir...’”.

Luego, el formulario y las preguntas allí contenidas por si solas son claras en detallar lo pretendido o querido provocar con el cuestionario, que no es otra cosa que la declaración de asegurabilidad o del estado del riesgo, de ahí que no hubiera existido una prohibición o negativa de información o una falta de debida diligencia–asesoramiento–frente al tema de salud del asegurado o una vulneración al derecho del consumidor, pues insístase, el formulario fue diamantino y preciso en hacer las preguntas, por ello en ese mismo sentido y con sinceridad debió responderse o diligenciarse por el asegurado.

Como consecuencia de todo lo anterior, conclúyase que en el caso juzgado Francisco Antonio Suárez Avilés (Q.E.P.D.) como asegurado, tenía la obligación de rendir la declaración de asegurabilidad informando su estado personal de salud, empero, al omitir ese aspecto generó que inexorablemente se extinguiera la causa jurídica del contrato de seguro, ocasionando de contera su nulidad de acuerdo a lo establecido en el pluricitado artículo 1058 de la ley mercantil, razón por la cual ningún reproche desde el punto de vista contractual o precontractual se le pueda hacer a las demandadas, mucho menos desde la óptica extracontractual que también se pidió, pues además que el ropaje contractual no se puede desconocer a interés de la parte, con tal *petitum* se buscaba también el cumplimiento del contrato y como se advirtió el mismo está cubierto bajo los efectos de la nulidad.

7. Para apuntalar gran parte de todo lo expuesto y por su relevancia, véase lo reseñado por la Alta Corporación en un caso de similares contornos, viniendo útil su cita in extenso como se pasa a ver:

6 C.S.J. Sentencia civil Nro. 2803 del 4 de marzo de 2016. M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

“5. No está demás señalar que en ningún yerro jurídico incurrió el Tribunal cuando aplicó, en la forma como lo hizo, el artículo 1058 del Código de Comercio y, más exactamente, las salvedades a la nulidad relativa del contrato prevista en el inciso final del mismo.

Tal inferencia se asienta en la interpretación que de ese precepto ha hecho la Corte, reiterada en reciente fallo que, por su importancia, cabe reproducirse en extenso, como pasa a hacerse:

‘(...) El artículo 871 del Código de Comercio establece como principio general de todos los actos mercantiles la «buena fe» de quienes intervienen en su perfeccionamiento, por lo que los acuerdos de voluntades se rigen, fuera de lo pactado expresamente en ellos, por «todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural».

Esa obligación se hace manifiesta especialmente en el contrato de seguro, a la luz del artículo 1058 ibidem, según el cual [e]l tomador está obligado a declarar sinceramente los hechos o circunstancias que determinan el estado del riesgo, según el cuestionario que le sea propuesto por el asegurador. La reticencia o la inexactitud sobre hechos o circunstancias que, conocidos por el asegurador, lo hubieren retraído de celebrar el contrato, o inducido a estipular condiciones más onerosas, producen la nulidad relativa del seguro.

(...) Si la declaración no se hace con sujeción a un cuestionario determinado, la reticencia o la inexactitud producen igual efecto si el tomador ha encubierto por culpa, hechos o circunstancias que impliquen agravación objetiva del estado del riesgo (...) Si la inexactitud o la reticencia provienen de error inculpable del tomador, el contrato no será nulo, pero el asegurador sólo estará obligado, en caso de siniestro, a pagar un porcentaje de la prestación asegurada equivalente al que la tarifa o la prima estipulada en el contrato represente respecto de la tarifa o la prima adecuada al verdadero estado del riesgo, excepto lo previsto en el artículo 1160 (...) Las sanciones consagradas en este artículo no se aplican si el asegurador, antes de celebrarse el contrato, ha conocido o debido conocer los hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración, o si, ya celebrado el contrato, se allana a subsanarlos o los acepta expresa o tácitamente.

Dicha norma consagra un deber para el tomador de manifestar, sin tapujos, reservas ni fingimientos, las condiciones actuales frente a la posible ocurrencia

del suceso incierto cuya protección se busca. Y si bien la muerte es un hecho ineludible cuyo amparo permite la ley, en ese evento la obligación se refiere a precisar el estado de salud del asegurado de manera tal que se sepan, a ciencia cierta, los términos en que responderá si ocurre en su vigencia.

Aunque esa exposición puede ser espontánea, cuando se inquiere en general por el «estado del riesgo» al momento del contrato, el asegurador cuenta con la facultad de provocarla mediante un cuestionario sobre puntos que lo concreten. Incluso, es posible que con prelación agote pesquisas o requiera la realización de exámenes y pruebas tendientes a establecerlo.

Por ende, la falta de honestidad del tomador sobre aspectos de su pleno conocimiento y que de saberlas la aseguradora incidirían en la relación, ya para abstenerse de concretarla, delimitar las exclusiones o incrementar el valor de la póliza, riñen con la «buena fe» exigida y acarrea la nulidad relativa del convenio.

Al respecto la Sala en SC 1º jun. 2007, rad. 2004-00179-01, precisó como

[d]el referido texto legal [artículo 1058 del Código de Comercio] se puede deducir lo siguiente: (...) 4.1. Que la obligación del tomador de pronunciarse sinceramente frente al cuestionario que le formula el asegurador con el fin de establecer el estado del riesgo, no tiene por fuente misma dicho contrato sino que opera en la fase previa a su celebración ya que su objetivo es el de garantizar la expresión inmaculada de la voluntad del primero de consentir en dicho vínculo, de abstenerse de hacerlo, o de contraerlo pero bajo condiciones más onerosas (...) 4.2. No importan, por tanto, los motivos que hayan movido al adquirente para comportarse sin fidelidad a la verdad, incurriendo con ello en grave deslealtad que a su vez propicia el desequilibrio económico en relación con la prestación que se pretende de la aseguradora, cuando se le ha inquirido para que dé informaciones objetivas y de suficiente entidad que le permitan a ésta medir el verdadero estado del riesgo; sea cual haya sido la razón de su proceder, con intención o con culpa; lo cierto es que la consecuencia de su actuar afecta la formación del contrato de seguro, por lo que la ley impone la posibilidad de invalidarlo desde su misma raíz (...) 4.3. Es palmario que el legislador quiso arropar la falta de sinceridad del contratante y su obrar contrario a la buena fe, bajo la sanción de la nulidad relativa, con lo cual, en ejercicio de una actividad que le es propia y para la cual se halla facultado, construyó un régimen particular que inclusive alcanza a superar en

sus efectos el ordenamiento común de los vicios del consentimiento, frente al que, tal como fue instituido en el citado artículo 1058, no puede el intérprete hacer distingos, observándose que el vicio se genera independientemente de que el siniestro finalmente no se produzca como consecuencia de los hechos significativos, negados u ocultados por quien tomó el seguro.

Sin embargo, el artículo 1058 en cita atenúa ese agravio, porque cuando el silencio o distorsión de la situación son producto de un «error inculpable del tomador» sólo se disminuye el monto a indemnizar, pero eso sí, con la salvedad de que en el «seguro de vida» una vez transcurridos «dos años en vida del asegurado, desde la fecha del perfeccionamiento del contrato» deja de aplicarse la reducción por expresa disposición del artículo 1160 ejusdem.

Adicionalmente, contempla dos casos en que la «inexactitud» no es constitutiva de «nulidad relativa» o da lugar a un pago proporcional. En primer lugar, cuando el asegurador tuvo un enteramiento previo de la realidad o debía saberla. La otra particularidad es si, con posterioridad al ajuste, éste permite la subsanación de los «vicios de la declaración» o los admite, ya expresamente o de hecho.

Empero, esas salvedades tienen relación con el «conocimiento presuntivo del estado del riesgo» y son inmanentes al deber del asegurador de verificar los datos suministrados por el tomador, cuando tenga serias dudas de su certeza en vista de que se contradicen con aspectos entendidos por él.

De todas maneras, en lo que se refiere al «seguro de vida», el artículo 1158 id previene que «[a]unque el asegurador prescinda del examen médico, el asegurado no podrá considerarse exento de las obligaciones a que se refiere el artículo 1058 ni de las sanciones a que su infracción dé lugar».

No puede, entonces, endilgarse que el profesionalismo que requiere la actividad aseguradora, de entrada, exige el agotamiento previo de todos los medios a su alcance para constatar cuál es el «estado del riesgo» al instante en que se asume, como si fuera de su exclusivo cargo, so pena de que la inactividad derive en una «renuncia» a la «nulidad relativa por reticencia».

Esto por cuanto, se reitera, el tomador está compelido a «declarar sinceramente los hechos o circunstancias» que lo determinan y los efectos adversos por inexactitud se reducen si hay «error inculpable» o se desvanecen por inadvertir el asegurador las serias señales de alerta sobre inconsistencias en lo que aquel reporta.

[l]o del cariz profesional inherente a la actividad aseguradora es cosa que no admite discusiones. Mas, el trasunto de todo está en que al ponderar los alcances del concepto ‘debido conocer’ de que da cuenta la norma, es indispensable comprender que si el asegurador, teniendo a su alcance la posibilidad de hacer las averiguaciones que lo lleven a establecer el genuino estado del riesgo, omite adelantarlas, no obstante que cuenta con elementos que invitan a pensar que existen discrepancias entre la información del tomador y la realidad, queda irremisiblemente vinculado a la relación aseguraticia sin que al efecto pueda invocar la nulidad para enervarla, pues en entredicho su diligencia y el cardinal principio de la prudencia -en últimas su profesionalismo-, es claro que en tales condiciones emerge un conocimiento presunto de ‘los hechos y circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración’, por lo que la nulidad ya no obra, desde luego, insístese, que el enteramiento anterior se yergue como una de las excepciones concebidas por el legislador para que la nulidad no opere fatalmente (subrayado del texto).

Ahora bien, no puede pasarse por alto que tratándose de seguros colectivos de vida, en los que se contrata por cuenta de un tercero determinado o determinable, la obligación de declarar el «estado del riesgo» la tiene el asegurado, de conformidad con el artículo 1039 del Código de Comercio, puesto que es él quien sabe sobre las afecciones o la inexistencia de ellas al momento de adquirirlo (CSJ, SC 2803-2016 del 4 de marzo de 2016, Rad. n.º 2008-00034.01, *negrillas fueras del texto*)’.

6. Si de la declaración de asegurabilidad suscrita por el tomador, en sí misma considerada, no se infería ningún motivo de sospecha de que la información en ella contenida no concordaba con la realidad, planteamiento que no fue confutado por el recurrente, mal podía, de un lado, imputarse negligencia a la aseguradora demandada por no haber constatado los datos allí suministrados; y, de otro, descartarse la nulidad relativa del contrato de seguro, por aplicación del mandato contenido en el inciso final del artículo 1058 del Código de Comercio.

De lo anterior se sigue que, cual lo dedujo el ad quem, en el presente caso no se configuró la primera hipótesis exceptiva fijada en el inciso 4º del comentado artículo 1058 del Código de Comercio, esto es, que la empresa aseguradora, antes de la celebración del contrato, hubiese “conocido o debido conocer los

*hechos o circunstancias sobre que versan los vicios de la declaración”, previsión que no tiene el alcance de atribuirle a ella, como deber, el de constatar, en todos los casos, la veracidad de la declaración de asegurabilidad y, mucho menos, el de impedir que se consolide la sanción de nulidad relativa del contrato, cuando el asegurador no actúa de esa forma”*⁷.

De hecho, como no era excusable de manera alguna la mendacidad del tomador, ni aun soslayando el actuar de la aseguradora al faltar la averiguación, que se vio no era exigida ante la declaración recibida, la carga probatoria no se había invertido para entronar en aquélla la necesidad de demostrar la mala fe del causante, como erradamente se suplicó en el disenso vertical, sino que, bastaba con dilucidar la contradicción entre la declaración de asegurabilidad y el estado – real–de salud del señor Suárez Avilés para llegar a la conclusión aquí dilucidada, pues no se olvide que la buena fe es principio cardinal que media la relación contractual y por ello bajo ningún tamiz podía endilgarse negligencia a la aseguradora por presumir la veracidad de esa manifestación escrita.

8. Así las cosas, la sentencia apelada será confirmada y como el recurso de apelación enarbolado por el extremo activo no prosperó, se condenará en costas en esta instancia.–Artículo 365 del Código General del Proceso -.

III. DECISIÓN:

En mérito de lo considerado, la Sala Civil Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar la sentencia proferida el diecisiete (17) de agosto de 2023 por el Juzgado Primero Civil del Circuito de Ibagué–Tolima, según se motivó.

Segundo: Condenar en costas a la parte apelante. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1.300.000.

Tercero: Ejecutoriada la presente providencia, devuélvase el expediente digital al juzgado de origen previas las desanotaciones de rigor.

⁷ C.S.J. Sentencia Civil No. 18563 del 16 de diciembre de 2016. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

Esta sentencia fue discutida y aprobada por la Sala de decisión el día uno (01) de agosto de dos mil veinticuatro (2024) conforme consta en el acta Nro. 54 de la misma fecha.
Notifíquese y Cúmplase.

RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ORTIZ
Magistrado

PABLO GERARDO ARDILA VELÁSQUEZ
Magistrado

JULIÁN SOSA ROMERO
Magistrado

**EL LITIS CONSORCIO POR ACTIVA EN RESPONSABILIDAD
CIVIL EXTRACONTRACTUAL**

**EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD PROCESAL.
INTERRUPCIÓN DEL TÉRMINO DE PRESCRIPCIÓN.**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA
IBAGUÉ**

**Magistrado Sustanciador:
DIEGO OMAR PÉREZ SALAS**

Ibagué, diez (10) de abril de Dos Mil Veinticuatro (2024)
REFERENCIA: RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL
promovido por ALICIA DEL PILAR CARRILLO HERRERA y
OTRO contra CONDOMINIO CAMPESTRE EL REMANSO
LA ESTANCIA y OTROS.

RADICADO: 73-449-31-03-002-2018-00040-02

I. OBJETO DE PRONUNCIAMIENTO

Se decide el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante contra la sentencia anticipada proferida el cuatro (04) de octubre de dos mil veintitrés (2023) por el JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE MELGAR (TOL), dentro del proceso de Responsabilidad Civil Extracontractual promovido por ALICIA DEL PILAR CARRILLO HERRERA y JUAN JOSÉ ÁVILA CARRILLO contra la COPROPIEDAD CONDOMINIO HACIENDA LA ESTANCIA, CONDOMINIO CAMPESTRE EL REMANSO DE LA ESTANCIA y ADMINISTRACIÓN Y SEGURIDAD GOLD S.A.S., mediante la cual declaró probada la excepción de merito denominada “Prescripción extintiva de la acción” y en consecuencia negó la totalidad de las pretensiones de la demanda.

II. TRÁMITE PROCESAL

1. A través de apoderado judicial, Alicia del Pilar Carrillo Herrera y Juan José Ávila Carrillo promovieron, el 06 de marzo de 2018, demanda declarativa de responsabilidad civil extracontractual contra la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia, Condominio Campestre El Remando de la Estancia y Administración y Seguridad Gold S.A.S., mediante la cual pretenden que se ordene la reparación integral por los daños morales y económicos causados con ocasión de las graves lesiones causadas al demandante, Juan José Ávila Carrillo, cuando este era menor de edad, hechos ocurridos el día 21 de marzo de 2008, en la zona verde de los conjuntos demandados¹.
2. Luego de admitirse la demanda en auto del 18 de junio de 2018², el apoderado judicial de la parte demandante, a través de memorial radicado el 30 de noviembre de 2018³, solicitó autorización para notificar a sus demandados en direcciones físicas distintas a las enunciadas en la demanda; para el caso de los Condominios Campestres demandados informó la Carrera 13 No. 37-43 Piso 3 de la ciudad de Bogotá D.C. y para la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S. señaló la dirección electrónica jennifferrodriguez@administraciongold.com.
3. En auto del 04 de diciembre de 2018⁴, el despacho autorizó al apoderado judicial de la parte demandante para notificar a sus demandados en las nuevas direcciones aportadas.

1 Archivo pdf No. 01.

2 Archivo pdf No. 02, pág. 2.

3 Archivo pdf No. 04, pág. 1.

4 Archivo pdf No. 05, pág. 1.

4. Por su parte, el Condominio Campestre El Remanso de La Estancia, se notificó personalmente de la admisión de la demanda promovida en su contra, el día 17 de enero de 2019⁵ y la contestó el 13 de febrero de 2019⁶ oponiéndose a las pretensiones y formulando las excepciones de mérito que denominó “Inexistencia de nexo causal del accidente sufrido por el demandante Juan José Ávila Carrillo”, “Inexistencia del hecho generador del daño reclamado”, “responsabilidad exclusiva de la víctima/hecho de la víctima” y “prescripción”.
5. El apoderado de la parte demandante, aportó la constancia de entrega de la citación para notificación personal al demandado Condominio Hacienda La Estancia, en la que se señala que fue recibida el 14 de diciembre de 2018, posteriormente, remitió la constancia de haber entregado la notificación por aviso a ese mismo demandado el día 04 de febrero de 2019. En el mismo acto, aportó certificado de envío de la citación para notificación personal a la sociedad demandada Administración y Seguridad Gold S.A.S. dirigida al correo electrónico clientesgold@etb.net.co, no obstante, no se acompañó el acuse de recibo⁷.
6. Por esa razón, en memorial del 01 de marzo de 2019⁸, el apoderado judicial del extremo activo solicitó el emplazamiento de la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S.; pedimento que fue despachado favorablemente en auto del 29 de marzo siguiente⁹.
7. Sin embargo, previo a la realización del emplazamiento ordenado, en proveído del 17 de mayo de 2019¹⁰ el Juzgado de primer grado aceptó el desistimiento que de las pretensiones hizo el extremo activo, frente a la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S.
8. Posteriormente, mediante auto del 11 de junio de 2019¹¹, el despacho de primer grado declaró: (i) legalmente contestada la demanda por parte del Condominio Campestre El Remanso de La Estancia, (ii) que la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia S.A. (sic) guardó silencio a pesar de encontrarse notificada y (iii) ordenó correr traslado, a la parte demandante, de las excepciones de mérito propuestas.

5 Archivo pdf No. 06, pág. 3.

6 Archivo pdf No. 07.

7 Archivo pdf No. 08.

8 Archivo pdf No. 10, pág. 4.

9 Archivo pdf No. 11.

10 Archivo pdf No. 13, pág. 1.

11 Archivo pdf No. 14.

9. Vencido el término de traslado de las defensas propuestas por el Condominio Campestre El Remanso de La Estancia, con auto del 26 de junio de 2019¹², el Juez de primer grado fijó el día 13 de noviembre de 2019 a las 09:30 a.m. para llevar a cabo la audiencia inicial.

III. VISIÓN PANORAMICA DEL PROCESO.-ESPECIAL REFERENCIA A SITUACIONES DE INVALIDEZ PROCESAL

Para mayor claridad del presente asunto se informa a esta altura de la providencia que la determinación contenida en la sentencia anticipada venida en alzada será revocada mediante la presente determinación que configura un auto; y, para explicar con detalle las razones de la revocatoria que se adoptará conveniente es ver el proceso en toda su extensión de manera panorámica, colocando acento en el análisis de las dos situaciones de nulidad procesal, siendo una de ellas, la decretada por el juzgado de origen la causa principal de los yerros procesales que se explicarán en este proveído y que justifican la anunciada revocatoria; y, en esa revisión detallada de la invalidez procesal se anuncia que se llegará a la conclusión justificada de analizar la responsabilidad o no de la parte demandante en la causación de la nulidad que en su oportunidad decretó el juzgado de conocimiento. Así las cosas, inicialmente, veamos la situación de invalidez anunciada.

IV. PRIMERA NULIDAD DECLARADA

1. A través de apoderado judicial, la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia, mediante memorial radicado el 12 de noviembre de 2019, concurrió al proceso solicitando que se declarara la nulidad de lo actuado, en virtud de haberse configurado la causal prevista en el numeral 8° del artículo 133 del Código General del Proceso. En su sentir, fue indebidamente notificada porque la dirección de notificaciones está ubicada en el Kilometro 7 de la vía Melgar (Tol) a Carmen de Apicalá (Tol) y allí no recibieron documento alguno que les comunicara la existencia del proceso, sino que su enteramiento del pleito ocurrió por el comentario que un copropietario hiciera sobre la realización de una audiencia el día 13 de noviembre de 2019¹³.
2. En auto del 13 de noviembre de 2019, el Juzgado de primera instancia corrió traslado de la solicitud de nulidad propuesta por la demandada Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia.

12 Archivo pdf No. 16.

13 Archivo pdf folio 1 al 19, C02 Incidente Nulidad, pág. 2 a 8.

3. Oportunamente, la parte demandante por intermedio de su mandatario judicial se opuso a la prosperidad de la solicitud de nulidad con fundamento en que a la dirección informada por la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia, esta es, Km 7 vía Melgar – Carmen de Apicalá, remitió la respectiva citación, pero la empresa de mensajería Interrapidísimo certificó que la misma no existía¹⁴.

En la misma oportunidad, el apoderado judicial del Condominio Campestre El Remanso La Estancia, miembro de la parte demandada, coadyuvo la petición de nulidad elevada¹⁵.

4. Posteriormente, en proveído del 18 de febrero de 2020, el Juzgado de primer grado, tras considerar que *“...el apoderado de la parte actora incurre en un error y en ese cayó involuntariamente el Juzgado.- El poder allegado con la demanda, otorgado por los demandantes, se refiere a una de las demandadas como COPROPIEDAD CONDOMINIO HACIENDA LA ESTANCIA y el apoderado enuncia solicita que se tenga como una de las demandadas a COOPROPIEDAD CONDOMINIO HACIENDA LA ESTANCIA S.A, persona esta jurídica muy diferente a la que ha concurrido al proceso con su nulidad y a la que citaron en el poder debidamente los demandantes...”*¹⁶ por tanto, determinó que *“...hay una indebida representación y una falta de notificación a la persona jurídica correcta que es COPROPIEDAD CONDOMINIO HACIENDA LA ESTANCIA, por lo que se declarara la nulidad de todo lo actuado a partir del auto admisorio de la demanda de fecha junio 8 de 2018 inclusive.-...”*¹⁷ (Negritas fuera de texto).

V. TRÁMITE PROCESAL POSTERIOR A LA NULIDAD DECLARADA

1. En virtud de la nulidad declarada, a solicitud de parte, el Juzgado de primer grado en providencia del 10 de julio de 2020¹⁸ inadmitió la demanda y concedió 5 días a la parte demandante para subsanarla, so pena de disponer su rechazo.
2. Subsana la demanda, en proveído del 13 de noviembre de 2020, el despacho de primer grado admitió, nuevamente, la demanda y dispuso la notificación

14 Ibidem, pág. 15 a 18.

15 Ibidem, pág. 19.

16 Ibidem, pág. 22.

17 Ibidem.

18 Archivo pdf No. 18, C01 Principal.

de ese proveído a la parte demandada, por cuenta de la parte activa¹⁹. Dicha providencia se notificó por estado al demandante el 17 de noviembre de 2020.

3. El condominio Campestre el Remanso de la Estancia, se notificó personalmente de esa providencia el 03 de marzo de 2021²⁰, y contestó la demanda a través de su apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones y formuló las excepciones de mérito que denominó “prescripción de la acción ordinaria”, “inexistencia del hecho generador del daño reclamado”, “ausencia de culpa o dolo por parte de la copropiedad demandada”, “inexistencia de nexo causal del accidente sufrido por el demandante Juan José Ávila Carrillo, relacionado en los hechos de la demanda con fecha 21 de marzo de 2008 en zona común del condominio campestre el remanso de la estancia”, “responsabilidad exclusiva de la víctima/hecho de la víctima” y “excepción genérica”²¹.
4. A su turno, el Condominio Hacienda La Estancia, se notificó personalmente del auto admisorio de la demanda el 05 de abril de 2021²² y la contestó a través de su apoderado judicial oponiéndose a las pretensiones, por tanto, formuló las excepciones de mérito que nominó “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “inexistencia de la obligación de indemnizar por ausencia de nexo de causalidad”, “culpa exclusiva de la víctima o hecho de la víctima” y “prescripción”²³.
5. Posteriormente, previa solicitud elevada por el apoderado judicial de la parte demandante, el Juzgado de primer grado en auto del 13 de agosto de 2021 ordenó el emplazamiento de la demandada Administración y Seguridad Gold S.A.S²⁴.
6. Surtido el emplazamiento, con proveído del 29 de octubre de 2021²⁵ se designó Curador Ad litem en favor de la sociedad emplazada quien, enterado de ese hecho, aceptó el cargo el 09 de noviembre de 2021²⁶ y fue notificado de la admisión de la demanda, por secretaría a través de correo electrónico el 16 de noviembre de 2021²⁷. Acto seguido, contestó la demanda y propuso como excepciones de mérito aquellas que denominó “prescripción de la

19 Archivo PDF No. 22, C01 Principal.

20 Ibidem.

21 Archivo PDF No. 25, C01 Principal.

22 Archivo PDF No. 22, C01 Principal.

23 Archivo PDF No. 27, C01 Principal.

24 Archivo PDF No. 31, C01 Principal.

25 Archivo pdf No. 33, C01 Principal.

26 Archivo pdf No. 34, C01 Principal, pág. 3.

27 Archivo pdf No. 35, C01 Principal, pág. 1.

acción judicial”, “falta de legitimación en la causa por pasiva”, “responsabilidad exclusiva de la víctima” y “excepción genérica”²⁸.

7. Surtido el trámite de rigor, en audiencia virtual celebrada el 05 de octubre de 2022, el apoderado judicial del Condominio Campestre el Remanso de La Estancia solicitó que previo a continuar el trámite de la diligencia se resolviera sobre la prescripción de la acción y se dictara sentencia anticipada. Razón por la cual, el despacho suspendió la audiencia para resolver dicha solicitud²⁹.
8. Posteriormente, el 02 de diciembre de 2022, el Juzgado de primera instancia dictó sentencia anticipada, por escrito, y en ella resolvió declarar la prosperidad de la excepción de mérito de prescripción de la acción ordinaria, por lo que, declaro la terminación del proceso y dispuso su archivo³⁰.
9. Inconforme con la decisión, el apoderado judicial de la parte demandante la apeló oportunamente porque, en su sentir, no ha operado la prescripción de la acción puesto que la demanda se presentó antes de que venciera el plazo para demandar, esto es, el 20 de marzo de 2018, así que, se materializó la interrupción del término de prescripción. En esa línea, agregó que, intentó infructuosamente comunicar la existencia del proceso al demandado solicitante de la nulidad en la dirección que el mismo reportó en dicha solicitud; no obstante, la empresa de mensajería certificó que esa ubicación no existía. Por otro lado, agregó que el Condominio Hacienda La Estancia en su escrito de nulidad, nada dijo acerca de la inclusión por error, de las letras S.A.; por ello considera que el yerro es del Juzgado pues no debió admitir la demanda en esas condiciones pues, de haber revisado sus anexos se habría percatado del nombre real de ese demandado. Finalmente señala que al declararse la nulidad por parte del despacho se incurrió en una vía de hecho porque decretó la nulidad del auto admisorio con fundamento en una, presunta, indebida representación y falta de notificación de la persona jurídica correcta, cuando, lo que se pidió fue la nulidad por indebida notificación.

VI. SEGUNDA NULIDAD DECLARADA POR EL TRIBUNAL EN EL TRÁMITE DE APELACIÓN A SENTENCIA ANTICIPADA DEL 02 DE DICIEMBRE DE 2022

Recibido el expediente en esta Corporación, para resolver el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de la parte demandante, en auto del 17 de abril

28 Ibidem, pág. 2 a 9.

29 Archivos No. 52 y 53, C01 Principal.

30 Archivo pdf No. 54, C01 Principal.

de 2023, en virtud del examen preliminar del que trata el artículo 325 del Código General del Proceso, el suscrito magistrado evidenció que se configuró la nulidad de todo lo actuado desde el auto del 13 de agosto de 2021 mediante el cual se ordenó el emplazamiento de la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S., por considerar que se incurrió en la causal de indebida notificación de ese litigante.

Razón por la cual, se ordenó al Juez de primer grado “...adelantar las actuaciones correspondientes a fin de corregir los yerros advertidos en esta providencia, ordenando realizar en debida forma el envío de la comunicación para notificación personal a la referida demandada de conformidad con las formalidades dispuestas por el Código General del Proceso, para de manera posterior adelantar el trámite procesal pertinente...”³¹.

VII. TRÁMITE PROCESAL ADELANTANDO EN EL JUZGADO DE MANERA POSTERIOR A LA SEGUNDA NULIDAD DECLARADA

1. Recibida la actuación por el Juez de primer grado, en proveído del 25 de abril de 2023, dispuso obedecer y cumplir lo resuelto por esta Corporación y por consiguiente ordenó a la parte demandante que remitiera el mensaje de datos regulado en el artículo 8 de la Ley 2213 de 2022 al correo electrónico clientesgold@etb.net.co con la finalidad de enterar adecuadamente de la existencia del proceso a la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S. en liquidación³².
2. En cumplimiento a lo anterior, el mandatario judicial de la parte demandante aportó constancia de envío y entrega del mensaje de datos contentivo de la notificación personal a la sociedad demandada, Administración y Seguridad Gold S.A.S. en liquidación, según la cual se recibió en el buzón electrónico del demandado el 10 de mayo de 2023 a las 21:04:39 horas³³.
3. Vencido en silencio el término para contestar la demanda por parte de la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S.³⁴, en proveído del 22 de junio de 2023 el despacho de primer grado fijó el día 12 de septiembre de 2023 a las 09:00 a.m. para llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 392 del Código General del Proceso³⁵.

31 Archivo pdf No. 04, C03 Segunda Instancia.

32 Archivo pdf No. 64, C01 Principal.

33 Archivo pdf No. 65, Ibidem.

34 Archivo pdf No. 67, Ibidem.

35 Archivo pdf No. 68, Ibidem.

4. Instalada la audiencia programada, el apoderado judicial del Condominio Campestre El Remanso de La Estancia solicitó que se efectuara control de legalidad para proferir sentencia anticipada en virtud de la prescripción extintiva de la acción. Por tanto, el despacho dispuso suspenderla para el día 04 de octubre de 2023 a las 02:00 p.m.³⁶.
5. Llegado el día y hora previamente señalados, el juzgado de primer nivel tras instalar la audiencia, agotó las etapas de conciliación, interrogatorio exhaustivo a las partes y fijación del litigio; posteriormente, dictó sentencia anticipada, conforme lo habilita el numeral 2º del artículo 278 del Código General del proceso, por encontrar acreditada la prescripción de la acción³⁷.

VIII. SEGUNDA SENTENCIA ANTICIPADA OBJETO DEL PRESENTE ESTUDIO EN VIRTUD DE ALZADA PROPUESTA POR LA PARTE DEMANDANTE

Como acaba de enunciarse, en audiencia celebrada el cuatro (04) de octubre de dos mil veintitrés (2023), el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar – Toluima, dictó sentencia anticipada en la que resolvió declarar probada la excepción de mérito denominada “prescripción de la acción” promovida por la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia, Condominio Campestre El Remanso de La Estancia y la Sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S. en liquidación; por consiguiente, denegó la totalidad de las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante por la suma de \$ 1.160.000.

Para arribar a esas conclusiones, luego de hacer un recuento detallado de la actuación surtida al interior del proceso, el Juez de la causa consideró que, aunque la demanda se presentó el 06 de marzo de 2018 y fue admitida 18 de junio de 2018; lo cierto es que **en auto del 08 de febrero de 2020 se decretó la nulidad de todo lo actuado, inclusive del auto admisorio de la demanda, por un error atribuible a la parte demandante**. Por tanto, como el libelo introductor se admitió, por segunda vez, el 10 de junio de 2020, esto es pasados dos años desde su presentación, la interrupción de la prescripción prevista en el artículo 94 del Código General del Proceso operó para todos los demandados a partir del 08 de abril de 2021 pues en esa fecha contestó la demanda el Condominio El Remanso de la Estancia; por pretenderse la declaratoria de responsabilidad solidaria.

No obstante, concluyó el A quo que, para esa fecha 08 de abril de 2021, ya habían transcurrido más de 10 años entre la fecha de ocurrencia de los hechos y la notificación del primero de los demandados. Así las cosas, el Juzgado

36 Archivos No. 70 y 71, Ibidem.

37 Archivo pdf No. 75 y 76, Ibidem.

contabilizó el término de prescripción de la acción para cada demandado así: (i) para el Condominio El Remanso de La Estancia concluyó que al contar 10 años atrás desde el 08 de abril de 2021, se tiene como fecha límite el 08 de abril de 2011; no obstante, como los hechos acaecieron el 21 de marzo de 2008, la acción está prescrita, (ii) para el Condominio Hacienda La Estancia al contar 10 años atrás desde el 03 de mayo de 2021, los hechos tendrían que haber ocurrido el 03 de mayo de 2011, por lo que tras al haber ocurrido el 21 de marzo de 2008, la acción está prescrita y, (iii) frente a Administración y Seguridad GOLD S.A.S. tras contabilizar el término de 10 años desde el 17 de abril de 2023, fecha desde la que se declaró la nulidad en segunda instancia, ya se había consolidado la prescripción.

IX. REPAROS CONCRETOS DE LA PARTE RECURRENTE

La sentencia fue apelada, en el acto, exclusivamente por el mandatario judicial de los demandantes, Alicia del Pilar Carrillo Herrera y Juan José Ávila Carrillo, con fundamento en un único que reparo concreto que puede sintetizarse de la siguiente manera:

La interrupción de la prescripción operó con la presentación de la demanda, por tanto, aunque ocurrieron varias situaciones dentro del proceso tales como las dos nulidades decretadas y la posterior inadmisión de la demanda, el término de un año para notificar a los demandados debe contar desde el momento en que quedó ejecutoriado el segundo auto admisorio de la demanda.

X. TRÁMITE DE SEGUNDA INSTANCIA

En auto de ponente del 06 de febrero de 2024³⁸, se admitió la alzada propuesta por la parte ejecutada, y, en firme el auto admisorio, la secretaria de la sala controló los términos de traslado para la parte recurrente y no recurrente en la forma prevista por el artículo 12 de la ley 2213 de 2022.

Aunque la parte recurrente no emitió pronunciamiento en esta instancia, en providencia del 05 de marzo de 2024³⁹ el suscrito magistrado tuvo por sustentado el recurso de alzada tras considerar que el reparo concreto esgrimido ante el Juez de primera instancia resulta suficiente pues explica de manera puntual el reproche que se le hace a la sentencia. El Condominio Campestre El Remanso de La Estancia emitió pronunciamiento sobre el recurso de alzada, oportunamente, según lo muestra la constancia secretarial visible en archivo pdf No. 047.

38 Archivo pdf No. 010.

39 Archivo pdf No. 042.

XI. CONSIDERACIONES

1. Delanteramente advierte la Sala Unitaria que la presente providencia que determinará la revocatoria de la sentencia anticipada apelada, tiene la naturaleza jurídica de un auto interlocutorio, como se ha enseñado de tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia. En esa oportunidad, se insiste, la revocatoria de la sentencia tendrá fundamento principal en el análisis jurídico detallado de la nulidad procesal ordenada en su momento por el juzgado de conocimiento, cuyos efectos procesales como se demostrará, traen consigo graves yerros procesales pasados por alto por el juez de conocimiento. La argumentación que sigue explica ampliamente lo anunciado.
2. Como se sabe, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 2535 del Código Civil, “...La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones...”
3. Por su parte, nuestro órgano de cierre ha entendido que: “...La prescripción liberatoria o extintiva de derechos personales es un modo de extinguir los derechos y las acciones a consecuencia del transcurso de un lapso predeterminado en la ley, sin que el titular de esos derechos y acciones los haya ejercido. Su consolidación se supedita a que la acción sea prescriptible, que es la regla general; a que transcurra el tiempo legalmente establecido teniendo en consideración la interrupción y suspensión de que puede ser objeto; y a que el titular del derecho de acción se abstenga en ese tiempo de ejercer el derecho en la forma legalmente prevenida. “Se cuenta este tiempo -establece el último inciso del artículo 2535 del Código Civil- desde que la obligación se haya hecho exigible” ...”⁴⁰ (negrita y subrayado fuera de texto).
4. Así las cosas, cuando en un asunto se demanda la declaratoria de responsabilidad civil extracontractual de una persona jurídica, tal como aquí ocurre, el término que ha de aplicarse para extinguir la acción resarcitoria del daño es aquel de 10 años del que trata el artículo 2536 del Código Civil que fuera modificado por el artículo 8° de la Ley 791 de 2002, que en su tenor literal enseña: “...la acción ejecutiva prescribe por cinco (5) años. Y la ordinaria por diez (10) ...”. (Negrilla y subrayado fuera de texto).

40 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 6575-2015. MP. Jesús Valle de Ruten Ruiz.

5. Justamente, a la misma conclusión ha arribado, ya de vieja data, la Honorable Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en los siguientes términos:

“...Es preciso memorar que esta Corte, a partir de la sentencia de 30 de junio de 1962 (G.J. t, XCIC), ratificada en fallos posteriores, adoptó la doctrina según la cual la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas es directa, cualquiera que sea la posición de sus agentes productores del daño dentro de la organización.

El fundamento jurídico de esta postura fue explicado en fallos recientes, en los que se reiteró que «la responsabilidad de las personas jurídicas es directa y tiene su fundamento normativo en el artículo 2341 del Código Civil, tal como lo ha afirmado la jurisprudencia de esta Corte desde mediados del siglo pasado».

En consecuencia, ***al ser la persona moral demandada un agente que incurre en responsabilidad directa y no un “tercero responsable”, la prescripción que regula esta acción es la decenal consagrada en el artículo 2536 del Código Civil...***⁴¹ (Negrilla fuera de texto).

6. En ese sentido, para que se configure el fenómeno de la prescripción extintiva se requiere, únicamente, que quien ostenta la legitimación para reclamar el derecho cuya declaratoria persigue deje pasar el término, periodo o lapso previsto por el legislador sin activar el aparato jurisdiccional. En otras palabras, para que el derecho o acción se extinga en virtud de la prescripción, su titular debe dejar transcurrir el término señalado en la Ley sin demandar su declaración.
7. En esos puntuales términos, la prescripción extintiva se erige como una sanción en contra de quien ostenta bien la titularidad del derecho ora la legitimación para ejercer la acción, cuando por su descuido, desidia u olvido deja transcurrir el término legalmente establecido para su fenecimiento, sin promoverlo o ejercitarlo.
8. No obstante, cuando el demandante quiere evitar los efectos aniquiladores de la prescripción extintiva cuenta con la posibilidad de lograr su interrupción ya de manera natural o civilmente (art. 2539 Código Civil).
9. Respecto de la última de ellas, que es la que interesa en el subexamine, el Superior funcional de esta Corporación ha considerado que “...la prescripción solo se interrumpe con la presentación oportuna de la demanda, pero a condición de que esta sea admitida a trámite y el auto admisorio o el mandamiento de

41 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 9193-2017 MP. Ariel Salazar Ramírez.

pago correspondiente se notifique apropiadamente y dentro del plazo legal al convocado. Si ese enteramiento se produce dentro del término de un año, contado a partir de la fecha de notificación de dicha providencia a la parte actora, la interrupción tendrá efectos retroactivos, es decir, operará desde la radicación de la demanda. En caso contrario, esos efectos solo se producirán “con la notificación al demandado” ...”⁴². (Negrita y subrayado fuera de texto).

10. Esa consideración, guarda simetría con la regla contenida en el canon 94 del Código General del Proceso de la cual se desprende, en líneas generales, que la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción siempre que el auto admisorio se notifique al demandado dentro del año siguiente a la notificación de esa providencia al demandante. Entonces, la presentación de la demanda por sí sola no tiene el vigor suficiente para lograr la interrupción del término prescriptivo de la acción o el derecho reclamado, pues se requiere, necesariamente, que el actor cumpla con la carga de enterar, en debida forma a su demandado dentro del año siguiente a la fecha en que se le entere que la demanda por él promovida fue admitida. De lo contrario, el plazo legal para que opere la prescripción del derecho seguirá corriendo y solo se detendrá cuando se logre el efectivo enteramiento del polo pasivo.
11. Sin duda, el adecuado enteramiento del polo pasivo y la oportuna integración del contradictorio, resultan indispensables para obtener los efectos jurídicos consagrados en el artículo 94 del estatuto procesal, puesto que, de advertirse una falencia en alguna de aquellas circunstancias, la extinción del derecho por vía de prescripción se consumará si estaba ad portas de ocurrir ese hecho.
12. Precisamente, el artículo 95 del estatuto procesal señala, entre otras cosas, que no se considerará interrumpida la prescripción cuando, por ejemplo, se declare la nulidad del proceso y esta comprenda la notificación del auto admisorio de la demanda, siempre que se determine que la configuración de dicha invalidez se atribuye al extremo activo. Caso en el cual, el Juez de la causa debe señalar, expresamente, los efectos sobre la interrupción o no de la prescripción.
13. Respecto de esta última circunstancia, la Honorable Corte Constitucional al estudiar el contenido del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, que equivale en parte al hoy vigente artículo 95 del CGP, concluyó que: “...con el propósito de armonizar el principio democrático y de preservación del derecho, con la garantía de acceso efectivo a la justicia, la Corte emitirá una

42 Sala de Casación Civil. Corte suprema de Justicia. Sentencia SC 712-2022. MP. Luis Alonso Rico Puerta.

sentencia condicionada que repare la inexequibilidad constatada, excluyendo el sentido de la norma que resulta contrario a la Constitución. En ese orden de ideas declarará la EXEQUIBILIDAD del numeral 3° del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, tal como fue modificado por el artículo 11 de la Ley 794 de 2003, en cuanto se refiere a las causales de nulidad previstas en los numerales 1° y 2° del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, “en el entendido que la no interrupción de la prescripción y la operancia de la caducidad sólo aplica cuando la nulidad se produzca por culpa del demandante...”⁴³ (Negrilla fuera de texto).

14. Inferencia que, hoy en día, guarda total vigencia pues la exequibilidad condicionada que, en su momento, declarara la Corte Constitucional, frente al contenido del artículo 91 del Código de Procedimiento Civil, según la cual, sería ineficaz la interrupción de la prescripción cuando la nulidad se produzca por culpa del demandante, se reprodujo en la redacción del numeral 5° del artículo 95 del Código General del Proceso. Por ende, siempre que se declare la nulidad de la notificación del auto admisorio de la demanda deberá mirarse por parte del funcionario judicial si esta circunstancia resulta atribuible o no, al polo activo.
15. De ahí que, resulte de inusitada importancia esclarecer este hecho porque de no encontrarse responsabilidad o causa atribuible al actuar del demandante en la nulidad que eventualmente se declare, no resulta viable imponer la consecuencia derivada de la ineficacia de la interrupción de la prescripción, porque redundaría en imponer al demandante cargas desproporcionadas que, en criterio del órgano de cierre de la jurisdicción constitucional, en la sentencia previamente citada, resultan contrarias al espíritu de la norma superior, en los siguiente términos:

“en lo que concierne a la clase de determinación que debe adoptar la Corte, conviene precisar que el contenido normativo acusado permite un sentido que resulta acorde con la Constitución, consistente en que la medida que establece constituye una sanción procesal legítima que se impone al demandante que no actúa de manera diligente o que abandona el cumplimiento de las cargas que le impone el orden jurídico, entre las que se cuentan la presentación oportuna de la demanda; el despliegue de la actividad necesaria para la notificación oportuna de la misma; así como la correcta selección de la jurisdicción o de la especialidad a la cual le corresponde legalmente la resolución del conflicto.

No obstante, tal como está concebida la norma acusada, ésta también permite entender que la misma sanción procesal – ineficacia de la interrupción de la prescripción

43 Corte Constitucional. Sentencia C 227 de 2009. MP. Luis Ernesto Vargas Silva.

y operancia de la caducidad—es aplicable al demandante que ha acudido de manera oportuna y diligente a la justicia, cumpliendo con las cargas procesales que le imponen las normas legales, y sin embargo, debido a factores que no le son imputables, como pueden ser las discusiones doctrinarias o jurisprudenciales sobre las normas de competencia, se ve enfrentado a la pérdida de su derecho sustancial así como de la oportunidad para accionar. Este sentido, permitido por la configuración del segmento normativo acusado, resulta inconstitucional por imponer al demandante, que se encuentra en tal circunstancia, unas cargas desproporcionadas...” (Negrilla fuera de texto).

16. Bajo el norte legal y jurisprudencial previamente acotado, es menester descender al análisis de las particularidades que, al haber acaecido al interior de la presente actuación derivaron en que el Juez de primera instancia declarara probada la prescripción de la acción no sin advertir, delantamente, que la decisión traída en alzada será revocada por las razones que a continuación se exponen:
17. Según se extrae de los supuestos fácticos narrados en la demanda promovida contra el Condominio Campestre El Remanso de La Estancia, la Copropiedad Hacienda La Estancia y Seguridad y Administración Gold S.A.S., el hecho dañoso que, en criterio del extremo activo, lo legitima para demandar el resarcimiento de los perjuicios irrogados ocurrió en la noche del día 21 de marzo de 2008, por lo que, en línea de principio, a partir de ese momento empezó a correr, contra los ahora demandantes, el término de prescripción extintiva de la acción que, como líneas arriba se explicó es, en el caso presente, de diez (10) años, por lo que, dicho fenómeno se materializaría el 21 de marzo de 2018.
18. No obstante, como la demanda se presentó el día 06 de marzo de 2018 a las 09:40 a.m., esto es, antes del 21 de marzo de 2018, según se extrae de la constancia de recibo diligenciada por el Juzgado encargado de las labores de reparto; en virtud de lo previsto en el artículo 94 del estatuto procesal vigente, el término de prescripción de la acción de responsabilidad civil extracontractual se interrumpió, en línea de principio por ese hecho. Empero, para mantener esos efectos en el tiempo, la parte demandante asumió la carga de notificar al polo pasivo, en los términos del mismo canon normativo, es decir, dentro del año siguiente a la notificación que, por estado le hiciera el Juzgado de primer grado, de la providencia mediante la cual se admitió la demanda.
19. En esos precisos términos, las piezas procesales del expediente digital muestran que el proveído de admisión se dictó el 08 de junio de 2018 y se notificó por estado al demandante el 12 de junio siguiente; por lo que, a partir de está

última fecha debía contarse, en condiciones normales, el término para notificar a los integrantes del polo pasivo si se quería materializar la interrupción del término de prescripción extintiva que, según se ve, estaba *ad portas* de materializarse cuando se presentó la demanda. Por tanto, la parte demandante ha debido lograr la notificación de la totalidad del polo pasivo antes del 12 de junio de 2019.

20. En ese sentido, las actuaciones vertidas en el expediente dan cuenta de lo siguiente: (i) el Condominio Campestre El Remanso de La Estancia, por intermedio de su representante legal, se notificó personalmente del auto de admisorio de la demanda el día 17 de enero de 2019, según consta en la constancia secretarial visible en archivo pdf No. 06, pág. 3 del cuaderno principal, por lo que, su enteramiento ocurrió dentro del término legalmente previsto, (ii) La Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia, según lo consideró, el Juzgado de primer grado, se notificó por aviso el día 04 de febrero de 2019, en la dirección de notificaciones previamente informada por el extremo activo y que fuera autorizada por el Juzgado en auto del 04 de diciembre de 2018, de suerte que, pueda concluirse, de entrada, que la notificación ocurrió oportunamente, y (iii) como en auto del 17 de mayo de 2019 se aceptó el desistimiento de la demanda frente a la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S.; no resultaba necesario su enteramiento.
21. Hasta este punto, puede concluirse sin ambages que, como la notificación de los integrantes del polo pasivo acaeció, para ese momento, dentro de la anualidad señalada en el artículo 94 del Código General del Proceso, se cumplió a cabalidad por parte del extremo activo la carga procesal allí contenida y, por lo mismo, es dable colegir que cobró efecto pleno la interrupción del término prescriptivo de la acción de responsabilidad civil ejercida por el demandante, a través de su mandatario judicial.
22. Empero, en providencia del 08 de febrero de 2020, el despacho de primer grado declaró la nulidad de todo lo actuado desde el auto admisorio de la demanda – inclusive – con ocasión de la solicitud de invalidez prevista en el numeral 8° del artículo 133 del C.G.P., que fuera elevada por la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia en memorial del 12 de noviembre de 2019. Por tanto, las actuaciones desplegadas con antelación a dicha declaratoria quedaron, en criterio del funcionario de primer grado, sin valor y efecto, entre ellas, la admisión de la demanda, su notificación a dos de los demandados y el desistimiento de las pretensiones frente al tercero de ellos.

23. Esa declaratoria de invalidez, llevó a que prácticamente un año y diez meses después de radicada la demanda, el Juez de la causa, extrañamente, la inadmitiera y posteriormente no solo emitiera un nuevo auto admisorio fechado el 13 de noviembre de 2020 que fuera notificado por estado el 17 de noviembre siguiente, sino que también ordenara notificar nuevamente a los tres integrantes del polo pasivo, pasando por alto, de un lado, que tanto el Condominio El Remanso de La Estancia y la Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia ya conocían la existencia del proceso y del otro que, el demandante había desistido de las pretensiones enarboladas contra Administración y Seguridad Gold S.A.S., proceder que fue aceptado en auto del 17 de mayo de 2019.
24. Bajo esa perspectiva, es imperativo destacar que, al margen de que se compartan o no las razones que llevaron al estrado de primera instancia a declarar la nulidad reclamada por el Condominio Hacienda La Estancia, **lo cierto es que, los efectos invalidadores asignados por ese funcionario judicial no solo se extendieron más allá de lo previsto en la ley, sino que además desconocieron gravemente, en primer lugar, el contenido del artículo 301 del Código General del Proceso** y en segundo lugar, que en los asuntos de este linaje, se está ante la presencia de un litisconsorcio voluntario o facultativo y no ante uno necesario como pareció entenderlo el Juzgado de instancia.
25. Sea lo primero memorar que, frente al litisconsorcio facultativo, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, se ha pronunciado en los siguientes términos: “...*el litisconsorte será facultativo, cuando es la voluntad libre del interesado, quien, si a bien lo tiene, interviene apoyado en el principio de economía procesal, actuando como parte separada en donde se ejercen litigios distintos y pretensiones diferentes, con decisiones igualmente independientes...*”⁴⁴ (Negrita fuera de texto). Por ello, en el presente asunto, se está ante la presencia de un litisconsorcio voluntario porque, en resumidas cuentas, es el polo activo quien define a quien o quienes demanda; no existe, por supuesto, normativa o exigencia legal que imponga a quien ejerce el derecho de acción la carga de demandar de manera concomitante a quienes, en este litigio fungen como integrantes del polo pasivo.
26. En otras palabras que significan lo mismo, la parte demandante bien había podido dirigir la demanda contra uno de los integrantes del polo pasivo y

44 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 5635-2018 citada en SC 200-2023. MP. Hilda González Neira.

ello, de ningún modo, constituiría, por ejemplo, una indebida integración del contradictorio porque, como atrás se explicó, la voluntad del extremo activo es la que, en últimas, determina quien o quienes integrarán el polo pasivo. Es decir, en tratándose de responsabilidad civil extracontractual los varios demandados conforman entre ellos un litisconsorcio facultativo y por lo tanto sus actos procesales e intervenciones deben mirarse en el sentido y alcance que señala el artículo 60 del CGP, vale decir, se tienen como litigantes separados.

27. Esa conclusión, vista en concordancia con los artículos 60, 134 y 301 del Código General del Proceso permiten concluir que los efectos reconocidos en auto del 08 de febrero de 2020, mediante el cual se declaró la nulidad de lo actuado desde el primer auto admisorio de la demanda – inclusive –, afectaron de manera grave no solo el adecuado trámite del proceso sino también la estructura misma de la figura interrupción de la prescripción de la acción porque, a decir verdad, aun de haber prosperado la nulidad por indebida notificación, alegada por el Condominio Hacienda La Estancia, no debió haberse dejado sin efecto ninguna actuación anterior, salvo aquellas que de manera directa afectaron a quien resultó afectado por la indebida notificación. Recuérdese en materia de nulidades, el legislador establece a propósito de la causal relacionada con indebida representación, declarada por el juez de conocimiento, que aquella solo beneficiará a quien la haya invocado (art. 134 CGP, parte final).
28. En esa dirección, importa recordar, en primer término, que al conformarse un litisconsorcio facultativo por pasiva entre el Condominio Campestre EL Remando de la Estancia, Copropiedad Hacienda La Estancia y Administración y Seguridad Gold S.A.S., en los términos del artículo 60 del estatuto procesal vigente debían “**...considerarse como litigantes separados...**” de ahí que los actos desplegados por cada uno de ellos “**...no redundarán en provecho ni en perjuicio de los otros, sin que por ello se afecte la unidad del proceso...**”.
29. Ese tratamiento independiente, además se asienta en el supuesto fáctico contenido en el inciso final del artículo 134 del Código General del Proceso que a la letra reza “**...la nulidad por indebida notificación o emplazamiento, solo beneficiará a quien la haya invocado...**” (Negrita fuera de texto); de suerte que, **los efectos de la nulidad por indebida notificación, declarada en auto del 08 de febrero de 2020, no podían de ningún modo beneficiar a la**

totalidad de los demandados sino solamente a quien oportunamente la alegó, esto es, a la copropiedad Condominio Hacienda La Estancia.

30. Entonces, si la nulidad por indebida notificación alegada por la copropiedad Condominio Hacienda La Estancia se abrió camino en auto del 08 de febrero de 2020, la actuación que debía rehacerse por encontrarse afectada de invalidez no era otra distinta a notificar, en debida forma, la admisión de la demanda a ese demandado y renovar el término de traslado para que pudiera pronunciarse frente a ella. Desde luego, **el inciso final del artículo 301 del estatuto procesal**, norma especial que regula esa puntual situación, impone que **“...cuando se decreta la nulidad por indebida notificación de una providencia, esta se entenderá surtida por conducta concluyente el día en que se solicitó la nulidad,** pero los términos de ejecutoria y traslado, según fuere el caso, solo empezarán a correr a partir del día siguiente al de la ejecutoria del auto que la decretó...” (Negrilla y subrayado fuera de texto).
31. Bajo el contexto anotado aflora, de un lado, que al haberse dejado sin efecto el primer auto admisorio de la demanda en virtud de la nulidad por indebida notificación, declarada en auto del 08 de febrero de 2020, el Juez de primer grado cometió un desafuero que no solo afectó la adecuada marcha del proceso al desconocer, por un lado, que la invalidez únicamente beneficiaba a quien la pidió y por el otro, que el demandado Condominio Campestre El Remanso de La Estancia se enteró de la existencia del proceso, de manera personal, el 17 de enero de 2019; por eso, al concluir que debía volverse a surtir la notificación personal de los tres integrantes del polo pasivo, se llevó por la borda, también, los principios de economía procesal, celeridad y preclusión de las etapas procesales.
32. Lo explicado hasta este punto, permite concluir sin ambages que **la invalidez del primer auto admisorio de la demanda, por supuesto, no es atribuible al demandante sino a la mala interpretación que de la normativa que disciplina la materia hizo el Juez de primera instancia;** por ende, atribuir esa nulidad al actuar del extremo activo se erige como una carga que este último no debía soportar. Se insiste, fue el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar – Tolima quien dejó sin efecto el auto admisorio – primigenio – de la demanda, sin tener soporte legal para ello. Se recuerda, en virtud de lo señalado en el artículo 301 del Código General del Proceso que al haber prosperado la nulidad propuesta por el Condominio Hacienda La Estancia, lo correcto era tener a ese demandado por notificado por conducta concluyente de la

admisión de la demanda en la fecha en que promovió la nulidad, esta era, el 12 de noviembre de 2019.

33. Bajo el contexto anotado, en criterio de esta Sala Unitaria, como la invalidez del auto admisorio de la demanda fechado el 08 de junio de 2018, no es, en absoluto, atribuible al demandante sino más bien al funcionario judicial por inobservar los artículos 60, 134 y 301 del Código General del Proceso, la presentación de la demanda el 06 de marzo de 2018 sí tuvo la envergadura suficiente para interrumpir el término de prescripción extintiva de la acción. Pues, al haberse ordenado nuevamente la notificación personal de los demandados, en auto del 13 de noviembre de 2020 (notificado por estado el 17 de noviembre siguiente), a pesar de que los miembros del polo pasivo Condominio El Remanso de La Estancia y Copropiedad Condominio Hacienda La Estancia ya estaban enterados de la actuación y que frente a la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S., se había aceptado el desistimiento de la demanda; no puede sostenerse la ineficacia de la interrupción de la prescripción en los términos señalados en el numeral 5° del artículo 95 del Código General del Proceso, porque esa omisión no puede resultar atribuible al demandante sino más bien al Juez de la causa.
34. Por lo mismo, le asiste razón al recurrente, puesto que el término de un año para notificar a los demandados, previsto en el artículo 94 del estatuto procesal, debía contabilizarse desde la notificación que a él se le hizo por estado del segundo auto de admisión de la demanda. Pensar en contrario implicaría desconocer de tajo sus prerrogativas fundamentales porque, se itera, la nulidad del auto admisorio de la demanda se originó por una indebida aplicación de la normatividad que regula materia por parte del Juzgado.
35. Este panorama, deja en evidencia que el segundo auto admisorio de la demanda se notificó por estado al demandante el 17 de noviembre de 2020, de suerte que, el lapso de un año para mantener los efectos de la interrupción de la prescripción mediante la notificación de los demandados venció el mismo día y mes del año siguiente, esto es, el 17 de noviembre de 2021; en esas condiciones, basta con posar la vista en la encuadración digital para concluir que en lo que respecta a los demandados Condominios El Remanso La Estancia y Hacienda La Estancia, la carga se cumplió oportunamente por parte del demandante, el primero de ellos se notificó personalmente de esa segunda admisión el 03 de marzo de 2021 y el segundo, el 05 de abril de 2021, o sea, ambos dentro de la oportunidad procesal prevista; por lo que, en virtud

de lo señalado en el artículo 94 del Código General del Proceso, no resultaba viable declarar probada la prescripción de la acción, al haberse interrumpido el término extintivo.

36. Ahora, si bien esta Corporación declaró la nulidad por indebida notificación de la sociedad Administración y Seguridad Gold S.A.S. en providencia del 17 de abril de 2023, lo cierto es que, tras rehacerse la actuación, ese litigante guardó silencio frente a la demanda y por lo mismo como no alegó, debiendo hacerlo, la prescripción de la acción, resulta inviable no solo abordar su estudio sino también, eventualmente, proceder con su declaratoria.
37. Como ha quedado claro que la sentencia anticipada del 04 de octubre de 2023, traída en alzada, será revocada al encontrarse no probada la excepción de prescripción de la acción; en consonancia con los precedentes del Superior funcional de esta Corporación⁴⁵, esta decisión se adoptará mediante auto interlocutorio de ponente, puesto que resulta imperativo disponer la devolución del expediente al Juzgado de origen a fin de que continúe con el trámite del proceso.
38. Finalmente, no habrá lugar a condena en costas por la prosperidad del recurso.

XII. DECISIÓN

En armonía con los argumentos expuestos, el Magistrado sustanciador del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, en Sala Unitaria,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia anticipada proferida el día cuatro (04) de octubre de dos mil veintitrés (2023), por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar (Tol), al interior del proceso declarativo de responsabilidad civil extracontractual promovido por **ALICIA DEL PILAR CARRILLO HERRERA y JUAN JOSÉ ÁVILA CARRILLO** contra la **COPROPIEDAD CONDOMINIO HACIENDA LA ESTANCIA, CONDOMINIO CAMPESTRE EL REMANSO DE LA ESTANCIA y ADMINISTRACIÓN Y SEGURIDAD GOLD S.A.S.**, conforme lo explicado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. En consecuencia, **DECLARAR NO PROBADA** la excepción de mérito denominada “prescripción extintiva de la acción”.

⁴⁵ Ver, por ejemplo, sentencia STC 7462-2022 y AC2994-2018, reiterado en AC241-2021.

TERCERO. En firme esta providencia, se devolverá el proceso al juzgado de origen para que continúe el trámite del proceso.

CUARTO. NOTIFÍQUESE esta providencia por estado conforme indican los artículos 9 y 12 de la ley 2213 de 2022.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

DIEGO OMAR PÉREZ SALAS
Magistrado

PETICIÓN DE HERENCIA. ESTADO CIVIL Y SU PRUEBA

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ SALA CIVIL – FAMILIA

Ibagué, veintitrés (23) de mayo de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso: Petición de Herencia.
Demandante: Héctor Augusto Pérez Bohórquez.
Demandado: Rodrigo Pérez Peña.
Radicación: 73168-31-84-001-2022-00090-01.

Se resuelve el recurso de apelación formulado por la parte demandada contra la sentencia dictada el 5 de diciembre de 2023, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chaparral Tolima, dentro del proceso de la referencia.

ANTECEDENTES

Mediante apoderado judicial, Héctor Augusto Pérez Bohórquez promovió demanda declarativa contra Rodrigo Pérez Peña solicitando: i) Declarar que aquel tiene vocación hereditaria en “representación de su padre” Héctor Pérez Ortiz para suceder a Celestino Pérez; ii) Declarar que tiene igual derecho que el demandado para recoger los bienes que conformaron la sucesión de Celestino Pérez; iii) Declarar

la nulidad de la escritura pública No. 1464 del 23 de diciembre de 2021 mediante la cual se hizo la adjudicación de la sucesión doble e intestada de Lucila Peña y Celestino Pérez, así como las anotaciones realizadas en los folios de matrícula inmobiliaria 355-20603, 355-22527 y 355-18298; iv) Ordenar la restitución de los bienes inventariados, especialmente el que corresponde al número de matrícula 355-18292; v) Ordenar el registro de la sentencia en los folios de matrícula inmobiliaria 355-20603, 355-22527 y 355-18298; vi) Condenar en costas al demandado, en caso de oposición.

HECHOS

Los hechos jurídicamente relevantes en los que se estructura el petitum admiten el siguiente compendio¹:

1. Relató el demandante que Celestino Pérez falleció el “26 de enero de 1971” en el Municipio de Chaparral Tolima, quien era el padre del señor Héctor Pérez Ortiz, el cual a su vez falleció el 18 de marzo de 2021 en el Municipio de Girardot Cundinamarca y a su vez éste último era su progenitor.
2. Informó que ante la Notaría Única de Chaparral Tolima, Rodrigo Pérez Peña tramitó sucesión doble e intestada de Lucila Peña y Celestino Pérez, en la que le fueron adjudicadas tres hijuelas de los bienes inventariados, lo que fue protocolizado mediante escritura pública No. 1464 del 23 de diciembre de 2021, y posteriormente registrado en los folios de matrícula inmobiliaria 355-20603, 355-22527 y 355-18298.
3. Ultimó que Rodrigo Pérez Peña conocía que Héctor Augusto Pérez Bohórquez era hijo de Héctor Pérez Ortiz, quien a su vez era hijo de Celestino Pérez.

TRÁMITE PROCESAL

Prevía inadmisión de la demanda², y su correspondiente subsanación, mediante auto del 2 de junio de 2022 se admitió a trámite y se ordenó notificar y correr traslado al demandado por el término de veinte días, entre otras determinaciones³.

Una vez enterado el pasivo de la demanda, contestó señalando no oponerse si se acreditaba el parentesco entre Celestino Pérez, Héctor Pérez Ortiz y Héctor Augusto Pérez Bohórquez. Adicionalmente dijo que de ser reconocido el demandante como sucesor, sólo tendría derecho a que se le adjudicara el bien propio de Celes-

1 01.DEMANDA.pdf

2 02.AUTO INADMITE DEMANDA.pdf

3 06. AUTO ADMITE DEMANDA.pdf

tino Pérez, que corresponde al identificado con número de matrícula 355-18298 en un porcentaje del 50%, más no respecto de los otros que fueron adquiridas con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal que ocurrió con la muerte de Celestino Pérez el 11 de diciembre de 1976⁴.

Por auto del 22 de julio de 2022 se tuvo por contestada la demanda, y se fijó el 31 de agosto como fecha para llevar a cabo la audiencia prevista en el artículo 372 del C.G.P. Asimismo se le reconoció personería al Dr. Nelson Bocanegra Ávila como apoderado judicial del demandado⁵.

Mediante proveído del 8 de agosto de 2022 se negó la reforma de la demanda presentada por el demandante, así como su pronunciamiento frente a la contestación del libelo⁶.

El 31 de agosto de 2022 se evacuó la audiencia inicial en la que se efectuó control de legalidad, se recibieron los interrogatorios de parte, se decretaron las pruebas teniéndose como tal las aportadas por los extremos procesales, se ordenó oficiar al Registrador del Estado Civil de Villavicencio para que allegara copia del registro civil de nacimiento de Héctor Pérez Ortiz, y además se aportaran los documentos que sirvieron de soporte para la expedición del mencionado Registro⁷.

El 15 de diciembre de 2022 se puso en conocimiento de las partes los documentos allegados por parte del Registrador de Villavicencio⁸, y se señaló el 23 de enero de 2023 como fecha para realizar la audiencia prevista en el artículo 373 del CGP⁹. Con motivo del recurso de reposición formulado esta decisión fue revocada parcialmente el 19 de enero de 2023, ordenándose oficiar a los Registradores Especiales de la Registraduría del Estado Civil de Villavicencio (Meta) para que enviaran los documentos que sirvieron de soporte para sentar el registro civil de nacimiento de Héctor Pérez Ortiz¹⁰.

Por auto del 29 de septiembre de 2023 se insistió en la prueba decretada y se solicitó copia del libro de varios¹¹.

Finalmente, el 5 de diciembre de 2023 se profirió la sentencia en la que se resolvió *“PRIMERO: ACOGER -parcialmente- las pretensiones de la demanda de petición de herencia promovida por el heredero HÉCTOR A. PEREZ BOHORQUEZ -por transmisión de su progenitor y fallecido Héctor Pérez Ortiz- contra el heredero RODRIGO PEREZ PEÑA, de las condiciones civiles conocidas, en virtud a los motivos antes expuestos. SEGUNDO: DECLARAR que el señor HÉCTOR A. PÉREZ*

4 11.CONTESTACIÓN DEMANDA.pdf

5 15. AUTO.pdf

6 17. AUTO.pdf

7 20.ACTA AUDIENCIA.pdf

8 25. DOCUMENTOS.pdf

9 26. AUTO CITA AUDIENCIA.pdf

10 32. AUTO REVOCA PARCIALMENTE PROVIDENCIA.pdf

11 37.AUTO.pdf

BOHÓRQUEZ en su condición de nieto por transmisión del causante CELESTINO PÉREZ, tiene derecho concurrente que RODRIGO PÉREZ PEÑA -en su condición de hijo matrimonial del mismo causante para recoger la herencia dejada por su abuelo Celestino Pérez, ambos en el primer orden sucesoral. Pero su cuota herencial corresponderá a la mitad del heredero demandado. TERCERO: REHAGASE la partición correspondiente a la sucesión doble e intestada de Celestino Pérez y Lucila Peña Vda de Pérez, tramitada ante la Notaria Única del círculo de Chaparral, la cual fue tramitada mediante E.P. Nro. 1464 del 23 de diciembre de 2021 y, adjudicada al señor Rodrigo Pérez Peña, en forma concurrente con Héctor Augusto Pérez Bohórquez, la cuota hereditaria que en su condición de heredero (nieto) por transmisión de su padre-fallecido Héctor Pérez Ortiz, en la proporción dicha en el punto anterior. CUARTO: RESTITUYASE inmaterial a favor del actor, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, la proporción que le corresponda en las cosas hereditarias que aún están en posesión del demandado. Concretado a la partida tercera del acervo hereditario relacionado en la E.P. Nro. 1464 del 23 de diciembre de 2021, otorgada en la Notaria Única del círculo de Chaparral. QUINTO: CANCELAR el registro de la adjudicación que en su momento se hizo sobre la partida Tercera ya referida, debiéndose por tanto OFICIARSE a la Of. I.I.P.P. de Chaparral, adjuntando copia autentica de esta decisión. SEXTO: DEFERIR para el trámite sucesoral la liquidación de los frutos civiles y naturales pero concretados sobre el bien inmueble distinguido con el folio de M.I. Nro. 355-18298 de la Of. I.I.P.P. de Chaparral, los cuales se generaron desde el 14 de junio de 2022 y hasta que esto último se verifique. SEPTIMO: NO hay lugar condena en costas porque en estricto rigor jurídico, no hubo oposición a la demanda (...)”¹².

La anterior decisión fue apelada por el extremo demandado, y sustentada ante esta Corporación¹³.

A su vez, en proveído del 15 de los cursantes se decretó de oficio la incorporación de la escritura pública No. 216 del 16 de mayo de 1961 que obra dentro del plenario¹⁴.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El a quo luego de hacer precisiones jurídicas acerca de la acción petición de herencia, indicó que Héctor Pérez Ortiz falleció sin que hubiere aceptado o repudiado la herencia de su padre Celestino Pérez, por lo que su descendiente Héctor Augusto Pérez Bohórquez reclamaba por transmisión lo que le correspondería a su progenitor.

12 49. ACTA DE CONT. AUD, INICIAL, ALEGAT. Y FALLO PET. HERENCIA DE HECTOR A. PEREZ B.

13 009.MemorialDdo.SustentaApelación.pdf

14 013.DecretaPruebadeOficio.pdf

Frente a la calidad de heredero del demandante, señaló que la inscripción extemporánea del registro civil de nacimiento de Héctor Pérez Ortiz tuvo como base la partida de bautismo, y como quiera que este último documento no es admisible para acreditar el parentesco desde el año de 1938, no estaría acreditado que es hijo de Celestino Pérez. Sin embargo, obra en el expediente la escritura pública No. 216 del 16 de mayo de 1961 a través de la cual el causante reconoció como su hijo a Héctor Pérez Ortiz, y pese a que aquella no fue aportada en la oportunidad procesal pertinente, debe prevalecer el derecho sustancial sobre el formal, para que prime así la voluntad de Celestino Pérez, lo que se acompasa además con las previsiones del artículo 1º de la ley 75 de 1968.

De otro lado, dijo que el actor es heredero concurrente con Rodrigo Pérez Peña, quien ocupa actualmente la herencia por habérsele adjudicado en la escritura pública No. 1464 del 23 de diciembre de 2021. No obstante, teniendo en cuenta que Celestino Pérez murió el “13” de diciembre de 1976, la partición se debe regir por la ley vigente para el momento de la muerte, conforme lo señalan los artículos 34 y 37 de la ley 153 de 1887, por ende, el demandante recibirá la mitad de lo que le pudo corresponder al demandado, pues la igualdad sucesoral solo se dio a partir de la ley 29 de 1982.

Agregó que de las tres partidas adjudicadas al demandado solo le corresponde al accionante participar de la tercera, pues las restantes son bienes propios de la señora Lucila Peña viuda de Pérez.

Por último, refirió que los frutos civiles y naturales respecto de la partida tercera, se reconocerán desde la notificación de la demanda, habida cuenta que no se puede predicar que el demandado tenía conocimiento del derecho que hoy reclamada el demandante.

FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN

En esencia, el apoderado judicial del demandado reprochó que el juzgador haya valorada en la sentencia la escritura pública 216 del 16 de mayo de 1961 por cuanto no fue aportada oportunamente, ni tampoco decretada de oficio, lo que se tradujo en violación de las normas que regulan la materia.

Asimismo indicó que el registro civil de nacimiento de Héctor Pérez Ortiz no cumple con los requisitos legales para probar el estado civil, pues carece de la firma de Celestino Pérez, y además, por cuanto no existe nota marginal del reconocimiento de paternidad que se hubiera efectuado por algún instrumento público.

Por último, alegó que la escritura pública no es prueba del estado civil, en cuanto que el documento idóneo para ello es el correspondiente registro civil.

CONSIDERACIONES

Como quiera que los denominados presupuestos procesales no merecen reparo alguno; así como tampoco se advierte ninguna irregularidad que tipifique una causal de nulidad procesal que imponga invalidar lo actuado, es procedente resolver el recurso de apelación formulado en este asunto.

Cuestión de primer orden es precisar que de conformidad con lo establecido por el artículo 328 del CGP, la atribución de esta sala para desatar la instancia no es panorámica, toda vez que cuando la sentencia es apelada por uno solo de los litigantes, como aquí acontece, según lo señala dicho precepto, el juez sólo adquiere competencia para pronunciarse sobre los argumentos puntuales de los que se nutre la apelación.

En efecto, frente al tema la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

“Como se aprecia, cuando la apelación la introdujo una sola de las partes, o cuando a pesar de provenir de ambas, los recursos no abarcan la totalidad del fallo cuestionado, las facultades decisorias del superior quedan restringidas a los “argumentos expuestos” por el o los impugnantes, los cuales pueden y deben exponerse al momento de la interposición de la alzada y en la sustentación de la misma (...).”¹⁵

Por su parte, la regla 322 de la misma codificación prevé que *“Cuando se apele una sentencia, el apelante, (...) deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.”*

Con tal marco, teniendo en cuenta que la decisión de primera instancia fue recurrida por uno solo de los litigantes, el laborío que ha de emprender la Corporación, en aras de desatar el remedio vertical que ahora transita por esta sede jurisdiccional, estará circunscrito, exclusivamente, a los reparos apelativos que fueron expuestos ante el juez de primer grado y desarrollados en la sustentación de la alzada.

Por ese camino, se tiene que la censura se halla cimentada sobre la base de tres ejes cardinales a saber: i) El presunto desafuero procesal incurrido por haberse valorado la escritura pública 216 del 16 de mayo de 1961 sin ser decretada como prueba; ii) La carencia de virtud del registro civil de nacimiento de Héctor Pérez Ortiz para demostrar el parentesco con Celestino Pérez ante la ausencia de la firma del padre o de nota marginal de la inscripción de instrumento público; y iii) La falta de idoneidad de la escritura pública para demostrar el estado civil. Entonces será sobre estos puntos precisos que se pronunciará la Sala, dejando de

15 Sentencia SC3148-2021 del 28 de julio de 2021

lado aquellos asuntos que, aunque fueron materia de estudio en la sentencia, no quedaron inmersos dentro de la órbita argumentativa de la apelación.

De los reproches formulados por el apelante nace la necesidad de abordar el asunto relativo al concepto del estado civil así como su prueba. Primero frente al que prevé el artículo 1º del Decreto 1260 de 1970 que *“El estado civil de una persona es su situación jurídica en la familia y la sociedad, determina su capacidad para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones, es indivisible, indisponible e imprescriptible, y su asignación corresponde a la ley.”*, y en cuanto a su prueba está sometido a tarifa legal, en cuanto que es la ley la que define la manera en que debe demostrarse.

Frente a estos dos tópicos ha sido pacífica la jurisprudencia en cuando a la ausencia de identidad entre ellos, al indicar que *“... Forzoso es insistir, de un lado, en que “una cosa es el estado civil de las personas y otra su prueba. Los hechos, actos o providencias que determinen el estado civil, otorgan a la persona a quien se refieren, una precisa situación jurídica en la familia y la sociedad y la capacitan para ejercer ciertos derechos y contraer ciertas obligaciones. El estado civil, pues, surge una vez se realicen los hechos constitutivos del mismo, como nacer de padres casados o compañeros permanentes, o inmediatamente ocurra el acto que lo constituye como celebrar matrimonio, o, en fin cuando queda en firme la sentencia que los determina, como en el caso de la declaración de paternidad natural. Un determinado estado civil se tiene, entonces, por la ocurrencia de los hechos o actos que lo constituyen o por el proferimiento de la respectiva providencia judicial que lo declara o decreta. Pero estos hechos, actos o providencias que son la fuente del estado civil, sin embargo no son prueba del mismo, porque de manera expresa el legislador dispuso que ‘el estado civil debe constar en el registro del estado civil’ y que ‘los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas ocurridos con posterioridad a la vigencia de la Ley 92 de 1938, se probarán con una copia de la correspondiente partida o folio, o con certificados expedidos con base en los mismos (artículos 101 y 105 del Decreto 1260 de 1970) (...)”* (CSJ, SC del 22 de marzo de 1979; se subraya).”¹⁶

Entonces se puede afirmar sin dubitación, que el estado civil surge por la ocurrencia de los hechos o actos que lo constituyen o por la emisión del fallo judicial que los declara, sin que estos se asimilen a su prueba, pues la determinación de ésta se la reservó el legislador, que como se verá, ha variado en su forma a través del tiempo.

En efecto, preveía el artículo 22 de la Ley 57 de 1887 que la prueba del estado civil respecto de los nacimientos de personas bautizadas en el seno de la iglesia católica, lo constituían las certificaciones que con las formalidades exigidas se

16 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. SC16302-2015 del 6 de octubre de 2015. M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

emitieran por los sacerdotes párrocos, insertando las actas o partidas que existieran en los libros parroquiales.

Posteriormente, con la expedición de la ley 92 de 1938, se estableció en el artículo 18 que constituirían prueba principal del estado civil las copias auténticas de las partidas de su registro, contemplando el artículo siguiente que a falta de aquellas, se admitirían como supletorias las actas o partidas existente en los libros parroquiales que fueran proferidas por los curas párrocos.

Finalmente, con la llegada del Decreto 1260 de 1970, norma que actualmente rige la materia, se dispuso que los hechos y actos relacionados con el estado civil de las personas, ocurridos con posterioridad a la vigencia de la ley 92 de 1938, se probarían con copia de la correspondiente partida o folio del registro civil, o certificados expedidos con base en los mismos (artículo 105).

En conclusión “[e]s claro, entonces, que los hechos y actos constitutivos o declarativos del estado civil anteriores a la vigencia de la Ley 92 de 1938, o acaecidos dentro de la vigencia de ésta y antes de la vigencia del artículo 105 del Decreto 1260 de 1970 (el 5 de agosto de este año, fecha en que fue publicado oficialmente), o que ocurran a partir de este momento, pueden acreditarse, según el caso, así: los primeros, mediante la copia de las actas eclesiásticas correspondientes, como prueba principal; los segundos, mediante la copia de registro del estado civil como prueba principal y, como prueba supletoria, entre otras, con la copia de las actas eclesiásticas correspondientes; y los últimos, únicamente, mediante la copia del registro del estado civil pertinente”¹⁷.

Delimitado el anterior marco jurídico y jurisprudencial, corresponde indicar que en el presente caso la discusión no gira en torno al estado civil del señor Héctor Pérez Ortiz, sino a su prueba, de manera que el análisis de la Sala estará dirigido a determinar si se acreditó la relación paterno-filial entre Celestino Pérez y Héctor Pérez Ortiz, último que nació el 29 de enero de 1943, es decir, después de la entrada en vigencia de la ley 92 de 1938 y antes de cobrar vigor el Decreto 1260 de 1970.

Cuestión de primer orden es señalar que le asiste razón al recurrente en cuanto a la imposibilidad de valorar al momento de dictar sentencia una prueba que no fue decretada, pues al tenor de lo establecido en el artículo 164 del C.G.P. “*Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso...*”, que aportada intempestivamente, de considerarse útil, bien se podía incorporar de oficio por así permitirlo los artículos 169 y 170 del mismo estatuto, sin necesidad alguna de acudir a principios como el de la primacía del derecho sustancial.

17 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de marzo de 2003. Exp. 7054. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo

Fue así que por esa última vía optó la Sala, que de manera oficiosa dispuso el decreto de la prueba, haciendo así posible su valoración, y de contera haga que el reproche caiga en el vacío.

En cuanto a los dos restantes reproches, que tocan con la insuficiencia de la partida de bautismo para demostrar el parentesco, así como del registro civil por la ausencia de anotación de la escritura pública de reconocimiento, cumple decir que si bien en principio tales afirmaciones de manera aislada hallarían razón en cuanto que están respaldadas por la normatividad que regula la materia, pues para el momento del nacimiento de Pérez Ortiz el primero de los mentados documentos apenas era prueba supletoria, y en el caso del registro se requería la firma del progenitor como seña del reconocimiento, o la inscripción del correspondiente acto constitutivo o declarativo que diera cuenta de él, no se paró en mientes que la situación sometida a estudio encuentra amparo en el artículo 50 del Decreto 1260 de 1970 según el cual “Cuando se pretenda registrar un nacimiento fuera del término prescrito, el interesado deberá acreditarlo con documentos auténticos, o con copia de las actas de las partidas parroquiales respecto de las personas bautizadas en el seno de la Iglesia Católica o de las anotaciones de origen religioso correspondientes a personas de otros credos, o en últimas, con fundamento en declaraciones juramentadas, presentadas ante el funcionario encargado del registro, por dos testigos hábiles que hayan presenciado el hecho o hayan tenido noticia directa y fidedigna de él, expresando los datos indispensables para la inscripción, en la forma establecida por el artículo 49 del presente Decreto. Los documentos acompañados a la solicitud de inscripción se archivarán en carpeta con indicación del código de folio que respaldan.” Subrayado ex texto.

Fue así que cualquier duda sobre la paternidad de Celestino Pérez respecto de Héctor Pérez Ortiz (q.e.p.d) fue despejada con la incorporación de la copia del folio del registro civil de nacimiento allegada a petición oficiosa del Juzgado, y remitida por la Registraduría Especial de Villavicencio, que da cuenta de la fecha en que se sentó el registro extemporáneo –8 de noviembre de 2012- señalando a Celestino Pérez como padre, tomado del documento antecedente “ACTA RELIGIOSA Y CERTIFICACIÓN DE COMPETENCIA”, precisándose además que se realizaba el registro de acuerdo al “OFICIO DNRC-SIN-6124”¹⁸, a través del cual se le informó que no era posible la reconstrucción del registro civil de nacimiento y que por ende lo que procedía era efectuar la inscripción extemporánea, como efectivamente ocurrió¹⁹.

18 Folio 4 – 39 - RESPUESTA REQUERIMIENTO.pdf

19 Folios 2 y 3 - RESPUESTA REQUERIMIENTO.pdf

Es así que si bien teóricamente le asistiría razón al recurrente, en cuanto que en efecto la partida eclesiástica en este caso no demuestra el estado civil, así como que la escritura pública de reconocimiento exige su inscripción en el registro para cumplir tal fin, en el evento sometido a estudio el supuesto fáctico escapa al regulado por las premisas planteadas por el censor, pues como se precisó, obedeció al registro del nacimiento por fuera del término establecido en la ley.

Ahora si en gracia de discusión se aceptara que igualmente correspondería emprender el estudio del documento antecedente en el que se fincó la expedición del registro civil de nacimiento, esto es el “EL ACTA RELIGIOSA Y CERTIFICACIÓN DE COMPETENCIA”, el que por virtud de las normas canónicas que lo regulan demandaría la inclusión también de firma del progenitor, que en este caso se echa de menos, la documental da cuenta que pese tal falencia, hay certeza de la voluntad del progenitor acerca del acto de reconocimiento, quien hizo uso de una de las herramientas previstas en la ley 75 de 1968 para dicho fin como se desprende de la escritura pública No. 216 del 16 de mayo de 1961²⁰, decretada de oficio en esta instancia el 15 de los corrientes, todo lo cual nos llevaría a idéntica conclusión.

Por lo tanto, sí obra la prueba que echó de menos el apelante acerca del vínculo paterno filial entre Celestino Pérez y Héctor Pérez Ortiz, de suerte que los argumentos de alzada carecen de vocación de prosperidad, imponiéndose la confirmación de la sentencia en lo que fue objeto de ataque.

En mérito de lo expuesto, la Sala Civil-Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 5 de diciembre de 2023, por el Juzgado Promiscuo de Familia de Chaparral Tolima, en lo que fue objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte considerativa de este proveído.

SEGUNDO: CONDENAR en costas de la instancia al extremo recurrente. Para el efecto se señalan como agencias en derecho una suma equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente.

En firme esta providencia, devuélvase el expediente al Juzgado de origen.

**Esta sentencia fue discutida y aprobada mediante acta No. 037
del 23 de mayo de 2024.**

20 Folios 1 y 2 – 16. REFORMA DEMANDA.pdf

Cópiese, notifíquese y cúmplase,

JUAN FERNANDO RANGEL TORRES
Magistrado

ASTRID VALENCIA MUÑOZ
Magistrada

RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ORTIZ
Magistrado

RESPONSABILIDAD BANCARIA
Sustracción no autorizada en transacciones monetarias

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
SALA CIVIL FAMILIA DE DECISIÓN

Ibagué, once de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

Proceso:	Responsabilidad Bancaria
Radicación:	7 3449-31-03-002-2021-00091-01
Demandante:	Alcaldía de Carmen de Apicalá
Demandado:	Banco Davivienda S.A.
Juzgado:	Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar
Juez:	José Luis Gualacó Lozano
Magistrado ponente:	Julián Sosa Romero.

OBJETO DE LA DECISIÓN

Se decide la apelación interpuesta por la parte demandante contra la sentencia de 2 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar dentro del asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES

1. La Alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá pidió de forma principal declarar civil y contractualmente responsable al Banco Davivienda S.A. por la sustracción no autorizada de dos transacciones de \$187.000.000, y \$112.000.202, más los intereses moratorios causados desde el 17 de junio de 2019.

Subsidiariamente, por vía extracontractual, elevó idéntica reclamación.

Como sustento de sus aspiraciones, relata que tiene diferentes cuentas bancarias con la entidad financiera y, pese a los controles por ella ejercidos, el 17 de junio de 2019 se realizaron dos transferencias desde la cuenta N° 282674217 de dominio del Municipio, con destino a la cuenta corriente N° 17849457887 de Bancolombia S.A., lo que devino en el retiro irregular de recursos públicos por valor de \$187.000.000, y \$112.000.202.

Lo anterior fue advertido por la funcionaria encargada de realizar la conciliación de las cuentas del municipio, quien informó la novedad a su jefe inmediato, el 5 de julio de 2019, tomándose las acciones a lugar, entre ellas, se informó a la entidad bancaria de lo acaecido, última que, por demás, alegó que ambos procesos de pago fueron procesados por el usuario Edgar Gonzalo Sánchez Moreno¹.

2. La demanda fue admitida el 24 de septiembre de 2021 por el Juzgado Segundo Civil del Circuito Melgar², y una vez notificada, fue contestada por el Banco Davivienda S.A. formulando las siguientes excepciones: *“Hecho de la víctima como causa exclusiva del daño y eximente de responsabilidad del banco Davivienda”, “Las operaciones desconocidas se encuentran ajustadas al perfil transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá respecto del uso y manejo cuenta de ahorros N° 2826742 migrada a la cuenta de ahorros N° 00550446000178306 a través del portal empresarial”, “Diligencia del Banco Davivienda y cumplimiento de sus deberes profesionales”, “Inexistencia de responsabilidad de Banco Davivienda en los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda por ausencia de nexo de causalidad”, “Principio de buena fe contractual por parte*

1 Archivo 01. Expediente de primera instancia

2 Archivo 03. Expediente de primera instancia

de Banco Davivienda”, “Improcedencia del reconocimiento de intereses pretendidos por la parte actora”

3. Surtido el trámite legal, el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar, mediante sentencia de 2 de agosto de 2023, acogió las excepciones de mérito propuestas, negó las pretensiones y condenó en costas a la parte demandante, tras considerar que se encuentra configurada la culpa exclusiva de la víctima como causal de exclusión de responsabilidad, la cual encontró configurada con base en los siguientes argumentos:

- 3.1. El fraude tuvo su génesis dada la vulneración del aparato electrónico de la entidad demandante, que no la plataforma del Banco, ello, si en la cuenta se tiene que el secretario de Hacienda desconoció el reglamento para utilizar el portal bancario tras comprobarse de manera técnica que el Municipio carecía de un antivirus desde el 14 de enero de 2016 y de un software licenciado, a pesar de haberse presentado un intento de fraude en las cuentas del ente demandante, en abril del 2019.

En tal sentido, se demostró que el fraude se generó en el equipo de la entidad pública demandante tras no seguir las medidas de seguridad suministradas por Davivienda, quien, en cumplimiento del reglamento del portal transaccional, le solicitó al Secretario de Hacienda utilizar un antivirus, y revisar sus equipos, para determinar si tiene herramientas de seguridad idóneas, tales como antikeylogger, firewalls y control de la navegación para evitar descarga de software malicioso.

- 3.2. La entidad territorial no tenía una reglamentación de las operaciones que debía realizar el secretario de hacienda ni los controles de ciberseguridad.
- 3.3. El representante legal de la entidad demandante autorizó a una tercera persona para la administración de manera autónoma de la cuenta de ahorro sin ningún control, quien lo operaba a través de su correo personal, y sin que hubiera recibido la capacitación para el manejo del portal empresarial.
- 3.4. El alcalde en el otro si, menciona que conoce el reglamento y que acepta las condiciones que lo contiene y fue capacitado en las medidas de seguridad, sin embargo, no fueron aplicadas.

- 3.5. El secretario de hacienda, Edgar Gonzalo Sánchez, encargado del manejo de la cuenta y del portal empresarial no tenía conocimiento de las condiciones de seguridad a través de las transacciones, amén que no tuvo tiempo por encontrarse recibiendo el inventario, por lo tanto, no recibió capacitación en la utilización de las herramientas tecnológicas, lo cual es una falla de la parte demandante.
- 3.6. Si bien es cierto que al Banco se le exige identificar el usuario que está registrado, el resultado es imposible a pesar de ser un experto financiero.
- 3.7. El usuario para realizar las transacciones financieras debió utilizar el token con el aparato o elemento físico, lo cual fue ratificado por el perito Jaiver Yesid González Arango, de modo que además de la manipulación electrónica, se utilizó el token.
- 3.8. No se aportó las licencias de software, que le fue ordenado allegar a la entidad territorial.
- 3.9. El Municipio desatendió la cláusula doce, trece, quince y dieciséis del portal empresarial, por no tener equipo que cuente con las medidas de seguridad, por cuanto desatendió las recomendaciones del Banco a raíz del incidente que sufrió el 24 de abril de 2019 y al no utilizar el portal empresarial con la mayor seguridad posible como lo fue el software licenciado, un antivirus, las herramientas licenciadas de seguridad y las últimas actualizaciones de seguridad.
4. La autoridad territorial propone el recurso vertical, acentuando que, según el fallo, existen dos plataformas, una plataforma por el Banco Davivienda y otra para el Municipio, dejando atestación que, la falla se presenta en los controles de la plataforma de la Alcaldía, argumento que según el accionante es desacertado por tratarse de una sola plataforma donde se hacen los movimientos bancarios y en la que, el Banco Davivienda le permitió al ente territorial hacer parte.

Refiere que para el Despacho no falló la plataforma del Banco, lo que erró fue el computador del Municipio, sobre ese punto, el recurrente aduce que existen los sistemas de alerta que tiene el Banco en su plataforma a fin de establecer la presencia de manos ajenas o extrañas para su ingreso, el hecho

como lo plantea el Juzgado, que el equipo tenga un archivo malicioso, resulta obvio como lo señala la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, el experto del manejo de este tema bancario es la entidad financiera, la cual, debió dar la respectiva asesoría para que este escenario no se diera.

Frente al token replica que, dentro del proceso no quedó demostrado que dicho dispositivo se haya utilizado en las dos transacciones bancarias, porque la accionada nunca entregó soporte documental demostrando que los tokens efectivamente fueron utilizados, destacando que, el perito se contradijo en muchas de las preguntas al punto que llegó a la conclusión a través de un análisis como si nunca existiera un contrato.

Y es que, el secretario de hacienda, al desconocer el manejo del portal empresarial como lo dice el Juzgado, demuestra que Davivienda no fue cuidadoso, en que la persona encargada de manejar ese portal hubiese recibido la capacitación adecuada, a pesar, como se expresó que *“fuera una letra chiquita que había que verlo prácticamente con una lupa”*, el Alcalde acudió ante la entidad financiera explicando el cambio de gobierno y se desconoció que eso fue *“en el mes de enero de 2016”* y las *“las situaciones anómalas son del año 2019”*, si se observa entre el año 2016 al año 2019, no existe prueba que estableciera que Davivienda hubiere dado algún tipo de orientación al secretario de hacienda en esas situaciones en el manejo de las cuentas bancarias.

Aunado a ello, recalcó que la transacción maliciosa fue detectada por la Alcaldía dando aviso de esa situación al ente financiero y generando la anulación la transacción bancaria, de modo que, según el contrato y el reglamento para ese tipo de situaciones, Davivienda debió bloquear la cuenta en comentario, circunstancia que no acaeció.

En esa línea, manifiesta que, dentro de la demanda y los alegatos no se hace referencia a las cláusulas del portal empresarial que fueron desconocidas por Davivienda en desarrollo de sus funciones, a tal punto que se pasó por alto el otrosí respecto al incumplimiento del Banco con relación al *“artículo 17”* sobre el manejo de las cuentas y los informes, por lo que, pese a la notificación realizada por la Alcaldía respecto a los hechos anómalos de 24 de abril de 2019, la entidad financiera no tomó las medidas preventivas, además, el hecho de enviar un correo electrónico *“diciendo en tres renglones que tenía que instalar un antivirus”*, no lo exime de la responsabilidad de otorgar la respectiva asesoría en cuanto al manejo de esos ataques electrónicos.

Argumenta que existió incumplimiento del artículo 16 del contrato de cuenta de ahorro, en el que se menciona que la entidad bancaria se obliga a emitir reporte físico, sistematizado de cada operación que se realice dejando la *“tranzatibilidad del caso”*, en ese aspecto, conforme lo dice el contrato, no está demostrado que la demandada haya tomado medidas sobre los intentos de fraude de 24 de abril de 2019, de ahí que, aun cuando informara al Secretario de Hacienda que debía comprar un antivirus no resulta suficiente para eximirse de responsabilidad, pues tal medida no se encuentra en el reglamento ni en el contrato de cuentas.

Ahora, con relación al otrosí del 2016, refiere que, al Secretario de Hacienda lo nombraron *“usuario administrador”* y *“usuario auditor”*, al darse esas dos situaciones y atendiendo el reglamento, Davivienda tenía la carga de informar al teléfono y al correo electrónico que aparece en el otrosí de todos los movimientos bancarios que se presentaran, situación que pasó por alto y constituye un hecho irregular.

Explica que, para el 2016, el Alcalde autorizó al Secretario de Hacienda para manejar los tokens, las transferencias y era responsable del manejo de las cuentas; no obstante, la entidad financiera obvió la existencia del *“usuario apoderado”*, que genera las autorizaciones cuando se realizan movimientos a terceros, control que finalmente fue pretermitido por la entidad.

Recalca que debió analizar la manera como se realizaron las transacciones bancarias, pues, de acuerdo con la información entregada por el Banco, la transacción que se hizo el 17 de junio de 2019 por la suma de \$187.000.000, se hizo a las 10:51 de la mañana, y en el documento que se titula *“consulta de movimiento de cuentas”* expedido por la entidad financiera el 23 de julio de 2019, aparece que se hizo a las 10:58 de la mañana, lo que significa que, el pago se realizó antes de realizarse la transacción. Lo más preocupante es que se atesta que, el Secretario de Hacienda *“creo la obligación a las 10:52 de la mañana”*, pero Davivienda pagó a las 10:51 de la mañana, es decir que realizó el pago antes que el Secretario de Hacienda *“creara la obligación”* y la misma situación se presentó con la transacción de \$112.000.000, en tanto aparece que el Secretario de Hacienda creó el pago a las 15:59 y el monto fue desembolsado a las 15:58.

Si esto es así, no se trata de culpa exclusiva de la víctima, pues es desconcertante la razón por la que la convocada incumplió la cláusula tercera del

reglamento del portal empresarial, en la que se indica que todas las transacciones realizadas después de las 15:00 aparecerán al día siguiente; de ahí que resulte extraño que si la transacción fue “*como a las cuatro de la tarde*”, inmediatamente se procediera con el desembolso a Bancolombia.

Por último, devela que “*el cliente no es experto en manejos financieros*” y, en este punto, lo que siente la demandante es que, al darse el ataque cibernético de 19 de abril de 2019, Davivienda dejó absolutamente sola a la accionante, lo que derivó en los casos anómalos generados en junio de ese mismo año.

5. Recibido el expediente, el Tribunal admitió la alzada mediante auto de 18 de agosto de 2023, ordenándose impartir el trámite previsto en la Ley 2213 de 2022, dando lugar al escrito de sustentación de la recurrente y a la réplica ejercida por el Banco accionado.

II. CONSIDERACIONES:

1. La censura elevada por la demandante tiene como eje central demostrar que la causal de exoneración de responsabilidad declarada en la sentencia al atribuir la generación del daño por culpa exclusiva de la víctima no se encuentra configurada y, por lo tanto, la sustracción de dineros de la cuenta del Municipio se deriva del incumplimiento de las obligaciones adquiridas por la entidad financiera demandada.
2. En ese orden, conviene apuntar que lo solicitado por la autoridad administrativa en el escrito genitor frente a la declaratoria de los dos tipos de responsabilidad de manera principal y subsidiaria, el Juzgado instructor resolvió el asunto desde la óptica de la responsabilidad civil contractual, aspecto que, no fue objeto de reproche por el ente público.
Por lo anterior, frente a las pretensiones elevadas, cabe precisar que la responsabilidad contractual, se deriva “de la inejecución o ejecución incompleta, tardía o defectuosa de un imperativo contractual”³, y la extracontractual, “surge de la causación del daño producido a una persona en su integridad física, moral o en su patrimonio, sin que exista atadura jurídica previa”⁴.

3 Rodríguez Arturo Alessandri De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil Chileno. Editorial Jurídica de Chile. Reimpresión Primera Edición. pág. 153

4 Ibidem.

De esta manera, bajo los puntuales derroteros del libelo incoativo nada cabía explorar en el terreno extracontractual, toda vez que, el resarcimiento del daño que se reclama se finca en el contrato de depósito en cuenta de ahorros celebrado entre la Alcaldía del Carmen de Apicalá y Banco Davivienda.

3. En este orden, la convocante reclama la responsabilidad bancaria contractual, *“por la sustracción no autorizada en dos (2) transacciones, una con un proceso de pago No 2913411 por la suma de CIENTO OCHENTA Y SIETE MILLONES DE PESOS M/CTE (\$187.000.000) y otra con un proceso de pago 291442 por un valor de CIENTO DOCE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (112.000.202), para una suma total de DOSCIENTOS NOVENTA Y NUEVE MILLONES DOSCIENTOS DOS PESOS M/CTE (\$299.000.202), las cuales se realizaron el día 17 de junio de 2019”*.

Sumado a lo anterior, valga destacar que el Banco Davivienda al contestar la demanda, atestó *“es importante precisar que el Municipio de Carmen de Apicalá es titular de la cuenta de ahorros Bancafé No. 28267421 migrada a la cuenta Davivienda No. 0550446000178306, habiendo solicitado para su uso y manejo el servicio prestado por BANCO DAVIVIENDA referente al Portal Empresarial, el cual fue creado el 25 de enero de 2011”*⁵

Tal hecho, además de lo explicado en el libelo introductor, la contestación de la demanda, el interrogatorio practicado a la demandada y los testimonios se tiene que, dichas transacciones presuntamente fraudulentas fueron realizadas a través del portal empresarial del Banco Davivienda, lo cual resulta ser un tema pacífico.

4. Con esas precisiones, se tiene que, además del contrato de depósito en cuenta de ahorros, a la convocante le fue otorgado el portal empresarial, el que, según el reglamento, es un servicio prestado por Banco Davivienda a solicitud del interesado.

El reglamento del portal empresarial, tiene por objeto, *“establecer los términos y condiciones de los servicios que DAVIVIENDA presta a EL CLIENTE de acuerdo con la SOLICITUD DE SERVICIOS PORTAL EMPRESARIAL y los adquiridos a través del Portal Transaccional, así como permitirle tener acceso a la información de sus productos financieros y la disposición de los recursos depositados en ellos, mediante la conexión que EL CLIENTE establezca a*

5 Archivo 09. Expediente de Primera instancia.

*través de Internet con el sistema central de DAVIVIENDA, conforme con este REGLAMENTO, junto con sus modificaciones o adiciones, cuya observancia es obligatoria y que serán puestos a disposición de EL CLIENTE a través de la página de Internet de DAVIVIENDA o del medio que estime conveniente y el cual será previamente informado a EL CLIENTE*⁶.

5. Fijado lo anterior, téngase en cuenta que la captación de recursos del público, fuente principal de financiamiento de los bancos, suele desarrollarse a través de los contratos de depósito (en cuenta corriente, a término y de ahorros) tipificados en el Título XVII del Libro Cuarto del estatuto mercantil; en virtud de esas convenciones, el cliente entrega a la entidad bancaria una suma de dinero, y esta se obliga a custodiarla y a asegurar la disponibilidad de los saldos, de forma permanente o al fenecer un plazo predeterminado, según el caso.

De igual modo, normas como el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993), las Circulares Básica Contable y Financiera (100 de 1995) y Básica Jurídica (007 de 1996), exige a las entidades bancarias, *“unos altos y especiales cargos o cumplimiento de estándares de seguridad⁷, diligencia, implementación de mecanismos de control y verificación de las transacciones e incluso de seguridad de la confiabilidad de la información y preservación de la confiabilidad, es natural que la asunción de tales riesgos no les corresponda a los clientes que han encomendado el cuidado de parte de su patrimonio a tales profesionales, de ahí que sea ellos quienes deban asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos*⁸.

Lo anterior sin dejar de lado que, frente a la cuenta corriente y la cuenta de ahorros, los artículos 1382 y 1398 del Código de Comercio consagran la responsabilidad de los bancos, *“[c]laro está, sin desconocer, en ninguno de los dos casos, que la responsabilidad de dicha institución financiera, puede atenuarse, moderarse e incluso excluirse en virtud de culpa atribuible al titular de la cuenta”*⁹.

En ese orden, el acceso de las nuevas tecnologías en la actividad bancaria, sin duda se encuentra *“la implementación de medios como el portal virtual de*

6 Archivo 2. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

7 Entre ellos la NTC-ISO/IEC 27001 aprobada el 22 de marzo de 2006, que recopila los requisitos exigidos para la implementación, revisión, mantenimiento y mejora del sistema de gestión de la seguridad de la información a fin de «asegurar controles de seguridad suficientes y proporcionales que protejan los activos de información y brinden confianza a las partes interesadas»

8 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 18614-2016

9 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 18614-2016

transacciones”, el uso “de este lleva insito el riesgo de fraude electrónico, el cual es de la institución financiera precisamente por la función cumplida por las instituciones financieras y el interés general que existe en su ejercicio y la confianza depositada en él, lo que determina una serie de mayores exigencias, cargas y deberes que dichas entidades deben cumplir con todo el rigor; por el provecho que obtiene de las operaciones que realiza; por ser la dueña de la actividad, la que -se reitera- tiene las características de ser profesional, habitual y lucrativa; y además, por ser quien la controla, o al menos, a quien le son los exigibles los deberes de control, seguridad y diligencia en sus actividades, entre ellas la de custodiar dineros provenientes del ahorro privado (...) El riesgo, entonces, se materializa con el ofrecimiento a los clientes de una plataforma tecnológica para realizar sus transacciones en línea, la cual puede ser vulnerada por delincuentes cibernéticos a través de diversas acciones, atendida la vulnerabilidad inherente a los sistemas electrónicos (...)”¹⁰ (Se impone resaltado).

Por esa línea, “(...) en el caso de defraudación por transacciones electrónicas, dado que tal contingencia o riesgo es inherente a la actividad bancaria la cual es profesional, habitual y lucrativa, cuya realización requiere de altos estándares de diligencia, seguridad, control, confiabilidad y profesionalismo (...) De ahí que, atendiendo la naturaleza de la actividad y de los riesgos que involucra o genera su ejercicio y el funcionamiento de los servicios que ofrece; el interés público que en ella existe; el profesionalismo exigido a la entidad y el provecho que de sus operaciones obtiene, los riesgos de pérdida por transacciones electrónicas corren por su cuenta, y por lo tanto, deben asumir las consecuencias derivadas de la materialización de esos riesgos a través de reparar los perjuicios causados, y **no los usuarios que han confiado en la seguridad que les ofrecen los establecimientos bancarios en la custodia de sus dineros, cuya obligación es apenas la de mantener en reserva sus claves de acceso al portal transaccional**”¹¹ (Negrillas fuera del texto original).

Por consiguiente, “(...) consumada la defraudación, el Banco para exonerarse de responsabilidad, **debe probar que esta ocurrió por culpa del cuentahabiente o de sus dependientes**, que con su actuar dieron lugar al retiro de dinero de la cuenta, transferencias u otras operaciones que comprometieron sus recursos, **pues amén de que es este quien tiene el control de mecanismo que**

10 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 18614-2016

11 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 18614-2016

le permiten hacer seguimiento informático a las operaciones a través de controles implantados en los software especializados con los que cuentan, la culpa incumbe demostrarla a quien la alegue (art. 835 C.Co.), pues se presume la buena fe ‘aún la exenta de culpa’”¹² (Se matiza).

6. Bajo estas premisas normativas y jurisprudenciales, la Sala entra a resolver si en este caso se encuentra demostrada la responsabilidad contractual bancaria, indicando desde ya que, la única causal que exime a la entidad accionada de la responsabilidad que se le endilga **es la culpa exclusiva de la víctima la cual debe encontrarse debidamente probada**, conforme se vislumbra en los precedentes atrás señalados, atendiendo los reparos expuestos por el recurrente. (Lo resaltado es de la sala).

Acorde con lo expuesto, frente a la responsabilidad imputada al Banco Davivienda, se encuentran acreditados a través de la prueba documental, el interrogatorio de la accionada y las declaraciones de los testigos los siguientes elementos: i) la existencia del contrato de depósito en cuenta de ahorros celebrado entre la Alcaldía del Carmen de Apicalá y Banco Davivienda; ii) el servicio del portal empresarial que presta el Banco Davivienda a la convocante; y iii) dos transferencias realizadas el 17 de junio de 2019 no reconocidas por la accionante, realizadas desde la cuenta de ahorros de Davivienda No. 282674217 (0550446000178306) cuyo titular es la demandante a la cuenta corriente N° 1784945788 de Bancolombia que pertenece a un tercero, mediante el portal empresarial del Banco Davivienda, la que corresponde al proceso de pago No 2913411 por la suma de \$187.000.000 y otra con un proceso de pago 291442 por un valor de \$112.000.202.

- 6.1. Puestas las cosas de ese modo, se pasa a determinar si aquellas transacciones tuvieron su origen en la culpa de la convocante o sus dependientes.

Al descender sobre este eximente de responsabilidad, resulta pertinente señalar que, el ente financiero al momento de contestar la demanda, aduce dentro de las alegaciones relevantes que: *“las transacciones no reconocidas por el Municipio de Carmen de Apicalá se efectuaron con los elementos bajo custodia del usuario designado por éste y sobre los cuales asumió su responsabilidad con la apertura del producto financiero, teniendo entonces que, quien efectuó las operaciones conocía toda la información transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá tanto para ingresar al Portal Empresarial*

12 Sala de Casación Civil. Corte Suprema de Justicia. Sentencia SC 18614-2016

como para realizar transacciones a través de este, luego, el hecho que las transacciones que nos ocupan se hubieren realizado con la totalidad de dicha información, no puede implicar una circunstancia diferente a que o fue el usuario registrado quien realizó las operaciones o fue quien facilitó o permitió la realización de las operaciones a manos de terceros al tener un actuar negligente o descuidado, pues no de otra manera puede explicarse cómo fueron realizadas las dos (2) operaciones desconocidas, con la información transaccional que debía ser de conocimiento y custodia exclusiva del usuario registrado por el Municipio de Carmen de Apicalá ante BANCO DAVIVIENDA para realizar operaciones a través del Portal Empresarial”.

Reafirma la entidad que: “En virtud de lo sucedido, el mismo 24 de abril de 2019, BANCO DAVIVIENDA remitió al Municipio de Carmen de Apicalá una serie de recomendaciones de seguridad y le indicó que para el desbloqueo de la Cuenta de Ahorros, resultaba necesario, entre otras cosas, que certificara que contaba con herramientas de seguridad, ante lo cual el Municipio dio respuesta el 25 de abril de 2019, indicando que contaba con antivirus y firewalls (...) No obstante lo anterior, ante el sospechoso formateo del equipo de cómputo realizado el 19 de junio de 2019, dicha instalación no pudo ser corroborada, pero si se constató en el informe realizado por EVERIS que dicha instalación de antivirus no se realizó de manera posterior al formateo realizado al equipo de cómputo (...) De lo anterior, se concluye con total claridad que la realización de las operaciones que se discuten en el presente proceso resultan del todo atribuibles al Municipio de Carmen de Apicalá, por cuanto no cumplió con las medidas de seguridad exigidas para el manejo del Portal Empresarial, permitiendo que el equipo de cómputo a través del cual se accedía al Portal Empresarial fuera objeto de un ataque por parte de terceros”.

Rematan señalando que, “En adición a lo anterior, se evidencia un actuar pasivo y el todo negligente por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, con el cual permitió y/o facilitó no solo que las operaciones se realizaran, sino que las mismas se consumaran sin posibilidad alguna de recuperar el dinero extraído de la cuenta de ahorros de su titularidad, así, se tiene que si bien las operaciones fueron realizadas el 17 de junio de 2019, el Municipio se enteró de su realización solo hasta el 5 de julio de 2019 en la conciliación de cuentas realizada, tal como se confiesa en el hecho tercero del escrito de demanda, notificando al Banco de lo ocurrido de manera tardía (...) se advierte un actuar descuidado, despreocupado y negligente del señor Edgar Gonzalo Sánchez, usuario habilitado para el acceso y manejo del Portal Empresarial, quien a pesar de tener conocimiento de la realización de las operaciones desde el 5

de julio de 2019, solo informa de dicha situación al Alcalde del Municipio hasta el 18 de julio de 2019, momento hasta el cual el Alcalde puede iniciar las acciones legales correspondientes (...) En igual medida, se advierte un actuar negligente por parte del Municipio de Carmen de Apicalá, ya que si bien las transacciones ocurrieron desde el 17 de junio de 2019, la custodia del equipo de cómputo del Secretario de Hacienda y Tesorería, por medio del cual se accedía al Portal Empresarial, fue realizada hasta el 30 de julio de 2019, es decir, más de un mes después cuando ya no era posible garantizar la salvaguarda de la información contenida en dicho equipo de cómputo”

Por último, indica que: *“está en cabeza del consumidor Financiero informarse debidamente respecto de los términos y condiciones de los productos que adquiere, los cuales son vertidos en los contratos y demás anexos que son suscritos. Lo anterior quiere significar que no le es permitido al Consumidor Financiero desconocer las obligaciones que ha contraído con la Entidad financiera y, mucho menos, tratar de eludir la responsabilidad que se deriva de tales obligaciones (...) De las estipulaciones contractuales en comento, es claro que era exclusiva responsabilidad del demandante el manejo y administración de los elementos e información necesarios para que las transacciones pudieran efectuarse por medio del Portal Empresarial (...) Así mismo, en correo electrónico del 24 de abril de 2019, BANCO DAVIVIENDA remitió al Municipio de Carmen de Apicalá una serie de recomendaciones”.*

- 6.2. Visto lo anterior, las explicaciones otorgadas por la entidad bancaria para justificar que, las dos transferencias son ocasionadas por culpa exclusiva de la víctima o sus dependientes, se deben examinar desde el ámbito de la corresponsabilidad y buena fe que deben honrar los contratantes en la seguridad y manejo de los depósitos bancarios que se encuentran bajo la tutela del banco y a disposición del usuario; para tal evento, debe partirse del hecho que dichas operaciones se realizaron mediante el portal empresarial de Davivienda.

Memorase que la banca es un servicio público; está expresamente calificada a nivel constitucional como de interés público y sólo puede ser prestada por quienes reciben un permiso especial del Estado. Por estas razones, se generan especiales cargas y deberes para las instituciones que prestan el servicio, de ahí que, ante la confianza en la actividad que desempeñan, le corresponde un compromiso mayor frente a los consumidores, por el interés general que las cobija.

De suerte, que dada la importancia en el orden social y económico que representa, se justifica el establecimiento de controles y políticas restrictivas en su desarrollo, amén de llevar ínsita la exigencia para las instituciones financieras de un mayor grado de diligencia y profesionalismo, porque la actividad que desarrollan además de profesional, tiene los rasgos de ser habitual, masiva y lucrativa, requiere de una organización para ejecutarla y del conocimiento experto y singular sobre las operaciones que comprende, así como de los productos y servicios que ofrece al público, razón por la cual los estándares de calidad, seguridad y eficiencia que se le reclaman, son más altos que los exigidos a un comerciante cualquiera¹³.

Luego, en virtud de la existencia del riesgo y el profesionalismo a cargo del Banco, las operaciones financieras deben ser desarrolladas en condiciones de seguridad y transparencia, lo que conlleva a que, en este asunto, la entidad financiera, antes que sucedieran las dos transferencias del 17 de junio de 2019, era conocedora de los ataques cibernéticos potenciales que sufría el Municipio de Carmen de Apicalá como cliente de los servicios brindados por Davivienda derivados del contrato de depósito en cuenta de ahorros y el reglamento del portal empresarial, tal hecho es reconocido por la misma entidad financiera al contestar la demanda e indicar que: *“No es cierto que los productos de titularidad del Municipio de Carmen de Apicalá se hayan manejado sin inconveniente alguno, por cuanto, debe tenerse en cuenta que de manera previa a los hechos que nos ocupan en el presente proceso, se presentó un intento de fraude el 24 de abril de 2019 con cargo a la Cuenta de Ahorros No. 282674217 migrada a la Cuenta de Ahorros No. 0550446000178306”*¹⁴.

- 6.3. Teniendo como referente el ataque cibernético ocurrido el 24 de abril de 2019, de conocimiento de la accionada, es de interés indagar en primer término, sobre la conducta asumida por el Banco Davivienda con posterioridad a ese suceso, al ser garante de la actividad financiera que se realiza por los medios autorizados a los usuarios que mantienen los depósitos en sus cuentas, y que son utilizados a través del portal empresarial, pues, dada su condición de profesional en el ramo, se exige tener mayores controles de seguridad para salvaguardar los dineros de los fraudes que diariamente se presentan a causa de los delitos informáticos.

13 Corte Suprema. Sentencia SC18614 de 2016

14 Archivo 09. Expediente de primera instancia

Por ese sendero, se anexó el contenido del correo electrónico enviado el 24 de abril de 2019 por el Banco Davivienda a Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, Secretario de Hacienda de la Alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá, en donde expresa:

“Respetados Señores:

Reciban un cordial saludo del Banco Davivienda, de acuerdo al evento presentado por acceso al portal empresarial el 24 de Abril de 2019 desde un dispositivo diferente al usual, nos permitimos enviarle adjunto las recomendaciones de seguridad y agradecemos confirmar el ingreso en la fecha señalada

Para el desbloqueo de su cuenta, debe remitirnos sobre este correo electrónico, la siguiente información:

1. Realice una detallada revisión de sus equipos, acorde con las recomendaciones que enviamos en el archivo adjunto. Una vez haya realizado la exhaustiva revisión de sus equipos, debe certificar en el correo, que cuentan con las herramientas de seguridad como antivirus, “antikeyloggers” “firewalls” y control de la navegación para evitar descarga de software malicioso.

2. Digite los datos de la empresa que encontrará a continuación:

(...)

3. Por favor diligencie el siguiente formulario.

(...)

4. Por favor adjunte el pantallazo soporte de la descarga del DSB Client.

Nota: Agradecemos su ayuda con la actualización de sus datos de contacto en el portal empresarial.

Para la ejecución de esta solicitud tenga en cuenta que se debe cumplir con la totalidad de la información requerida en este correo.

Recuerde que el uso del token y las claves de los usuarios son personales e intransferibles, y si su operación necesita asignar más perfiles para el uso del portal, usted como administrador puede limitar las atribuciones de los usuarios de su empresa, de acuerdo con el nivel de responsabilidad que tengan dentro de su organización, así como parametrizar los horarios de operación para los servicios de pagos y transferencias.

Esperamos haber dado una respuesta satisfactoria a su solicitud, recordándole que estaremos siempre dispuestos a atender sus requerimientos y asesorarle en el buen uso y manejo de todos sus productos en Davivienda.

En caso de necesitar información adicional comuníquese con al 3300000 ext 70257 ó 70249 opción 3, donde uno de nuestros asesores con gusto lo atenderá.

Gracias por la confianza depositada en nuestra organización, la cual está trabajando por su bienestar y el de su empresa”¹⁵.

Ante este correo, el señor Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, Secretario de Hacienda de la Alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá, mediante mensaje digital, contestó: *“El equipo de cómputo de la secretaria de hacienda cuenta con los antivirus y firewalls en el Municipio de Carmen de Apicala”¹⁶.*

De la prueba documental aportada se extrae, que la conducta asumida por el Banco Davivienda frente a la tentativa de fraude realizada a la cuenta 1784945787 con fecha 24 de abril de 2019, se atemperó a lo expresado en el citado mensaje electrónico.

- 6.4. De esta manera, la posición del Banco frente al ciberataque, como respuesta al riesgo que tenía a su cargo por las operaciones bancarias realizadas en el portal empresarial no se ajustó al actuar diligente, cuidadoso, oportuno que debe desplegar a fin de evitar futuros y posibles ataques informáticos cuyos efectos indudablemente se traducen en una afectación al patrimonio de sus clientes.

En efecto, de acuerdo con el reporte del informe confidencial y de uso exclusivo de Davivienda de fecha 20 de septiembre de 2019, se señala que *“El 24 de abril de 2019, se presentó intento de fraude por \$102.890.765.00, en la cuenta 0550446000202312 del Cliente, mediante una operación de pago a proveedores gestionada en el portal empresarial con destino a la cuenta 17849457887 de Bancolombia, esta operación no pudo ser materializada y la herramienta DSB Clien en su momento le había arrojado al Cliente un mensaje de alerta que indicaba la detección de un proceso malicioso”¹⁷.*

De este informe irradia que se presentó el primer intento de fraude bancario el cual tenía como destino el depósitos de los dineros materia del ilícito a la cuenta 17849457887 de Bancolombia, cuyo titular era el señor RODRIGO SÁNCHEZ CUELLAR, identificado con la cédula 79692010, y que, conforme al informe de análisis del caso presentado por la Vicepresidencia Ejecutiva

15 Archivo 12. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

16 Archivo 14. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

17 Archivo 11 Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

de Riesgo y Control Financiera por Davivienda: “Se identificó la presencia de software malicioso (malware) de tipo RAT (Remote Access Tool) instalado en el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno el día 24 de Abril de 2019, este tipo de malware permite que un tercero no autorizado pueda administrar completamente el sistema de forma remota sin que el usuario se dé cuenta de esta interacción. Una hora después de la instalación del RAT se realizó la instalación de un archivo malicioso llamado proxy8087faus.exe. Posterior a la instalación del archivo proxy8087faus.exe se identificaron archivos potencialmente maliciosos los cuales debido al formateo del sistema no pudieron ser analizados en su totalidad, minutos después se produce una transferencia no autorizada la cual fue bloqueada”¹⁸.

De tal suerte que, lo primero que se pregunta la sala es, ¿cuáles fueron las medidas que materializadas por DAVIVIENDA S.A., para evitar fraudes futuros en las cuentas del Municipio del Carmen de Apicalá?, pues, era un hecho notorio que había un peligro latente de ataques de ciberseguridad al equipo de sistema que se había destinado por el ente territorial para el manejo de sus cuentas, específicamente el intento de un fraude bancario, lo cual, por su experiencia y profesionalidad debía activar las medidas de seguridad para garantizar la integridad del patrimonio del usuario, sin embargo, nunca fue materializada, amen que permitió que dichas cuentas continuaran funcionando con los riesgos que ello implicaba, sin verificar previamente la fuente de dichos ataques, sin activar el cambio de las contraseñas, inspeccionar que el sistema office y Windows estuvieran licenciadas, verificar que los antivirus recomendados hubieran sido instalados, y hubiera activado la información de mensajería y alertas de todas las transacciones que consideraran sospechosas de acuerdo con el perfil transaccional del usuario, lo que nunca aconteció, desatendiendo entre otras obligaciones las contenidas en la Circular Externa 29 de 2014 expedida por la Superfinanciera, que resulta ser relevante para que caso que ocupa la atención a la Sala.

En ese orden, aquellas se encuentran llamadas a observar las prescripciones del Capítulo I, Título II, Parte I de la Circular Externa 29 de 2014 (Circular Básica Jurídica, en adelante CBJ), especialmente, los requerimientos fijados en los siguientes subnumerales para el ofrecimiento a los consumidores financieros de la realización de operaciones por Internet:

18 Archivo 6 Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

“2.3.4.9.1. Implementar los algoritmos y protocolos necesarios para brindar una comunicación segura.

2.3.4.9.2. Realizar como mínimo 2 veces al año una prueba de vulnerabilidad y penetración a los equipos, dispositivos y medios de comunicación usados en la realización de operaciones monetarias por este canal. Sin embargo, cuando se realicen cambios en la plataforma que afecten la seguridad del canal, debe realizarse una prueba adicional.

2.3.4.9.3. Promover y poner a disposición de sus clientes mecanismos que reduzcan la posibilidad de que la información de sus operaciones monetarias pueda ser capturada por terceros no autorizados durante cada sesión.

2.3.4.9.4. Establecer el tiempo máximo de inactividad, después del cual se debe dar por cancelada la sesión, exigiendo un nuevo proceso de autenticación para realizar otras operaciones.

2.3.4.9.5. Informar al cliente, al inicio de cada sesión, la fecha y hora del último ingreso a este canal.

2.3.4.9.6. Implementar mecanismos que permitan a la entidad financiera verificar constantemente que no sean modificados los enlaces (links) de su sitio web, ni suplantados sus certificados digitales, ni modificada indebidamente la resolución de sus DNS.

2.3.4.9.7. Contar con mecanismos para incrementar la seguridad de los portales, protegiéndolos de ataques de negación de servicio, inyección de código malicioso u objetos maliciosos, que afecten la seguridad de la operación o su conclusión exitosa.

2.3.4.9.8. Las entidades que permitan realizar operaciones monetarias por este canal deben ofrecer a sus clientes mecanismos fuertes de autenticación”.

Por lo tanto, la entidad demandada quien es garante del portal empresarial y de los depósitos bancarios, no puede asumir una actitud pasiva frente a los consumidores, máxime cuando conocía de la tentativa de fraude que había sido víctima la cuenta de ahorros del ente territorial demandante, y que por la actividad habitual debía conocer el perfil transaccional del cliente en razón a la naturaleza y actividades que ejercía.

En efecto, si se revisa el informe preliminar efectuado por la Vicepresidencia Ejecutiva de Riesgo y Control Financiero del Banco Davivienda se confirma

que el perfil transaccional de las operaciones por concepto de las transferencias realizadas por el cliente, en ese periodo, no superaba los treinta millones, pues señala: *“Después de validar los movimientos de la cuenta de ahorros en los cinco meses anteriores a la fecha de las operaciones objetadas, se evidenció que la cuenta ha presentado operaciones mensuales que oscilan entre 10 y 340 millones. Así mismo, es muy habitual para el Cliente realizar en esta cuenta desde el Portal Empresarial operaciones como Transferencias Cuenta a Cuenta – Tercero, por montos inferiores a \$29.000.000 (Veintinueve millones)”*, lo que indudablemente exigían como profesional del sector financiero tomar todas las medidas necesarias para prevenir fraudes de esta naturaleza, máxime que desde esa fecha conocía el riesgo que podía materializarse a cualquier momento, como efectivamente sucedió.

El sistema de alertas que debe primar en la actividad bancaria debe ser garantizados en los eventos en que se encuentran expuestos a delitos informáticos los cuales son evidentes para las instituciones que dominan la actividad financiera, pues, “el fraude y la estafa se encuentran relacionados a la acción desarrollada por los delincuentes, quienes buscan a través de engaños, apropiarse de los fondos de los ahorristas o utilizar sus líneas de crédito en beneficio propio, aprovechándose del desconocimiento o distracción de los usuarios”¹⁹, los cuales no son ajenos para el sector bancario, quienes por su actividad deben asegurarle resultados favorables a los consumidores, amen que las actividades financieras que realizan les exige un máximo sistema de alertas y seguridad.

Nótese que Davivienda, a pesar de tener conocimiento del riesgo que se avecinaba a causa del intento de fraude que fue realizado el 24 de abril de 2019, cuyo destino apuntaba a la cuenta 17849457887 de Bancolombia y su titular era el señor RODRIGO SÁNCHEZ CUELLAR, identificado con la cédula 79692010, no tomó ninguna de las medidas precautelativas para garantizar la integridad de los depósitos bancarios del su cliente, Municipio de Carmen de Apicalá, lo cual facilitó que se materializara el 17 de junio de 2019, en las dos transacciones por valor de \$187.000.000.00 y \$112.000.000.00, a la misma cuenta y el mismo titular, sin que se hubiera exteriorizado ningún tipo de alerta, pese a que, se itera, se había presentado una tentativa de fraude, con el mismo designio, desconociéndose el perfil transaccional, pues

19 Céspedes, Eva (25-03-2021). Las cuatro modalidades de fraudes en tarjetas de crédito con mayor incidencia vía online en Perú. Gestión.

fijese que las diversas operaciones realizadas por el secretario de hacienda del municipio no habían superado el monto de los treinta millones conforme lo reconoció el banco.

Debe tenerse presente que conforme lo previsto en la Circular Externa 29 de 2014, prevé en el artículo 2.3.4.12.8., que la entidad bancaria debe: *“Establecer los procedimientos, controles y medidas para la notificación al cliente de la inscripción de pagos en la entidad financiera o por parte de terceros con cargo a sus cuentas o tarjetas de crédito. Las entidades deben notificar a sus clientes acerca de la inscripción de pagos por parte de terceros con cargos a sus cuentas o tarjetas de crédito siempre que el tercero le informe a la entidad acerca de la inscripción de dicho pago”*.

Por este sendero, debe recordarse que el ente financiero, por la función que realiza, debe comportarse como un verdadero profesional, cuya exigencia se incrementa al conocer que sus usuarios han sido víctimas de ataques cibernético cuyo destino son los recursos depositados por sus clientes, resultando impropia que la conducta del Banco se reduzca solamente a enviar un correo electrónico con algunas recomendaciones de instalaciones de antivirus como lo consideró el Juzgado de primera instancia, pues, por ser garante, debe asumir unos roles efectivos para verificar sus directrices y hacer eficaces los mecanismos de seguridad, amen que sus destinatarios son consumidores que no tienen el mismo grado de conocimiento y profesionalidad en dicha actividad.

Lo anterior por cuanto, “(...) ‘a la hora de apreciar la conducta de uno de tales establecimientos -ha dicho la Corte- es necesario tener presente que se trata de un comerciante experto en la intermediación financiera, como que es su oficio, que maneja recursos ajenos con fines lucrativos y en el que se encuentra depositada la confianza colectiva’ (CSJ SC-076, 3 Ago. 2004, Rad. 7447) y por tales razones se le exige ‘obrar de manera cuidadosa, diligente y oportuna en ejercicio de sus conocimientos profesionales y especializados en materia bancaria’ para impedir que sean quebrantados los derechos patrimoniales de titulares de las cuentas de ahorro y corrientes de cuya apertura y manejo se encarga (CSJ SC, 3 Feb. 2009, Rad. 2003-00282-01) (...) De todo lo anterior deriva, necesariamente que en la materia impera un ‘modelo particular de responsabilidad profesional del banco’ (CSJ SC-201, 15 Dic. 2006, Rad. 2002-00025-01)(...)”²⁰.

6.5. Acorde con lo expuesto, la conducta del Banco Davivienda fue ajena al riesgo y el profesionalismo que se había aumentado por el conocimiento del ataque informático previo a las dos operaciones bancarias, lo cual facilitó el fraude patrimonial que sufrió la entidad territorial demandante, quien en su condición de consumidor no escapa a la protección que se le debe brindar a sus productos.

En relación a las relaciones contractuales que se suscriben para los usos de canales electrónicos de servicios, llama la atención que esta categoría es de interés público porque tales relaciones jurídicas deben estar enmarcadas dentro de las reglas al principio de la buena fe, para garantizar la protección del consumidor financiero. El uso de estos canales requiere la realización de negocios jurídicos con derechos y obligaciones que deben armonizar con la buena fe contractual que establece la ley comercial²¹, y el deber de diligencia exigido en la Ley 1328 de 2009 para ambas partes: el banco que ofrece el servicio y el cliente consumidor financiero que lo recibe, quien tiene derecho a recibir un servicio de calidad y seguridad.

De las pruebas allegadas por la convocada, se desprende que, el ataque informático del 17 de junio de 2019 era previsible, teniendo en cuenta lo ocurrido el 24 de abril de 2019, puesto que, las condiciones de ambos sucesos presentan coincidencias similares, sumado al conocimiento que previamente tenía el Banco del primer ciberataque, que incluso condujo de acuerdo con lo señalado en el mencionado informe que *“Según la información aportada por el Departamento de Operación de Reclamos Fraude, el 24 de abril de 2019, el Cliente presentó intento de fraude por \$102.890.765, mediante una operación de pago a proveedores gestionada en el portal empresarial con destino la cuenta 1789457887 de Bancolombia, esta operación no pudo ser materializada y la herramienta DSB Client, le había arrojado al Cliente un mensaje de alerta que indicaba la detección de un proceso Malicioso”*²², lo cual resulta extraño que dicha herramienta no hubiera funcionado para las dos transacciones fraudulentas, máxime cuando en el mismo informe se atesta que: *“Según, la información aportada por el Departamento de Monitoreo Fraude Transaccional Canal Empresarial, se evidenció que el Cliente está identificado en el Portal Empresarial con la numeración 93956 y para la fecha de los procesos de pagos a proveedores objetados contaba con el software de seguridad DSB (Detect Safe Browsing)”*.

21 Decreto 410 de 1971. Código de Comercio. 27 de marzo de 1971 (Colombia).

22 Archivo 6 Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

La ausencia de una conducta activa por parte de DAVIVIENDA, en detener los efectos nocivos que generó el fraude del que fue víctima la alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá, específicamente a la cuenta de ahorros de Bancafé 282674217, que corresponde a dos transacciones por un valor total de \$299.000.202.00, genera indudablemente la responsabilidad que se reclama, al haber omitido los controles y las medidas urgentes y necesarias que hubieran mitigado o evitado el ilícito.

En esas condiciones la responsabilidad se radica en cabeza de la entidad bancaria, quien tenía la sagrada misión de la guarda y custodia de los depósitos bancarios del el usuario consumidor, último que no se encontraba obligado a asumir los riesgo que se le pretende trasladar con el argumento que no honró los deberes de custodia de las contraseñas y el token, pues, finalmente, fue la desidia del propio Banco, que al no ejercer los deberes que debía encomiar para blindar y asegurar la guarda de los depósitos bancarios de forma responsable, como lo exige la circular externa 029 de 2014, pues una vez conoció de la tentativa de fraude, no realizó las pruebas de vulnerabilidad y penetración al dispositivo utilizado para la realización de las operaciones transaccionales; no promovió ni puso a disposición de sus clientes mecanismos que redujera la posibilidad de que la información de sus operaciones monetarias pudieran ser capturada por terceros no autorizados durante cada sesión, no implementó mecanismos que permitieran a la entidad financiera verificar constantemente que no sean modificados los enlaces (links) de su sitio web, ni suplantados sus certificados digitales, ni modificada indebidamente la resolución de sus DNS, no contó con mecanismos que hubieran incrementado la seguridad de los portales, protegiéndolos de ataques de negación de servicio, inyección de código malicioso u objetos maliciosos, que afectara en la seguridad de la operación o su conclusión exitosa, y por no generar el sistema de alertas previa a cualquiera transacción, máxime cuando el perfil transaccional del cliente se lo exigían por el monto de las referidas transferencias.

No se olvide que las Instituciones Financieras, tienen la carga de establecer procedimientos para el bloqueo de canales o de instrumentos para la realización de operaciones, cuando existen situaciones o hechos que lo ameriten o después de intentos fallidos por parte de un cliente, así como las medidas operativas y de seguridad para la reactivación de los mismos (...) Elaborar el perfil de las costumbres transaccionales de cada uno de

sus clientes y definir procedimientos para la confirmación oportuna de las operaciones monetarias que no correspondan a sus hábitos (Superintendencia Financiera, Circular Básica Jurídica 2014).

En ese orden, las Entidades Financieras se les exige el cumplimiento del principio de debida diligencia, para que las relaciones entre las entidades vigiladas y los consumidores financieros se desarrollen de forma que se propenda por la satisfacción de las necesidades del primero de acuerdo con la oferta, compromiso y obligaciones acordadas. Y como consecuencia, “Las entidades vigiladas deberán observar las instrucciones que imparta la Superintendencia Financiera de Colombia en materia de seguridad y calidad en los distintos canales de distribución de servicios financieros” (Ley 1328 de 2009, artículo 3, literal a).

Pues, como lo ha señalado la Corte en sentencia SC5176 de 2020, que se torna de vital importancia y que se hace necesario citar in extenso en este asunto por su trascendental importancia: “....., en tratándose de la inobservancia de sus obligaciones como depositario (o como administrador sucedáneo de esos depósitos, que es lo que sucede en este caso), se justifica plenamente la aplicación de un régimen de responsabilidad objetivo en contra del ente bancario, aun cuando la infracción negocial no se materialice a través del pago de un cheque falsificado o adulterado”.

“En efecto, el precedente tiene decantado que la solidez de las operaciones de captación masiva de recursos del público entraña enorme trascendencia social, pues la confianza del depositante pende de la inquebrantable promesa de disponer de sus recursos cuando lo estime pertinente, o cuando acaezca el plazo prefijado, si se trata de depósitos a término fijo. Quien entrega al banco una suma de dinero a título de depósito, pues, entiende que esta queda a buen recaudo”.

“Precisamente para apuntalar la confianza de los cuentahabientes, el ordenamiento reclama que el ejercicio de la actividad bancaria atienda rigurosos parámetros de capital, apalancamiento, liquidez, gobierno corporativo, riesgo de crédito y composición patrimonial, por citar algunas variables, y que además cumpla altos estándares de seguridad en sus canales presenciales (oficinas, correspondientes) y no presenciales (banca móvil, cajeros automáticos, portales virtuales)”.

“Estas imposiciones legales y reglamentarias, proporcionales a los enormes riesgos morales, operativos, de crédito, de seguridad, entre otros, que son connaturales al giro de los negocios bancarios, muestran que las entidades financieras asumen con la sociedad un compromiso de evitación de esas amenazas, de modo que serán aquellas quienes deban responder si estas se materializan, sin ninguna consideración adicional”.

“Y es que, en casos como este, la atribución de responsabilidad no puede depender de un juicio subjetivo de reproche. Si aun a pesar de la extrema probidad, diligencia y profesionalismo que es de esperar de un banco, los dineros depositados por sus clientes sufren mengua, no deben ser estos quienes soporten la pérdida, pues más allá de su esfera individual de influencia, carecen de las herramientas para enfrentar esa eventualidad”.

“El cuentahabiente no custodia el dinero depositado, ni participa de las decisiones operativas del banco. Además, no tiene acceso a la información necesaria para afrontar peligros como los anotados, ni le resulta económicamente razonable hacerlo, pues los costos de esa faena serán, casi invariablemente, superiores a la pérdida que pretende prevenir; en cambio, para el banco la situación es exactamente la opuesta, lo que justifica que sea él quien asuma el riesgo de su operación, de manera objetiva”.

“2.6. Ahora bien, si se analizan las cosas desde la óptica de la naturaleza de las prestaciones del banco, se arribaría a la misma conclusión. Nótese que, al celebrar el contrato de depósito en cuenta corriente o de ahorros –o de administración de estos–, el banco se obliga a permitir a sus clientes la disposición de los saldos depositados en esas cuentas, mediante el giro de cheques (en el caso de la cuenta corriente), retiros con tarjeta débito, transferencias electrónicas, entre otras posibilidades”.

“Todos esos canales transaccionales hacen necesario definir un protocolo de autenticación, que le permita al banco establecer, con certeza, el origen de cada orden impartida. Aunque esa carga no se encuentre consagrada en el derecho positivo, ni se incluya expresamente en los reglamentos respectivos, es connatural al negocio jurídico, al menos como se concibe hoy en día. Actualmente, sería inimaginable una relación banco-cuentahabiente en la que no fuera mandatorio «verificar la identidad [del] cliente, entidad o usuario», mediante «algo que se sabe [como las claves personales], algo que se tiene [como los tokens], algo que se es [la biometría]» (Circular Básica Jurídica, Parte I, Título II, Capítulo I, numeral 2.2.5.)”.

“Cuando un tercero burla esos protocolos de autenticación, y –haciéndose pasar por el cuentahabiente– dispone por cualquier medio de los recursos depositados en cuentas de ahorros o corrientes, la obligación de verificación se incumple, pues la carga de que se viene hablando no puede entenderse satisfecha simplemente con los buenos oficios del banco, sino con la efectiva confirmación de la identidad de su cliente”.

6.6. En esa línea, con la noticia del primer ataque cibernético, el Banco, ante la observancia del riesgo inminente a causa de las embestidas que venían generándose a las cuentas bancarias de la entidad demandante, debió desplegar una serie de actos más allá de las recomendaciones que habitualmente otorga, al punto de asegurarse que el riesgo para su cliente de hacer transacciones a través del portal empresarial se hubiese reducido o en el mejor de los casos controlado, sin embargo nada esto ocurrió, ya que, tal como se desprende de los documentos, el interrogatorio a la demandada, los testimonios, las experticias y la sustentación del dictamen de Anti-fraude, no hubo medidas oportunas para prevenir o mitigar el daño que estaba próximo a producirse.

La exigencia del Banco Davivienda era de tal envergadura que su actuar no podía quedarse en meras recomendaciones, ya que, conforme lo dispone la cláusula séptima del reglamento del portal empresarial, “Los servicios objeto de este convenio podrán ser suspendidos temporalmente por DAVIVIENDA cuando se produzcan fallas técnicas que le impidan prestar adecuadamente los servicios, en aquellos eventos en los cuales se presenten situaciones de riesgo técnico para su sistema o en cualquier otra circunstancia que lo considere pertinente. En la medida de lo posible, DAVIVIENDA informará a EL CLIENTE sobre la suspensión temporal de los servicios y su reanudación por el medio que estime pertinente. EL PORTAL EMPRESARIAL es uno de los varios canales, que el Banco pone a disposición de EL CLIENTE, para utilizar sus productos y en consecuencia en caso de no funcionamiento temporal del mismo, EL CLIENTE dispone de otros canales a su servicio”²³.

En suma, el banco por su posición privilegiada en el manejo de los ahorros y depósitos bancarios, como sujeto activo del mercado digital se le exigen mayores cargas y controles para evitar los fraudes informáticos que

23 Archivo 2. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

ponen en riesgo el capital de sus usuarios, y en esa medida, la Circular Básica Jurídica 029 de 2014 estableció la obligación que tienen las entidades financieras de contar con políticas, procedimientos y recursos técnicos y humanos necesarios para gestionar efectivamente el riesgo de ciberseguridad y en las diferentes etapas de prevención; protección y detección; respuesta y comunicación; recuperación y aprendizaje, y en especial medidas de seguridad y de protección de la información, lo cual no aconteció en el caso en examen, pues siempre mantuvo una conducta pasiva trasladando toda la responsabilidad al consumidor, quien por no ser profesional en la materia no está obligado a soportar por la ausencia de educación financiera.

Como conclusión, para la Sala, no basta con que la entidad vigilada acredite que cumplió con los requerimientos mínimos de seguridad y calidad a su cargo para exonerarse de responsabilidad, pues también debe acreditar la culpa o negligencia concurrente de su cliente, quien a su vez, debe observar las disposiciones contractuales y las recomendaciones de seguridad impartidas por las entidades, pues, éstas constituyen buenas prácticas de protección propia y tienen por finalidad evitar que terceros no autorizados tengan acceso a la información requerida para acceder a los recursos depositados²⁴.

7. No obstante lo anterior, la sala a continuación deberá examinar las pruebas regularmente aducidas, para determinar si la víctima tuvo algún grado de coparticipación o su conducta influyó en la producción del daño como lo afirma la entidad demandada por no acatar las obligaciones prevista en el contrato de ahorros o el portal empresarial y no seguir las medidas de seguridad para prevenir y evitar el riesgo que condujo al fraude bancario desde el mismo instante que fue víctima de la tentativa del fraude informático a su cuenta bancaria.

Al respecto, en las conclusiones elaboradas por la propia convocada respecto al caso objeto de estudio, se evidencia que:

24 “Prácticas como descargar archivos adjuntos a correos electrónicos de dudosa proveniencia, constituyen inobservancia a esas buenas prácticas de autoprotección e incrementan el riesgo de ser infectado con virus informáticos, que permiten acceder a la información confidencial requerida para transar a terceros ajenos a la relación contractual. En este caso, adicionalmente la entidad financiera demostró haber cumplido con las obligaciones de seguridad de las operaciones a su cargo, por lo que se denegaron las pretensiones de la demanda” (Superintendencia Financiera, 2019).

i)“.....Con referencia a las conexiones se realizaron desde la IP 186.148.164.243, la cual es de uso habitual en el cliente sin embargo el Device solo presenta una conexión anterior al fraude (...)”²⁵

ii)“(...) 2. Con referencia a las condiciones técnicas sobre las cuales se realizaron las operaciones evidenciamos que las transacciones objetadas fueron realizadas desde la IP 186.148.164.243. La cual, el sistema registra como habitual en las conexiones por parte de los usuarios autorizados, en el Municipio Carmen de Apicalá, adicionalmente, es importante mencionar que esta conexión fue exitosa, es decir se ingresó de forma correcta los datos solicitados por el sistema.

3. En virtud del análisis Forense realizado a los equipos involucrados en el evento se concluyó lo siguiente:

Se identificó la presencia de software malicioso (malware) de tipo RAT (Remote Access Tool) instalado en el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno el día 24 de Abril de 2019, este tipo de malware permite que un tercero no autorizado pueda administrar completamente el sistema de forma remota sin que el usuario se dé cuenta de esta interacción. Una hora después de la instalación del RAT se realizó la instalación de un archivo malicioso llamado proxy8087faus.exe. Posterior a la instalación del archivo proxy8087faus.exe se identificaron archivos potencialmente maliciosos los cuales debido al formateo del sistema no pudieron ser analizados en su totalidad, minutos después se produce una transferencia no autorizada la cual fue bloqueada.

Se identificó la presencia de un nuevo archivo malicioso con el nombre de proxy-8090julio.exe, este archivo fue instalado en el sistema a las 05:47:40 del 17 de Junio de 2019, en horas de la tarde se generaron las dos transacciones no autorizadas.

La transacción del 24 de abril de 2019 y las dos transacciones del día 17 de Junio de 2019 fueron realizadas desde el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno (...)”²⁶

Así mismo, de la prueba pericial allegada por el ente financiero y la practicada en el desarrollo del proceso revelan que, con posterioridad al ciberataque de 24 de abril de 2019, el riesgo para realizar las operaciones bancarias era mayor. Sobre el particular las dos experticias otorgan los siguientes datos:

i) El informe forense realizado por Everis:

25 Archivo 6. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

26 Archivo 12. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

“2. Contexto

“El día 24 de Abril de 2019 luego de presentarse un intento no autorizado de una transacción por \$102.890.765 se tomaron mayores medidas de seguridad para acceder al portal por recomendación del banco.

El equipo de cómputo analizado, solamente es usado por Edgar González Sánchez Moreno.

El equipo fue formateado el día 19 de Junio de 2019 puesto que presentaba lentitud (en esa fecha se desconocía el fraude) ya que a la fecha no había llegado el extracto bancario en físico.

5. Información de la evidencia

(...)

5.1.1. Información del sistema

Hay que destacar que la fecha de instalación del sistema es posterior a las fechas del incidente debido a un formateo del sistema operativo realizado el día 19 de Julio de 2019, el formateo del computador fue ejecutado por Efraín Suárez Bautista quien desempeña un rol de ingeniero de sistemas dentro de la entidad. Por lo tanto, gran parte de la información fue sobrescrita al reinstalar el nuevo sistema operativo ya que este proceso sobre-escribe sectores del disco donde reside evidencia digital. Se utilizaron técnicas de data-carving para recuperar algunos archivos que estaban almacenados en sectores no sobre-escritos durante el proceso de instalación y configuración del nuevo sistema operativo.

Dentro de los programas instalados no se identifica antivirus, además se encontraron tres programas sospechosos (...)

(...)”

8. Conclusiones:

Con base en el análisis de la evidencia digital se concluye lo siguiente:

“Se identificó la presencia de software malicioso (malware) de tipo RAT (Remote Access Tool) instalado en el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno el día 24 de Abril de 2019, este tipo de malware permite que un tercero no autorizado pueda administrar completamente el sistema de forma remota sin que el usuario se

dé cuenta de esta interacción. Una hora después de la instalación del RAT se realizó la instalación de un archivo malicioso llamado proxy8087faus.exe. Posterior a la instalación del archivo proxy8087faus.exe se identificaron archivos potencialmente maliciosos los cuales debido al formateo del sistema no pudieron ser analizados en su totalidad, minutos después se produce una transferencia no autorizada la cual fue bloqueada”.

“Se identificó la presencia de un nuevo archivo malicioso con el nombre de proxy8090julio.exe, este archivo fue instalado en el sistema a las 05:47:40 del 17 de Junio de 2019, en horas de la tarde se generaron las dos transacciones no autorizadas”.

“La transacción del 24 de abril de 2019 y las dos transacciones del día 17 de Junio de 2019 fueron realizadas desde el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, sin embargo estos eventos no pueden ser atribuibles a Edgar Gonzalo Sánchez Moreno en la medida que se evidenció la existencia de conexiones remotas con funcionalidades de proxy que permitieron que un agente externo”.

“Con base en lo anterior se explica el hecho de que las transacciones fueran generadas desde la dirección IP pública de la entidad, ya que el agente externo realizó conexiones remotas desde la ciudad de Bogotá, hecho que se confirma al analizar las direcciones IP con las que interactuaban los proxies maliciosos”.

“Si bien se identificó la presencia de software malicioso, no se pudo identificar la forma en la cual se infectó el computador, para poder establecer como se infectó el computador, sería necesario un análisis de los correos electrónicos recibidos por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno en las fechas previas a los dos eventos señalados”.

9. Recomendaciones (...)

“Realizar un análisis de seguridad de la red de la Alcaldía de Carmen de Apicalá, ya que otros computadores de la entidad podrían estar comprometidos, incluso el nuevo computador asignado a Edgar Gonzalo Sánchez Moreno”.

“Realizar un análisis de los correos electrónicos recibidos en las fechas previas a los incidentes de seguridad con el fin de identificar el mecanismo de infección”.

“Destinar un equipo de cómputo en el que únicamente se realicen operaciones financieras para minimizar riesgos asociados a infecciones de malware”.

“Generar jornadas de cultura y sensibilización en seguridad en la red a todos los funcionarios de la Alcaldía de Carmen de Apicalá”²⁷.

27 Archivo 7. Carpeta 09 Pruebas Contestación. Expediente de primera instancia

ii) Dictamen pericial de AntiFraude:

“Línea de tiempo

“De la anterior línea de tiempo se puede concluir que para el día 17 de junio de 2019, fecha en que se presentaron las “transferencias no reconocidas y ejecutadas en Junio 17 de 2019 por los siguientes valores: \$187.000.000 y \$112.000.000” el sistema no contaba con ninguna clase de protección antivirus en ejecución y de hecho hay ejecución de malware tipo troyano (Saguaro) coincidente con esa fecha. Al día siguiente se detecta la reinstalación del sistema y su posterior activación con una herramienta informática ampliamente conocida y utilizada para licenciar el sistema operativo sin tener que pagar al fabricante por ello, lo que resulta en un uso no autorizado del software”.

(...)

Sobre el software DSB (Detect Safe Browsing)

“Detect Safe Browsing ® de Easy Solutions®, es una aplicación de seguridad diseñada para proteger la información financiera y transaccional, básicamente es una aplicación gratuita que ha sido adaptada por diversas entidades financieras alrededor del mundo para ayudar a mitigar los riesgos propios de las transacciones en línea, esta aplicación busca ayudar y complementar la protección de la información financiera de los usuarios cuando inicia sesión en los portales que adaptan esta tecnología. Sin embargo, ésta NO constituye una suite de seguridad en el estricto sentido y solo puede verse como un complemento idóneo para salvaguardar la seguridad de las transacciones en línea. Su fabricante afirma que: Detect Safe Browsing ® está optimizado para detener malware financiero y prevenir el fraude financiero mientras utilizas los servicios de las entidades que han adaptado nuestra tecnología. Eso no significa que debas descartar otras soluciones antivirus, ya que existen diferentes tipos de malware. Si cuentas con una solución antivirus, deberías utilizarla en conjunto con Detect Safe Browsing ® para una protección en línea óptima”. (...)

Sobre la dirección IP utilizada

Fue posible determinar que la dirección IP utilizada en las fechas de transacciones (Abril 24 de 2019 y Junio 17 de 2019) es la 186.148.164.243 (...)

Esta dirección IP es legítima y asignada por un proveedor de servicios de internet:

El hecho de que la misma dirección IP haya sido utilizada en dos momentos distantes (Abril y Junio de 2019) indica que era una dirección IP usada regularmente como originadora de transacciones en el portal transaccional utilizado por la Alcaldía de Carmen de Apicalá. (...)

“Como se puede apreciar en el registro, las actividades de las fechas 24 de abril de 2019 y 17 de Junio de 2019 se llevan a cabo desde la misma dirección IP 186.148.164.243 utilizando el mecanismo de doble factor de autenticación (Token) necesario para operar el portal”.

“Para determinar la recurrencia en la utilización de esa IP en la operación legítima del portal transaccional asignado a la Alcaldía, se evaluó un periodo transaccional desde el 24 de septiembre de 2018 y hasta el 30 de diciembre de 2019, encontrando un total de 4175 operaciones realizadas en el portal transaccional desde la misma dirección IP 186.148.164.243 con token asociado”.

“Con lo anterior se puede concluir que esta dirección IP no era desconocida y de hecho era una dirección IP recurrente que no supone una desviación al perfil de uso legítimo que tenía la Alcaldía de Carmen de Apicalá al acceder al portal empresarial”.

De las mencionadas pruebas periciales se infiere que, efectivamente, la entidad territorial no siguió los lineamientos que le fueron suministrados por Davivienda S.A., amen que no instaló los antivirus que le fueron recomendados para prevenir que los delincuentes ingresaran a su computador y de esta manera accedieran a los datos que tenían bajo guarda, pues, como lo atestó el perito YESID GONZALEZ, el equipo no contaba con ninguna protección antivirus, lo cual genera un alerta grave, en la medida que cualquier equipo electrónico desde el que se realice una transacción bancaria debe tener un antivirus actualizado, encontrándose un “malware tipo troyano (Saguaro)”, que si, el sistema lo hubiera tenido, habrían sido reconocidos y, a su vez, se habría dado la oportunidad para que la alcaldía tomara las medidas oportunas y salvaguardar la información, memorando que al día siguiente detectó la reinstalación del sistema y su posterior activación con una herramienta informática ampliamente conocida y utilizada para licenciar el sistema operativo sin tener que pagar al fabricante por ello, lo que resulta en un uso no

autorizado del software, las cuales tiene consecuencia jurídicas, más tratándose de una entidad pública por utilizar un software pirata.

Se evidencia de lo anterior un comportamiento no seguro, con la conducta habitual de los usuarios, el sistema operativo no contaba con licencia legal, no contaba con antivirus, descargaban archivos de mucho riesgo; no obstante, debe reiterarse que estas conductas a pesar de ser riesgosas frente a la operabilidad de las transacciones bancarias que fueron materia de ejecución no pueden justificar la conducta asumida por la institución bancaria, quien, conocedora de su actividad y de los riesgos que ésta contiene, permitió que desde computadoras que no cuentan con licencias, ni antivirus se hayan efectuado operaciones financieras, aún conociendo con antelación, que existían conexiones remotas con funcionalidades de proxy que permitieron un agente externo, lo que explica como se afirma en el dictamen que: *“Con base en lo anterior se explica el hecho de que las transacciones fueran generadas desde la dirección IP pública de la entidad, ya que el agente externo realizó conexiones remotas desde la ciudad de Bogotá, hecho que se confirma al analizar las direcciones IP con las que interactuaban los proxies maliciosos”*.

Memórese que, de acuerdo al dictamen emanado de EVERIS, anexo por la demandada, se recalca que: *“La transacción del 24 de abril de 2019 y las dos transacciones del día 17 de Junio de 2019 fueron realizadas desde el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno, sin embargo estos eventos no pueden ser atribuibles a Edgar Gonzalo Sánchez Moreno en la medida que se evidenció la existencia de conexiones remotas con funcionalidades de proxy que permitieron que un agente externo”*. (lo subrayado es de la Sala).

“Con base en lo anterior se explica el hecho de que las transacciones fueran generadas desde la dirección IP pública de la entidad, ya que el agente externo realizó conexiones remotas desde la ciudad de Bogotá, hecho que se confirma al analizar las direcciones IP con las que interactuaban los proxies maliciosos”.

“Si bien se identificó la presencia de software malicioso, no se pudo identificar la forma en la cual se infectó el computador, para poder establecer como se infectó el computador, sería necesario un análisis de los correos electrónicos recibidos por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno en las fechas previas a los dos eventos señalados”.

Sumado a lo decantado, no puede desconocerse, que de acuerdo con lo atestado por la empresa Antifraudes en su dictamen: *“a pesar que la entidad bancaria recomienda “Detect Safe Browsing” de Easy Solutions”, es una aplicación de seguridad diseñada para proteger la información financiera y transaccional”, el mismo peritaje sostuvo que: “Es importante destacar que DAVIVIENDA recomienda el uso de la*

mencionada herramienta AL MOMENTO DE REALIZAR TRANSACCIONES EN SUS PORTALES, mas no lo promueve como una solución de seguridad integral ni perimetral que pueda reemplazar una solución AntiMalware o AntiVirus integral para la protección de un equipo o estación de trabajo ni tampoco asume responsabilidad de protección alguna, de tal manera que dicha herramienta es totalmente inocua si no se utiliza de manera adecuada ni es ejecutada al momento de realizar transacciones. DSB es apenas un complemento que ayuda a mitigar los riesgos en línea y que debe ser operada en equipos con niveles de seguridad básicos”.

De modo que, centrándonos en la conducta asumida por el consumidor al no acatar las directrices señaladas por Davivienda, dichas transacciones fueron efectuadas por un agente externo; y el antivirus que la misma entidad recomienda, no le garantizaba la seguridad de sus depósitos, sumado a que, en su condición de consumidor, no esta obligado asumir los riesgos por la actividad que en esta materia se encuentra radicada y es responsabilidad de la institución financiera.

Por lo anterior es que, la misma Corte reafirma: *“Estas imposiciones legales y reglamentarias, proporcionales a los enormes riesgos morales, operativos, de crédito, de seguridad, entre otros, que son connaturales al giro de los negocios bancarios, muestran que las entidades financieras asumen con la sociedad un compromiso de evitación de esas amenazas, de modo que serán aquellas quienes deban responder si estas se materializan, sin ninguna consideración adicional”*²⁸.

Por esa senda, no puede trasladarse la responsabilidad de la entidad bancaria al cuentacorrentista, quien en su condición de consumidor está amparado por una protección constitucional especial como la Corte Constitucional en sentencia C-1141 de 2000, lo ha reiterado: *“Los derechos del consumidor, no se agotan en la legítima pretensión a obtener en el mercado, de los productores y distribuidores, bienes y servicios que reúnan unos requisitos mínimos de calidad y de aptitud para satisfacer sus necesidades, la cual hace parte del contenido esencial del derecho del consumidor. El derecho del consumidor cabe advertir, tiene carácter poliédrico. Su objeto, en efecto, incorpora pretensiones, intereses y situaciones de orden sustancial (calidad de bienes y servicios; información); de orden procesal (exigibilidad judicial de garantías; indemnización de perjuicios por productos defectuosos; acciones de clase etc.); de orden participativo (frente a la administración pública y a los órganos reguladores)”* (C.C., Sentencia C-1141 de 2000, Colomb.).

8. De lo expuesto se tiene que, la conducta del ente financiero no corresponde al riesgo y al profesionalismo que se exige en las operaciones financieras realizadas a través del portal empresarial de Davivienda, como quiera que, al tener conocimiento del ataque informático del 29 de abril de 2019, debió ser

28 Corte Suprema, sentencia SC5176 de 2020

previsible a los ciberataques de 17 de junio de 2019 y las recomendaciones dadas por el Banco resultaban insuficientes.

Lo anterior por cuanto, sin dejar de lado que los expertos al practicar la experticia sobre el computador del cual fueron realizadas las transacciones dejaron consignando la ausencia del antivirus recomendado por el Banco, también lo es que, el mencionado programa es una herramienta no es una solución integral al equipo.

8.1. Con todo, el detrimento patrimonial tampoco puede ser atribuido a la convocante, toda vez que, el informe de EVERIS dejó consignado que, las transacciones efectuadas de 17 de junio de 2019 desde el computador operado por Edgar Gonzalo Sánchez Moreno Secretario de Hacienda de la Alcaldía del Municipio de Carmen de Apicalá, no pueden ser atribuíbles al mencionado servidor “en la medida que se evidenció la existencia de conexiones remotas con funcionalidades de proxy que permitieron que un agente externo”.

8.2. En ese orden, la causal de culpa exclusiva de la víctima o sus dependientes no se encuentra configurada, pues, si bien es cierto el incumplimiento de las medidas de seguridad de la demandante, aunque potencia la aptitud causal de la omisión del banco, no es en sí la causa determinante del fraude, y si bien produce un riesgo, que en todo caso podía ser neutralizado en virtud de las obligaciones del banco, la verdadera causa del daño es la omisión de los deberes de éste, que habría podido impedir la consumación del fraude si hubiera tomado a tiempo las medidas necesarias y efectivas para prevenir o mitigar la consecución del daño antijurídico

Al respecto, es de mencionar que la Ley 1328 de 2009 dispone que el no ejercicio de las prácticas de protección propia por parte de los consumidores financieros no exime a las entidades vigiladas de las obligaciones especiales consagradas en dicho régimen (entre ellas, la de entregar los productos o servicios ofrecidos en condiciones de seguridad y calidad) ni de la responsabilidad que les sea imputable por su incumplimiento.

Conforme a lo ordenado en los artículos 3 (letra a) y 7 (letra b) de la Ley 1328 de 2009, las entidades vigiladas por la Superintendencia Financiera tienen la obligación legal de emplear adecuados estándares de seguridad y calidad en la prestación de sus servicios a través de los distintos canales de distribución disponibles, con sujeción a las instrucciones impartidas por este Supervisor sobre la materia.

9. Esclarecida la responsabilidad de la entidad financiera, corresponde a la Sala analizar los perjuicios que, denuncia la demandante, fueron ocasionados con la ocurrencia de las transacciones efectuadas el 17 de junio de 2019, entre ellos, reclama el reembolso de los dineros retirados de la cuenta No. 282674217, así como los intereses moratorios desde la fecha citada.

9.1. El daño emergente se encuentra previsto en el artículo 1614 del Código Civil y debe entenderse como toda pérdida, gasto, erogación o disminución en el patrimonio de la víctima.

En sentencia SC20448 de 7 de diciembre de 2017, precisó la Corte Suprema de Justicia que, “[e]l daño emergente involucra la pérdida misma de elementos patrimoniales, los desembolsos que haya sido menester o que en el futuro sean necesarios y el advenimiento de pasivo, causados por los hechos de los cuales trata de deducirse la responsabilidad”.

Entonces, aun cuando no se encasilló en tal categoría, aparece probado en el plenario digital la sustracción no autorizada de dos transacciones, una por la suma de \$187.000.000, otra por un valor de \$112.000.202, para una suma total de \$299.000.202, que fue descontado de las arcas de la entidad territorial con ocasión al hecho fraudulento generado el 17 de junio de 2019.

Así, se ordenará a la entidad demandada cancelar dicho valor debidamente indexado:

CONCEPTO	VALOR HISTÓRICO	ÍNDICE FINAL	ÍNDICE INICIAL	VALOR PRESENTE
Proceso de pago No. 2913411	\$187.000.000	140,49	102,71	\$256.148.671
Proceso de pago No. 291442	\$112.000.202	140,49	102,71	\$153.415.524
TOTAL				\$409.564.195

En tal sentido, deberá ser pagada la suma equivalente a \$409.564.195 a favor de la demandante, como perjuicio patrimonial por daño emergente.

9.2. No habrá lugar a condenar por lucro cesante tras salir avante la excepción denominada “*Improcedencia del reconocimiento de intereses pretendidos por la parte actora*”, pues, lo cierto es que no se está ante la responsabilidad derivada del incumplimiento en el pago de una suma de dinero, sino al evento derivado de la responsabilidad contractual de la demandada y, en tal sentido, ha dicho la Corte Suprema de Justicia que, «(...) ese concepto

opera únicamente en virtud del incumplimiento que se suscite por el no pago de la suma líquida que concrete la sentencia de condena, y así se resolverá en este caso (...)»²⁹.

En efecto, ha precisado tal Colegiatura que, “(...) existen diferentes formas de liquidar el “lucro cesante”. En casos como éste en que el daño emergente está conformado por sumas que tuvo que pagar el demandante, vinculadas con los equipos transportadores, tales como arrendamientos, honorarios, seguros, etc., es fácil dedicar que si se hubiere puesto a rentar ese dinero habría producido lógicamente unos réditos. No debe quedar ninguna duda que los beneficios que produce una suma de dinero son usualmente los intereses corrientes bancarios, y nunca los moratorios. Ciertamente, el Tribunal liquidó intereses moratorios y no corrientes como era imperativo para este caso en particular, por ser éstos últimos expresivos de tasas remuneratorias, desconociendo sin duda la naturaleza, función, composición, y en fin, e régimen jurídico de unos y otros, desacierto que constituye un error de juzgamiento por avalar un doble reconocimiento indemnizatorio que pugna con los principios universales de reparación, equivalencia y equidad, observación que es pertinente efectuar para impedir cargar sobre el deudor nuevos intereses”. (Subrayado propio).

10. Para cerrar, puesta la vista sobre las excepciones meritorias planteadas por el accionado, pese a lo reseñado en líneas que preceden, esto es que, en este tipo de responsabilidad contractual derivada de las operaciones realizadas a través del portal empresarial ofrecido por el Banco, al accionado solo le resta probar la culpa exclusiva de la víctima o sus dependientes, la Corporación dirá:
- 10.1. “Las operaciones desconocidas se encuentran ajustadas al perfil transaccional del Municipio de Carmen de Apicalá respecto del uso y manejo cuenta de ahorros N° 2826742 migrada a la cuenta de ahorros N° 00550446000178306 a través del portal empresarial”, entonces, ante el conocimiento que tenía el Banco del hecho acaecido el 19 de abril de 2019, tal situación reclamaba de la entidad financiera su atención y actos que más allá de construir un perfil transaccional, garantizaran el patrimonio de su cliente, pues, al final, ello no evitó que terceros causaran daño a los dineros del Municipio.

29 SC, 3 de agosto de 2004, expediente 007447.

- 10.2. *“Diligencia del Banco Davivienda y cumplimiento de sus deberes profesionales”*, se tienen por contestado con las disertaciones que anteceden, con las que, como se vio, el banco no actuó de forma diligente y profesional, a pesar del conocimiento previo que podía acontecer un acto de defraudación de esta naturaleza, y debe asumir en este sentido su responsabilidad.
- 10.3. *“Inexistencia de responsabilidad de Banco Davivienda en los hechos que sustentan las pretensiones de la demanda por ausencia de nexo de causalidad”*, solo resta decir que, dicha excepción no tiene éxito, puesto que, el ente financiero reconoció desde la contestación de la demanda el servicio que presta al Municipio a través del portal empresarial, y como consecuencia debe ser garante de la actividad profesional que tiene a su cargo.
- 10.4. *“Principio de buena fe contractual por parte de Banco Davivienda”*, al respecto conviene indicar que, precisamente, el mencionado principio imponía al ente financiero un accionar mayor al derivado del envío de un correo electrónico enviado o confeccionar un perfil transaccional y unas recomendaciones, ya que, conforme al reglamento del portal empresarial, debía suspender el servicio si lo consideraba pertinente, lo cual, no ocurrió, pues, ninguna evaluación realizó para prevenir un segundo ataque a la cuenta de su cliente dejando de lado la misión de garante de los servicios profesiones que presta.
- 10.5. Por último, la objeción al juramento estimatorio resulta infundada, toda vez que, la estimación realizada por la convocante se encuentra fundada en el valor total de las dos transacciones y los intereses moratorios causados.
11. Con fuerza en lo razonado, se revocará la sentencia de primer grado para en su lugar declarar la responsabilidad civil contractual, condenar a la demandada pagar a la accionante las sumas de dinero sustraídas de la cuenta de ahorros causados desde el 17 de junio de 2019, debidamente indexadas. Así mismo, se declarará probada la excepción denominada *“Improcedencia del reconocimiento de intereses pretendidos por la parte actora”*, no así las restantes.

Dadas las resultas finales se condenará en costas de primera instancia al ente financiero.

DECISIÓN:

En mérito de lo considerado, la Sala Civil – Familia del Tribunal Superior de Distrito judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Revocar la sentencia de 2 de agosto de 2023 proferida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar por las razones aquí expuestas, para en su lugar:

SEGUNDO: Declarar civil y contractualmente responsable al Banco Davivienda S.A., con ocasión al incumplimiento de las obligaciones adquiridas con el Municipio de Carmen de Apicalá, lo que devino en la concreción de los hechos fraudulentos acaecidos el 17 de junio de 2019.

TERCERO: Condenar al Banco Davivienda S.A. pagar al Municipio de Carmen de Apicalá la suma equivalente a \$409.564.195, según lo decantado en el acápite 9.1.

CUARTO: Declarar probada la excepción de mérito denominada “Improcedencia del reconocimiento de intereses pretendidos por la parte actora” y, consecuencialmente, se negarán el resto de las pretensiones.

QUINTO: Negar los demás medios exceptivos formulados por la entidad demandada.

SEXTO: Se concede el termino de diez (10) días para el pago de las condenas aquí impuestas, las cuales devengarán un interés moratorio del 6% anual hasta su pago efectivo, en caso de que el obligado no cumpla con la cancelación de los dineros dentro del plazo otorgado.

SÉPTIMO: Condenar en costas de primera instancia a la parte demandada. No habrá lugar a condenar en esta instancia dada la prosperidad del recurso.

OCTAVO: En firme la presente determinación, regrese el expediente al juzgado de origen.

Los Magistrados,

Julián Sosa Romero
Magistrado

Diego Omar Pérez Salas
Magistrado
Con salvamento de voto

Juan Fernando Rangel Torres
Magistrado

**SALVAMENTO DE VOTO A LA SENTENCIA EMITIDA DENTRO DEL
PROCESO CON RADICACIÓN 2021-00091-01. M.P.
JULIÁN SOSA ROMERO.**

Respetuosamente consigno a continuación las razones que me llevan a expresar mi salvamento de voto total frente a la sentencia referenciada.

1. La sentencia mayoritaria de la cual me aparto reconoce expresamente en su página 17, que la entidad bancaria demandada una vez ocurrido el intento de fraude digital el veinticuatro (24) de abril de 2019 hizo numerosas recomendaciones precisas a su cliente, el Municipio Carmen de Apicalá, y entre otras, la parte demandada expresó: *“1. Realice una detallada revisión de sus equipos, acorde con las recomendaciones que enviamos en el archivo adjunto. Una vez haya realizado la exhaustiva revisión de sus equipos, debe certificar en el correo, que cuentan con las herramientas de seguridad como antivirus, “antikeyloggers” “firewalls” y control de la navegación para evitar descarga de software malicioso.”; además, el banco Davivienda señaló a su cliente una serie de conductas preventivas, así: “Recuerde que el uso del token y las claves de los usuarios son personales e intransferibles, y si su operación necesita asignar más perfiles para el uso del portal, usted como administrador puede limitar las atribuciones de los usuarios de su empresa, de acuerdo con el nivel de responsabilidad que tengan dentro de su organización, así como parametrizar los horarios de operación para los servicios de pagos y transferencias.”*
2. Las anteriores sugerencias y recomendaciones hechas al Municipio demandante, según los dictámenes periciales incorporados al plenario, no se cumplió cabalmente con aquellas, a tal punto que ese cliente demandante operaba sus equipos de cómputo con software sin licencia.
3. El expediente también muestra con claridad que el reglamento de funcionamiento del llamado portal empresarial indica varios deberes y obligaciones a cargo del municipio demandante, que fueron incumplidos por la época de ocurrencia de los hechos.
4. La sentencia de casación de la Corte Suprema de Justicia SC18614-2016, que de manera recurrente se cita en la sentencia como soporte de muchas conclusiones y afirmaciones de la misma, en rigor, no es posible aplicar a este supuesto, como quiera que la situación fáctica narrada en ese caso, en particular los hechos 16 y 17 del resumen fáctico que se hace por la Corte, muestran con notoriedad que ese asunto, en lo fáctico, es bien distinto al

presente caso que se presenta entre el municipio Carmen de Apicalá y Davivienda, puesto que en el asunto decidido por la Corte Suprema de Justicia se demostró que el cliente financiero afectado con el fraude tenía una conducta totalmente cuidadosa y diligente en el manejo de sus herramientas tecnológicas para realizar sus transacciones digitales y además cumplía cabalmente las sugerencias y recomendaciones de la entidad financiera, cuestiones que en el caso presente no ocurren.

5. En estas condiciones, no puedo estar de acuerdo con la revocatoria de la sentencia de primer grado y la condena que se impone por mayoría a la entidad bancaria demandada.
6. Ahora bien, nótese que se propuso en el debate de la sala por el suscrito magistrado, que se tuviera en cuenta a efectos de ponderar la indemnización a cargo de banco Davivienda, la conducta torpe, negligente y descuidada del municipio demandante en el manejo de sus herramientas tecnológicas y asimismo en el incumplimiento grave de los deberes y obligaciones señalados en el reglamento del portal empresarial, cuestión desatendida por la mayoría de la sala; olvidándose así que en los regímenes de responsabilidad civil contractual de linaje objetivo, como lo es este asunto de responsabilidad bancaria por fraudes digitales, el demandado puede liberarse acreditando la ocurrencia de cualquier evento de causa extraña, o, también es posible a los efectos indemnizatorios la aplicación del principio contenido en el artículo 2357 del Código Civil, precepto de aplicación en el caso pues sin duda alguna el mismo municipio demandante que sufrió el daño del fraude financiero se expuso a él imprudentemente.

En los términos anteriores presento mi salvamento total de voto

Con toda consideración y respeto.

Diego Omar Pérez Salas.
Magistrado.

**DECLARATIVO–LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR
ACTIVA–DERECHOS DE AUTOR**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA DE DECISIÓN
IBAGUÉ TOLIMA**

Ibagué, Marzo veintiuno (21) de dos mil veinticuatro (2024)
Discutida y aprobada en Sala de Decisión virtual según acta No. 026 de la fecha
Magistrada sustanciadora: ASTRID VALENCIA MUÑOZ

Radicación No: 73001-31-03-004-2019-00134-02

Proceso: Declarativo

Demandante: MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS Y/O

Demandado: GILDARDO AGUIRRE ARISTIZÁBAL Y/O

I. TEMA A TRATAR:

Se desata el recurso de apelación interpuesto por la parte actora contra la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué (Tolima), el 7 de septiembre de 2023, dentro del proceso de VERBAL DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR DERECHOS DE AUTOR instaurado por MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS en contra de GILDARDO DE JESUS AGUIRRE ARISTIZÁBAL, CORPORACION CREANDES, OS COMUNICACIONES SAS Y RADIO TELEVISION NACIONAL DE COLOMBIA RTVC.

II. ANTECEDENTES:

Se instaura el presente proceso¹ para que con citación y audiencia de la parte demandada se declare que la CORPORACION CREANDES, OS COMUNICACIONES SAS, RADIO TELEVISION NACIONAL DE COLOMBIA RTVC y GILDARDO AGUIRRE violaron de manera directa los derechos de autor y conexos de que son titulares los demandantes, como herederos de la maestra INÉS ROJAS LUNA.

Por ello, solicitan se los condene a pagar, a título de perjuicios materiales, la suma equivalente al 25% del total recaudado en los contratos celebrados con RADIO TELEVISION NACIONAL DE COLOMBIA RTVC, que estiman en la suma de \$54.494.140 y, a título de perjuicios morales la suma equivalente a 50 SMLMV, que equivalen a \$45.426.000. De igual forma solicitan se condene al demandado GILDARDO AGUIRRE ARISTIZABAL al pago de los perjuicios materiales por la pérdida de la obra “LIBRO INEDITO INÉS ROJAS LUNA” que estiman en la suma de \$30.000.000 y los perjuicios morales causados por la pérdida de la obra, que estiman en la suma de \$15.000.000

Las anteriores pretensiones se derivan de los hechos que se sintetizan a continuación:

- La señora INÉS ROJAS LUNA fue una maestra del folklor colombiano, creadora de la Agrupación Folclórica de danzas regional “Danza y Ritmo” que posteriormente cambio su nombre a “Danzas Folclóricas de Armero (Tolima)” como se conoce en la actualidad.
- Las obras artísticas y dancísticas más importantes creadas por INÉS ROJAS LUNA bajo la dirección y propiedad de la agrupación Folclórica fueron “El Sanjuanero Tolimense”, “La Caña”, “los Monos”, “Los Estandartes”, “Las Ofrendas”, “Los Carramplanes”, “las Ofrendas” y otras más, siempre con la ayuda idónea y material de su sobrina María Ligia Rodríguez Rojas.

1 C 01 Folios 80 y siguientes y reforma a la demanda C 0011

- Gran parte de sus obras coreográficas, investigaciones y creaciones de diversas danzas y bailes folclóricos, fueron plasmadas y escritas a mano en la obra “LIBRO INEDITO INÉS MARÍA ROJAS”, escrito del puño y letra de María Ligia Rodríguez Rojas, como la autora material, quien conservó en su poder el libro, hasta que le “se le desapareció en el año 1994”
- La señora INÉS MARÍA ROJAS falleció el 13 de noviembre de 1985 en Armero (Tolima), siendo sus únicos herederos los aquí demandantes, señores MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS, quienes liquidaron su sucesión a través de E.P. 2738 de 3 de noviembre de 2016 otorgada en la Notaría 3 del círculo de Ibagué y, por lo tanto, son los titulares de los derechos de autor de las obras producidas por su tía.
- El 20 de octubre de 2011, la Corporación Creandes, suscribió un contrato con RADIO TELEVISION NACIONAL DE COLOMBIA RTVC con el fin de realizar la preproducción, producción y postproducción del proyecto televisivo “De Güipás y Guámbitos” que se emitió por el canal Señal Colombia en ese mismo año y, posteriormente, fue subido a la plataforma de YouTube en el año 2013.
- En dicho documental, se expuso por parte del señor GILDARDO DE JESUS AGUIRRE ARISTIZÁBAL gran parte de la obra “LIBRO INEDITO INÉS MARÍA ROJAS” sin el previo permiso ni autorización de los propietarios de los derechos de autor sobre la misma. Además, *“se habló y se hizo referencia en gran medida a la maestra INÉS ROJA LUNA, su vida, sus obras y la historia de su grupo de danzas en Armero (Tolima), ello en el capítulo 01, el cual era titulado “La señorita Inés”*
- La voluntad de las coautoras de la obra, no era la de exponerla al público y menos aún a las redes sociales *“sino con las formalidades culturales y literarias”* y sin embargo a la fecha de la demanda lleva 2337 visitas, a pesar de que ello no fue su voluntad. Permitió entonces CREANDES la exposición, uso y reproducción de una obra inédita de INÉS ROJAS LUNA, sin contar con la autorización de los titulares de los derechos de autor.
- El 19 de julio del 2015, OS COMUNICACIONES S.A.S. suscribió contrato con RADIO TELEVISIÓN NACIONAL DE COLOMBIA RTVC para la realización, producción y publicación del documental “Armero, 30 años después y/o lo que nos dejó el volcán”, en donde se entrevista a GILDARDO AGUIRRE y se observan las coreografías de las danzas “El Sanjuanero”, “Danza de los Monos” y “Guabina trenzada” todas obras coreográficas de propiedad de los demandantes, como herederos de INÉS ROJAS LUNA.
- El documental fue emitido por el canal Señal Colombia el 13 de noviembre de 2015 y subido al canal YouTube, sin ninguna autorización por parte de los demandantes.

III. DE LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA:

GILDARDO DE JESÚS AGUIRRE ARISTIZÁBAL. (C 1 Folios 194 y ss y C 0017) contesta la demanda, oponiéndose a las pretensiones, indicando que no es cierto que las danzas “Sanjuanero Tolimense”, “La Caña”, “los Monos”, “Los Estandartes”, “Las Ofrendas”, “Los Carramplanes”, hayan sido creadas por Inés Rojas Luna, pues su obra recopila productos de su investigación, los diferentes pasos y movimientos históricos de cada danza. En cuanto al “Libro Inédito Inés Rojas Luna”, si bien puso ser manuscrito por ella, no es una obra de creación literaria, sino que recopila las investigaciones realizadas sobre los movimientos de las danzas indígenas y mulatas, por lo que, al ser tradición ancestral, es universal y sobre ella no recae la propiedad ni los derechos de autor. Fuera de eso, no se ha efectuado el registro de la propiedad intelectual sobre la obra.

En la contestación a la reforma de la demanda, propuso la excepción que denominó PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN en tanto para iniciar cualquier demanda el término empezó a correr desde el momento del fallecimiento de la señora ROJAS LUNA en el año 1985.

CORPORACIÓN CREANDES (C1 Folios 200 y ss y C 16) Contesta la demanda oponiéndose a las pretensiones. Señala que las danzas reseñadas en la demanda no las creó INÉS ROJAS LUNA, que ella fue compiladora, investigadora de la danza, más que su autora. Además, ninguna de esas coreografías aparece en el audiovisual. En cuanto al libro, manifiesta que al ser “inédito” no existe certeza si el que apareció en el documental corresponde o no al que fue escrito por la autora, además que ninguna de las 2337 personas que han visto el documental han tenido acceso al libro, pues allí solo se mostraron 2 hojas y el lomo del mismo, por lo tanto, no se ha podido reproducir, distribuir ni explotar la obra.

Propone las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE OBJETO PROTEGIBLE; EL DERECHO DE AUTOR NO PROTEGE LAS IDEAS, SINO SU EXPRESIÓN conforme el artículo 7 de la Decisión Andina 351 de 1993 de la Comunidad Andina de Naciones. Trae a colación el “Manual de Danzas Folclóricas del Tolima” aportado en la demanda, indicando que el texto trae descripciones de las coreografías, ideas que no son protegidas por los derechos de autor; LAS COREOGRAFÍAS PERTENECEN AL DOMINIO PUBLICO POR TRATARSE DE OBRAS DEL FOLKLOR conforme lo prevé el artículo 187 de la Ley 23 de 1982.

También las de DEL CONCEPTO DE AUTOR Y AUTORIA. ALCANCE DE LA COAUTORIA EN EL LIBRO INEDITO. Pues conforme el concepto 1-2018-47173 de la Dirección Nacional de Derechos de Autor, la coautoría implica haber participado en la obra de manera sustancial en su creación, es decir, se requiere que haya un aporte creativo y original a la obra, por lo tanto, no es coautor quien presta

un servicio meramente instrumental o auxiliar, por lo que MARÍA LIGIA RODRIGUEZ no puede considerar coautora del “Libro Inédito” e INEXISTENCIA DE VULNERACION A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE REPRODUCCIÓN, DISTRIBUCION Y COMUNICACION PUBLICA Y AL DERECHO MORAL DE LAS COREOGRAFIAS Y DEL LIBRO INEDITO. En tanto no aparece una planimetría o una filmación que nos permita conocer la coreografía original, que se dice creada por INÉS ROJAS LUNA a fin de poder contrastarla con la que aparece en el audiovisual, a fin de determinar si está siendo reproducida o no. Además, en el audiovisual, no aparece una coreografía completa sino la ejecución de algunos pasos tradicionales de los bailes tolimenses.

CONFLICTO DE AUTORIA SOBRE LAS OBRAS PRESUNTAMENTE CREADAS POR LA DIFUNTA INÉS ROJAS LUNA. Afirma que las mismas pruebas aportadas por la activa, atribuyen a MISAEL DEVIA, la coreografía y el montaje de la danza “Los Monos” y no a INÉS ROJAS LUNA y, en el prólogo de la publicación “Manual de Danzas Folclóricas del Tolima” se habla de las danzas reseñadas en la demanda “investigadas, reseñadas y transmitidas por los folklorólogos...” entre los que se mencionan a INÉS ROJAS LUNA, es decir, se la menciona como investigadora y compiladora, mas no como autora de esas danzas. DE LAS EXCEPCIONES Y LIMITACIONES AL DERECHO DE AUTOR, establecidas en los artículos 21 y 22 de la Decisión Andina 351 y en el artículo 31 de la Ley 23 de 1982, encontrándose el uso que se le dio a las obras dentro de las mismas, ya que los documentales por ellos producidos, son de carácter pedagógico, cultural y sin ánimo de lucro, tampoco existen actos de reproducción o de comunicación pública de las obras y no se hace mención deshonrosa hacia la maestra INÉS ROJAS LUNA o hacia sus herederos.

Frente a la reforma de la demanda, propuso además las excepciones que denominó: TITULARIDAD DE LAS OBRAS OBJETO DEL LITIGIO Y FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR ACTIVA en tanto según la reforma de la demanda, el titular legítimo de las obras de creación de la señora ROJAS LUNA es el grupo DANZAS FOLCLÓRICAS DE ARMERO; DE LA PRESUNCION DE AUTORIA en tanto admite prueba en contrario por cuanto si no fuera así, el registro de obras sería constitutivo de autoría, y con el solo registro los infractores al derecho de autor podrían constituir prueba irrefutable, con lo cual el derecho de autor perdería toda razón de ser.

OS COMUNICACIONES S.A.S. (C1 Folios 282 y ss y C 0019) Contesta la demanda, oponiéndose a las pretensiones de los demandantes, señala que el documental “Armero, lo que nos dejó el volcán” se hizo para conmemorar los 30 años de la tragedia de Armero y no hace referencia a danzas.

Propone las excepciones que denominó INEXISTENCIA DE LAS COREOGRAFIAS DE LA SEÑORA INÉS ROJAS LUNA (Q.E.P.D.) COMO OBJETO DE PROTECCION DE LOS DERECHOS DE AUTOR, fundado en la afirmación conforme la cual, en el libro “Manual de Danzas Folclóricas Departamento Tolima” se reafirma que las 11 danzas folklóricas a las que hace referencia la obra, fueron investigadas, reseñadas y transmitidas por los folklorólogos INÉS ROJAS LUNA, MISAEL DEVIA MORALES, GILDARDO DE JESUS AGUIRRE ARISTIZABAL y no que hayan sido creadas por la primera; INEXISTENCIA DE LA CREACION DE LAS OBRAS ORIGINALES QUE SE INDICAN EN LA DEMANDA (SANJUANERO LA CAÑA, LOS MONOS, LOS ESTANDARTES, LAS OFRENDAS, LOS CARRAMPLANES y LAS OFRENDAS), en tanto con las pruebas aportadas en la demanda, podría pensarse que INÉS ROJAS LUNA efectivamente investigó junto con otros coreógrafos, los pasos del San Juanero Tolimense, pero respecto de las otras coreografías, no aparece prueba siquiera sumaria que indica que esta fuese investigadora de las mismas o su creadora. Que por tratarse de danzas folclóricas pertenecen al patrimonio cultural inmaterial y, en tal sentido, son de dominio público conforme el artículo 187 de la Ley 23 de 1982.

INEXISTENCIA DE LA UTILIZACION INDEBIDA POR PARTE DE OS COMUNICACIONES SAS DE LAS COREOGRAFIAS DE LA SEÑORA INÉS ROJAS LUNA, en tanto el objeto del documental fue *“la reconstrucción de identidad de los sobrevivientes de la tragedia de Armero – Tolima quienes tuvieron que rehacer su vida, hogar y cultura, al convertirse en una población sin territorio”* y, del minuto 13:39 al 19:58 se muestra a un grupo de niños asistiendo a una sesión para aprender a bailar, dentro del contexto de un legado cultural danzario, sin que se indique en la demanda a que danzas hace referencia ni qué pasos de la coreografía que se dice creo INÉS ROJAS LUNA se estaban reproduciendo. En el documental se hace referencia a ésta última “como uno de los pilares de un grupo de danza y como una que tenía más respeto en Armero y a nivel Municipal, siendo considerada una gran coreógrafa”, es decir, si se mencionó su nombre, fue para hacerle un reconocimiento, sin que en la demanda se indique cual fue la vulneración recibida por los demandantes con ocasión de esa alusión.

INEXISTENCIA DE LA RESPONSABILIDAD DE LOS SOCIOS DE OS COMUNICACIONES SAS – NO LEVANTAMIENTO DEL VELO CORPORATIVO. En tanto se está solicitando que se condene a OS COMUNICACIONES y a OSCAR ALBERTO GUTIEEREZ CRUZ – su representante legal–como persona natural, cuando las obligaciones de la sociedad son diferentes a la de sus socios, la que en todo caso se encuentra limitada al monto de sus aportes e INEXISTENCIA DE

LA OBLIGACION DE OS COMUNICACIONES DE RECONOCER SUMA DE DINERO ALGUNA.

INEXISTENCIA DEL LIBRO INEDITO QUE SE MENCIONA EN LA DEMANDA, en tanto la existencia del mencionado libro no se menciona en el documental de forma tal que la autoría y/o coautoría debe probarse en el proceso, sin que ello afecte a OS COMUNICACIONES SAS; BUENA FE DE LA DEMANDADA OS COMUNICACIONES SAS; COBRO DE LO NO DEBIDO Y LA GENERICA.

RADIO TELEVISION NACIONAL DE COLOMBIA RTVC (C1 Folios 310 y ss y C 0018). Señala que conforme el texto de la demanda, las obras coreográficas que se mencionan, fueron creadas por la señora ROJAS LUNA bajo la dirección y propiedad de la agrupación folclórica “Danzas Folkloricas de Armero”, por lo tanto, no ostentaba la titularidad de los derechos patrimoniales sobre las mismas, sin que, de otro lado, los demandantes hayan acreditado ser los titulares de los derechos que se reclaman. A lo que se suma el hecho que, en el año 2019, el Consejo Municipal de Ibagué institucionalizó la coreografía del Sanjuanero y se ordenó su divulgación como símbolo de unidad social e identidad de la región Ibaguerña.

Señala que la obra audiovisual producida por CREANDES se puso a disposición del público en youtube, aclarando que no se requería autorización de los demandantes pues en ella no se hizo la publicación, explotación, o divulgación de la obra “LIBRO INEDITO INÉS ROJAS LUNA”, en ninguna parte del audiovisual es legible el contenido de lo escrito en el libro, tampoco se hace lectura a viva voz de la obra. Que evidenciar el soporte físico exterior del libro en modo alguno constituye uso de la obra literaria como tal, pues el contenido literal o textual nunca se divulgó, exhibió o publicó, ya que no se hizo referencia a lo allí plasmado y no era visible ni una sola línea de lo allí escrito.

Propone las excepciones que denominó: AUSENCIA DE LEGITIMIDAD POR ACTIVA, FALTA DE ACREDITACION DE LA TITULARIDAD DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR POR PARTE DE LOS DEMANDANTES; USO LEGITIMO DE LAS OBRAS COREOGRAFICAS EN VIRTUD DE LA APLICACION DE LIMITACIONES Y EXCEPCIONES AL DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS en tanto los fragmentos de las obras coreográficas utilizados s usaron con fines educativos y de enseñanza y por tanto, se encuentran dentro de las limitaciones y excepciones contenidas en el artículo 22 de la Decisión Andina 351 y el artículo 32 de la Ley 23 de 1982.; AUSENCIA DE VULNERACION DE DERECHOS POR EL USO DE LA IMAGEN EL NOMBRE DE INÉS ROJAS LUNA, en tanto las imágenes que se utilizaron tenían un propósito educativo y cultural y fueron utilizadas como soporte ilustrativo de la historia

que allí es contada y conforme el artículo 36 de la ley 23 de 1982, el uso del retrato está permitido cuando los fines que se persiguen tengan relación intrínseca con fines científicos, didácticos o culturales, tampoco se vulneró su derecho a la honra y al buen nombre, debiéndose tener en cuenta que la señora INÉS ROJAS LUNA fue una persona públicamente reconocida y hace parte fundamental de la historia cultural Tolimense y su nombre representa parte de la memoria cultural del Tolima.

Así también las de AUSENCIA DE VULNERACION AL DERECHO MORAL DE INEDITUD DERIVADO DE LA OBRA LITERARIA “LIBRO INEDITO DE INÉS ROJAS LUNA” en tanto no se divulgó, explotó, publicó o reprodujo el mismo; CUMPLIMIENTO DE LOS Fines ESENCIALES DEL ESTADO, CONTENIDO IMPERATIVO DE LA CONSTITUCION POLITICA Y AUSENCIA DE UN FIN ECONOMICO O DE EXPLOTACION COMERCIAL; DEL ACCESO A LA INFORMACION CULTURAL DE LA NACION; EL FOLKLOR TOLIMENSE COMO PATRIMONIO CULTURAL INMATERIAL DE LA NACION.

DE LA DECISIÓN DE PRIMER GRADO:

En decisión del 7 de septiembre del 2023² el Juzgado Cuarto Civil Del Circuito negó las pretensiones de la demanda.

Como sustento de su decisión, empezó por indagar si la demandante MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS es creadora o coautora de la obra literaria “libro inédito de Inés Rojas Luna”, para lo cual aclaró que la categoría “autoría material” no existe en las normas internacionales ni nacionales, por lo que su protección no tiene sustento legal alguno.

Seguidamente señaló que conforme el artículo 10 de la ley 23 de 1982, se presume la autoría de la persona cuyo nombre, seudónimo, iniciales o cualquiera otra marca o signos convencionales que sean notoriamente conocidos como equivalentes al mismo nombre, aparezcan impresos en dicha obra o en sus reproducciones, siendo que la denominación del libro es “LIBRO INEDITO DE INÉS ROJAS LUNA”, es decir que su autoría corresponde a aquella, como así lo ha reconocido la misma demandante.

Pero además indicó que, como lo expusieron los mismos demandantes en su interrogatorio de parte, no existe aporte alguno de María Ligia Rodríguez Rojas en la creación de la obra literaria “libro inédito Inés Rojas Luna”, pues lo que hizo, como lo hizo su hermano y su madre, fue transcribir las ideas de la creadora, prestar su mano para plasmar el pensamiento de su tía, poner al servicio de su familiar su caligrafía para aterrizar en un papel aquello que pasaba por la mente de Inés Rojas Luna, pues a ella no le gustaba escribir, sin que se encuentre acreditado que, tan

2 C 0083

quiera una línea de ese texto hubiese sido obra de la invención, imaginación o creatividad de MARÍA LIGIA RODRIGUEZ ROJAS, por lo que no puede tenérsele como coautora de la obra mencionada.

Frente a la legitimación de los demandantes, señala que por Escritura pública 2738 de noviembre 3 de 2016 otorgada en la Notaría Tercera de Ibagué se liquidó la sucesión intestada de INÉS ROJAS LUNA adjudicándose a los demandantes, como único bien, el inmueble identificado con la matrícula inmobiliaria 352-5006. Posteriormente a través de la escritura pública 2908 de octubre 25 de 2019 otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué, se adicionó la partición en el sentido de incluir en la masa sucesoral las obras artísticas – coreográficas que fueron registradas por María Ligia Rodríguez Rojas y Martín Alonso Rodríguez Rojas ante la Dirección Nacional de Derechos de Autor – Unidad Administrativa Especial consistentes en once (11) obras coreográficas, sin que en ninguno de tales instrumentos públicos aparezca la obra literaria “libro inédito de Inés Rojas Luna”, por lo que si los derechos de autor sobre tal obra no han sido transferidos a los demandantes, a través de sucesión por causa de la muerte de su creadora, carecen de legitimación para demandar su infracción, sin que tampoco pueda pensarse que la acción indemnizatoria se dirige a favor de la sucesión de aquella, pues ello no fue plasmado en la demanda.

Respecto de las obras coreográficas, se remite a los artículos 6º de la Ley 44 de 1993 y, 30 de la Ley 1450 de 2011, conforme los cuales todo acto de enajenación del derecho de autor debe constar en escritura pública, o en documento privado reconocido ante notario y deberán ser registrados en la oficina de registro de derechos de autor, con las formalidades que se establecen en la ley, para tener validez ante terceros.

Por lo tanto, la partición contenida en la escritura pública 2908 de octubre 25 de 2019 otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué, por sí sola no genera los efectos que se pretende, pues para que se complete la transferencia de los derechos sobre las obras coreográficas y sea oponible y válida ante terceros se requiere de su inscripción en el registro nacional del derecho de autor, por lo tanto, carecen de legitimación en la causa por activa.

Finalmente señaló que, si aún se superase la barrera de la legitimación en la causa, tampoco advierte una infracción a los derechos de autor sobre el “libro inédito de Inés Rojas Luna”, pues al haberse mostrado en el video “*Cap 01 De Güipás y Guámbitos la Señorita Inés*”, de su corta y escueta aparición no puede concluirse que su contenido haya sido divulgado, reproducido o publicado, tampoco de la referencia hecha por GILDARDO AGUIRRE puede concluirse que el público tenga acceso a ella.

Tampoco advierte sobre las obras coreográficas una vulneración a los derechos de autor, pues al proceso no se allegó prueba alguna que permitiera concluir que

los pasos de baile o danza vistos en los vídeos “*Cap 01 De Güipás y Guámbitos la Señorita Inés*” y “*Armero, 30 años después y/o lo que nos dejó el volcán*” correspondan ciertamente a las coreografías creadas por Inés Rojas Luna, más aún, cuando lo visto en los vídeos mencionados son pasos individuales que no constituyen una secuencia y que desdibuja el concepto de coreografía.

Y, en lo tocante a la mención del nombre de la maestra Inés Rojas Luna en el documental “*Armero, 30 años después y/o lo que nos dejó el volcán*” si bien se hizo referencia a ella, fue para para enaltecer su labor y aporte a la cultura de la región, cita que no está prohibida por la legislación andina o interna. Y, si lo pretendido por la parte actora era proteger el uso del nombre “Inés Rojas Luna” como marca, tampoco se advierte vulneración alguna, pues conforme con lo establecido en el artículo 154 de la Decisión 486 de la Comisión de la Comunidad Andina “*El derecho al uso exclusivo de una marca se adquirirá por el registro de la misma ante la respectiva Oficina nacional competente*” y en el presente asunto solo se reconoció como a través de la Resolución No. 13473 de 26 de febrero de 2018 , es decir, con posterioridad a las publicaciones de los videos en la red social YouTube.

V. DE LA IMPUGNACIÓN:

Contra dicha decisión se alzó en apelación la parte actora pretendiendo su revocatoria, para que, en su lugar se despachen favorablemente las pretensiones de la demanda. Así mismo solicita se revise la liquidación de la condena en costas por considerarlas excesivas y no estar acreditadas las agencias en derecho.

Como reparos concretos de la apelación expuso los siguientes:

1. Yerra la a quo al declarar la falta de legitimación en la causa de los actores tanto para reclamar los daños provenientes de la vulneración de los derechos de autor respecto de la obra inédita y las obras coreográficas, con fundamento en el artículo 183 de la ley 23 de 1982 y el artículo 6° de la Ley 44 de 1993, en tanto tales normas regulan la figura de enajenación de derechos de autor, mediante acto entre vivos pero no la transmisión de derechos de autor con ocasión del fallecimiento de aquel.

Desconoce el literal e) del artículo 4 de la Ley 23 de 1982, que establece como titulares de los derechos reconocidos en la ley, a los causahabientes del autor. Por lo anterior, debió haberse dado aplicación al Artículo 9 de la ley 23 de 1982, norma que ordena la protección a los derechos de autor, sin necesidad de registro alguno y aclara que, tratándose de derechos de autor, “*la formalidad del registro es para garantizar una mayor seguridad jurídica de los titulares de los derechos de autor, mas no para quienes pretenden violar los*

derechos de autor”, estando demostrada la legitimación de los actores a través de las escrituras públicas Nos. 2738 del 03 de Noviembre de 2016 y 2908 del 25 de octubre de 2019, ambas de la Notaria 3 de Ibagué.

2. Las pruebas de video acreditan que los demandados sí infringieron los derechos de autor y conexos de los demandantes sobre la obra literaria “libro inédito de Inés Rojas Luna” y el uso de las obras artísticas “coreografías de danzas folclóricas creadas por Inés Rojas Luna” dentro de la ejecución de los contratos No. 221 del 20 de octubre de 2011 y No. 1053 del 19 de junio de 2015, en tanto en los documentales “CAP 01 De Güipás y Guámbitos La señorita Inés” y “Armero, lo que nos dejó el volcán”, se expone al público el contenido parcial del libro inédito de Inés Rojas Luna (QEPD), así como las obras coreográficas de aquella, mismas que son objeto de protección al estar registradas como de su autoría según las documentales de Certificado de Registro de las Obras Artísticas.

CONSIDERACIONES:

1. Revisada la actuación no observa esta Sala impedimento alguno para decidir de fondo el recurso incoado, en tanto, los presupuestos procesales concurren a cabalidad y no se hallan presentes vicios que invaliden lo hasta ahora actuado.

En el presente asunto, los demandantes pretenden que se declare a la parte demandada, civilmente responsable por violación a los derechos de autor de INÉS ROJAS LUNA respecto de las obras “LIBRO INEDITO INÉS MARÍA ROJAS” y las coreografías “El Sanjuanero Tolimense”, “La Caña”, “los Monos”, “Los Estandartes”, “Las Ofrendas”, “Los Carramplanes”, “las Ofrendas”, al haberse publicado las mismas en los documentales “De Güipás y Guámbitos La señorita Inés” y “Armero, lo que nos dejó el volcán” sin contar con el debido permiso de los demandantes, en su calidad de herederos de INÉS ROJAS LUNA (Q.E.P.D.)

2. Para la juzgadora de instancia, las pretensiones no tuvieron vocación de prosperidad, ya que respecto de la obra “LIBRO INEDITO INÉS MARÍA ROJAS” no se acreditó que ella hubiese sido obra de la invención, imaginación o creatividad de la demandante MARÍA LIGIA RODRIGUEZ ROJAS, por lo que no puede tenersele como coautora de la misma, sin que, de otro lado, en la

sucesión de INÉS ROJAS LUNA se les haya adjudicado a los demandantes los derechos de autor sobre el libro inédito, por lo que carecen de legitimación en la causa por activa.

De igual forma, carecen de legitimación en la causa, respecto de las coreografías, en tanto si bien en la partición adicional contenida en la escritura pública 2908 de octubre 25 de 2019 otorgada en la Notaría Tercera del Círculo de Ibagué se les adjudicó a los demandantes los derechos de autor sobre las mismas, lo cierto es que el documento no ha sido registrado en el registro nacional del derecho de autor, requisito indispensable para que se complete la transferencia de los derechos sobre las obras coreográficas y sea oponible y válida ante terceros.

La anterior decisión es reprochada por la parte actora, en tanto, en términos generales, considera que el requisito del registro es exclusivo para la transferencia de los derechos de autor por acto entre vivos y no cuando ella ocurre por causa de muerte del titular, que es lo aquí acaece, debiendo primar la regla general de protección a los derechos de autor, sin necesidad de registro alguno. Además, su legitimación se encuentra probada con las escrituras públicas Nos. 2738 del 03 de Noviembre de 2016 y 2908 del 25 de octubre de 2019, ambas de la Notaria 3 de Ibagué.

3. Planteadas así las cosas, conveniente se hace realizar previamente las siguientes precisiones conceptuales:

3.1 La legitimación en la causa, constituye un presupuesto necesario para obtener sentencia favorable a las pretensiones elevadas, ya que la ausencia de este requisito enerva la posibilidad de que el juez se pronuncie frente a las súplicas del libelo petitorio. Desde el extremo activo de la relación jurídico – procesal está legitimada la persona titular del interés jurídico que se debate en el proceso, mientras que, desde la perspectiva del extremo pasivo, corresponde al sujeto llamado a responder a partir de la relación jurídica sustancial, por el derecho o interés que es objeto de controversia.

En relación con la legitimación en la causa, la jurisprudencia especializada ha precisado lo siguiente:

“La legitimación en la causa (...), alude a la coincidencia de titularidades procesales y sustanciales tanto en la parte activa como pasiva, sin perjuicio de las especificidades de la legitimación extraordinaria” (...)

“La legitimación en la causa por activa hace referencia a la titularidad del derecho sustancial invocado por el demandante. Es un elemento material

para la sentencia estimatoria, o lo que es lo mismo, una de las condiciones sustanciales para el éxito de la pretensión. Se concreta cuando la titularidad procesal alegada en la demanda coincide con la titularidad del derecho sustancial reclamado conforme lo disponen las normas jurídicas de esa naturaleza.

Por su carácter sustantivo, es presupuesto material de la sentencia estimatoria y su ausencia impide la prosperidad del petitum, a diferencia de los presupuestos procesales de la acción, que son requisitos formales necesarios para el válido desarrollo del proceso (...)”

“La acreditación de la legitimación es carga de parte, pues es el derecho cuya titularidad invoca el que será objeto de la sentencia judicial, razón por la cual no basta con que el demandante alegue tener dicha titularidad, sino que es necesario que sea probada en el proceso””³

En decisiones anteriores, se precisó que la legitimación en la causa:

«(...) corresponde a “la identidad de la persona del actor con la persona a la cual la ley concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación pasiva)” (...), aclarando que “el acceso a la administración de justicia como garantía de orden superior (artículo 229 de la Constitución Política), para su plena realización, requiere que quien reclama la protección de un derecho sea su titular, ya sea que se pida a título personal o por sus representantes, pues, no se trata de una facultad ilimitada.

Ese condicionamiento, precisamente, es el que legitima para accionar y, de faltar, el resultado solo puede ser adverso, sin siquiera analizar a profundidad los puntos en discusión” ⁴

Así entonces, si se tiene en cuenta que la demanda, por una parte, y su contestación, por la otra, son, en principio, los linderos de todo litigio, dentro de los cuales le resulta obligatorio moverse al juez que conozca del mismo, es claro que la legitimación en la causa debe estar presente al momento en que se instaure la demanda, es decir, debe ser impetrada por la persona que, de conformidad con la ley sustancial, se encuentra autorizada para intervenir en el proceso y formular las pretensiones contenidas

3 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC592-2022 de mayo 25 de 2022. Rad. 08638-31-84-001-2017-00482-01

4 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencias SC16279-2016, 11 nov, SC14658, 23 oct. 2015, Rad. 2010-00490-01 y 1º jul. 2008, Rad. 2001-06291-01)

en la demanda (legitimación activa), debiendo dirigirse contra la persona que conforme a la ley sustancial está legitimada para discutir u oponerse a las mismas (legitimación pasiva)

- 3.2 De acuerdo con lo anterior, en los procesos de responsabilidad civil por vulneración a los Derechos de Autor, se encuentra legitimada por activa, la persona que demuestre la titularidad de derechos morales o patrimoniales sobre los mismos.

En ese orden de ideas, la gestión de estos derechos, en el tráfico jurídico corresponde en primer lugar al autor de la obra, debiéndose tener en cuenta las presunciones establecidas en el artículo 1 de la ley 1915 de 2018, que asume la calidad de autor en cabeza de la persona que divulgó la obra y, en el Artículo 53 de la Decisión 351 de 1993, conforme la cual, se presume como autor, a la persona que figura como tal en el registro aludido o en el certificado expedido por la autoridad competente, teniendo en cuenta que los actos y hechos inscritos en el registro de derecho de autor se presumen como ciertos.

Ahora, conforme el Artículo 183 de la Ley 23 de 1982 (modificado por el artículo 30 de la Ley 1450 de 2011), los derechos patrimoniales de autor pueden transferirse por acto entre vivos, debiendo constar por escrito e inscribirse en el Registro Nacional de Derecho de Autor a efectos de publicidad y oponibilidad ante terceros, por tanto, también se encuentra legitimada para accionar, la persona que posea la titularidad de los derechos patrimoniales de acuerdo a un contrato escrito que, además, debe estar inscrito ante el Registro Nacional de Derechos de Autor, requisito éste último de solemnidad para la existencia y validez del contrato conforme lo prevé el art 256 del CGP.

- 3.2.1 Respecto a la transmisión de derechos de autor por causa de muerte, debe considerarse que la protección jurídica a los autores se extiende a los derechos morales y patrimoniales.

Los derechos morales, se refieren a los vínculos más cercanos que tiene el creador con su obra, dado que procura salvaguardar los intereses intelectuales del autor. No requieren de reconocimiento administrativo y buscan reivindicar en todo tiempo la autoría de su obra. Se incluyen los derechos a la paternidad, a la integridad, a lo inédita, a la modificación, y el retracto⁵

5 Corte Constitucional. Sentencia C-069 de 2019

En virtud de los derechos morales, el autor puede reivindicar la paternidad de su obra; oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar perjuicio a su honor, a su reputación o la obra se demerite; a conservar su obra inédita o anónima hasta su fallecimiento, o después de este cuando así lo ordenase por disposición testamentaria; a modificarla, antes o después de su publicación; a retirarla de la circulación o suspender cualquier forma de utilización aunque ella hubiese sido previamente autorizada (artículo 30 Ley 23 de 1982)

Estos derechos son personalísimos y no pueden ser renunciados o cedidos, por tanto, no se heredan. Sin embargo, muerto el autor (párrafo 2 artículo 30 Ley 23 de 1982), sus herederos podrán accionar en ejercicio del derecho a la paternidad (reivindicar la paternidad de la obra) y del derecho de integridad (oponerse a toda deformación, mutilación u otra modificación de la obra, cuando tales actos puedan causar o acusen perjuicio al honor o reputación del autor, o la obra se demerite)

Los derechos patrimoniales de autor (artículo 12 y siguientes Ley 23 de 1982 modificado por la ley 1915 de 2018), por su parte, permiten a los creadores o a sus causahabientes percibir una retribución económica por el hecho de que terceros utilicen su obra. Los derechos patrimoniales autorizan la reproducción de la obra; la traducción, la adaptación, el arreglo o cualquier otra transformación, y su comunicación al público mediante la representación, ejecución, radiodifusión o por cualquier otro medio.

Estos derechos, facultan al autor o a sus derechohabientes a autorizar o prohibir usos de la obra y actos de explotación económica de la misma, tales como el derecho de reproducción, comunicación al público y puesta a disposición al público, distribución pública, importación, alquiler comercial al público, transformación, etcétera. Estos derechos no se consideran fundamentales ni personalísimos y son considerados un tipo de propiedad al tenor de lo previsto en el artículo 670 del Código Civil.

Por lo anterior, cuando muere el autor, los derechos patrimoniales que tiene sobre su obra son transmisibles a sus herederos, como lo prevé el artículo 21 de la Ley 23 de 1982 al señalar que *“los derechos de autor corresponden durante su vida, y después de su fallecimiento disfrutarán de ellos quienes legítimamente los hayan adquirido, por el término de ochenta años”, disponiendo el Artículo 4 de la misma ley que son titulares de los derechos de autor “los causahabientes a título universal o singular”* del

creador de la obra, sin que las normas especiales que rigen el derecho de autor regulen en detalle la transmisión por causa de muerte.

Es por ello, que la Dirección Nacional de Derecho de Autor (DNDA) ha señalado que en tales eventos resultan aplicables las normas generales que regulan la materia de sucesión por causa de muerte en el Código Civil y el Código General del Proceso⁶, es decir, cuando el autor fallece, los derechos patrimoniales relictos pasan a la masa herencial que subsiste como una universalidad jurídica hasta cuando se efectúe su liquidación y, se adjudiquen concretamente a los herederos. Dicho de otro modo, mientras no se efectúe la partición respectiva, los herederos tienen un derecho real sobre toda la universalidad jurídica y carecen de la titularidad de los derechos patrimoniales sobre una obra específica

En ese orden de ideas, se tiene que, mientras no se hayan adjudicado los derechos patrimoniales a los herederos del autor, solo estarán legitimados para accionar por y para la sucesión del causante. Cuando tales derechos se hayan adjudicado a los causahabientes del autor, ya se encontrarán legitimados para obrar a nombre propio.

4. En el presente asunto se tiene que los demandantes MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS presentaron el 19 de mayo del 2019⁷ la demanda “...actuando cada uno en nombre propio y en calidad de herederos legales y actuales propietarios de los derechos de autor de la señora INÉS ROJA LUNA ...” que según afirman les fuesen adjudicados en la sucesión de aquella por Escritura Pública No. 2738 del 3 de noviembre del 2016, otorgada en la Notaría 3 del círculo de Ibagué (hecho 9 de la demanda inicial), deprecando el pago de los perjuicios para sí mismos.

Pues bien, como arriba se señaló, compete a la parte actora, no solo alegar su legitimación, sino también demostrarla, carga que de entrada se incumplió, en tanto los demandantes no aportaron al plenario la citada Escritura Pública No. 2738 del 3 de noviembre del 2016, instrumento público del cual, según lo afirmado en la demanda, se derivaba su legitimación.

De manera posterior a la presentación de la demanda, los aquí demandantes realizaron adición a la partición sucesoral, por Escritura Pública No. 2908 de

6 Concepto radicado número 78158, noviembre de 2015

7 Fl. 3 C1

octubre 25 de 2019 otorgada en la Notaría 3 de Ibagué⁸, instrumento en el cual se lee, en los hechos 2 y 4, que en la partición adelantada por la Escritura No. 2738 del 3 de noviembre del 2016, se adjudicó a los señores MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS “UN LOTE DE TERRENO ADQUIRIDO COMO CASA LOTE Y COLEGIO NUEVO LICEO ubicado en la Carrera 22 #18-95 Barrio Yavi del desaparecido Municipio de Armero Tolima (...)”, que el 16 de septiembre de 2019 se registraron ante la Dirección Nacional de Derechos de autor, las siguientes obras artísticas–coreografías de la señora INÉS ROJAS LUNA: “Sanjuanero Tolimense Inés Rojas Luna”, “Danza de la Cuadrilla”, “Danza de los Monos”, “Danza de Los Carramplanes”, “Danza de la Custodia”, “Danza de la Subienda”, “Danza de la Guabina Trenzada”, “Danza de Los Estandartes”, “Danza de Las Ofrendas”, “Danza El Bunde Tolimense” y “Danza de la Caña de los trapiches o Molienda”, procediéndose a adicionar la partición en el sentido de adjudicar a los demandantes tales derechos en proporción del 50% a cada uno.

- 4.1 De lo anterior, emerge que no resulta cierto que los actores se encontraran legitimados en la causa, en virtud de la Escritura No. 2738 del 3 de noviembre del 2016, pues además de que no fue traída al proceso, puede inferirse que en ella solo se les adjudicó un lote de terreno, mas no, los derechos de autor sobre las obras artísticas–coreografías que se afirma eran de la autoría de INÉS ROJAS LUNA.

Lo anterior, evidencia de manera clara que al momento en que se instauró la demanda, el 19 de mayo de 2019, los actores no eran propietarios ni titulares de derechos sobre las obras por las que se reclama en la demanda y, en tal sentido, no se encontraban legitimados en la causa para deprecar la indemnización de perjuicios que estaban reclamando para sí, invocando su calidad de “*herederos legales y actuales propietarios de los derechos de autor de la señora INÉS ROJA LUNA*”.

Ahora bien, podría pensarse que al invocar su calidad de “*herederos legales*” los demandantes estaban actuando en representación de la sucesión de INÉS ROJAS LUNA y accionando en favor de la misma, sin embargo, una lectura global de la demanda permite desechar tal razonamiento en tanto, en los hechos se indica que ante la muerte de aquella, se definió la herencia a sus herederos, MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y

8 Archivo 0008 C2 Excepciones Previas Folios 4 y siguientes

MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS *“cuya adjudicación y reconocimiento se realizó mediante TRAMITE DE SUCESIÓN INTESTADA en Escritura Pública No. 2738 del 3 de noviembre del 2016...” otorgada en la Notaría 3 del círculo de Ibagué (hecho 9) y que por tal razón, los demandantes son “... quienes poseen los derechos de autor frente a las obras coreográficas de la Sra. INÉS ROJAS LUNA, las cuales gozan de protección jurídica con unas prerrogativas de orden moral y patrimonial (...)” (hecho décimo)*

Así mismo se indica que por no haberse contado con su permiso para utilizar las obras artísticas de INÉS ROJAS LUNA, sufrieron los demandantes daños y perjuicios materiales y morales *“... pues pese a ser los propietarios de tales derechos de autor, fueron ignorados por dichas entidades desconociendo la propiedad de derechos sobre el trabajo y obras de su única tía INÉS ROJAS LUNA” (hecho 31)* y en las pretensiones solicitan se condene a los demandados a pagarle a MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS indemnización por perjuicios materiales (pretensión segunda) y morales (pretensión tercera), por lo tanto, claro resulta que los demandantes estaban actuando a nombre propio.

Y si bien es claro que el artículo 4 de la Ley 23 de 1982 que cita el recurrente dispone que son titulares de los derechos de autor *“los causahabientes a título universal o singular”*, como arriba se explicó, mientras no se hayan adjudicado los derechos patrimoniales a los herederos del autor, éstos solo estarán legitimados para accionar en representación de la sucesión del causante y solo, cuando tales derechos se les hayan adjudicado, ya se encontrarán legitimados para obrar a nombre propio.

- 4.1.1 No desconoce la sala que el 16 de julio de 2021, la parte actora reformó la demanda⁹ para introducir la Escritura Pública No. 2908 de octubre 25 de 2019 otorgada en la Notaría 3 de Ibagué, por medio de la cual, se adiciono la partición de la sucesión de la señora INÉS ROJAS LUNA adjudicando a los demandantes las coreografías allí relacionadas, sin embargo, como ya se precisó, la legitimación en la causa, en este caso, por activa, debe estar presente desde el momento mismo en que se acciona el aparato jurisdiccional, en tanto, ella solo se otorga a quien ostenta la titularidad de la relación jurídica material y en virtud de ello, se le habilita por la ley para actuar procesalmente.

9 C 0011

Al respecto ha señalado la jurisprudencia especializada que:

“El nexo que une a las partes, permitiendo a la una accionar y a la otra responder a tales reclamos, es lo que se conoce como legitimación en la causa. Su importancia es tal, que no depende de la forma como asuman el debate los intervinientes, sino que el fallador debe establecerla prioritariamente en cada pugna al entrar a desatar la litis o, en casos excepcionales, desde sus albores.

De no cumplirse tal conexión entre quienes se traban en un pleito, se presentaría una restricción para actuar o comparecer, sin que se trate de un aspecto procesal susceptible de subsanación, sino que, por su trascendencia, tiene una connotación sustancial que impide abordar el fondo de la contienda”¹⁰ (resaltado fuera del texto)

En este caso, el contenido de la Escritura No. 2908 citada, hace palpable la falta de legitimación de los demandantes al momento de instaurar la demanda, pues es claro que, para ese momento, no eran titulares de los derechos cuya protección reclamaban, sin que la reforma de la demanda pueda remediar tal aspecto sustancial, pues si bien constituye una garantía del derecho de acción, tal facultad no es absoluta y está sujeta a ciertas reglas y restricciones¹¹.

4.2 Finalmente ha de indicarse, respecto de la obra “LIBRO INEDITO INÉS MARÍA ROJAS”, que tal como lo señaló la juzgadora de instancia, no aparece prueba que los derechos de autor derivados de la obra, hayan sido adjudicados a los demandantes en la Escritura Pública No. 2738 del 3 de noviembre del 2016, otorgada en la Notaría 3 del círculo de Ibagué, tampoco ello acaeció en la adición a la partición contenida en la Escritura Pública No. 2908 de octubre 25 de 2019 otorgada en la misma Notaría, por lo tanto, teniendo en cuenta que los actores están obrando a nombre propio y no, en representación de la sucesión de INÉS ROJAS LUNA, carecen de legitimación en la causa, en tanto, no son titulares de los derechos de autor sobre ésta obra.

Ahora, si bien en la demanda inicial, la demandante MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS afirma ser la “autora material” en tanto el libro fue

10 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4468-2014.

11 Artículo 93 CGP

escrito de su puño y letra ya que a INÉS ROJAS LUNA no le gustaba escribir, por lo tanto, expresaba en voz alta sus ideas, para que su sobrina fuera tomando nota de ellas, por lo que en la reforma a la demanda indica que se trata de “... *una OBRA LITERARIA de autoría mixta por parte de mi poderdante y su tía...*”, lo cierto es que tanto en la una como en la otra, ésta demandante afirma actuar en calidad de heredera legal y actual propietaria de los derechos de autor de la señora INÉS ROJAS LUNA y no como titular o coautora de tal obra.

Dicho de otra forma, si bien en los hechos de la demanda la señora MARÍA LIGIA RODRIGUEZ se abroga una coautoría del “LIBRO INEDITO INÉS ROJAS LUNA” (independientemente de la discusión que puede existir respecto de si se la puede considerar como tal o no), no acciona en protección de sus afirmados derechos de autor sobre la obra, sino que lo hace como titular de los derechos de autor de INÉS ROJAS LUNA y es respecto de ellos que invoca indemnización de perjuicios a nombre propio.

5. Así las cosas, con independencia de si la adjudicación de las coreografías a los demandantes en partición adicional, debía ser registrada o no, se concluye que, al momento de instaurar la demanda, los demandantes carecían de legitimación en la causa por activa, en tanto, no eran los titulares de los derechos de autor de INÉS ROJAS LUNA y no accionaron para la sucesión de aquella, sino a nombre propio, razón por la cual se confirmará la decisión de primera instancia y se condenará en costas de esta instancia a la parte apelante.

DECISIÓN:

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Sala Civil Familia de Decisión, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR por las razones aquí expuestas la sentencia proferida por el Juzgado Cuarto Civil del Circuito de Ibagué (Tolima), el 7 de septiembre de 2023, dentro del proceso VERBAL DE INDEMNIZACION DE PERJUICIOS POR DERECHOS DE AUTOR instaurado por MARÍA LIGIA RODRÍGUEZ ROJAS y MARTÍN RODRÍGUEZ ROJAS en contra de GILDARDO DE JESUS AGUIRRE

ARISTIZÁBAL, CORPORACION CREANDES, OS COMUNICACIONES SAS Y
RADIO TELEVISION NACIONAL DE COLOMBIA RTVC.

SEGUNDO.- CON COSTAS de ésta instancia a cargo de la parte recurrente. Las
agencias en derecho se fijan en la suma equivalente a dos salarios mínimos legales
mensuales vigentes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ASTRID VALENCIA MUÑOZ
Magistrado

PABLO GERARDO ARDILA VELASQUEZ
Magistrado

RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ORTIZ
Magistrado



SALA LABORAL



INEFICACIA DEL TRASLADO AL RAIS EN LOS CASOS DE MULTIVINCULACIÓN O MULTIAFILIACIÓN

República de Colombia



Rama Judicial Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Segunda de Decisión Laboral

Ibagué, 17 de octubre de 2024

Clase de proceso: Ordinario Laboral
Juzgado de origen: Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué
Parte demandante: Maritza Beatriz Mendoza Pérez
Parte demandada: Administradora Colombiana de Pensiones- COLPENSIONES y las Administradoras de Fondos de Pensiones PORVENIR S.A. y PROTECCIÓN S.A.
Radicación: (2024-108) 730013105001-2022-00108-01
Fecha de decisión: Sentencia del 23 de mayo de 2024
Motivo: Consulta de sentencia adversa a la afiliada demandante
Tema: Ineficacia de afiliación al RAIS

M. Sustanciador: Jair Enrique Murillo Minotta
Fecha de admisión: 24/5/2024
Fecha de registro: 10/10/2024
ACTA: 34S2DL-17/10/2024

El asunto.

Procede la Sala a resolver la consulta de la sentencia del 23 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué.

I. ANTECEDENTES.

1. Síntesis de la demanda y de su respuesta.

MARITZA BEATRIZ MENDOZA PÉREZ a través de apoderado judicial, reclama de la judicatura y en contra de las demandadas, se declare la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS y, por efecto, sin solución de continuidad su afiliación al ISS hoy COLPENSIONES. Consecuencialmente, se condene a PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los recursos que se encuentran en su cuenta de ahorro individual, y que se ordene a esta última aceptar sin dilación alguna los aportes trasladados del RAIS. Por último, pide condenar en costas a las demandadas.

Soporta sus pretensiones en que: inició su vida laboral el mes de marzo de 1997, por lo que se afilió al ISS hoy COLPENSIONES, hasta el mes de abril del año 1997 fecha en la que realizó su traslado a PORVENIR S.A., luego de ser visitada por el asesor comercial de esa AFP, quien le manifestó que de acuerdo con su historia laboral lo mejor era que ella se afiliara a ese fondo y que su pensión iba a mejorar, pero no le ofreció una información real, completa, clara y comprensible, acerca de los beneficios reales y las consecuencias adversas que traería para ella el traslado de régimen, de prima media al régimen de ahorro individual, guardando silencio al respecto; nunca se le realizó un estudio en donde se le indicara por parte del Fondo privado cuales eran sus proyecciones en el régimen de ahorro individual y cuales en el régimen de prima media; pese a que el artículo 13 de la ley 100 de 1993, modificado por el 2 de la ley 797 de 2003, obligaba a PORVENIR S.A. brindarle la posibilidad de cambiarse régimen, antes de cumplir los 47 años de edad, dicha AFP no lo hizo; solicitó a COLPENSIONES el cambio de régimen el 22 de abril de 2022, pero le fue negado por faltarle menos de 10 años para cumplir la edad de pensión (04).

La demanda fue presentada el 22 de abril de 2022 (001), fue admitida con auto del 22 de junio del mismo año (05), y notificada a las demandadas mediante mensaje datos (06).

COLPENSIONES en su respuesta a la demanda se opone a las pretensiones por carecer de asidero fáctico y jurídico. Precisa que Dentro del sistema de seguridad social en pensiones opera el derecho a la libre escogencia de régimen pensional, con dos limitaciones precisas: la primera, consistente en un período mínimo de permanencia de 5 años; y la segunda, evitando el traslado de aquellos afiliados a los que le faltaren 10 o menos años para adquirir el derecho a la pensión de vejez, después de un año de vigencia de la Ley 797 de 2003. En tal sentido, de conformidad con la documentación aportada junto con el libelo de la demanda, se advierte que la demandante se encuentra dentro de la segunda limitante, toda vez que a la fecha de radicación de la demanda le faltan menos de 10 años para adquirir la edad de pensión, no resultando por consiguiente ni legal ni conducente el traslado de régimen pensional. Menciona que, conforme se desprende de la información que reposa en el expediente administrativo de la demandante. Empero, conforme a reporte de semanas cotizadas que se allega, si bien la demandante se afilió al ISS, no efectuaron cotizaciones. Formuló las excepciones de fondo de *ausencia de los requisitos exigidos por la ley para obtener la nulidad y/o ineficacia de traslado de régimen, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad siu generis de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, prescripción, buena fe y la genérica* (08).

PORVENIR S.A. contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones, aduciendo que, de acuerdo con certificado SIAFP emitido por ASOFONDOS el 26 de agosto de 2022, se evidencia que la demandante se vinculó inicialmente con la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de junio de 1994, y realizó con posterioridad cuatro (4) traslados horizontales, de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. a la AFP PORVENIR S.A. el 15 de abril de 1997 y retorna a la AFP ING Hoy PROTECCIÓN S.A. el 8 de octubre de 2003, posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 2005 y finalmente efectúa un último traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A. el 16 de mayo de 2006. De tal manera que atiene a los formularios de afiliación suscritos por la demandante con esa AFP el 15 de abril de 1997, el 11 de octubre de 2005 y el 16 de mayo de 2006, en el cual se evidencia y se ratifica su libre escogencia al Régimen de ahorro individual, después de haber recibido información, clara, precisa, veraz y suficiente, acerca de las condiciones, características y funcionamiento del mismo de conformidad con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, artículos 60 y siguientes, por

lo cual, la decisión de suscribir los formularios de afiliación, fue libre, voluntaria e informada tal como se observa en la declaración escrita a que se refiere el literal e) del artículo 114 de la ley 100 de 1993, documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 243 y 244 del CGP. Agrega que, en los tres (3) traslados horizontales, se puso de presente, las ventajas y desventajas del régimen de ahorro individual con solidaridad, de conformidad con lo establecido en la Ley 100 de 1993 en uno y otro régimen, razón por la cual el traslado se considera válido dentro de los términos establecidos en la ley de acuerdo con el artículo 60 de la ley 100 de 1993, en el cual se especifica las características del régimen. Así mismo que, durante el tiempo que ha permanecido afiliada a esa administradora, la actora no registra ningún interés de su parte en indagar sobre su futuro pensional, siendo una de sus principales obligaciones como consumidor financiero la de informarse, preguntar y consultar cuantas veces lo requiera a fin de absolver los interrogantes relacionados con su futuro pensional. Resalta que la vinculación inicial de la demandante fue con la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de junio de 1994, luego realiza un traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A. el 15 de abril de 1997 y retorna a la AFP ING el 8 de octubre de 2003, posteriormente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 2005 y finalmente efectúa un último traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A. el 16 de mayo de 2006. Formula la excepción previa de *no comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios*, con la finalidad de integrar el litigio con PROTECCIÓN S.A.; Y de mérito las que denominó *prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica* (11).

Por auto del 5 de octubre de 2023 se tuvo por contestada la demanda y ordenó la vinculación de la AFP PROTECCIÓN S.A. (21).

PROTECCIÓN S.A. al contestar la demanda se opuso a las pretensiones, aduciendo que la vinculación inicial de la demandante se dio con la AFP COLMENA hoy administrada por PROTECCION S.A., el 10 de junio de 1994, y en dicha oportunidad se le brindó una asesoría clara, completa, comprensible, veraz y profesional, la cual se realizó de forma independiente, estudiando las particularidades del caso, realizando las respectivas proyecciones pensionales en ambos regímenes de manera verbal, con el fin de determinar el panorama pensional del actor y orientar debidamente su decisión. Añade, que no era un deber de PROTECCIÓN S.A. informar a la demandante de la prohibición de trasladarse de régimen cuando le faltaren menos de 10 años para cumplir la edad mínima de pensión, pues debe recordarse que la obligación de brindar una doble asesoría antes de dicha edad sólo surgió recientemente con la expedición de la Circular 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera, por lo que el actuar de esa AFP siempre ha estado acorde con la buena fe y la legalidad. Propuso las excepciones de mérito que denomina *inexistencia de*

la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del sistema general de pensiones, la innominada o genérica, reconocimiento de restitución mutua en favor de la afp: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto; traslado de aportes a otra administradora de fondos de pensiones, imposibilidad de declaratoria de ineficacia por ser vinculación inicial al rais (23).

Por auto de 16 de abril de 2024 se tuvo por contestada la demanda por parte de PROTECCIÓN S.A. y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia de que trata el artículo 77 del CPTSS, así como la de trámite y juzgamiento del artículo 80 de la misma normatividad (24). Tal acto tuvo lugar el 29 de abril de 2024, oportunidad en la que se declaró fracasada la audiencia de conciliación; no hubo excepciones previas que resolver, ni medidas de saneamiento que adoptar; se fijó el litigio, se decretaron las pruebas. Acto seguido se instaló la audiencia de trámite y juzgamiento, se practicaron los interrogatorios de parte, cerró el debate probatorio, y decretó un receso para escuchar las alegaciones y proferir la sentencia (32). El 23 de mayo de 2024 se reanudó la diligencia, se escucharon las alegaciones de conclusión y se profirió sentencia (36).

2. La decisión

El a quo decidió:

“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: COSTAS del proceso a cargo de la demandante y a favor de las demandadas por partes iguales. Por Secretaría, inclúyase como agencias en derecho en la liquidación de costas, la suma de un (1) SMLMV.

TERCERO: En caso de no ser apelada la presente sentencia, súrtase ante el Superior Funcional el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la demandante.

Al no haberse formulado impugnación alguna, conforme a lo ordenado en el ordinal TERCERO, se dispuso por la secretaria de ese despacho remisión del expediente a esta Corporación, el que se recepcionó el 24 de mayo de 2024.

Las alegaciones.

COLPENSIONES y PORVENIR S.A. solicitaron que se confirme la decisión de primer grado, insistiendo en los argumentos de su defensa.

II. MOTIVACIÓN

1. Los presupuestos procesales.

Esta Corporación es competente para resolver la consulta -Art. 15 literal B numeral 3, y 69 del CPTSS. No se advierte la existencia de causa de nulidad o que conduzca a decisión inhibitoria, por tanto, procede decisión de fondo.

2. Sobre el problema a resolver.

Para resolver la consulta precisa la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado efectuado del RPMPD al RAIS.

Para el a quo la respuesta es negativa, por cuanto la demandante nunca ha pertenecido al RPMPD, en la medida que su afiliación a COLPENSIONES durante el año 1997, se efectuó dentro de un escenario de multivinculación o multiafiliación, conservando validez la vinculación inicial realizada por la actora a la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN S.A. el 10 de junio de 1994, puesto que no se cumplió el término de permanencia de tres años establecido en la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 692 de 1994, entre la fecha de vinculación inicial a COLMENA y la solicitud de vinculación a COLPENSIONES.

Para la Sala la decisión consultada se halla conforme con lo demostrado, la legislación y la jurisprudencia.

La Sala de casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha construido una posición pacífica y consolidada respecto al deber de ilustración que recae en cabeza de las AFP desde el momento de su creación, sin desconocer que el grado de exigencia de esa obligación ha ido adquiriendo mayor nivel con el paso del tiempo, pues evolucionó de una información necesaria desde 1993 a 2009, a la asesoría y buen consejo del 2009 al 2014 y por último requiriendo una doble comunicación a partir de 2014 en adelante (CSJ SL1688-2019, SL1976-2024, SL1654-2024).

No obstante, tales consideraciones referentes al deber de información de las administradoras, se han efectuado dentro del marco de la ineficacia del traslado de régimen pensional, acto jurídico que no corresponde al examinado en el caso objeto de estudio, en el que la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones se realizó a través del RAIS el 10 de junio de 1994, administrado por ING (sic), hoy PROTECCIÓN S.A., y posteriormente únicamente se realizaron cuatro (4) traslados horizontales, de la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. a la AFP PORVENIR S.A. el 15 de abril de 1997, luego retorna a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A. el 8 de octubre de 2003, seguidamente se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy AFP PORVENIR S.A. el 11 de octubre de 2005 y finalmente efectúa un último traslado horizontal a la AFP PORVENIR S.A. el 16 de mayo de 2006, donde se encuentra actualmente afiliado (11, pág.79, 23, págs.. 26 y 29).

En efecto, la demandante nunca estuvo afiliada al RPM, ni antes de su inscripción al RAIS en junio de 1994, ni con posterioridad a ello en el mes de marzo de 1997, cuando aduce inició su vida laboral y, por efecto, se afilió al ISS.

Nótese que, de acuerdo con las consultas efectuadas al SIAFP el 26 de agosto de 2022 y 26 de octubre de 2023 (11, pág.79, 23, págs. 26 y 29), no se registró la afiliación de la demandante al entonces ISS, de modo que su vinculación inicial al RAIS fue su selección primigenia en el Sistema General de Pensiones, sin que posterioridad a ello, y habiendo transcurrido el término de permanencia de tres años establecido en la Ley 100 de 1993, reglamentado por el Decreto 692 de 1994, se hubiese afiliado al ISS, hoy COLPENSIONES. En este punto conviene precisar que, si bien es cierto en la historia laboral allegada por PORVENIR S.A. se avizoraron unas cotizaciones efectuadas ante COLPENSIONES por lo meses de marzo y abril de 1997 (11, págs.82-114), lo cierto es que dichos aportes fueron pagados por su empleador aportante en un escenario de multifiliación, ya que no habían transcurrido tres años desde que la demandante se vinculó inicialmente al RAIS el 10 de junio de 1994, de manera que mal podía materializarse su solicitud de vinculación al ISS (34).

En consecuencia, tal como acertadamente lo analizó el a quo, no hay lugar a declarar la ineficacia de un traslado de régimen que nunca se materializó, razón por la que se confirmará la decisión de primer grado.

Cabe agregar que, aunque la ley y la jurisprudencia prevén la observancia del deber de información tanto en la vinculación inicial como ante el cambio de régimen, tal como acertadamente lo determinó el juez de primer grado en la sentencia objeto de reproche, el precedente jurisprudencial del órgano de cierre de la especialidad ha predicado la ineficacia del traslado de régimen y no de un ingreso inicial al Sistema General o un traslado horizontal, que fue lo que evidentemente ocurrió en el presente caso. Es decir, ha tenido en cuenta los eventos en los que el afiliado construye su futuro pensional en un régimen y a causa de una indebida asesoría elige pasar a otro, casos en los cuales se entiende que siempre estuvo adscrito al primero al que perteneció (CSJ SL1976-2024, SL1654-2024).

3. Las costas.

Sin condena en costas al tratarse del grado jurisdiccional de consulta.

III. DECISIÓN.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué Sala Segunda de Decisión Laboral administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida el 23 de mayo de 2024 por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Ibagué, por las razones indicadas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas

TERCERO: En oportunidad: devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese y cúmplase

AMPARO EMILIA PEÑA MEJÍA
Magistrada

MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ
Magistrada

JAIR ENRIQUE MURILLO MINOTTA
Magistrado Sustanciador

HONORARIOS PROFESIONALES DE ABOGADO

Mandato de asistencia legal en procesos coactivos por deuda fiscal

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR SALA LABORAL –IBAGUÉ-
SALA TERCERA DE DECISIÓN LABORAL
AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO
IBAGUÉ, AGOSTO OCHO DE DOS MIL VEINTICUATRO**

**APROBADO EN SALA DE DISCUSIÓN, SEGÚN ACTA DE
AGOSTO DE 2024**

DESCRIPCIÓN DEL PROCESO

PROCESO: Ordinario de primera instancia
DEMANDANTE: Néstor Raúl Correa Henao
DEMANDADO: Joseph Richard Ronis Alcalay
RADICADO: 73408-31-03-001-2023-00102-01

Vencido el traslado para alegaciones, establecido en el numeral primero del artículo 13 de la Ley 2213 de junio 13 de 2022, se procede a dictar sentencia, advirtiendo

que las partes no presentaron alegaciones conforme constancia secretarial del 31 de julio de 2024. (archivo 06, expediente digital segunda instancia)

OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Se procede a resolver el recurso formulado por la parte demandante respecto de la sentencia del 3 de julio de 2024, proferida por el Juzgado Civil del Circuito de Lérída – Tolima.

PRETENSIONES DE LA DEMANDA

Declarativas:

- Con el demandado se pactó y ejecutó contrato de mandato de asistencia legal a partir del 18 de diciembre de 2019.
- Dicho mandato se concretó en la gestión de apoderamiento con representación del demandado en los asuntos que detalla en el respectivo acápite.
- Cumplió hasta su finalización con el mandato encomendado.
- Se convino a título de honorarios un anticipo de \$50.000.000.00, más el 20% de lo que se lograra reducir lo cobrado respecto de tres predios.
- No ha pagado suma alguna por la gestión profesional adelantada.

Condenatorias:

- Se condene al demandado a pagar:
- \$50.000.000.00 a título de anticipo de honorarios.
- \$265.469.800.00, \$135.578.700.00 y \$54.055.50.00 por saldo insoluto de dicho concepto o la que pericialmente se establezca.
- Intereses de mora
- Indexación
- Costas del proceso

FUNDAMENTOS FÁCTICOS DE LA DEMANDA

Indicó lo siguiente:

- El 2 de diciembre de 2019 la Secretaría de Desarrollo Económico y Social del Municipio de Beltrán-Cundinamarca, expidió el mandamiento de pago por suma de \$54.055.500.00 contra el aquí demandado, dentro de proceso coactivo por concepto de impuesto predial unificado respecto del bien inmueble con ficha catastral 000100030004000.

- El día siguiente, esto es, el 3 de diciembre de 2002 la misma entidad, emitió mandamientos de pago por \$135.578.700.00 y \$265.469.800.00 dentro de sendos procesos coactivos adelantados respecto de los inmuebles con ficha catastral 000100030001000 y 000100030002000 por concepto de impuesto predial unificado.
- El 18 de diciembre de 2019 se le otorgó poder para atender el proceso respecto del predio con ficha catastral 000100030001000.
- El 26 de diciembre de 2019 en virtud a dicho poder, se hizo parte en el respectivo proceso y presentó recurso de reconsideración, nulidad y excepciones contra el mandamiento de pago.
- El 18 de diciembre de 2019 el demandado también le otorgó poder para el proceso coactivo respecto del predio con ficha catastral 000100030002000 y también el identificado con ficha catastral 000100030004000.
- En estos dos procesos al igual que en el primero, presentó recurso de reconsideración, nulidad y excepciones contra el respectivo mandamiento de pago, lo cual realizó el mismo 26 de diciembre de 2019.
- El 30 de noviembre de 2020, en su calidad de apoderado del demandado, presentó un primer derecho de petición ante la Secretaría de Hacienda del municipio de Beltrán, para que le informará sobre las decisiones adoptadas frente a los recursos, nulidades y excepciones en cada uno de los procesos coactivos antes señalados.
- El 21 de diciembre de esa misma anualidad, presentó otro derecho de petición ante la misma entidad y con el mismo fin.
- El 28 de diciembre de 2020 presentó nuevo escrito a la mentada Secretaría remitiendo por segunda vez los documentos que había radicado personalmente el 26 de diciembre de 2019.
- El 15 de enero de 2022 (sic), gracias a su gestión, la Secretaría de Hacienda mediante resolución SH700-30-07-001-2 declaró probada la excepción de prescripción de la acción de cobro respecto del impuesto predial del bien con ficha catastral 000100030002000.
- El 16 de enero de 2021 interpuso recurso de reposición contra la Secretaría de Hacienda en mención, contra la resolución SH300-30-07-002-2021 que inadmitió el recurso de reconsideración e improcedente las excepciones formuladas en el proceso coactivo frente al bien inmueble con ficha catastral 000100030001000.
- En esa misma fecha formuló recurso de reposición ante la misma Secretaría contra la resolución que inadmitió el recurso de reconsideración y declaró improcedente las excepciones formuladas en el proceso coactivo respecto del bien inmueble con ficha catastral 000100030004000.

- El 19 de enero de 2021 interpuso acción de tutela contra la Alcaldía de Beltrán para amparar el derecho de petición.
- El 5 de abril de 2022, la Secretaría de Hacienda emitió la resolución 300-30-07-004-2022 mediante la cual declaró procedente la excepción de falta de ejecutoria del título ejecutivo y revocó el mandamiento de pago ordenándose archivar el proceso coactivo respecto del bien inmueble 000100030001000.
- En la misma fecha, se emitió la resolución 300-30-07-006-2022 declarando procedente la misma excepción y ordenando el archivo del proceso coactivo respecto del bien inmueble con ficha catastral 000100030004000.
- Por la atención de dichos procesos coactivos, se convino con el demandado, a título de honorarios, un anticipo de \$50.000.000.00 a partir de la fecha de celebración del contrato, esto es, el 18 de diciembre de 2019, más el 20% de que se lograra bajar la deuda que se le cobraba por los tres predios.
- No le ha pagado el anticipo en comento y tampoco el 20% que indica a pesar de los varios requerimientos que le ha hecho.
- Citó a interrogatorio de parte al accionado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Beltrán, pero no asistió y fue declarado confeso conforme auto del 10 de octubre de 2022 proferido en el expediente 25-086-40-89-001-2022-00007-00.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El demandado se opuso a todas las pretensiones; en cuanto a los hechos no le constan el 10°, 11°, 12°, negó el 13°, 21°, 24°, 25° y 27°, no es un hecho el 26°, los demás los aceptó. Propuso las excepciones de cobro de lo no debido, incumplimiento de los deberes profesionales del abogado. (archivo 08, fls. 2 a 13)

ANTECEDENTES PROCESALES:

Audiencia de Conciliación, decisión de excepciones previas, saneamiento y fijación del litigio.

El 6 de junio de 2024, se inició la audiencia obligatoria de conciliación, agotada fallidamente la misma, se saneó y fijó el litigio, para culminar con el decreto de pruebas.

Audiencia de trámite y Juzgamiento en Primera Instancia:

El 3 de julio de 2024 se instaló la audiencia de que trata el art. 80 del C.P.TS.S., en la que se evacuaron las siguientes pruebas:

Documental:

La presentada con la demanda (archivo 02) y su contestación. (archivo 08, fls. 14 a 48)

INTERROGATORIO DE PARTE

Demandante y demandado absolviéron interrogatorio.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

En audiencia del mismo 3 de julio de 2024 se dictó sentencia en la que se declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, se negaron las pretensiones de la demanda y se condenó en costas a la parte demandante.

Consideró el A quo que en los documentos aportados procesos se evidencia la existencia de tres poderes (anexos 4, 6 y 8), los cuales fueron aceptados por la parte demandada; las resolución emitida por la Secretaría de Hacienda de Beltrán-Cundinamarca, mediante la cual se declaró la prescripción respecto del impuesto predial del bien inmueble identificado con ficha catastral 00-01-0001-0002-000 y declaró la nulidad del mandamiento de pago respectivo; resolución 300-30-007-004-2022 de abril de 2022 mediante la cual se revocó la resolución SH-300-30-07-00-2021 que declaró la improcedencia de las excepciones y en su lugar declaró procedente la excepción de falta de ejecutoria del título ejecutivo y revocó el mandamiento de pago que había librado en diciembre de 2019; resolución 300-30-07-06-2022 por medio de la cual revocó la que determinó la procedencia de las excepciones presentadas y reconoció la excepción de falta de ejecutoria del título ejecutivo revocando el mandamiento de pago de diciembre de 2019 y sus actuaciones posteriores; que para el Juzgado luego de escuchadas las declaraciones de las partes y de acuerdo con la prueba documental arrimada resulta irrefutable los siguientes aspectos debatidos en el proceso:

1. Que entre las partes existía un contrato de prestación de servicios personales de carácter privado consistente en el apoderamiento del demandante ante la administración municipal de Beltrán, con relación a la deuda fiscal contraída por el demandado y como consecuencia de ello reclama el pago de los honorarios.
2. Los servicios que como abogado debía prestar el demandante al interior de los procesos administrativos consistía en procurar la extinción parcial o total de dichos procesos, la liquidación oficial y dejar sin efectos las órdenes de pago del impuesto predial, lo cual se desprende de los poderes aportados.
3. Como honorarios se pactaron en el equivalente a un porcentaje en punto a la reducción de la deuda en cada caso, según lo expresado por el contratante, aunque no aceptó el porcentaje indicado en la demanda.
4. La deuda de orden fiscal en la realidad, no se redujeron.

5. Es cierto que la obligación que contrae el apoderado judicial con su poderdante, por regla general, es de medio, pero en este caso, dejaron de lado esa regla y optaron por pactar honorarios con fundamento en la reducción de unas deudas de orden fiscal, es decir, prefirieron que la obligación fuera de resultado.
6. La suma de \$50.000.000.00 que la parte demandante afirma, se había acordado con el demandado, como pago anticipado de su servicio profesional no aparece acreditado y cita el artículo 225 del CGP que se aplica dada la integración prevista en el artículo 145 del CTPSS, en el sentido que *“cuando se trate de probar obligaciones originadas en contrato o convención, la falta de documento o de principio de prueba por escrito, se apreciará por el Juez como un indicio grave de la inexistencia del respectivo acto, a menos que por las circunstancias en que tuvo lugar, haya sido imposible obtenerlo, o que su valor y la calidad de las partes justifiquen tal omisión”*.

Que en tal orden, es claro que fue voluntad del actor prescindir de hacer constar por escrito el contrato, el valor por sus servicios expresado en el porcentaje pactado.

7. La confesión ficta respecto del demandado, prevista en el artículo 205 del CGP, no es real como lo pretende hacer creer el demandante desde un principio, pues el pronunciamiento del Juez Promiscuo de Beltrán sobre tal confesión se hizo de manera ilegal tal como se estableció en auto del 7 de diciembre de 2022 proferido por el Juzgado Civil, en razón a la demanda ejecutiva presentada por el aquí actor, cuya copia obra en el cuerpo de la contestación de la demanda.

Que de otro lado, el demandado propuso las excepciones de cobro de lo no debido e incumplimiento de los deberes profesionales de abogado; que la primera excepción se debe declarar probada porque coincide con lo anunciado por el Despacho en precedencia. (archivo 20, Min. 00:14 a 18:38)

EL RECURSO

El demandante expuso que hay un error en cuanto a la comprensión estructural del caso, porque no se contrató por la reducción total o parcial de la deuda sino por cualquiera de los siguientes tres motivos: el primero, destruir todo el procedimiento administrativo en su conjunto; dos, destruir el proceso de cobro coactivo y tres destruir el mandamiento de pago; estos últimos como bien lo indicó el A quo

en su sentencia, se decretó la nulidad en un caso y se revocaron en los otros dos, luego las deudas por esas tres gestiones, el demandado no tuvo que pagar nada; la reducción de la deuda fue total, luego no se entendió la esencia o alcance del contrato de mandato; de otro lado, en cuanto al anticipo, es una palabra contra la otra, pero la afirmación del demandante está probada de distintas maneras, documental e indicial; la documental si no le creen al demandante, entonces creerle a la tarifa de Conalbos que establece unas tarifas para ese tipo de procedimientos específicos que se tasa en 10 salarios mínimos, luego se debió acudir en subsidio a tal fuente subsidiaria; con relación al porcentaje, del bono de éxito o cuota litis, hay que recordar que la deuda sumada los tres impuestos, era de \$455.000.000.00, el 20% de eso da, \$91.000.000.00, suma razonable que se acostumbra en el mercado, incluso tarifas más altas, pero este es precio de mercado; tenía fundamento para cobrar dicha suma y no es desproporcionada; adicionalmente estima que la confesión ficta no es ilegal, lo que sucede es que ese otro proceso judicial se archivó porque había que notificar nuevamente a la dirección del demandado la efectiva iniciación de dicho procedimiento, pero no porque el auto del Juzgado fuera ilegal o hubiera sido derogado, ese auto está en pie, así lo ha dicho la jurisprudencia; el Juez dejó del lado la prueba indiciaria, la conducta del demandado es a todas luces falta de ética sistemática, no honra sus compromisos, no cumple su palabra, tiene recursos para pagar, no le paga a nadie, ahora está en un proceso de insolvencia precisamente porque no paga, y un segundo indicio, el demandado se esconde para las notificaciones pero aparece cuando le conviene, conducta incoherente que ha debido ser valorada; adicionalmente, la jurisprudencia de la Sala Disciplinaria en cuanto a los deberes del abogado y que a falta de un contrato escrito, el Juez puede entrar a establecer con base en criterios que citó en alegatos de conclusión y que se cumplen todos, luego había que fijar honorarios; que por último, el demandado básicamente su tesis es que no le debe nada, casi que le salió a deberle, que el actor fue el incumplido, es decir, el accionado no cumple nada, pero en un acto de cinismo lo señala a él, de no cumplir con sus obligaciones, es decir, como los pájaros disparándole a las escopetas, cosas rara y que no tiene presentación; de otro lado, se asume que hubo un trabajo, que se debe un dinero, la tesis de fondo es que si se hizo un trabajo, pero por su omisión entonces no se le pagada nada, omisión de firmar un contrato escrito que de buena fe se consideró que no era necesario escrito, pues casi que un miembro en familia, un amigo en común, bastante amigo estaba de por medio, se traicionó esa confianza y el demandado dejó de hablarle a su mejor amigo, el cinismo como que no tiene límite y la justicia, queda decepcionado, en vez de dar la relación de trabajo regida por contrato de prestación de servicios pues no la protegió y pues como quien dice lo que hizo el demandante pues no vale nada, es un mensaje desalentador para la sociedad y los usuarios de la justicia; debe haber un mínimo de coherencia, de racionalidad en las decisiones y

no salir con tesis tan simplistas y facilistas; entonces por tales argumentos, presenta recurso de apelación. (archivo 20, *Min. 18:48 a 28:22*)

CONSIDERACIONES

Del recurso de apelación formulado por las partes que se surte respecto de la sentencia de primer grado, surgen para la Sala de conformidad con el principio de consonancia (artículo 66A del CPLSS modificado por el artículo 35 de la ley 712 de 2001), los siguientes problemas jurídicos a resolver:

- ¿Tiene derecho el demandante a honorarios?
- ¿De ser así, hay lugar a ordenarse el valor que por dicho concepto se reclama en la demanda o en su defecto alguno otro?

Argumentación

Acorde con lo concluido por el A quo y como quiera que ello no fue objeto de controversia en el recurso propuesto por la parte demandante, se debe tener por probado y no será objeto de estudio en esta instancia, que:

- Entre demandante y demandado se suscitó contrato de prestación de servicios personal de carácter privado, en el que el primero ofreció sus servicios como profesional del derecho, al segundo.
- Que para ello, el demandado confirió sendos poderes especiales (tres), con destino a la administración municipal de Beltrán – Cundinamarca, para actuar en tres procesos coactivos por deuda fiscal adelantados por esta municipalidad contra el demandado.

Pero es que, además, en los hechos 4º, 6º y 8º de la demanda, se hizo alusión a los poderes que dio por probados el Juez de primer grado, como otorgados por el demandado al demandante para que ejerciera su defensa en los procesos coactivos seguidos en su contra, y el accionado frente a tales hechos, en su totalidad, respondió “Es cierto”

Y aún más, en el archivo 02, anexos 4, 6 y 8, obran los referidos poderes, así:

Anexo 4

Señores
ALCALDÍA MUNICIPAL DE BELTRÁN
E.S.D.

ALCALDÍA MUNICIPAL DE BELTRÁN
BELTRÁN - GUINDAÑAMAR

RECIBIDO EN
26-12-2019
Karol Lozano

REFERENCIA:
Proceso Administrativo de la Secretaría de Desarrollo Económico y Social
Concepto: Cobro del Impuesto Predial Unificado
Ejecutado: Joseph Richard Ronis Alcalay
Ficha Catastral: 000100030001000

Respetados Señores:

JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY, mayor de edad, vecino de Bogotá, portador de la cédula de ciudadanía N° 19.164.349, por medio del presente escrito confiero PODER especial amplio y suficiente, al Doctor NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.550.716 de Envigado y tarjeta profesional N° 43.132 del C.S.J., para que me represente en el proceso administrativo de la referencia y ejerza la defensa de mis intereses, con el fin de extinguir total o parcialmente el proceso administrativo, la Liquidación Oficial y/o el Mandamiento de Pago del Impuesto Predial Unificado.

Mi apoderado queda expresamente facultado para pedir, demandar, conciliar, probar, interponer recursos de todo orden, solicitar revocatoria directa, recibir, desistir, transigir, sustituir y reasumir el poder, y en general para ejercer las facultades contenidas en el art. 77 del Código General del Proceso y en la Ley 1437 de 2011. Solicito se sirva reconocerle personería a mi apoderado, el cual suscribe conmigo el presente escrito en señal de aceptación.

Atentamente,

JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY
C.C. 19.164.349

Acepto,

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
T.P. 43.132 del C.S. de la J.
C.C. 70.550.716 de Envigado

Notaría 60 1725-Sigatop
DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO
Autenticación Biométrica Decreto-Ley 010 de 2012
En el despacho de la Notaría Decreta del círculo de Bogotá, D.C. el día 2019-12-19 10:38:55 se presentó
RONIS ALCALAY JOSEPH RICHARD
quien se identifica con la C.C. 19164349 y dijo que reconoce el anterior documento como cierto, y que la firma es de su puño y letra, y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad con su huella, dactilar y datos biométricos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

JOHN MARCELO BARRA
NOTARIO DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
ALCALDÍA MUNICIPAL DE BELTRÁN

Dr/> ... Ronis-ANEXO 6.pdf Abierto v

Señores
ALCALDÍA MUNICIPAL DE BELTRÁN
E.S.D.

ALCALDÍA MUNICIPAL DE BELTRÁN
BELTRÁN - GUINDAÑAMAR

RECIBIDO EN
26-12-2019
Karol Lozano

REFERENCIA:
Proceso Administrativo de la Secretaría de Desarrollo Económico y Social
Concepto: Cobro del Impuesto Predial Unificado
Ejecutado: Joseph Richard Ronis Alcalay
Ficha Catastral: 000100030002000

Respetados Señores:

JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY, mayor de edad, vecino de Bogotá, portador de la cédula de ciudadanía N° 19.164.349, por medio del presente escrito confiero PODER especial amplio y suficiente, al Doctor NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO, identificado con la cédula de ciudadanía N° 70.550.716 de Envigado y tarjeta profesional N° 43.132 del C.S.J., para que me represente en el proceso administrativo de la referencia y ejerza la defensa de mis intereses, con el fin de extinguir total o parcialmente el proceso administrativo, la Liquidación Oficial y/o el Mandamiento de Pago del Impuesto Predial Unificado.

Mi apoderado queda expresamente facultado para pedir, demandar, conciliar, probar, interponer recursos de todo orden, solicitar revocatoria directa, recibir, desistir, transigir, sustituir y reasumir el poder, y en general para ejercer las facultades contenidas en el art. 77 del Código General del Proceso y en la Ley 1437 de 2011. Solicito se sirva reconocerle personería a mi apoderado, el cual suscribe conmigo el presente escrito en señal de aceptación.

Atentamente,

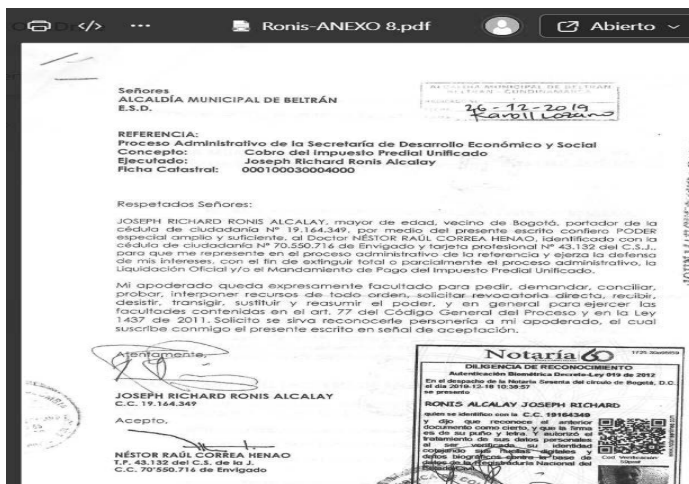
JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY
C.C. 19.164.349

Acepto,

NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO
T.P. 43.132 del C.S. de la J.
C.C. 70.550.716 de Envigado

Notaría 60 1725-Sigatop
DILIGENCIA DE RECONOCIMIENTO
Autenticación Biométrica Decreto-Ley 010 de 2012
En el despacho de la Notaría Decreta del círculo de Bogotá, D.C. el día 2019-12-19 10:38:55 se presentó
RONIS ALCALAY JOSEPH RICHARD
quien se identifica con la C.C. 19164349 y dijo que reconoce el anterior documento como cierto, y que la firma es de su puño y letra, y autorizó el tratamiento de sus datos personales al ser verificada su identidad con su huella, dactilar y datos biométricos contra la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

JOHN MARCELO BARRA
NOTARIO DEL CÍRCULO DE BOGOTÁ D.C.
ALCALDÍA MUNICIPAL DE BELTRÁN



Igualmente, en interrogatorio de parte absuelto por el demandado en este juicio, aceptó lo relativo a los poderes que confirió al demandante y para los fines ya incidados.

Ahora, establecida como está, la relación contractual de prestación de servicios entre las partes, y en lo que tiene que ver con los honorarios en favor del aquí demandante, señala éste en su demanda, en el acápite de pretensiones (petición cuarta) y en los hechos (hecho 21), que se debe ordenar en su favor y en contra del demandado, el pago de \$50.000.000.00 como anticipo y el 20% sobre “*lo que se logrará rebajar la deuda cobrada por los tres predios, que sumaba \$455.105.000.*” (archivo 001, fl. 3 y fl. 7)

Sobre este presunto acuerdo sobre honorarios, el demandado al contestar la pretensión declarativa cuarta indicó:

CUARTA.- La pretensión de pago de \$50.000.000.00 supuestamente convenidos como “anticipo” de honorarios por la gestión encomendada, no sólo es falsa sino además salida de toda lógica y proporción, si se tiene en cuenta que de acuerdo con lo que él mismo afirma, la modalidad de honorarios convenida con el señor Ronis, era “... un porcentaje del 20% de lo que lograre bajar la deuda cobrada por los tres predios que sumaba \$455.105.000”.

Bajo esta falsa premisa, en gracia de discusión, si el abogado demandante hubiese obtenido un resultado favorable que extinguiera la totalidad de la deuda, habría tenido derecho a un pago de \$91.000.000.00 por concepto de honorarios, frente a lo cual “pactar” un anticipo por más del 50% de una mera expectativa, no resiste el más mínimo análisis lógico-financiero, y menos aún desde la óptica de la ética profesional del abogado. Lo anterior adquiere aun más fuerza argumentativa, cuando se observa que el demandante no tuvo ningún éxito en su gestión, lo que pretende ocultar en su demanda.

Y al pronunciarse respecto del hecho 21, lo hizo de la siguiente manera:

El 21º.- No es cierto que mi poderdante haya convenido con el actor suma alguna por concepto de anticipo, y menos la abultada cifra que se menciona, ni que se haya celebrado contrato alguno el 18 de diciembre de 2.019, fecha ésta que corresponde a la de la firma de los poderes, Carrera 10 No. 16-39 Of. 903 Tel: 3347532 - 3108752783 Bogotá D.C. jarosental@yahoo.com

ROSENTAL R.
Abogados

ni que se haya convenido el porcentaje aludido. La verdad es que el demandante acordó con mi representado elaborar un Contrato de Honorarios Profesionales, como era su deber (Numeral 8 del Art 28 de la Ley 1123 de 2.007), cuyos términos acordarían previamente a su firma, y dada la premura que existía por el vencimiento de términos para proponer excepciones dentro de los procesos de cobro coactivo, se otorgaron los poderes sin suscribir el contrato mencionado.

Quiere decir, que hasta aquí, se está presente ante dos versiones contrarias.

En el presente asunto no se trajo prueba testimonial que diera cuenta sobre una u otra versión, y se evacuaron interrogatorios de parte al demandante y al demandado, en los que cada uno reiteró sus versiones respecto del tema de honorarios.

Lo único que se extrae del interrogatorio absuelto por el demandado, es que en el récord 14:43 a 14:46 (archivo 19), aceptó haber ofrecido al demandante pagar honorarios por la labor contratada con el demandante.

Al preguntársele sobre la forma como se pactaron esos honorarios, refirió que no se pactó anticipo alguno, sino un porcentaje normal sobre el descuento que lograra en los impuestos y que eso fue lo que pactaron. (archivo 19, Min. 15:56 a 17:10)

Y sobre pago de esos honorarios que refirió en la respuesta anterior, manifestó que el demandante no se volvió a comunicar con él, no le envió cuenta por honorarios, por eso no ha pagado nada. (archivo 19, Min. 18:04 a 18:37)

Así las cosas, de estos medios probatorios no es posible tener por demostrado lo argüido en la demanda sobre el valor o forma fijados como pago de honorarios, y por la cual se presentó esta demanda.

El artículo 2143 regula lo referente a la gratuidad o remuneración del mandato y en lo que refiere a la remuneración señala:

“La remuneración es determinada por convención de las partes, antes o después del contrato, por la ley o por el juez”

En el presente asunto, está demostrado como ya se anotó, que por la gestión profesional encomendada al actor por parte de la aquí demandado, este último, se comprometió a remunerarla bajo el rótulo de honorarios.

Dentro de la prueba documental traída como anexo a la demanda, específicamente en el anexo 13 de dicho archivo 02, las diligencias adelantadas ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Beltrán Cundinamarca, en razón a una prueba

anticipada de interrogatorio de parte solicitada por el aquí demandante por intermedio de apoderado, y respecto del aquí demandado, señor Joseph Richard Ronis Alcalay.

Allí se dejó constancia de haberse notificado al señor Ronis Alcalay de la cita que tenía dentro de esas diligencias para ser escuchado en interrogatorio de parte, y que a pesar de ello, no compareció a tal cita, por lo que le citado Juzgado Promiscuo Municipal de Beltrán – Cundinamarca, procedió a aplicar en contra del incumplido, la consecuencia jurídica prevista en el artículo 204 de la Ley 1564 de 2012, esto es, del CGP, y que no es otra, que aplicar la confesión ficta o presunta respecto del interrogatorio que debía responder y que fue aportado por escrito.

Entre lo que importa en el asunto de honorarios que se está resolviendo, se trae la pregunta 16, que es del siguiente tenor:

16ª. Diga cómo es cierto sí o no, que Ud. convino verbalmente con el Doctor NESTOR RAUL CORREA HENAO el día 18 de diciembre de 2019, que por la atención de los tres procesos ejecutivos coactivos adelantados por la Secretaría de Hacienda de la Alcaldía del Municipio de Beltrán, referidos a la exigencia del pago de los impuestos prediales de los inmuebles con fichas catastrales Nos: 000100030001000; 000100030002000; y 000100030004000, le pagaría al primero a la iniciación de su gestión, a título de honorarios, un anticipo de \$50 millones de pesos, más un porcentaje del 20% de lo que se lograre extinguir o rebajar la deuda de uno o varios de los tres predios?

Y frente a tal pregunta el Juez que adelantó la respectiva diligencia de prueba anticipada, declaró confeso al incumplido, dando por cierto el hecho allí indagado.

Acorde con esta prueba, es plausible tener por demostrado en este juicio que los términos de los honorarios pactados fueron: \$50.000.000.00 de anticipo y un porcentaje del 20% de lo que lograre extinguir o rebajar de la deuda de uno o de varios de los tres predios.

Tal confesión por ser ficta o presunta admite prueba en contrario, debiéndose advertir que en este proceso no se desvirtuó tal presunción, pues lo único que obra en contrario a lo allí referido, es el dicho del demandado en su interrogatorio de parte, por provenir de éste, no puede ser tenido como prueba, pues de hacerlo sería permitirle constituir su propia prueba.

Ahora bien, el A quo no le dio valor probatorio a dicha confesión ficta, en razón a que la consideró ilegal y para ello se basó en auto que el mismo Juzgado de primer grado había proferido en proceso ejecutivo que intentó adelantar el aquí demandante previo a este juicio, contra el aquí demandado, y que se trajo con la contestación de la demanda, cuyo contenido es el siguiente:



De esta providencia, se extrae que el Juez en dicha acción ejecutiva, no libró la orden de pago solicitada por el aquí demandante, allí ejecutante, por encontrar a su consideración una situación frente a la citación y notificación del allí por interrogar, a la diligencia donde debía absolver interrogatorio, más exactamente por no haberse notificado por aviso a éste.

Sin embargo, se debe tener en cuenta:

1. Que en manera alguna como lo refirió el A quo en la decisión que ahora se revisa en razón al recurso de apelación que se resuelve, la diligencia de interrogatorio extraproceso que culminó con los efectos de confesión ficta o presunta en contra del señor Joseph Richard Ronis, tal confesión fue declarada ilegal.
2. A pesar de la presunta irregularidad señalada por la autoridad judicial que profirió el referido auto, la misma correspondía ser alegada dentro de las diligencias extra proceso y el afectado con ella, si es que en verdad ocurrió, debió haber invocado lo que procesalmente procedería ante tal situación, lo cual no ocurrió.

Por ende, lo actuado por el Juzgado Promiscuo Municipal de Beltrán -Cundinamarca-, dentro de las diligencias extraproceso con radicado 25-086-40-89-

001-2022-0007-00, goza de presunción de legalidad y por ende, goza de validez probatoria para este juicio.

Así las cosas, probado como está, que el demandado no ha pagado suma alguna al demandante por honorarios tal como lo confesó en interrogatorio de parte absuelto en este juicio, se entra a examinar si con base en lo pactado, hay lugar a disponer el pago de los valores pedidos en esta demanda por el accionante.

Debe indicarse que la forma de pacto de los honorarios resulta ser ambigua, pues la parte demandante entiende que lo que se debía pagar era \$50.000.000.00 y adicionalmente el 20% sobre la rebaja o extinción de la deuda fiscal a cargo del aquí demandado.

Sin embargo, no es ello lo que se deduce de lo tenido por cierto por virtud de la confesión ficta ya analizada, pues claramente allí se indica que los \$50.000.000.00, correspondían a un “*anticipo*”, es decir, que de acuerdo con el significado de tal palabra, los \$50.000.000.00 iniciales, terminan siendo un **adelanto** del valor total de los honorarios pactados, pues de lo contrario, no sería anticipo, es decir, que harían parte del 20% pactado sobre la rebaja de la deuda fiscal que se obtuviera en favor del accionado.

Acorde con esto último, se entrará a verificar si está probado el valor de base sobre el cual aplicar el 20% en comento, esto es, si se demostró que en favor del demandado y gracias a la gestión del apoderado en los procesos activos seguidos en su contra, ahora demandante en este juicio, se produjo una rebaja o extinción de la deuda fiscal que se le cobraba por el municipio de Beltrán-Cundinamarca.

Pues bien, no se desconoció, ni fue negado por el demandado y por el contrario, reconocido por éste en el interrogatorio que aquí absolvió, la gestión inicial adelantada por el aquí demandante como su apoderado dentro de los tres procesos coactivos que para el año 2019 le adelantaba la municipalidad de Beltrán por deuda de impuesto predial respecto de tres bienes inmuebles de propiedad de dicho demandado.

Pero es que, además, con la documental traída en el anexo 02, está comprobado que en virtud a los poderes otorgados por el aquí accionado, el accionante en su calidad profesional del derecho y representación de este último, radicó ante la Secretaría de Desarrollo Económico y Social de Beltrán-Cundinamarca, y en cada uno de los procesos coactivos en comento, dos escritos, uno interponiendo recurso de reconsideración y nulidad contra las resoluciones mediante las cuales se había determinado el valor de la respectiva obligación tributaria, y otro, proponiendo la excepción de prescripción así:

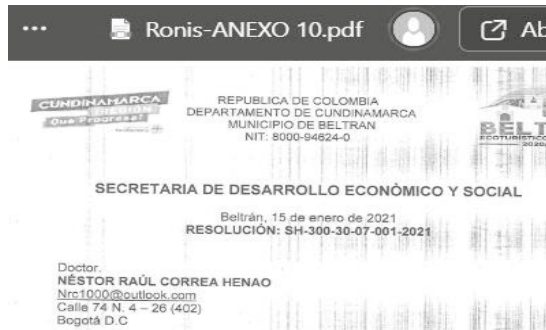
Resolución SH-300-30-01-47-2019. (archivo 02, anexo 05), bien inmueble con ficha catastral 000100030001000.

Resolución SH-300-30-48-2019. (archivo 02, anexo 07), bien inmueble con ficha catastral 00100010002000.

Resolución SH-300-30-46-2019. (archivo 02, anexo 09) bien inmueble con ficha catastral 0100020004000.

El resultado frente a dichos escritos fue del siguiente tenor:

Bien inmueble 001-0001-0002-000



Bien inmueble 001-0003-0001-000

En virtud de la aplicación del artículo 831 del E.T. procede la secretaría a dar la prescripción de la acción de cobro de los años 2013 y 2014 correspondiente NOVENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO SEISCIENTOS PESOS (\$96.755.600) MCT.

Que, como consecuencia, de lo anterior y la violación al debido proceso, por esta dependencia se decretar la Nulidad del mandamiento de pago Auto N. 010 de 2019 y en consecuencia expedirlo nuevamente con el fin de interrumpir el término de prescripción.

Por lo expuesto la Secretaría de Desarrollo Económico y Social de Beltrán

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la prescripción de la acción de cobro del Impuesto Predial unificado identificado con cédula catastral N° 00-01-0001-0002 correspondiente a los años 2013 al 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motivada.

SEGUNDO: decretar la Nulidad del mandamiento de pago Auto N. 010 de 2019 en consecuencia expedirlo nuevamente con el fin de interrumpir el término.

Bien inmueble 01-00-0020-0004-000



RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la resolución SH-300-30-07-002-2021, que determino la improcedencia de las excepciones y en su lugar declarar procedente la excepción de falta de ejecutoria del título ejecutivo, conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el mandamiento de pago No. 009 de 3 de diciembre de 2019, y sus actuaciones procesales posteriores.

TERCERO: ARCHIVAR el presente cobro por jurisdicción coactiva.

CUARTO: Ordenar Resolver lo que corresponda respecto al trámite de determinación y/o discusión del impuesto predial

QUINTO: Contra la presente no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

WILLIAM FERNEY RAMÍREZ QUIMBAYO
Secretario de Desarrollo Económico y Social

Proyecto: Pedro Augusto Nieto Góngora



REPÚBLICA DE COLOMBIA
DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA
MUNICIPIO DE BELTRÁN
NIT. N° 800094624-0



RESOLUCION No. 300-30-07-006-2022
FECHA 05 DE ABRIL DE 2022

"Por medio del cual se decide un recurso de reposición contra la resolución SH-300-30-07-003-2021, que declara improcedente las excepciones contra el auto 008 de 2019- mandamiento de pago"

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la resolución SH-300-30-07-003-2021, que determino la improcedencia de las excepciones y en su lugar declarar procedente la excepción de falta de ejecutoria del título ejecutivo, conforme a la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR el mandamiento de pago No. 008 de 3 de diciembre de 2019, y sus actuaciones procesales posteriores.

TERCERO: ARCHIVAR el presente cobro por jurisdicción coactiva.

CUARTO: Ordenar Resolver lo que corresponda respecto al trámite de determinación y/o discusión del impuesto predial

QUINTO: Contra la presente no procede recurso alguno.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

WILLIAM FERNEY RAMÍREZ QUIMBAYO
Secretario de Desarrollo Económico y Social

Proyecto: Pedro Augusto Nieto Góngora

Hasta aquí y de acuerdo con esta prueba documental que se acaba de reseñar, se establece que, la única reducción que se obtuvo en favor del demandado, en respuesta a los escritos presentados por el aquí demandante como su apoderado, ocurrió frente al bien inmueble 0001-0001-0002-000 y se trata de la excepción de

prescripción declarada y aplicada sobre el impuesto predial por los años 2013 y 2014, en suma de \$96.755.600.00 (anexo 10, fls. 3 y 4), como lo reza la misma parte considerativa de la mentada resolución SH-300-30-07-001-2021 del 14 de enero de 2021, y para mayor claridad se trae de nuevo la imagen de la parte pertinente donde se dio tal declaración.

En virtud de la aplicación del artículo 831 del E.T. procede la secretaria a decretar la prescripción de la acción de cobro de los años: 2013 y 2014 correspondiente a **NOVENTA Y SEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL SEISCIENTOS PESOS (\$96.755.600) MCT.**

Que, como consecuencia, de lo anterior y la violación al debido proceso, procede esta dependencia a decretar la Nulidad del mandamiento de pago Auto N. 010 de 2019 y en consecuencia expedirlo nuevamente con el fin de interrumpir el término de prescripción.

Por lo expuesto la Secretaría de Desarrollo Económico y Social de Beltrán

RESUELVE

PRIMERO: Declarar probada la prescripción de la acción de cobro del Impuesto Predial unificado identificado con cédula catastral N° 00-01-0001-0002-000 correspondiente a los años 2013 al 2014, de conformidad con lo expuesto en la parte motivada

SEGUNDO: decretar la Nulidad del mandamiento de pago Auto N. 010 de 2019 y en consecuencia expedirlo nuevamente con el fin de interrumpir el término de prescripción.

En lo que tiene que ver con los otros dos procesos coactivos, respecto de los bienes inmuebles 01-000-020-004-000 y 00-01-003-001-000, se puede afirmar como lo hizo el demandante en su demanda, que su gestión tuvo éxito, pues los mandamientos de pago librados dentro de cada uno de los tres procesos coactivos fueron revocados.

Sin embargo, a pesar del éxito, lo que se establece en este juicio es que lo logrado por el aquí demandante, apoderado del aquí demandado en los referidos procesos coactivos, fue solamente retardar dichos cobros, pues conforme los documentos traídos con la contestación de la demanda (archivo 008) y la contestación de parte de la Tesorería de Beltrán ante solicitud del Juzgado de primer grado, se establece que las deudas fiscales en estos dos últimos bienes, 01-000-020-004-000 y 00-01-003-001-000, cuyos mandamientos de pago fueron objeto de nulidad y revocatoria, no se redujeron, ni se extinguieron, sino que se corrigieron los yerros detectados en el trámite coactivo anterior y se libraron nuevos mandamientos de pago por las mismas deudas fiscales como se pasa a mostrar:

Bien inmueble 001-0001-0002-000

De acuerdo con oficio obrante en el cuaderno 17, el Secretario de Desarrollo Económico del municipio de Beltrán-Cundinamarca, informó que por parte de la Oficina de Cobro Coactivo se decretaron y practicaron actos orientados a perseguir el bien con ficha catastral antes indicada, ante deuda por impuesto predial que presenta y que a junio 30 de 2024, asciende a \$285.322.400.00.

Bien inmueble 001-0003-0001-000

Beltrán, 4 de mayo de 2002.

MANDAMIENTO DE PAGO

CONTRIBUYENTE: MOISES RONIS VAINCHENKOR – SUCESION, JAIME GREGORIO RONIS ALCALAY. JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY
DIRECCION: LA REFORMA - EL PALMAR
CEDULA CATASTRAL: 00-01-0003-0001-000

Obra al despacho para su cobro por jurisdicción coactiva la **Resolución No. SH 300-30-01-47-2019 de 31 de octubre de 2019** "por medio de la cual se determina el valor de una obligación tributaria a favor del Municipio de Beltrán", decisión que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a favor del Municipio de Beltrán - Cundinamarca y en contra de MOISES RONIS VAINCHENKOR – SUCESION, JAIME GREGORIO RONIS ALCALAY. JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY, por concepto de impuesto predial unificado del inmueble identificado con ficha catastral No. 00-01-0003-0001-000, correspondiente a los años 2012, 2013, 2014, 2015, 2016, 2017 y 2019, en cuantía de **CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$135'578,700.00)**, acto administrativo que presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 828 del Estatuto Tributario, sumas que no han sido pagadas por el contribuyente, por lo cual procede iniciar el procedimiento de cobro administrativo coactivo contenido en los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario para obtener su pago.

El Secretario de Desarrollo Económico y Social es competente para ejercer la función de cobro administrativo coactivo conforme al art. 263 del Acuerdo 036 de 2017.

RESUELVE:

PRIMERO: Librar orden de pago por la vía administrativa coactiva a favor del Municipio de Beltrán - Cundinamarca y a cargo de los contribuyentes MOISES RONIS VAINCHENKOR – SUCESION, JAIME GREGORIO RONIS ALCALAY. JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY, por la suma de **CIENTO TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS SETENTA Y OCHO MIL SETECIENTOS PESOS M/CTE (\$135'578, 700.00)**, por los conceptos y periodos señalados en la parte motiva, más los intereses que se causen desde cuando se hizo exigible cada obligación y hasta cuando se cancelen conforme lo disponen los Artículos 634, 635 y 867 - 1 del Estatuto Tributario, más las costas del presente proceso.

Bien inmueble 01-00-0020-0004-000

Beltrán, 4 de mayo de 2002.

MANDAMIENTO DE PAGO

CONTRIBUYENTE: MOISES RONIS VAINCHENKOR – SUCESION, JAIME GREGORIO RONIS ALCALAY. JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY
DIRECCION: K 4 7 159 K 5 7 12 C 10 03
CEDULA CATASTRAL: 01-00-0020-0004-000

Obra al despacho para su cobro por jurisdicción coactiva la **Resolución No. SH 300-30-01-46-2019 de 31 de octubre de 2019** "por medio de la cual se determina el valor de una obligación tributaria a favor del Municipio de Beltrán", decisión que contiene una obligación clara, expresa y actualmente exigible, a favor del Municipio de Beltrán - Cundinamarca y en contra de MOISES RONIS VAINCHENKOR – SUCESION, JAIME GREGORIO RONIS ALCALAY. JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY, por concepto de impuesto predial unificado del inmueble identificado con ficha catastral No. 01-00-0020-0004-000, correspondiente al periodo comprendido por los años 199 a 2017 y 2019, en cuantía de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$54.055.500.00)**, acto administrativo que presta mérito ejecutivo de conformidad con el artículo 828 del Estatuto Tributario, sumas que no han sido pagadas por el contribuyente, por lo cual procede iniciar el procedimiento de cobro administrativo coactivo contenido en los artículos 823 y siguientes del Estatuto Tributario para obtener su pago.

El Secretario de Desarrollo Económico y Social es competente para ejercer la función de cobro administrativo coactivo conforme al art. 263 del Acuerdo 036 de 2017.

RESUELVE:

PRIMERO: Librar orden de pago por la vía administrativa coactiva a favor del Municipio de Beltrán - Cundinamarca y a cargo de los contribuyentes MOISES RONIS VAINCHENKOR – SUCESION, JAIME GREGORIO RONIS ALCALAY. JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY, por la suma de **CINCUENTA Y CUATRO MILLONES CINCUENTA Y CINCO MIL QUINIENTOS PESOS M/CTE (\$54.055.500.00)**, por los conceptos y periodos señalados en la parte motiva, más los intereses que se causen desde cuando se hizo exigible cada obligación y hasta cuando se cancelen conforme lo disponen los Artículos 634, 635 y 867 - 1 del Estatuto Tributario, más las costas del presente proceso.

Por ende, los honorarios conforme lo pactado por las partes involucradas en este juicio y frente al trámite en los referidos procesos coactivos se deben calcular en el 20% sobre los \$96.755.600.00 correspondiente a la prescripción declarada frente al impuesto predial de los años 2013 y 2014 respecto del bien inmueble 001-0001-01002-000, lo cual arroja la suma de \$19.351.120.00, suma que se ordenará pagar.

Como bien lo acota el recurrente en este asunto, a la tarifa de Conalbos solo se acudiría de forma subsidiaria, en caso de que no se hubiera demostrado lo pactado por los contratantes por concepto de honorarios que pagaría el mandante al mandatario y así lo ha enseñado la Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Laboral en sentencias como la SL5459 de 2018, radicación 48065, donde se indicó:

“Para resolver el recurso, es necesario partir de la regulación prevista en el Código Civil para esta clase de negocios jurídicos, esto es, el artículo 2142 del Código Civil define el contrato de mandato en los siguientes términos:

“El mandato es un contrato en que una persona confía la gestión de uno o más negocios a otra, que se hace cargo de ellos por cuenta y riesgo de la primera.

La persona que concede el encargo se llama comitente o mandante, y la que lo acepta apoderado, procurador, y en general mandatario.”

Este contrato, según lo establecido en el artículo 2149 del mismo código, es consensual, su ejecución debe ceñirse rigurosamente a los términos allí pactados, tal y como lo establece el artículo 2157 ibídem, lo cual indica que sus disposiciones son de interpretación restrictiva y las facultades en él conferidas sólo pueden ejercerse conforme a los lineamientos expresamente conferidos en el mandato. Cuando el mandato es oneroso, conlleva la obligación a cargo del mandante de pagar la prestación acordada, la que puede consistir en un valor previamente definido o ser contingente, como cuando un abogado se compromete a realizar una gestión judicial o extrajudicial, recibiendo como posibles honorarios una parte de las utilidades conocida como cuota Litis, la que se perderá en caso de resultar infructuosa su gestión. Igualmente, se pueden combinar las dos formas de pago, como cuando se pacta un valor determinado al comenzar la gestión encomendada y una cuota parte o un porcentaje de lo que al final resulte a favor del mandante.

Lo anterior, teniendo en cuenta que en el sub lite las partes suscribieron un contrato de mandato, nominado como contrato de prestación de servicios profesionales, en el que el demandante, en condición de mandatario, se comprometió a prestar asesoría profesional a la demandada en el proceso de enajenación de unos predios al Instituto Nacional de Vías-INVÍAS, la literalidad del acuerdo es como sigue: ...

La pretensión subsidiaria contenida en el alcance de la impugnación, sobre la tasación de los honorarios de conformidad con las tarifas de honorarios profesionales que regían en la época en que se dio la etapa de enajenación voluntaria, no sólo debe desestimarse por encontrarse el fallo gravado acorde con la realidad probatoria, sino

además porque al estar pactados por acuerdo entre las partes, resulta improcedente la regulación judicial de los mismos, pues la remuneración de los servicios prestados puede ser libremente fijado entre los contratantes, en desarrollo de los principios de libertad contractual y autonomía de la voluntad. Así lo consideró esta Sala en la sentencia del 22 de enero de 2013, Rad. 36606, en la que manifestó:

“Y por otra, que la tasación de honorarios del mandato conforme a lo ‘usual’ de esta clase de prestación de servicios personales (artículo 2184-3 ibídem), sólo procede a falta de su expresa estipulación por las partes contratantes, por manera que, el hecho de que el mandante no pague al mandatario lo acordado, no legitima a éste para que variando la contraprestación de su contratante, reclame judicialmente a aquél un valor distinto al expresamente estipulado, sino apenas, para que haga efectivo su pago en los términos que rigen en esta materia los artículos 1617 y 1627 ibídem.”

Ahora bien, como excepciones se propusieron las de cobro de lo no debido e incumplimiento de los deberes profesionales del abogado.

Frente a la primera es suficiente señalar que al haberse establecido un valor por honorarios a cargo del demandado y en favor del demandante tal como quedó explicado en precedencia, dicho medio exceptivo se debe negar.

En cuanto a la segunda excepción, se tiene que se sustenta en que el demandante había asumido ante el demandado el “compromiso” de preparar para la firma de este último, el contrato de prestación de servicios profesionales, señalando que ello no ocurrió y que por ende, se dio el incumplimiento en que sustenta su excepción.

Sobre este medio exceptivo, en especial, su sustento, debe señalarse que en el proceso sobre el presunto compromiso incumplido, no existe nada diferente a lo afirmado al contestarse la demanda y en especial al proponer la excepción, pues el demandante en su interrogatorio negó tal aspecto por lo que no se dio confesión en su contra y por lo demás, solo el demandado lo ratificó en su interrogatorio, lo cual no constituye prueba, pues es un dicho en su favor y de tenerse en cuenta sería permitírsele constituir su propia prueba.

Se declarará no probada igualmente esta excepción.

Se revocará el fallo de primer grado y se condenará en costas en primera instancia al demandado en favor del demandante.

No se impondrá condena en costas en esta instancia por haber prosperado el recurso formulado.

DECISIÓN

En fuerza de las precedentes consideraciones, la Sala Segunda de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

FALLA

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el 3 de julio de 2024, por el Juzgado Civil del Circuito de Lérída-Tolima, en el proceso ordinario promovido por **NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO** contra **JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY** y en su lugar, se dispone:

CONDENAR a **JOSEPH RICHARD RONIS ALCALAY** a pagar a **NÉSTOR RAÚL CORREA HENAO**, la suma de \$19.351.120.00 por concepto de honorarios profesionales de abogado.

COSTAS en primera instancia a cargo del demandado y en favor del demandante.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Esta sentencia se notifica por edicto, de conformidad con lo establecido en el artículo 9° de la Ley 2213 de junio 13 de 2022.

SURTIDA LA ACTUACIÓN DE ESTA INSTANCIA, DEVUÉLVASE EL EXPEDIENTE AL JUZGADO DE ORÍGEN.

No siendo más el objeto de la presente audiencia, se declara terminada la misma.

AMPARO EMILIA PEÑA MEJIA
Magistrada

CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA
Magistrado

MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ
Magistrada

EN VIRTUD DEL PRINCIPIO DE LA PRIMACIA DE LA REALIDAD Y MEDIANTE LA APLICACIÓN DE LA PERSPETIVA DE GENERO SE RECONOCE EL CONTRATO LABORAL ENTRE UNA TRABAJADORA DOMÉSTICA Y UN GRUPO FAMILIAR QUE, BAJO EL MANTO DE LA RELACIÓN CONYUGAL HABIDA ENTRE AQUELLA Y EL MAYORDOMO, INTENTÓ ENCUBRIR UNA VERDADERA RELACIÓN DE TRABAJO.*



**República de Colombia
Rama Judicial del Poder Público
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué
Sala Laboral**

Ibagué, Tolima, catorce (14) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)

La Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, integrada por los magistrados Carlos Orlando Velásquez Murcia y Rafael Moreno Vargas, con la presidencia de la magistrada Mónica Jimena Reyes Martínez, se dispone a surtir el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada respecto de la sentencia del 15 de noviembre de 2023, emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar dentro del proceso ordinario laboral de radicado bajo el número 73449-31-03-002-2022-00009-01, promovido por ERNESTINA ROMERO contra RODRIGO SANTAMARÍA BETANCOURT, SEBASTIAN SANTAMARÍA

BETANCOURT, CLAUDIA MARÍA SANTAMARÍA BETANCOURT, JUANITA SANTAMARÍA BETANCOURT, ROSARIO SANTAMARÍA BETANCOURT y demás HEREDEROS INCIERTOS DEL CAUSANTE RODRIGO SANTAMARÍA VIVES (Q.E.P.D.)

ANTECEDENTES

(...)

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Sea lo primero señalar que esta Corporación es competente para resolver el recurso de apelación en los términos del artículo 66 del CPTSS, además ningún reparo existe acerca de la validez formal del trámite y concurrencia de los presupuestos procesales de manera que no se advierte circunstancias que puedan configurar causal de nulidad o que impidan la emisión de una sentencia de fondo.

Problema Jurídico. La atención de la Sala se centra en determinar si entre ERNESTINA ROMERO, como trabajadora y, RODRIGO SANTAMARÍA VIVES (Q.E.P.D.), como empleador existió un vínculo laboral. En caso afirmativo establecer si medió sustitución patronal con los herederos del fallecido, si proceden las condenas consecuenciales derivadas de ello y determinar cómo operó el fenómeno de la prescripción.

Tesis: La tesis que sostendrá la Corporación es que en el sub judice se encontró acreditado el contrato de trabajo alegado. No obstante, se modificará el extremo inicial, el cual se ubica en el 31 de diciembre de 1991, el valor de la condena por cesantías, se revocarán las indemnizaciones, moratoria y por no consignación de las cesantías y se determinará el monto al cual asciende el retroactivo causado por pensión sanción.

Premisas normativas.

De conformidad con los artículos 22, 23 y 24 del CST, el contrato de trabajo se define como aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio a otra, bajo la continua subordinación o dependencia y mediante una remuneración, correspondiendo al trabajador acreditar la prestación personal del servicio en una época determinada para operar la presunción de existencia del contrato laboral, al tiempo que al empleador le corresponderá probar que la relación estuvo regida por un contrato de naturaleza diferente (Sentencia SL 888-2023).

En el presente caso, se discute la existencia de una relación laboral entre la actora y RODRIGO SANTAMARÍA VIVES (Q.E.P.D.) y si al momento de su fallecimiento operó la sustitución patronal con sus herederos.

En el *sub examine* los demandados Rodrigo, Sebastián, Claudia María, Juanita y Rosario SANTAMARÍA BETANCOURT al absolver sus interrogatorios, niegan que ERNESTINA ROMERO que haya prestado servicios en su favor, por el contrario, aducen que se permitió su permanencia en la finca el Oasis con ocasión de los servicios prestados por su esposo, Ancizar Pérez por contratación que hiciere con Rodrigo Santamaría (q.e.d.p).

Por su parte, la prueba testimonial refirió:

María Teresa Santacruz de Rodríguez, indicó que ella y su esposo, así como Ernestina y Ancizar fueron empleados de Rodrigo Santamaría, pero “*como esposas*” no tenían contrato de trabajo solo lo celebraban con “ellos”¹

Francisco Guerrero, expresó que Ancizar cuidaba el Oasis con Ernestina, que él fue quien le recibió la finca².

Esteban Morelli Casas, esposo de la codemandada Juanita Santamaría, adujo que ocasionalmente acudían a la finca el Oasis, aproximadamente 4 o 5 veces al año y que Ernestina acompañaba a su esposo en la realización de algunas tareas, pero las órdenes eran para don Ancizar, y que en ocasiones cuando la familia compartía algún almuerzo con la pareja, Ernestina se ofrecía a lavar la loza o que cuando llegaba salían a recibirlos o a despedirlos a la salida, pero que eso lo hacía por “cortesía”³

José Ancizar Pérez Galvis, esposo de la demandante, expresó que ERNESTINA ROMERO debía hacer el aseo de la finca el Oasis, estar pendiente del motor de la piscina, de que el ganado no se saliera, echarles pasto y desempeñar las actividades encomendadas a él cuando se encontraba incapacitado. Que la contratación fue con ambos⁴.

Fabian Restrepo Mejía, vecino, indicó que los veía trabajando en el Oasis, que vio a Ernestina arreglando potreros⁵.

Jairo Perdomo Luengas expresó que cuando pasaba por la finca el Oasis vio a Ernestina realizando la poda de la finca⁶.

1 Min. 32:40 – 46:16 37 Audiencia15-11-2023.url

2 Min. 49:00 – 1:07:53 37 Audiencia15-11-2023.url

3 Min. 1:11:05 – 1:32:30 37 Audiencia15-11-2023.url

4 Min. 1:37:15 – 2:55:20 37 Audiencia15-11-2023.url

5 Min. 1:44 – 14:02 38 Audiencia15-11-2023.url

6 Min. 15:27 – 27:15 38 Audiencia15-11-2023.url

Luis Carlos López, narró que Ernestina y Ancizar eran cuidanderos de la finca el Oasis que ahí vivían como pareja, que sabe que le pagaban algo porque ella le comentó, que se imagina que era por el aseo de la finca y atender a los dueños cuando iban porque así está contratado él con su esposa⁷.

Analizadas las declaraciones precitadas, si bien no establecen pormenores de la relación suscitada entre la actora y Rodrigo Santamaría y sus hijos, si se verifica la prestación de algunos servicios por parte de la señora Ernestina, así como que residía en la finca el Oasis, servicios personales que permiten inferir que estuvieron gobernados por un contrato de trabajo.

Si bien, los demandados, en su calidad de herederos de Rodrigo Santamaría pretendieron desdibujar la relación laboral, bajo aparente manto de humanidad y bondad de su padre con el señor Ancizar con ocasión de lo cual permitieron la permanencia de su núcleo familiar en la finca, lo cierto es que esa presencia de ERNESTINA ROMERO obedecía a la ejecución de diferentes actividades desplegadas en favor de este y su familiar.

Es que la Convención sobre todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Resolución 34/180 de 18 de diciembre de 1979, acogida por Colombia mediante la Ley 51 de 1981 y vigente en el país a partir del 19 de febrero de 1982, establece en los artículos 5, 15 y 16 las obligaciones de los Estados de: *“(a) Modificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”; [...] y (c) adoptar “todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres”.*

A su vez, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la Observación N.º 19 indica que la violencia de género constituye una de las formas de discriminación que genera detrimento en *“la aptitud para disfrutar de los derechos y libertades y, en particular, de los derechos económicos, sociales y culturales en pie de igualdad”.*

Lo anotado, para destacar que es sabido que en el país, con ocasión a las condiciones de pobreza y discriminación contra la mujer que se presentan de vieja data, en especial en el sector rural, era usual que una familia era acogida en situaciones desventajosas para que se encargaran del cuidado integral de un predio, en donde el hombre desplegaba las tareas del campo y las de gran exigencia física, mientras que su esposa debía atender labores domésticas sin remuneración, condenándolas

7 Min. 29:13 – 39:20 38 Audiencia15-11-2023.url

a una vida de explotación laboral puesto que bajo el sofisma de considerarlas parte de la familia las ponían a trabajar en su favor, sin más remuneración que permitir que habitaran en los predios, lo que revela actos de violencia económica contra la mujer, situación que se infiere se presentó en el *sub judice*.

En efecto, de las declaraciones rendidas por los demandados revelan que ERNESTINA ROMERO residía en la finca el Oasis y permaneció al lado de su esposo hasta que fue despedido.

Esta situación de vulnerabilidad de la trabajadora que advierte el Tribunal, impone la obligación de flexibilizar la exigencia probatoria con el enfoque de género que deben observar las decisiones judiciales.

Sobre el ítem la sentencia STC2287-2018, ratificada por Sala de Casación Laboral en sentencia SL1727 de 2020, indicó:

“Lo que se espera del juez es que logre identificar y manejar,

[...] las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niños, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa”

Es que en este caso, pretender que por la parte activa demuestre los pormenores de la relación laboral, desconoce la condición en que la trabajadora prestaba sus servicios, los cuales se ejecutaron en un estado de debilidad, pues, en su situación, era imposible que, por ejemplo, los declarantes, María Teresa Santacruz de Domínguez, Jairo Restrepo, Fabian Perdomo, Luis Carlos López o Francisco Guerrero pudieran ingresar a su sitio de trabajo, por ende es difícil que estos depusieran respecto de tales eventos más allá de lo que evidenciaban sobre la cohabitación en el predio el Oasis, o que desde afuera la veían realizar algunas labores al interior de la finca, actos que revelan además de la prestación de unos servicios, el grado de subordinación al que estaba sometida por sus empleadores y que se corroboran de la declaración de Esteban Morelli Casas, esposo de la codemandada Juanita Santamaría quien expresó de manera desprevenida que cuando la familia acudía a la finca el Oasis, Ernestina se ofrecía a lavar la loza y salía a recibirlos o a despedirlos a la salida, lo que él indicó se hacía por “cortesía” pero que en el fondo revelan la actitud sesgada de la familia, que esperaba de la trabajadora actos serviles y subordinados. Esta flexibilización de la carga probatoria, también observa lo dispuesto por la Corte Constitucional en sentencia T-012 de 2016.

Aceptar la tesis de la pasiva configuraría avalar estereotipos sociales implantados históricamente en la cultura de la comunidad y sobre todo en la cultura de la informalización laboral e inclusive explotación laboral y discriminación de la mujer que eventualmente se llega a presentar en estos casos, en menoscabo de un grupo poblacional vulnerable, pues en este caso la trabajadora ingresó al hogar con su esposo para, en pareja, encargarse del cuidado del inmueble. Una intelección como la propuesta por la parte demandada deja la mujer desprovista de derechos como la dignidad humana, su propia autonomía y autodeterminación, pasando por alto que un estado social de derecho propende por el desarrollo personal y profesional de la mujer como trabajadora en un enfoque diferencial de género.

Y si bien, la pasiva alude a que la actora prestaba sus servicios en favor de otras personas, ya que vendía pollos, y aceptando en gracia de discusión tal hecho, no debe perderse de vista que la legislación colombiana avala la concurrencia y coexistencia de contratos.

Además, tampoco se advierte que el juez haya sometido la valoración de los testimonios a una tarifa legal, dando prioridad a la declaración de Ancizar Pérez en su condición de analfabetismo y por tal circunstancia, ya que en las condiciones en que era prestado el servicio, este era quien tenía más conocimiento sobre cómo se desarrolló el vínculo laboral y la alusión del A quo a que era analfabeta se enfocó más en motivar que desestimaba su tacha al advertir que en esa especial condición su declaración no lucía preparada, lo que se verifica en el curso de esta instancia en la que se corroboró su espontaneidad, fluidez y consistencia al narrar los hechos.

Se evidencia que la decisión de primer grado no se cimentó en lo expuesto por la demandante en su interrogatorio, sino en el análisis de las pruebas en conjunto, privilegiando los indicios, pues, otorgar valor probatorio a esos dichos sería tanto como permitirle a la parte constituir su propia prueba y es claro que a la luz del procedimiento, artículo 191 del CGP, el interrogatorio de parte persigue la confesión de un hecho que desfavorezca a la parte, lo que no sucedió aquí, y por lo que tampoco merece recabar mucho en los interrogatorios vertidos por los demandados, ya que fueron muy breves y en todo tiempo negaron la existencia del contrato de trabajo con la actora y del que únicamente se deriva que ERNESTINA ROMERO residía en la finca el Oasis con su núcleo familiar, premisa que analizada en conjunto con las demás pruebas, y haciendo honor a la comunidad de la prueba revelan la prestación de los servicios de la actora en favor de Rodrigo Santamaría y sus herederos.

Aunado a ello, es importante recordar que conforme lo prevé el artículo 24 del CST, acreditada la prestación del servicio, la que valga decir, se advierte continuada en este caso, hace presumir la subordinación, lo que invierte la carga de la prueba a cargo de la parte demandada siendo a ésta la que le correspondería desvirtuarla, lo que no ocurrió en este asunto.

Otro de los aspectos que la pasiva discute es el salario, pues indicó que los salarios insolutos por los que el juez impuso condena no encuentran justificación en trabajo suplementario u otro, a lo que cumple decir, que tal condena emerge de la diferencia que halló entre lo que recibió como salario y el s.m.l.m.v de la época.

De otra parte, fue reprochado que el juez no hubiera incorporado el documento que Rodrigo Santamaría, hijo, mencionó en su interrogatorio, documento que, en efecto, era completamente extemporáneo, negativa que fue notificada en estrados sin que mediara recurso (min. 1:31:00 – 1:31:40 Archivo digital 038) y la que además no es pertinente dado que según se anunció obedecía a la terminación del contrato de trabajo del señor Ancizar Pérez.

De la sustitución patronal

Alude la pasiva que ante el fallecimiento de Rodrigo Santamaría el 28 de junio de 2019 no hubo prestación del servicio, por tanto, no hay sustitución patronal.

Al respecto y revisada la sentencia de primera instancia se verifica que el juez no declaró sustitución patronal entre el causante y sus herederos, por lo que se torna inane recabar en este aspecto.

De los extremos temporales.

En punto a los extremos temporales, cabe señalar que son los hitos históricos o fechas exactas en las cuales tuvo rigor un contrato de trabajo, cuya acreditación corre a cargo del trabajador demandante y constituyen un elemento fundamental para que el juez laboral pueda cuantificar las acreencias laborales que le corresponden sin que para ello pueda acudir a supuestos o conjeturas. Dado que en no pocas veces resulta sencillo demostrar las fechas de inicio y terminación de un contrato, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha elaborado una teoría jurisprudencial según la cual el juez laboral debe establecer un término racionalmente aproximado durante el cual el trabajador hubiera prestado sus servicios a un empleador, sin que ello implique violación del debido proceso y del derecho de defensa de la convocada al proceso, ya que es menester del juzgador desentrañar de tales probanzas los hechos, de manera que cuando al menos se conoce el mes y año se deberá aproximar al último día del período para el extremo inicial, y al primer día del período para el extremo final. (SL 2148-18, CSJ SL, 22 mar. 2006, rad. 25580, SL17430-2017, SL17981-2017, recientemente reiterada en sentencia SL082/2021)

El juez fijó los extremos temporales en los señalados en la demanda, al considerar que los demandados aceptaron que inició en 1991 y que según la declaración de Ancizar Pérez el contrato de ella terminó un mes antes que el de él, lo que tuvo ocurrencia en octubre de 2019.

Si bien, no existe documental que corrobore tal dato, Juanita Santamaría aceptó que la actora llegó a la finca más o menos en el año 1992, sin embargo, Ancizar Pérez, Fabian Restrepo y Jairo Perdomo expresaron constarles que ello tuvo ocurrencia en el año 1991, lo que guarda coherencia con lo expuesto por la actora en su demanda. De lo anotado se corrobora que por lo menos desde el año 1991, la demandante prestó sus servicios en favor de Rodrigo Santamaría.

En este orden, y en aplicación de la teoría de la proximidad, habrá de declararse la existencia de la relación laboral de la actora con Rodrigo Santamaría desde el 31 de diciembre de 1991.

En cuanto al extremo final, Rodrigo Santamaría refirió que el señor Pérez dejó de trabajar en julio de 2018. Juanita Santamaría indicó que Ernestina estuvo en la finca hasta agosto de 2019, cuando se terminó el contrato con Ancizar. Rodrigo Santamaría expresó que la pareja estuvo en el predio hasta el 30 de agosto de 2019.

En ese orden, es plausible tener como fecha de terminaron la indicada en la demanda y que declaró el A quo en el 29 de agosto de 2019, pues es coherente con la data referida por los codemandados Juanita y Rodrigo Santamaría.

En este orden, se modificará la decisión de primera instancia únicamente en cuanto al hito inicial, el cual corresponde al 31 de diciembre de 1991, el hito final se mantiene en el 29 de agosto de 2019.

Se precisa que, aunque en los términos del artículo 51-2 del CST la muerte del empleador suspende el contrato de trabajo, ello no constituye una causal de terminación del mismo.

Prescripción

En materia laboral el fenómeno de la prescripción se encuentra regulado en los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS, que prevén que las acciones respecto de los derechos regulados por el codificaciones del área prescriben en 3 años desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; sin embargo, el fenómeno extintivo de acuerdo con el artículo 489 y 151 de los compendios sustantivos y ritual de área, respectivamente, se interrumpe con el simple reclamo escrito del trabajador y recibido por el empleador acerca de cada derecho determinado.

Conforme lo normado en el artículo 94 del CGP aplicable en la especialidad por expresa integración normativa autorizada por el artículo 145 del CPTSS, la demanda interrumpe la prescripción si es notificada al demandado dentro del año siguiente, contado a partir de la notificación del auto admisorio al demandante, sin embargo, la contabilización de ese término debe obedecer a una perspectiva subjetiva, que impone al servidor judicial analizar si la mora en tal actuación es atribuible o no, a la negligencia del accionante, siendo a este a quien le corresponde cumplir con tal carga procesal.

De lo anotado le asiste razón al recurrente en cuanto a que para que opere la interrupción de la prescripción la demanda debe ser notificada dentro del año siguiente a la notificación del auto admisorio al demandante, sin embargo, revisada la decisión de primera instancia se corrobora que pese a que el juez no anunció en qué fecha fue radicado el proceso, que valga decir corresponde al 24 de enero de 2022⁸, no tuvo por interrumpido el fenómeno de la prescripción con tal acto, infiriéndose que acogió las previsiones del artículo 94 del CGP y declaró parcialmente probada la excepción de prescripción para las acreencias laborales causadas con anterioridad al 14 de marzo de 2019, para lo cual tomó la fecha en que tuvo por notificados a los demandados por conducta concluyente, el 14 de marzo de 2022.

En este orden, y aunque no se anunció de manera expresa la aplicación del artículo 94 del CGP, se verifica que se dio cumplimiento a esa disposición por lo que no hay lugar a modificar tal aspecto.

Bajo este derrotero no se encuentran prescritos los intereses a las cesantías, primas de servicio y vacaciones por la proporción del año 2019, conforme impuso condena en A quo.

Se advierte que al momento de imponerse la condena por las cesantías se pasó por alto que la exigibilidad de esta acreencia obedece a la fecha de terminación del contrato de trabajo, de modo que erró el juez al condenar a la pasiva únicamente por la proporción del año 2019, aspecto que si bien no fue apelado por la actora impone su amparo oficioso por esta Corporación al ser un derecho mínimo e irrenunciable de la trabajadora sin que ello implique vulneración al principio de la *non reformatio in pejus*.

En consecuencia, se reformará este ítem, para condenar a la pasiva al pago de la suma de \$10.970.934 por concepto de cesantías⁹

Buena fe–Indemnización Moratoria y Sanción por no Consignación de la cesantía.

8 AUTO_ADMITE_DEMANDA.pdf

9

CESANTIAS			
AÑO	SALARIO	DIAS LABORADOS	TOTAL
2019	\$ 828.116,00	230	\$ 549.777,00
2018	\$ 781.242,00	360	\$ 781.242,00
2017	\$ 737.717,00	360	\$ 737.717,00
2016	\$ 689.455,00	360	\$ 689.455,00
2015	\$ 644.950,00	360	\$ 544.950,00
2014	\$ 616.000,00	360	\$ 616.000,00
2013	\$ 588.500,00	360	\$ 588.500,00
2012	\$ 566.700,00	360	\$ 566.700,00
2011	\$ 545.000,00	360	\$ 545.000,00
2010	\$ 515.000,00	360	\$ 515.000,00
2009	\$ 486.900,00	360	\$ 486.900,00
2008	\$ 461.500,00	360	\$ 461.500,00
2007	\$ 433.700,00	360	\$ 433.700,00
2006	\$ 408.000,00	360	\$ 408.000,00
2005	\$ 383.500,00	360	\$ 383.500,00
2004	\$ 358.000,00	360	\$ 358.000,00
2003	\$ 332.000,00	360	\$ 332.000,00
2002	\$ 306.000,00	360	\$ 306.000,00
2001	\$ 280.000,00	360	\$ 280.000,00
2000	\$ 260.000,00	360	\$ 260.000,00
1999	\$ 236.400,00	360	\$ 236.400,00
1998	\$ 203.826,00	360	\$ 203.826,00
1997	\$ 172.000,00	360	\$ 172.000,00
1996	\$ 145.125,00	360	\$ 145.125,00
1995	\$ 118.933,32	360	\$ 118.933,32
1994	\$ 88.700,00	360	\$ 88.700,00
1993	\$ 61.510,00	360	\$ 61.510,00
1992	\$ 40.190,00	360	\$ 40.190,00
1991	\$ 15.720,00	16	\$ 14,67
TOTAL			\$ 10.970.934,18

Frente a la buena fe argüida por el recurrente para derruir la condena por concepto de indemnización moratoria y sanción por no consignación de cesantías, debe recordarse que estas sanciones están reguladas en el art. 65 del CST y artículo 99 de la Ley 50 de 1990, respectivamente, y tienen como pilar la acreditación de la mala fe patronal en la omisión del pago de salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo o la falta de consignación de la cesantía en vigencia del contrato de trabajo.

La jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre, de manera pacífica y reiterada ha sostenido que, dado el carácter sancionatorio de estas sanciones, su aplicación no es automática e inexorable, por lo que corresponde al juzgador analizar las pruebas para determinar si la conducta del empleador estuvo o no justificada, de modo tal que si existen elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe, no es posible su condena.

En el caso en estudio, la Sala considera que las actuaciones de la parte pasiva se enmarcan dentro de los postulados de la buena fe, en tanto el demandado consideró que la actora no era su trabajadora, sino que los servicios desempeñados obedecían a la contratación que existía con su esposo, por lo que tenía el firme convencimiento de no adeudar a la actora emolumentos prestacionales, así las cosas, se puede establecer que el actuar del empleador estuvo revestido de buena fe patronal, que lo exonera de las sanciones reclamadas por el demandante, motivó por el cual habrán de ser revocadas.

No obstante lo anterior, la Sala considera procedente la actualización de la condena impuesta dada la pérdida del poder adquisitivo del dinero, para lo cual deberá aplicarse la formula $IPC\ final / IPC\ inicial \times V$. actualizar, donde el IPC inicial corresponde al de la fecha de promulgación de esta decisión y el IPC final será el de la fecha efectiva de pago.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia SL11004-2017, enseñó que *“cuando no sea pertinente en una sentencia la condena de indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, por cuanto no se trata de una indemnización de aplicación automática, es viable aplicar entonces la indexación o corrección monetaria en relación con aquellas prestaciones que no tengan otro tipo de compensación de perjuicios por la mora o que no reciban reajustes en relación con los costos de vida”*.

Indemnización por despido injusto

El art. 53 Constitucional señala que el estatuto del trabajo debe contemplar como uno de los requisitos mínimos fundamentales la estabilidad en el empleo, el cual según la jurisprudencia Constitucional debe entenderse como una certeza mínima

en el sentido que el vínculo laboral contraído no se romperá en forma abrupta y sorpresiva por la decisión arbitraria del empleador (C-016 de 1998).

No obstante, en todo contrato de trabajo va envuelta la condición resolutoria por incumplimiento de lo pactado como lo prevé el art. 46 del Estatuto Laboral; a su vez, los artículos 62 y 63 del CST, señalan de manera taxativa las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador o trabajador.

En punto a la carga de la prueba en caso de despido sin justa causa ésta se ha distribuido de la siguiente manera, al demandante le corresponde acreditar el hecho del despido y al empleador le incumbe probar que la terminación obedeció a una justa causa, escenario éste que opera en dos momentos, el primero que consiste en comprobar los hechos invocados en la carta de despido, y el segundo, en la demostración que esos hechos se enmarcan en una justa causa conforme la ley, convención, contrato o reglamento de trabajo. (SL4547/2018)

En este caso, la parte demandada aduce que la actora no demostró el despido dado que no aportó la carta de terminación del contrato de trabajo, como prueba solemne.

La prueba solemne es una formalidad que impone la ley para la validez del acto, no obstante, tratándose del hecho del despido nada indica la ley en cuanto solemnidad alguna, por tanto, la parte demandante puede acreditar ese presupuesto bajo cualquiera de los medios probatorios legalmente válidos.

Dado que no existe prueba documental orientada a la verificación del despido, es necesario acudir a la prueba testimonial ya que los demandados nada aceptaron frente al despido, pues, fueron enfáticos en negarlo.

El único deponente que hizo alusión al despido fue José Ancizar Pérez Galvis, quien expresó que evidenció el hecho cuando su esposa aquí demandante, reclamó a Rodrigo Santamaría por el pago de sus acreencias laborales, ante lo cual este le indicó que se retirara de la finca y le pidió las llaves.

De la versión de este testigo se puede evidenciar que, en efecto, el vínculo laboral que existió entre la actora y Rodrigo Santamaría fue terminado de manera unilateral por el demandado, sin que este hubiera demostrado una justa causa, dado que la reclamación de sus derechos laborales no habilita la terminación del contrato, motivo por el cual habrá de confirmarse este ítem.

Pensión sanción

Conforme la jurisprudencia de la especialidad, entre ellas, la sentencia SL1577 de 2018, para el reconocimiento de la pensión sanción es necesario aplicar la norma vigente al momento de la causación del derecho, esto es, la de la fecha del despido sin justa causa.

Para el *sub judice*, teniendo en cuenta que el despido se suscitó el 29 de agosto de 2019, la norma aplicable es la consignada en el artículo 267 del CST, modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, el cual establece que tiene derecho a la pensión sanción el trabajador no afiliado al Sistema General de Pensiones que hubiese sido despedido sin justa causa después de haber laborado para el mismo empleador durante 10 años o más y menos de 15 años, continuos o discontinuos, si para entonces tenía cumplidos 60 años de edad si es hombre, 55 años de edad si es mujer, o desde la fecha en que cumpla la edad con posterioridad al despido. Así mismo, en esa normativa indica que, si el despido sin justa causa del trabajador acontece después de 15 años de servicios, la pensión se pagara cuando el trabajador despedido cumpla 55 años de edad si es hombre, o 50 años de edad si es mujer, o desde la fecha del despido, si ya los hubiere cumplido.

Para el efecto, el artículo 267 del CST, modificado por el artículo 133 de la Ley 100 de 1993, que establece los siguientes requisitos: 1. Que el empleador no haya afiliado al trabajador al Sistema General de Pensiones, 2. Que el trabajador haya laborado para el mismo empleador durante 10 años o más y menos de 15 años, o más de 15 años, y 3. Que haya sido despedido sin justa causa.

El primer requisito se encuentra acreditado pues según lo informó la pasiva en su contestación a la demanda, nunca pagó aportes a pensión por considerar que la actora no tenía derecho a ello. Igual ocurre con el segundo de los presupuestos, pues, quedó decantado que la relación laboral que unió a las partes se suscitó desde el 31 de diciembre de 1999 hasta el 29 de agosto de 2019, de donde se colige que la actora laboró un total de 27.66 años. Ahora, en cuanto a la terminación del contrato de trabajo, se estudió en precedencia que no fue acreditada la justa causa.

Como la actora nació el 15 de septiembre de 1961¹⁰, para la fecha del despido tenía 57 años de edad, lo que en armonía con lo dispuesto en el artículo 267 del CST, la hace acreedora de la pensión sanción, desde la fecha del despido.

En consecuencia, procede la condena a título de pensión sanción a cargo de los demandados, para lo cual se ordenará su reconocimiento y pago a partir del 29 de agosto de 2019, en cuantía del s.m.l.m.v y por 13 mesadas al año. Así las cosas, corresponde ordenar el pago del retroactivo pensional causado desde el 29 de agosto de 2019 hasta febrero de 2024 en cuantía de \$58.098.064.73.

Se dispondrá que las sumas reconocidas por concepto de retroactivo pensional sean debidamente indexadas aplicando la formula $IPC\ final / IPC\ inicial \times V$. actualizar, donde el IPC inicial corresponde al de la fecha de causación de cada mesada y el IPC final será en la fecha efectiva de pago, esto con el fin de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, pues la indexación está catalogada como un derecho universal de acuerdo con lo expuesto por la Sala de Casación

10 Pág. 6 01.PODERES_ANEXOS.pdf

Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la SL139-2018, la que además debe imponerse, de manera oficiosa y no solo a petición de parte, en procura que la obligación se satisfaga de manera completa e integral (SL359/2021).

COSTAS

Sin costas en esta instancia ante la prosperidad parcial del recurso.

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Cuarta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- REFORMAR el numeral **TERCERO** de la sentencia emitida por el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Melgar, el 15 de noviembre de 2023, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, en el sentido de **DECLARAR** que, entre ERNESTINA ROMERO, como trabajadora, y RODRIGO SANTAMARÍA VIVES (Q.E.P.D.), como empleador, existió un contrato de trabajo a término indefinido desde el 31 de diciembre de 1991 hasta el 29 de agosto de 2019.

SEGUNDO.- REFORMAR el numeral **QUINTO** de la sentencia estudiada únicamente en cuanto al valor de las cesantías, para imponer condena a la pasiva por este concepto en la suma de \$10.970.934 y **REVOCAR** la indemnización moratoria.

TERCERO.- REVOCAR el numeral **SEXTO** de la sentencia referida y en su lugar revocar la condena impuesta por indemnización por no consignación de las cesantías para en su lugar, absolver a la pasiva de esta condena.

CUARTO.-ADICIONAR el numeral **SÉPTIMO** de la sentencia apelada en el sentido de ordenar el reconocimiento y pago de pensión sanción a favor de ERNESTINA ROMERO a partir del 29 de agosto de 2019, en cuantía del s.m.l.m.v y por 13 mesadas al año. Y pagar la suma de \$58.098.064.73. a título de retroactivo pensional causado desde el 29 de agosto de 2019 hasta febrero de 2024.

QUINTO.- En todo lo demás se confirma la decisión objeto de estudio.

SEXTO.- SIN COSTAS en esta instancia.

Decisión aprobada mediante Acta N. 18 del 14 de marzo de 2024.

La anterior sentencia se notificará por EDICTO en aplicación del numeral 3 del literal d) del artículo 41 del CPTSS, en armonía con las disposiciones de la

Ley 2213 de 2022. Surtido el trámite de rigor se ordena devolver el expediente al juzgado de origen.

MÓNICA JIMENA REYES MARTÍNEZ
Magistrada

RAFAEL MORENO VARGAS
Magistrado

CARLOS ORLANDO VELASQUEZ MURCIA
Magistrado
Aclaración de voto

ACLARACIÓN DE VOTO

Ibagué, 15 de marzo de 2024

La aclaración de voto frente a la decisión tomada por la Sala tiene más el propósito de reforzar la argumentación con enfoque de género con que acertadamente fue abordado el caso. Es un hecho incontrovertible que la demandante, durante el tiempo declarado de existencia de la relación laboral, estaba y permanecía en la finca de quien en vida respondía al nombre de Rodrigo Santamaría Vives, al lado de su esposo con quien los demandados expresan que si existía una relación de servicios prestados. Y es ahí donde comienza el trato discriminatorio hacia la mujer: considerar que la mujer es un apéndice del varón, un ente que sólo sirve para atender las labores eventuales de aseo en la casa de “los patrones” y para atenderlos en casos de actos familiares y sociales. Todo ello a pesar de haberse comprobado que, adicionales a ese tipo de tareas, a Ernestina le correspondía en ocasiones atender funciones agrícolas y de cuidado de la finca. Estos estereotipos, que aún persisten en los campos colombianos y que son aún huellas de una postura feudalista de trato entre “los peones” de la finca y “los patrones”, y que implicaban que, no solo la esposa de los trabajadores sino aun sus hijos y sus hijas, tuvieran que prestar servicios al dueño del predio sin ningún tipo de remuneración, son los que tienen que tender a desaparecer.

Fecha ut supra.

CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA
Magistrado

***Nota de Relatoría: Del despacho de la Magistrada Sustanciadora: “Se hace la aclaración que los nombres indicados en la providencia son ficticios”. Lo anterior, a efectos de anonimizar nombres reales para proteger datos sensibles y derechos fundamentales.**

**PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE, CÓNYUGE SUPÉRSTITE E
HIJA DISCAPACITADA, CON ENFOQUE DE GÉNERO
(Sentencia calificada con excelencia por la Comisión Nacional de
Género de la Rama Judicial de Colombia año 2023)**

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



**Departamento del Tolima
TRIBUNAL SUPERIOR
DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
Sala Quinta de Decisión Laboral**

Magistrado Ponente: CARLOS ORLANDO VELÁSQUEZ MURCIA

En Ibagué, hoy veinte (20) de abril de dos mil veintitrés (2023), la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior de Ibagué, integrada por quienes firman esta providencia, dicta la sentencia a que se refiere el artículo 82 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, en el proceso ordinario radicado número 73001-31-05-00-2016-00178-02, siendo demandante V.J.B. B y demandadas la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y Y.N.R.C. De conformidad con el artículo 66 del estatuto procesal laboral, se entra a resolver el recurso de apelación interpuesto por el accionante contra la sentencia de *7 de febrero de 2023* proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué, que absolvió a Colpensiones de las pretensiones formuladas por el accionante y condenó a este último en costas procesales.

TÉSIS DEL JUZGADO

Adujo la A Quo que si bien el demandante probó la convivencia con la causante durante más de 5 años en cualquier tiempo siendo ello desde el mes de diciembre de 1973 cuando contrajeron matrimonio hasta el año 1987 o 1988 cuando se produjo la separación, según lo concluyó la misma entidad accionada en la investigación administrativa, tal como se deduce de la resolución GNR 340796 de 29 de septiembre de 2014, sin que hasta el momento de la muerte de la occisa ocurrida el 14 de septiembre de 2013 haya habido la disolución de la sociedad conyugal, no puede pasar por alto la circunstancia de que en este caso específico existen medios de prueba que dan cuenta de la situación de maltrato físico y psicológico a que estuvo sometida la causante, tal como se desprende del escrito suscrito por Y.A.B.C el 22 de julio de 2014, y que este fue el motivo que causó la separación de hecho de la pareja, circunstancia que fue ratificado por N.I.S.C, M.Z.S.C, N.C.C hermanas de la occisa, de donde se desprende que con posterioridad a la separación no hubo ningún apoyo de tipo económico o emocional, sino total ausencia por parte del demandante, además de que la pareja reinició la vida sentimental con otra pareja, conforme lo demuestran los certificados de afiliación al sistema de salud del demandante, lo cual muestra la ruptura total del vínculo pese a su permanencia formal en el tiempo y si bien la jurisprudencia al desarrollar la interpretación del artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, alude a que tratándose de cónyuges supervivientes pueden acreditar convivencia en cualquier tiempo, lo que en principio conllevaría afirmar que el demandante es beneficiario de la pensión, no se puede desconocer que hay eventos como el presente asunto en el cual se evidencia que durante la permanencia de la convivencia se ejercieron actos de violencia contra la mujer que motivaron la separación de hecho, es decir que la vida en común de la pareja unida en matrimonio estuvo lejos de constituir una “comunidad de vida, forjada en la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria y el acompañamiento espiritual que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable, a la par de una convivencia real y afectiva durante los años anteriores al fallecimiento del afiliado o del pensionado.

Sostuvo igualmente que lo anterior conlleva abordar el estudio del presente asunto bajo el enfoque de género, debiendo recordar que la perspectiva de género en la función judicial se erige como una herramienta argumentativa, probatoria e interpretativa frente a aquellos asuntos que le corresponde resolver al operador judicial, por medio de la cual se establecen algunos patrones de análisis que permiten inclinar la balanza en favor de quien ha sufrido en razón de su feminidad, conductas discriminatorias, maltrato, violencia, o simplemente situaciones de desigualdad, que amerita una respuesta coherente de la administración de justicia respecto del propósito de sancionar y eliminar todo tipo de violencia en contra de la mujer que conlleva a pronunciarse para proteger a quien realmente necesita tutela, y honrar

el nombre y la memoria de quien en vida sufrió las consecuencias de la violencia de género. Que en el presente caso se tiene que observada la historia laboral de la causante, las cotizaciones que le dieron la posibilidad de acceder al derecho pensional de invalidez que le fue reconocido, se efectuaron entre 1987 y 2003, esto es cuando el demandante ya no hacía parte del núcleo familiar de aquella y cuando no recibió ningún tipo de contribución económica, social, moral o sentimental de aquél y por tanto no puede afirmarse que aquél haya coadyuvado con la construcción conjunta de la pensión, desconociendo con ello la finalidad de la pensión de sobreviviente que es “brindar apoyo económico al grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido, en relación con las necesidades económicas que surjan como consecuencia de su deceso” ya que desde 1987 la pareja terminaron todo vínculo por motivo de la violencia que aquél ejercía sobre ella, e incluso el demandante se sustrajo de cumplir con sus obligaciones alimentarias para con sus hijas y la de su esposa quien dependía económicamente de él.

Así mismo señaló que resulta relevante considerar que en este momento existe una beneficiaria de la pensión de sobrevivientes en calidad de hija en estado de discapacidad, sin que esté en discusión su derecho pensional, pues ello no forma parte del objeto de este debate, y conforme se aludió en precedencia, el derecho pensional le fue reconocido por la entidad demandada a Y.N.R.C, calificada en un 76.8% de pérdida de capacidad laboral, siendo que aquella goza de especial protección del estado y se vería perjudicada en su mínimo vital al concederse la pensión al demandante, por lo que consideró que el actor no el asistía derecho a que se le sustituya prestación que dejó causada la causante.

TESIS DEL RECORRENTE

Manifiesta el demandante que se encuentra inconforme con la decisión de instancia, por cuanto el fallo no se ajusta a una realidad legal, sino que comprende una eminentemente solidaridad de género y humanismo que se aparta de la legislación vigente que regula el régimen pensional; que no comparte la decisión de que no es motivo de pronunciamiento expreso sobre la legalidad de la pensión que goza Y.N.R.C, pues ésta tiene implicaciones legales en las pretensiones objeto de demanda, ya que se aspira a que sea beneficiario de un 100% de la pensión que dejó causada la causante o por lo menos en un porcentaje por mantener el vínculo de la sociedad conyugal vigente, sin embargo se argumenta para mantener vigente la pensión de sobrevivientes en un criterio humanista teniendo en cuenta que la fecha de estructuración de la invalidez se produjo después de fallecida la causante en unos conceptos médicos genéricos que hablan de una patología congénita pero que no se determina si para ese entonces había una pérdida de capacidad de 50%, pero hasta donde se tiene entendido Y.N hasta el último momento trabajó, era trabajadora activa dentro de nuestro régimen laboral colombiano, pero sin embargo se argumenta que como hay unos dictámenes en la historia clínica que determinaban

esa patología, sin precisar el grado de pérdida de capacidad laboral, se le otorga el beneficio de seguir disfrutando de este derecho pensional, siendo muy clara la jurisprudencia constitucional al señalar los requisitos que debe demostrarse para que los hijos discapacitados tenga derecho a la pensión de sobrevivientes, siendo uno de ellos que la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral sea antes del fallecimiento del pensionado, por lo que la decisión rompe dicha tradición sin que dicho requisito se supla con la historia clínica y mucho menos con los dictámenes de los médicos, pues en ellos no se determinaron que pérdida de capacidad laboral tuvo la beneficiaria antes del fallecimiento del pensionado.

Que para negar el derecho a sustituir la pensión de sobrevivientes se argumenta igualmente la ausencia de cotizaciones de la pensionada entre 1973 y 1989, que fue el tiempo comprobado de convivencia con el actor, decisión que se aparta del texto normativo del régimen pensional en Colombia, pues en ninguna de ellas se establece que no se tiene derecho a la pensión de sobrevivientes por el hecho de que no se hicieron los aportes a la seguridad social durante el tiempo que estuvo vigente la convivencia entre el occiso y su cónyuge, no obstante que la sociedad conyugal sigue vigente.

Indicó igualmente que discrepa de la sentencia frente al tema principal como fue la falta de prueba de la convivencia, pues si se hace un enfoque de género con la pensionada fallecida y con la misma beneficiaria de la pensión de sobrevivientes, y si bien está debidamente soportada con la jurisprudencia que se invocó, lo cierto es que no contiene el soporte legal de índole probatorio que respalda esta decisión sobre el maltrato y las malas acciones que supuestamente tuvo el actor con la pensionada fallecida, es decir, se parte de una prueba sumaria de una investigación administrativa de Colpensiones, la cual es violatoria del debido proceso y el derecho de defensa, ya que son investigaciones unilaterales que ni siquiera se cita a la contraparte cuando ésta se efectúa dentro del campo del terreno de la convivencia, por cuanto nunca se toma el trabajo del punto de vista administrativo de avisarle a la contraparte el día de la diligencia, ni mucho menos darle traslado de los resultados de esta investigación administrativa, por lo tanto este tipo de investigaciones carecen o violan el debido proceso sobre la cual estriba la motivación del enfoque de género y sobre todo el tema del maltrato que recibía la pensionada fallecida. Si bien dicha prueba puede constituir en un indicio, debe tenerse en cuenta que la misma se realizó frente a Colpensiones en donde el demandante nunca participó, es decir que dentro de la oportunidad procesal administrativa nunca tuvo la oportunidad de contradecirlas, son versiones lógicamente favorables de los intereses de la hoy pensionada por su hermana, por su tía, es decir por su núcleo familiar a quienes le convenía que se les otorgara la pensión, sin que el actor pudo conocer del trámite administrativo por cuanto el mismo se hace de manera unilateral, son decisiones que se hacen ante una notaría que no son contradichas, sin embargo el despacho con el mismo argumento se le otorga el valor a esas pruebas sumarias como plena prueba en contra de los intereses del demandante, sin que sean suficientes para

destruir la convivencia que éste sostuvo con la causante para tener derecho de por lo menos parte de la pensión de sobrevivientes que dejó causada.

PROBLEMA JURÍDICO A RESOLVER

En razón del recurso de apelación interpuesto por el demandante, la Sala determinará si éste en calidad de cónyuge de G.I.C.C (q.e.p.d.), tiene derecho a la sustitución pensional que dejó esta última causada, la cual fue otorgada por Colpensiones a Y.N.R.C, en calidad de hija invalida de la causante. En caso de salir adelante el anterior problema jurídico, determinar la fecha del disfrute de la pensión, su monto y si operó la prescripción para algunas de las mesadas causadas y si el no pago oportuno de las mismas genera intereses moratorios. Así mismo, si dicha pensión debe ser compartida con Y.N.R.C, en calidad de hija de la occisa.

Previamente a decidir se observa que Colpensiones presentó los alegatos de conclusión ante esta instancia solicitando se confirme la decisión de instancia, ya que de la investigación administrativa realizada no se acredita el contenido y la veracidad de la solicitud presentada por el demandante, ya que no demostró su convivencia con la causante hasta la fecha de su fallecimiento, por lo que de conformidad con la Ley 797 de 2003 y la sentencia C-515 de 2019, no le asiste derecho a que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes solicitada, máxime en tratándose de una prestación de supervivencia, donde existen muchas situaciones subjetivas y personales, que por su naturaleza deberán probarse con suficiencia (*archivo 05 alegatos parte demandada Colpensiones PDF del expediente digital de segunda instancia*).

El demandante como la demandada Y.N.R.C, no presentaron alegatos de conclusión ante esta instancia, como se observa mediante constancia secretarial de 13 de marzo de 2023 (*archivo 06 vence traslado para alegar PDF del expediente digital de segunda instancia*).

TÉSIS QUE SOSTENDRA LA SALA DE DECISIÓN

Se confirmará la sentencia de instancia, teniendo en cuenta que el demandante no le asiste derecho a la sustitución de la pensión que dejó causada G.I.C.C (q.e.p.d.), por cuanto no demostró una convivencia real y efectiva durante el tiempo que permaneció cohabitando con la misma, por los maltratos físicos y psicológicos que fue sometida por éste, sin que se tenga competencia para entrar a discutir el derecho que le asiste a Y.N.R.C, de suceder tal prestación en calidad de hija invalida de la occisa, pues dicho derecho fue reconocido administrativamente por Colpensiones.

CONTROL DE LEGALIDAD

La Jurisdicción Laboral y de la Seguridad Social es competente para conocer del asunto conforme lo previsto en el numeral 4º del artículo 2º del estatuto procesal

laboral. De otra parte, para surtir el recurso de apelación se corrió traslado a los apoderados judiciales a los correos electrónicos suministrados. Adicionalmente, el auto de traslado para alegar fue publicado en el estado electrónico *No. 035 de 14 de marzo de 2023*, en la página web de la Secretaría de la Sala Laboral de esta Corporación, sin que se observe causal que invalide lo hasta ahora actuado.

ARGUMENTOS DE ORDEN CONSTITUCIONAL

La Corte Constitucional ha definido la naturaleza del derecho a la seguridad social, con fundamento en el artículo 48 Superior, al establecer que se debe garantizar a todos los habitantes el derecho irrenunciable a la seguridad social y en especial los derechos pensionales.

En virtud al derecho a la seguridad social consagrado en el artículo 48 de la constitución política y al mínimo vital establecido en el artículo 53 ibidem, el demandante puede aspirar a tener derecho al reconocimiento y pago de la sustitución pensional, siempre y cuando demuestre los requisitos legales para acceder a la misma.

SUBARGUMENTOS DE ORDEN LEGAL

Para desarrollar los problemas jurídicos planteados, debe tenerse en cuenta que por regla general la norma reguladora del derecho a la pensión de sobrevivientes es la que estaba vigente para el momento en que ocurrió el deceso del afiliado o pensionado según el caso. (*Ver sentencias SL CSJ SL 4559 de 23 de octubre de 2019 y SL 5342 de 4 de diciembre de 2019*).

No existe discusión que G.I.C.C (q.e.p.d), falleció el 14 de septiembre de 2013, como se demuestra con el registro civil de defunción (*Folio 17 archivo 01 –exp. 2016-178 PDF –del expediente digital de primera instancia*), y que para dicha fecha ostentaba la calidad de pensionada por invalidez como se desprende de la resolución GNR 149998 de 25 de junio de 2013, prestación que fue reconocida a partir de 21 de noviembre de 2004, en cuantía al salario mínimo legal (*Folio 28 archivo 01 – expediente 2016-178 PDF –del expediente digital de primera instancia*).

Por lo anterior el derecho a la pensión de sobrevivientes lo rige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, que en su parte pertinente señala que el derecho lo tiene: *a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte.*

Respecto de la interpretación que la jurisprudencia ha dado a la anterior normatividad, es claro que el cónyuge supérstite que se separó de hecho del causante

tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, únicamente si mantuvo la unión conyugal vigente y, además acredite el cumplimiento de 5 años de convivencia en cualquier tiempo con el causante. Por tanto, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de cuerpos o de bienes, la disolución y liquidación de la sociedad conyugal, no son relevantes en pro a la adquisición del derecho a la pensión de sobrevivientes. (*Ver sentencias SL CSJ raditaciones 45779 y 63640 de 25 de abril y 4 de julio de 2018, SL 3251 de 2021 y SL 4321 de 2021*).

Lo anterior quiere decir que el cónyuge supérstite que se separó de hecho del causante, pero mantiene el vínculo jurídico del matrimonio tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pues éste no se disuelve sino por muerte, divorcio o cesación de efectos civiles del matrimonio religioso.

En el presente caso, no existe controversia que V.J.B.B, contrajo matrimonio por los ritos religiosos con G.I.C.C (q.e.p.d.), el 22 de diciembre de 1973, como se desprende del registro civil de matrimonio respectivo (*Folio 39 archivo 01 –exp. 2016-178 PDF –del expediente digital de primera instancia*), sin que existe prueba que se hubiese divorciado o que hubiere cesado los efectos civiles del matrimonio católico, por lo que el actor tiene derecho a la sustitución pensional, siempre y cuando demuestre que convivió con el fallecido por espacio no inferior a 5 años en cualquier tiempo, pues como lo tiene sentado la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre en lo ordinario: “...*La convivencia de la consorte con vínculo marital vigente y separación de hecho con el pensionado o afiliado, en un periodo de 5 años, puede ser acreditado en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social...*” (*Ver sentencias SL 41637 de 2012, SL7299 de 2015, SL6519 de 2017, SL16419 de 2017, SL1399 de 2018, SL5046 de 2018, SL2010 de 2019, SL 2232-2019, SL4047 de 2019, reiterada en la SL 5169 de 2019, SL 3251 de 2021, SL 3693 de 2021 y SL 4321 de 2021*).

Para demostrar la convivencia que tuvo la accionante con el causante, se recibió el testimonio de E.D, quien manifestó ser amiga del demandante, que conoció a su esposa hace unos 25 a 30 años, que vivieron unos 10 a 12 años en un apartamento en Boquerón al pie donde vivía la testigo, eran vecinos; ellos tuvieron dos hijas S y Y; después de vivir en el barrio Boquerón se fueron a vivir al barrio Yundaima y de ahí no supo más de ellos; que cuando estuvieron en el Boquerón la testigo los visitaba cada 8 o 15 días, que en este tiempo la relación de ellos eran muy unidos como pareja; que en este tiempo el demandante trabajaba en Cemex y la señora Ama de casa; no sabe en qué época dejaron de convivir ya que se fueron y no supo más de ellos (*min. 05:24 a 019:01 archivo 05 del expediente digital de primera instancia*).

Con la anterior declaración tal como lo señaló la A Quo, se acredita la convivencia que tuvo V.J.B.B con G.I.C.C (q.e.p.d.), por espacio de 10 años, versión que

merecen credibilidad pues proviene de una persona que conoció a la pareja cuando ésta estuvo viviendo en el barrio Boquerón, ya que eran vecinos, por lo que tiene una percepción directa de los hechos por ello narrados.

Además, la convivencia de 5 años en cualquier tiempo que exige la normatividad a la que se ha hecho mención anteriormente para que el demandante tenga derecho a la sustitución pensional, quedó igualmente demostrada con la investigación administrativa que realizó Colpensiones y que se refleja en la resolución VPB23202 de 2 de diciembre de 2014, por medio de la cual dicha entidad negó el derecho a suceder la pensión al aquí accionante, al señalar que *“mediante informe investigativo No. 5431/2014 de 31 de julio de 2014, tiket5431, rendido por Alex Andrés Prieto Laverde, Técnico investigador, se concluye: (...) la causante y el solicitante se casaron el 22 de diciembre de 1973 según registro civil de matrimonio 04526669, de esta relación tuvieron dos hijas de nombres Yohana Andrea y Sandra Isabel Barrero Camacho, viviendo solo por 13 o 14 años, es decir hasta el año 1987 o 1988 coincidiendo con el extrajuicio de fecha 30 de septiembre de 2013 de la hija Yohana Andrea Barrero Camacho, debido al maltrato físico y psicológico que tuvo la causante por parte del solicitante, confirmándose por varias versiones que el solicitante no aportaba económicamente para el crecimiento y bienestar de sus dos hijas (...). (Folio 31 archivo 01 –exp. 2016-178 PDF –del expediente digital de primera instancia).*

Lo dicho hasta aquí conllevaría a que en forma formal se encuentre demostrada la convivencia V.J.B.B. con G.I.C.C (q.e.p.d.), en calidad de cónyuge por espacio superior a 5 años en cualquier tiempo, para que el primero tenga derecho a la sustitución pensional que dejó causada la segunda, sin embargo no puede desconocerse que existen casos en que la vida en común de la pareja que no obstante se encuentre unida mediante un vínculo matrimonial estuvo lejos de constituir una verdadera convivencia que consiste en la “comunidad de vida, forjada en el amor responsable, la ayuda mutua, el afecto entrañable, el apoyo económico, la asistencia solidaria, el acompañamiento espiritual y el respeto que refleje el propósito de realizar un proyecto de vida de pareja responsable y estable” (*Ver sentencia SL CSJ radicado 11245 de 1999, reiterada en la sentencia SL1399 de 2018*), como sucede en el presente caso, que no obstante el actor cohabitó con la causante por espacio superior a 10 años, no puede tenerse la misma como una convivencia real en los términos antes indicados, ante el maltrato físico y psicológico a que estuvo sometida la occisa por parte del demandante, tal como se desprende del escrito presentado por Y.A.B.C ante Colpensiones el 22 de julio de 2014, en el que informa que *“es hija tanto del accionante como de la causante, que durante el tiempo de convivencia su padre agredía física y verbalmente a su señora madre y a su hermana mayor la castigaba golpeándola con una palo de la escoba, tan grave era la situación que los familiares y vecinos que estaban a sus alrededores tenían que intervenir para separarlos (folio 9 archivo GEN-COM-CO-2014_6484543-20140917003808 PDF del archivo del expediente administrativo del expediente digital de primera instancia).*

La anterior situación fue corroborada mediante escrito presentado por N.I.S.C, que como hermana de la causante señaló que *fue testigo de la mala vida fe que el señor J. le daba a su hermana, la maltrató física y psicológicamente, la golpeaba, barría el piso con ella, y fue testigo de que compraba lo de la comida de él, mientras que su hermana se la rebuscaba para las hijas y ella; que cuando el señor J. golpeaba a su hermana muchas veces se metía y él la golpeaba también* (folio 15 archivo GEN-COM-CO-2014_6484543-20140917003808 PDF del archivo del expediente administrativo del expediente digital de primera instancia). En igual sentido señaló M.Z.S.C, hermana de la occisa quien manifestó que *“su abuela le tocó en varias ocasiones sacar al demandante de la casa con una escoba para defender a su hermana ya que la costumbre que él tenía era de coger la correa como se castiga a un hijo. Tanto la mamá de Jairo como el papá y hermanos nunca estuvieron de acuerdo con el comportamiento de este señor, quien se ponía a tomar y se volvía loco, le pegaba a los ya mencionados; que cuando el padre de la declarante no estaba en la casa, el actor las trataba vulgarmente es tan así que era una persona morbosa porque tenía una manía de estarnos pellizcando los seños; que la causante siempre peleaba con él por esto, ella le decía que dejara de ser así pero él continuaba con su grosería, no tanto con ellas sino que hasta con la misma hija”* (folio 18 archivo GEN-COM-CO-2014_6484543-20140917003808 PDF del archivo del expediente administrativo del expediente digital de primera instancia).

Contrario a lo señalado por el recurrente lo anteriores escritos deben tenerse como documentos, tal como lo señala el artículo 243 del Código General del Proceso, al indicar que *“son documentos los escritos, impresos, planos, dibujos, cuadros, mensajes de datos, fotografías, cintas cinematográficas, discos, grabaciones magnetofónicas, videograbaciones, radiografías, talones, contraseñas, cupones, etiquetas, sellos y, en general, todo objeto mueble que tenga carácter representativo o declarativo, y las inscripciones en lápidas, monumentos, edificios o similares* (Lo subrayado es de la Sala), por lo que siendo documentos declarativos emanados de terceros, de conformidad con el artículo 262 ibidem los mismos serán apreciados por el Juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite su ratificación, situación que aquí no ocurrió, contexto que se acompasa con la política legislativa que en materia probatoria se adoptó en el código General del Proceso, norma aplicable a los procedimientos laborales por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de Seguridad Social, con el fin de disminuir el exceso de rigor formal que se venía aplicando cuando se trata de esta clase de pruebas. Así lo dispuso la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, al señalar que *“A juicio de la Sala, el razonamiento efectuado en la sentencia de 2 de marzo de 2007, radicación 27593, según el cual, las declaraciones extrajuicio recibidas para fines no judiciales, pueden tomarse “(...) como documentos declarativos provenientes de terceros, para cuya valoración, según el artículo 277 del C. P. C. (Mod. Art. 27, Ley 794/2003), no necesitan ratificación, salvo que la parte contraria lo solicite.”*

está acorde con la especial situación que se presenta en esta clase de procesos, porque equiparar el documento simplemente declarativo emanado de un tercero, que no es elaborado ni suscrito ante un Notario, con la declaración que ese mismo tercero realiza ante este funcionario público, que cuenta con el atributo de ser depositario de la fe pública, es perfectamente válido, en la medida en que, por lo menos, igual poder de convicción tienen estos dos medios de prueba, y no guardaría ninguna lógica, eximir de ratificación al primero, al paso que del segundo se exija el adelantamiento de tal formalidad dentro del proceso, siendo que, además, las declaraciones extrajuicio fueron rendidas bajo la gravedad del juramento”.

De lo que viene dicho, se concluye que no cometió el ad quem la distorsión jurídica que se le imputa, puesto que en los términos del artículo 27 de la Ley 794 de 2003, que modificó el artículo 277 del Código de Procedimiento Civil: “Los documentos privados de contenido declarativo, se apreciarán por el juez sin necesidad de ratificar su contenido, salvo que la parte contraria solicite ratificación”, que se acompasa con la política legislativa que en materia probatoria se viene adoptando, en perspectiva de menguar el exceso de rigor formal que antaño campeaba en los códigos de procedimiento” (Ver sentencia SL 4907 DE 2020).

Si bien el demandante no tuvo la oportunidad de intervenir en el trámite de la investigación administrativa en donde se aportaron los escritos que dan cuenta de las conductas realizadas por éste a la causante, no puede llegarse a la conclusión que se le violó el derecho de defensa y del debido proceso, puesto que éste tuvo la oportunidad en este proceso de controvertir dichos documentos, puesto que los mismos fueron aportados como anexo a la contestación de la demanda por Colpensiones. Por tanto, era con la reforma a la demanda, el momento oportuno para debatirlo e inclusive podía pedir la ratificación de dichos escritos o pedir pruebas que desvirtuara lo allí expuesto, sin embargo optó por declinar esa opción, limitando su defensa en alegar que tenía derecho a la sustitución pensional por haber convivido con la accisa por espacio superior a 5 años en cualquier tiempo, mas no se preocupó en demostrar que dicha convivencia fue pacífica encaminada a una comunidad de vida forjada en el amor responsable, el efecto entrañable, la asistencia solidaria, el acompañamiento espiritual y el respeto mutuo, que son los elementos que debía demostrar para demostrar una verdadera convivencia para poder aspirar a la sustitución pensional que dejó causada la persona que forjó dicha prestación, los cuales no se cumplieron en el caso del actor, como quedó demostrado con las narraciones que realizaron Y.A.B.C, N.I.S.C, M.Z.S.C, ante el mal trato físico y psicológico que estuvo sometida la causante frente al mismo durante los años que estuvieron conviviendo, versiones que merecen credibilidad por ser la primera hija de la pareja y las dos restantes hermanas de la causante, quienes además tienen una percepción directa de los hechos narrados, ya que fueron testigos presenciales de dichos maltratos que recibía la occisa por parte del accionante, por cuanto convivieron con éstos, ya que el propósito de la pensión de

sobrevivientes tal como lo ha indicado la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es el de brindar apoyo económico al grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido, en relación con las necesidades económicas que surjan como consecuencia de su deceso. Adicionalmente, se pretende que quien haya convivido de forma responsable y permanente con su pareja, brindándole apoyo afectivo al momento de la muerte, no tenga que soportar aisladamente las cargas, tanto materiales como espirituales que supone el fallecimiento (*sentencia SL 1727 de 20122*), situación que aquí no se cumple pues no se puede tener como demostrado que el demandante haya convivido con la causante de forma responsable y permanente, brindándole apoyo efectivo, cuando fue objeto de maltrato físico y psicológico por parte de éste, para que pueda tener derecho este último a la pensión que solicita, pues bajo dicha circunstancia no puede predecirse que éste por haber contraído matrimonio con la occisa aportó a la construcción del beneficio pensional de la causante.

Lo anterior conlleva abordar igualmente el estudio del presente asunto bajo el enfoque de género, debiendo recordar que la perspectiva de género tal como lo adujo la Juez de instancia en la función judicial se erige como una herramienta argumentativa, probatoria e interpretativa frente a aquellos asuntos que le corresponden resolver al operador judicial, por medio de la cual se establecen algunos patrones de análisis que permiten inclinar la balanza en favor de quien ha sufrido, en razón de su feminidad, conductas discriminatorias, maltrato, violencia, o simplemente situaciones de desigualdad, la cual reviste de gran importancia teniendo en cuenta que la violencia de género, sin lugar a dudas es una de las peores manifestaciones de desigualdad y discriminación de la mujer y más tratándose de relación de pareja.

Respecto de la incidencia de la violación de género tratándose de pensiones de sobrevivientes, la jurisprudencia de nuestro órgano de cierre en lo ordinario ha señalado que *“Sin duda, el caso bajo estudio plantea una importante tensión para el derecho, esto es, la incidencia de la violencia de género en la determinación del régimen jurídico de la pensión de sobrevivientes. Esta temática ha sido abordada por la Corte Constitucional y también por esta Sala, en dos supuestos. El primero de ellos, cuando el beneficiario de la prestación resulta ser el agresor, y conforme a derecho, desde una perspectiva preventiva y sancionadora se restringe su acceso a la pensión, pues no se podrían derivar beneficios económicos para éstos. El caso es ilustrativo porque da cuenta de la excepción realizada por la jurisprudencia constitucional al aplicar la norma, cuando aun cumpliéndose los requisitos para acceder a la pensión de sobrevivientes, se pierde el derecho por ejercer violencia contra la pareja, en virtud de la tutela a bienes jurídicos elementales como son la vida o la integridad física”*.

En el segundo supuesto, de contornos similares al estudiado, la potencial beneficiaria de la pensión de sobrevivientes fue víctima del maltrato doméstico, y como consecuencia de ello, se produjo la separación entre los cónyuges. Sin embargo, aunque

no existía convivencia al momento del deceso del causante, esta Sala en la sentencia CSJ SL2010-2019 concedió la prestación (ver sentencia SL 1727 de 2020).

Sirven los anteriores argumentos para este caso desde una perspectiva preventiva y sancionadora, restringir el acceso a la pensión de sobrevivientes al demandante, pues no se le puede derivar beneficios económicos a éste para sustituirle una pensión de la persona que resultó ser la víctima de los maltratos físicos y psicológicos que recibió durante el tiempo que cohabitó con el actor, que fue la causa por la cual la causante interrumpió la convivencia con éste debido a los actos de violencia a los que la sometía, por lo que el requisito de convivencia no se puede considerar cumplido, cuando la occisa fue sometida a maltrato físico y psicológico, por lo que se debe castigar y remediar estos actos de maltrato contra la mujer, restringiendo como se indicó anteriormente al acceso de la pensión que dejó causada G.I.C.C (q.e.p.d.), pues aceptar lo contrario es patrocinar tratos crueles e inhumanos o desagradables contra la mujer y condenar a otras a soportarlo, lo que iría en contra al derecho a la igualdad y no discriminación y al artículo 12 de nuestra Constitución Política, de conformidad con el cual nadie puede ser sometido a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes e igualmente, implicaría reproducir patrones y contextos de violencia contra la mujer y con esto se estaría honrando la memoria de una persona que soportó la violencia de género, recibiendo maltratos físicos y psicológicos por parte de su cónyuge (*sentencia SL CSJ SL 2010 de 2019*).

Lo dicho hasta aquí conlleva a que el demandante no le asiste derecho a la sustitución pensional que dejó causada G.I.C.C (q.e.p.d.), tal como lo adujo el Juez de instancia.

Lo anterior conlleva a que no existen motivos para entrar a resolver el recurso de apelación formulado por el demandante respecto del derecho que le asiste a Y.N.R.C para suceder la pensión de sobrevivientes en calidad de hija inválida de la causante, pues el mismo fue reconocido por Colpensiones administrativamente. Por tanto, solo en el caso de que el demandante hubiera demostrado tener derecho a tal prestación, se tendría competencia para entrar a decidir el derecho que le asiste a ésta, situación que aquí no ocurrió. Además, las pretensiones de la demanda solo se encuentran dirigidas a reconocer al demandante tal prestación, más no para discutirle el derecho esta demandada.

Habrà de confirmarse la decisión de instancia.

CONDENA EN COSTAS

Ante el resultado del recurso de apelación, se deberá condenar en costas en esta instancia Al demandante V.J.B.B y a favor de COLPENSIONES. Se fijarán como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN CIENTO SESENTA MIL PESOS M/CTE. (\$1.160.000.00). Sin COSTAS frente a la demandada Y.N.R.C, por cuanto la misma se encuentra representada por curador ad-litem.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala Quinta de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR sentencia de 7 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Ibagué – Tolima, en el proceso ordinario laboral promovido por V.J.B.B contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y Y.N.R.C, por lo expuesto en la parte considerativa de este proveído.

TERCERO: CONDENAR en Costas en esta instancia al demandante V.J.B.B y a favor de COLPENSIONES. FIJAR como agencias en derecho la suma de UN MILLÓN CIENTO SESENTA MIL PESOS M/CTE. (\$1.160.000.00). Sin costas frente a la demandada Y. N.R.B, por cuanto la misma se encuentra representada por curador ad-litem.

CUARTO: DEVOLVER oportunamente el expediente al Juzgado de origen.

Firmado Por:

Carlos Orlando Velásquez Murcia
Magistrado

Rafael Moreno Vargas
Magistrado

Amparo Emilia Peña Mejía
Magistrado



SALA PENAL



VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN Y PRINCIPIO DE CONGRUENCIA EN EL FEMINICIDIO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN PENAL



MAGISTRADO PONENTE: IVANOV ARTEAGA GUZMÁN

Ibagué, Tolima, dos (02) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024)
Acta No. 1138

ASUNTO

Se procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por el defensor de A.U. contra la sentencia proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Purificación, Tolima, adiada 2 de junio de 2022, mediante la cual condenó a este último como autor responsable de los delitos de *FEMINICIDIO AGRAVADO*, en grado de tentativa, y *ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO*, en concurso homogéneo.

1. SINOPSIS FÁCTICA

Los hechos jurídicamente relevantes se escinden en dos situaciones distintas. La primera, ocurrida el 1 de enero de 2021, a eso de 8.00 p.m., en la vereda La Lindosa de Alpujarra, Tolima, cuando B.U. y su compañero sentimental A.U., salieron a consumir bebidas embriagantes y de regreso a su casa este empezó a celarla con el papá de los hijos de aquella, luego no solo la maltrató verbalmente, sino, además, la arrojó al piso y trató de asfixiarla al taponarle la nariz y la boca; sin embargo, aunque la agredida se defendió y logró zafarse para correr, su intento de huida fue en vano

por cuanto fue alcanzada por su victimario quien continuó ejecutando similares actos de maltrato. Acto seguido, como ella gritó, la llevó a su habitación donde, tras doblegarla en virtud de su superioridad física, la accedió carnalmente vía vaginal contra su voluntad y luego la obligó a permanecer allí con él durante tres días, vencidos los cuales, de manera subrepticia, logró huir y denunciar lo sucedido.

Y la segunda, el 23 de agosto siguiente, aproximadamente a las 3:00 p.m., en la finca La Fortuna ubicada en la vereda La Mielecita de la misma localidad, cuando A.U. ingresó de manera intempestiva y abusiva a dicho predio donde se encontraba B.U. envuelta en una toalla dispuesta a bañarse, la sujetó de un brazo y del cabello, después la arrojó a la cama, le abrió violentamente las piernas, la despojó de su ropa interior y finalmente le introdujo el miembro viril en su vagina.

2. ANTECEDENTES PROCESALES

El 6 de diciembre de 2021, la fiscalía presentó libelo enjuiciatorio en contra de A.U. como autor responsable de las conductas punibles de FEMINICIDIO AGRAVADO, en grado de tentativa, y ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, este último en concurso homogéneo (artículos 27, 104A, 104B-g, 205 y 211-1 de la Ley 599 de 2000)-, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado Penal del Circuito de Purificación, Tolima, quien el 17 de enero de 2022 celebró la respectiva audiencia de formulación de acusación en la cual le fue comunicada esta última al inculcado en cita y el órgano titular de la acción penal descubrió los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida con la que contaba hasta ese momento. De igual manera las partes no cuestionaron la competencia del juzgador ni lo recusaron, y tampoco presentaron solicitudes de nulidad.

El 3 de febrero de 2022 se llevó a cabo la audiencia preparatoria y el 7 de mayo ulterior inició el juicio oral, en cuyo desarrollo se practicaron las pruebas decretadas en la audiencia últimamente enunciada, por lo que el 10 de ese mismo mes, luego de que las partes e intervinientes presentaron los respectivos alegatos de cierre, emitió el carácter condenatorio del sentido del fallo por la totalidad de los delitos señalados en la acusación.

Finalmente, el 9 de junio de la misma anualidad se dio lectura a este último, mediante el cual se le impusieron al inculcado la pena principal de veinticinco (25) años de prisión y la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de 20 años; asimismo, se le negaron los beneficios de la suspensión condicional de la pena y la prisión domiciliaria.¹

3. DEL FALLO IMPUGNADO

Consideró el a quo que con base en las pruebas practicadas en el juicio oral, especialmente los testimonios de la víctima B.U., de sus hermanos JESÚS MANUEL y

¹ Enlace 27, archivo denominado “Sentencia Condenatoria”, expediente digital

SHARITH AVENDAÑO URREA, del subintendente JUAN CARLOS RICO CORTÉS, de las galenas YULY DANIELA GONZÁLEZ CRUZ y NATALIA RAMÍREZ PEDRAZA y de la sicóloga LIGIA CARDOZO DÍAZ, se logró alcanzar el grado de conocimiento exigido por el legislador en torno a la autoría y responsabilidad respecto de los delitos contra la vida y la integridad, libertad y formación sexuales imputados a A.U. en la acusación.

Ello por cuanto, según su parecer, B.U. fue clara en referir las circunstancias de tiempo, modo y lugar en las que se desarrollaron las referidas conductas punibles, lo cual fue corroborado por sus hijos JESÚS MANUEL y SHARITH, quienes si bien no fueron aprehensores directos de lo ocurrido, sí observaron en esas dos oportunidades los “moretones” y demás lesiones que presentaba aquella cuando llegaron a la residencia donde cohabitaban los tres, quien les informó acerca de los enunciados hechos violentos y que su autor había sido el inculpado.

Igualmente, aunque la facultativa oficial GONZÁLEZ CRUZ no observó en la valoración realizada a la agraviada vestigios corporales relacionados con las referidas agresiones físicas y sexuales, sí advirtió el daño psicológico que le ocasionaron las mismas.

Adicionalmente, la médica RAMÍREZ PEDRAZA y la psicóloga CARDOZO DÍAZ concluyeron que los episodios violentos padecidos por la víctima existieron y, además, era posible que los mismos se repitieran por cuanto el victimario es vecino de la segunda al residir en las veredas La Lindosa y La Mielecita, respectivamente, del municipio de Alpujarra, Tolima, por lo que se debía evitar todo factor de riesgo tanto para ella como para su núcleo familiar, incluso se consideró que todos ellos debían iniciar terapia psicológica a través de la EPS, aunque la primera, además, necesitaba valoración psiquiátrica con el fin de determinar su estado actual de salud mental en virtud de los acotados actos lesivos.

Asimismo, desestimó la vocación suasoria de las testificaciones de descargo rendidas por ISRAEL URREA CARDOZO, JESÚS ENRIQUE CRUZ y GERMÁN DÍAZ URREA, pues, acorde con su criterio, no hacen aporte alguno de cara a esclarecer lo sucedido, sino, en últimas, simplemente tratan de desvirtuar desde una perspectiva subjetiva lo objetivamente probado, es decir, la existencia de vestigios de la aludida violencia física y psicológica imputable al inculpado.

4. DEL RECURSO

Inconforme con esta decisión, el defensor de A.U. interpuso el recurso de apelación en procura de lograr su revocatoria con fundamento en los siguientes razonamientos²:

2 Enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

- El juez cognoscente incurrió en una indebida valoración de las pruebas incorporadas al proceso, ya que no tuvo en cuenta los hechos acreditados en este y dio por demostrados otros carentes de tal soporte, anteponiendo así, en últimas, su propio arbitrio.
- Esto, porque el subintendente JUAN CARLOS RICO CORTÉS, a quien la víctima le rindió entrevista, proyectó esta en la sala de audiencias durante su versión, cuando la misma debió solo ser utilizada para refrescar memoria, y en ella manifestó que los hechos ocurrieron el 1 de enero de 2021, aproximadamente a las 8:00 p.m.; el inculcado buscaba a la denunciante de manera cariñosa con posterioridad a lo ocurrido y no tuvo conocimiento de algún otro hecho violento; y el testimonio en juicio se rindió el 4 de agosto de 2021, es decir, 8 meses después.
- B.U., por una parte, sobre los hechos ocurridos el 1 de enero de 2021, indicó que *“tenía la boca reventada y unos moretones en el pecho, que quedaron de los supuestos actos de violencia”*³, *incluso pensó que el acusado la iba a matar “y que llegando a la casa donde vivían, indica que dejó (sic) que tuvieran relaciones sexuales y se acostumbró a esto el señor A.U.”*⁴, quien *“satisfizo sus deseos sexuales, sin embargo, ella en su testimonio no indica violencia sexual como tal, sino que el señor se antojó y dejó que pasara”*⁵; además, relató otros acontecimientos de tres años atrás, no endilgados al implicado en la acusación -sin precisarlos-.
- Y por la otra, respecto de lo sucedido el 23 de agosto posterior, *“dice que hablo con el señor A.U., y que estaba sola en la casa, que mando a sus hijos donde una prima y que se presentó en la casa el señor A., que ella lo tenía bloqueado del celular un mes atrás”*⁶ (sic). Eso sí, reconoció expresamente en el directo que en esos dos acontecimientos no hubo testigos presenciales, mientras que en el contrainterrogatorio aseveró *“que la relación era ya de tiempo atrás, habían convivido en ocasión anterior, incluso siendo imprecisa en un tema tan claro como es la convivencia con otra persona”*⁷ -sin indicar cuál-.
- La víctima sostuvo que solo nueve días después del último hecho formuló denuncia, lo cual justificó aduciendo como supuestos la falta de transporte y la existencia de *“un impedimento en salir de la casa por parte del señor A.”*⁸, lo cual no se demostró en el juicio, contrariando así la sana crítica y el normal proceder de las personas que son víctimas de actos violentos quienes de inmediato ponen en conocimiento de las autoridades la situación.

3 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

4 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

5 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

6 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

7 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

8 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

- Los hermanos JESÚS MANUEL y SHARITH AVENDAÑO URREA, hijos de la ofendida, aunque la decisión opugnada señala que ambos conocieron del episodio lascivo violento imputado ocurrido el 1 de enero de 2021, tal aseveración no consulta la realidad procesal por cuanto aquellos en momento alguno así lo manifestaron, por el contrario, ambos coincidieron en que los dos estaban en el pueblo cuando ello sucedió.
- Lo propio se debe decir respecto de los acontecimientos del 23 de agosto ulterior, pues sus aserciones son totalmente idénticas, lo cual denota una posible preparación de los deponentes y de manera alguna confirman los presuntos actos de violencia sexual entonces acaecidos, pues lo único informado por ellos es que vieron al inculpado dirigirse hacia su casa, no como se indica en la sentencia en el sentido que confirmaron lo referido por su progenitora.
- La galena YULY DANIELA GONZÁLEZ CRUZ, quien valoró a la víctima, mencionó en su informe no haberle observado lesiones recientes o secuelas concordantes con los hechos, sin embargo, la vio afectada psicológicamente porque estaba ansiosa durante la entrevista, además, manifestaba temor de volver a ser agredida debido a las constantes amenazas. Luego, en conclusión, no tenía lesiones.
- La aludida médica general, al estar para esa data realizando su año de servicio rural, no era una profesional experta en este tipo de delitos como para considerarla perito en las áreas forense y de la sicología, sin embargo, fue clara en concluir que no había lesiones y mucho menos secuelas que concordaran con los hechos, aunque aclaró que realizó informes y no estudios forenses o peritajes.
- De igual manera dijo haber apreciado en la paciente una ansiedad que ella asocia a un supuesto miedo, pero en otro testimonio se evidencia que era el estado de salud mental de la primera lo que la hacía comportar así; no obstante, inusitadamente le concedió incapacidad médica por un golpe en el hombro después de más de ocho días de los supuestos hechos pese a no tener secuela o lesión alguna asociada⁹ a los mismos.
- La facultativa NATALIA RAMÍREZ PEDRAZA, quien realizó valoración a la víctima, aseveró que esta, según los hallazgos advertidos, posiblemente fue pasible de violencia sexual porque la simple ausencia de evidencia o traumas a nivel genital no descarta ni contradice la penetración del miembro viril, pues dada su vida sexual activa el acceso carnal no deja vestigios físicos. Luego, desde la perspectiva de la sana crítica y la experiencia, se puede dudar de este concepto, por cuanto, si así fuera, no existirían los exámenes médicos forenses que son los medios cognoscitivos idóneos para darle credibilidad a lo afirmado por la víctima en los casos asociados a ese tipo de agresiones.

9 Fl. 6, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

- La sicóloga LIGIA CARDOZO DÍAZ, a quien a través de pantalla compartida y lectura de un documento de valoración psicológica, el cual debió ser usado para refrescar memoria, refirió que la examinada en ese momento se sentía desesperanzada y aspiraba a que su relación actual fuera diferente a las anteriores, pues aunque en estas tuvo dificultades, las mismas se reflejaron en la relación subsiguiente con el inculpado por su baja autoestima, debido a lo cual la primera la remitió a examen por psiquiatría, empero, ello no sucedió.
- De este contexto probatorio se puede colegir, contrario a lo concluido por el *a quo* sobre la existencia en autos de elementos cognitivos que edificaran el juicio de responsabilidad del implicado, que:
 - (i) brilla por su ausencia la existencia de pruebas sólidas que confirmen más allá de la duda razonable la cuestionada agresión sexual, lo cual se debió a la carencia de rigor tanto en la investigación como en el juicio que en esta clase de procesos requieren soportes científicos, como el correspondiente dictamen de medicina legal, de cara a la protección de la víctima.
 - (ii) No es cierto que abundan las pruebas acerca del ultraje supuestamente padecido por B.U., pues ello adolece de una diferenciación adecuada entre hechos indicadores y hechos jurídicamente relevantes -sin precisar por qué-.
 - (iii) Si el testimonio de los menores se hubiera sometido a una valoración correcta, daría como resultado que son totalmente iguales y, por consiguiente, ello da lugar a su poca credibilidad.
 - (iv) Las valoraciones médicas realizadas a la ofendida no permiten arribar a la certeza en torno a la ocurrencia de los hechos investigados, máxime si se tiene en cuenta su contradicción al decir que no consintió las supuestas relaciones sexuales, empero, a la vez, aceptó su desarrollo por estar supuestamente temerosa.
 - (v) La agraviada aseveró, en relación con la violencia física ocurrida el 1 de enero de 2021, que creyó haber mordido en la mano al implicado cuando este le tapaba nariz y la boca, no obstante, la imposibilidad de ello dada la forma en que bajo tales circunstancias quedaría puesta la mano del agresor sobre tales partes de la cara y, por ende, igualmente imposibilitaría la acotada reacción defensiva. Luego, dicho aparte del testimonio, así como aquella consistente en traer a colación supuestos hechos que nunca fueron denunciados, estaban direccionadas a tornar más gravosa la situación del inculpado, incluso sus hijos menores, sin ser interrogados sobre el particular, hablaron de los mismos hechos.
- De otro lado, las testificaciones de descargo rendidas por ISRAEL URREA CARDOZO, JESÚS ENRIQUE CRUZ y GERMÁN DÍAZ URREA, ofrecen datos relevantes que no fueron debidamente examinados por el *a quo* de cara a mantener indemne la presunción de inocencia predicable del procesado.
- El primero, fue enfático en aseverar que el 23 de agosto observó a su hermana poco tiempo después de la presunta agresión recién bañada y la notó

normal, es decir, sin ningún tipo de lesiones, lo cual contradice lo afirmado en la sentencia en el sentido que los hijos de la víctima la vieron golpeada, sin embargo, para el juez cognoscente le resultó fácil manifestar que los testigos de la defensa son subjetivos, esto es, alejados de lo objetivo, mientras que los de cargo son totalmente creíbles.

- El que los citados descendientes de la agraviada situaran al implicado en la referida data cerca a la casa de aquella, nada tiene que ver con la comprobación de la violencia sexual en cuestión, pues, según su parecer, eventualmente en su intimidad dos personas con años de relación afectiva hubieran podido tener relaciones de esa naturaleza.
- No se discrepa en punto a que en la aludida fecha se hubieran encontrado víctima y victimario, sin embargo, la fiscalía no acreditó con base en medios técnicos o científicos que en efecto hubiera mediado entre ellos violencia sexual, como igual sucedió el 1 de enero de 2021, cuando se suscitaron supuestas conductas propias feminicidio, en grado de tentativa, y acceso carnal violento.
- El segundo, aunque coinciden sus afirmaciones con las plasmadas en el fallo impugnado acerca de la imposibilidad de que se pudiera dar cuenta de las lesiones y de la violencia sexual, lo cual hasta cierto punto es razonable, resulta inexplicable que si la agredida presentó “moretones” 10, los mismos no fueran avizorados por la médica que la examinó después de ocurridos los acontecimientos, como tampoco apreció vestigios físicos que confirmaran la penetración forzada del pene en la vagina de aquella.
- Y el último, sobrino del acusado, fue testigo de haber sido la afectada quien llamó a este. Luego es válido preguntar: *“¿Es entonces responsable el señor A.U. por haber ido a la casa de la señora B.U. ¿Se puede condenar sin una prueba de acceso carnal violento? ¿Se puede decir que un moretón en pecho después de 9 días fue producto de una tentativa de homicidio o unos moretones, sin decir cuántos ni cómo, son señal de acceso carnal violento? ¿Se puede decir que ese golpe lo ocasionó mi cliente? ¿Se puede señor Juez A quo señalar responsable a una persona y condenarla a 25 años de prisión sin un elemento técnico que confirmara lo dicho?”*¹¹.
- Bajo estos argumentos, deprecia la revocatoria de la decisión confutada y, en su lugar, se emita una de carácter absolutoria a favor de su defendido.

5. CONSIDERACIONES DE LA SALA

5.1. COMPETENCIA

Sea lo primero advertir que de conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004, esta corporación tiene competencia por los factores objetivo,

10 Fl. 10, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

11 Fl. 10, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

funcional y territorial para conocer del presente recurso de apelación presentado por el defensor de A.U., en la medida que la decisión impugnada fue proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Purificación, Tolima.

5.2. LEGALIDAD DE LA ACTUACIÓN

Después de revisar el proceso en su integridad se pudo establecer que el mismo se ciñó a los parámetros tanto constitucionales como legales que lo rigen, por cuanto se respetaron las formas propias del juicio y los derechos fundamentales de las partes e intervinientes, lo cual permitió el proferimiento válido y legítimo del fallo de primer grado, y habilita adoptar en este momento el de segunda instancia.

5.3. TEMA MATERIA DE DISCUSIÓN Y DECISIÓN

Se contrae a establecer si se encuentran demostradas más allá de toda duda razonable la participación y consiguiente responsabilidad de A.U. en la comisión de las conductas punibles de *FEMINICIDIO AGRAVADO*, en grado de tentativa, y *ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO*, en concurso homogéneo, por las cuales fuera acusado a título de autor, como lo concluyera el a quo; o si, por el contrario, la prueba recaudada resulta insuficiente para arribar a tal conclusión y, en consecuencia, se le debe absolver de dichos cargos, como lo sostiene su defensor.

5.4. DESARROLLO Y SOLUCIÓN DEL ASUNTO

Para resolver el problema jurídico planteado es necesario indicar que los delitos por los cuales fue convocado a juicio **A.U.**, encuentran adecuación típica en los artículos 104A, 104B-g, 205 y 211-1 de la Ley 599 de 2000, cuya estructura dogmática la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, precisó:

Con relación con el FEMINICIDIO:

*“De conformidad con lo previsto en el artículo 104A del Código Penal, adicionado por el artículo 2º de la Ley 1761 de 2015, comete el delito de feminicidio quien cause la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer, por motivos de identidad de género o en donde haya ocurrido o antecedido **cualquiera** de las subsiguientes seis circunstancias enunciadas en los literales a) a la f) de la norma, entendidos como **“elementos contextuales que contribuyen a revelar o mostrar el elemento subjetivo del tipo penal”**¹², estos son:*

a) Tener o haber tenido una relación familiar, íntima o, de convivencia con la víctima, de amistad, de compañerismo o de trabajo y ser perpetrador de un ciclo de violencia física, sexual, psicológica o patrimonial que antecedió el crimen contra ella.

12 CSJ SP1167, 6 abr. 2022, rad. 57957.

b) Ejercer sobre el cuerpo y la vida de la mujer actos de instrumentalización de género o sexual o acciones de opresión y dominio sobre sus decisiones vitales y su sexualidad.

c) Cometer el delito en aprovechamiento de las relaciones de poder ejercidas sobre la mujer, expresado en la jerarquización personal, económica, sexual, militar, política o sociocultural.

d) Cometer el delito para generar terror o humillación a quien se considere enemigo.

e) Que existan antecedentes o indicios de cualquier tipo de violencia o amenaza en el ámbito doméstico, familiar, laboral o escolar por parte del sujeto activo en contra de la víctima o de violencia de género cometida por el autor contra la víctima, independientemente de que el hecho haya sido denunciado o no.

f) Que la víctima haya sido incomunicada o privada de su libertad de locomoción, cualquiera que sea el tiempo previo a la muerte de aquella.

Al analizar la constitucionalidad de la norma, en sentencia C-539 de 2016 la Corte Constitucional precisó que la expresión “por su condición de ser mujer” corresponde a un elemento subjetivo del tipo penal requerido para la realización del injusto, entendido como la motivación que debe acompañar al sujeto activo al momento de privar de la vida a la mujer y que, precisamente, lo diferencia del homicidio simple del que esta también podría ser víctima.

En cuanto a su contenido, conlleva la lesión al bien jurídico de la vida, la afrenta a la dignidad, libertad e igualdad de la mujer, siendo la muerte un acto de control y sometimiento de contenido esencialmente discriminatorio.

La violencia de género, aclara la Corte Constitucional, no se identifica con conductas aisladas de maltrato, sino estructuradas en torno a **someter y denigrar a la mujer por razones de género**. Este puede ser de tipo físico, sexual, psicológico y económico.”¹³. (Énfasis suplido).

Y respecto del ACCESO CARNAL VIOLENTO:

“El tipo penal de Acceso carnal violento consagrado en el artículo 205 del Código Penal, no exige para su configuración la realización por parte del sujeto pasivo de actos de resistencia o de defensa alguna.

En ese sentido, la Sala ha señalado reiteradamente que, en aquellos delitos en los cuales confluye el elemento de la **violencia**, la figura del consentimiento como excluyente del tipo, debe valorarse desde la perspectiva del comportamiento del sujeto activo, y no de la víctima, pues se corre el riesgo de incurrir en desigualdad material:

[E]l actuar sobre la base de la aquiescencia manifestada por la víctima excluye la realización típica de la conducta punible, en la medida en que se trate del titular de un

13 Sentencia SP223-2023,57,963 del 7 de junio de 2023.

bien jurídico no indisponible y tenga la capacidad de comprender la acción realizada, así como de adecuarse a su comportamiento.

[...] Sin embargo, cuando en el acto de voluntad ha mediado la violencia, no solo refulge la imposibilidad de excluir el tipo por consentimiento (en la medida en que ya no sería un acto de libertad o disposición del titular del bien jurídico), sino que además la atención deja de circunscribirse a la conducta o a las condiciones especiales de la víctima, dado que el comportamiento dirigido a someterla proviene del sujeto agente y, por consiguiente, es el de este último el que termina siendo jurídicamente relevante, incluso en aquellos eventos en que también lo sea el estado de vulnerabilidad del sujeto pasivo.”¹⁴

Así, tomando como referente los acotados criterios de orden jurisprudencial y partiendo de la premisa según la cual en nuestro sistema procesal penal rige el principio de libertad probatoria¹⁵, impera recordar que teniendo cuenta el fin de los medios de cognición y la realidad objetiva que se pretende reconstruir históricamente a través los mismos, en manera alguna se deben valorar insularmente sino de manera conjunta a la luz de las reglas que gobiernan la sana crítica, por supuesto, a partir del contexto factual específico en el que se desarrollaron las conductas delictivas imputadas en la acusación.

En el caso concreto del testimonio, deviene imperioso considerar, además, los criterios indicados en el artículo 404 ídem¹⁶, que por su naturaleza merecen especial atención cuando se trata de la propia víctima, pues, al fin y al cabo, la información obtenida a través de este medio proviene del afectado con el reato quien como tal tiene especial interés en las results del proceso y, por lo tanto, su aptitud demostrativa se debe someter a un especial escrutinio. Esto, sobre todo, cuando el concurrente proceder ilícito objeto de cuestionamiento se ejecutó esencialmente en un escenario privado sin la presencia de terceros o existencia de registros audiovisuales que permitieran su ulterior fidedigna percepción detallada.

Luego, a partir de estas premisas e importantes criterios hermenéuticos, y, por supuesto, estudiada en su integridad la actuación dentro de dichos parámetros, desde ya se debe anticipar que le asiste parcialmente razón al letrado recurrente, pues, como se establecerá enseguida, resulta imperioso, por un lado, modificar el sentido de uno de sus extremos sustanciales objeto de debate y definición, y por el otro, confirmar el restante en su integridad.

14 CSJ SP, 23 Sep. 2009, rad. 23508.

15 Ley 906 de 2004: “Artículo 373. Libertad. Los hechos y circunstancias de interés para la solución correcta del caso, se podrán probar por cualquiera de los medios establecidos en este código o por cualquier otro medio técnico o científico, que no viole los derechos humanos.”

16 Ibídem: “Artículo 404. Apreciación del testimonio. Para apreciar el testimonio, el juez tendrá en cuenta los principios técnico-científicos sobre la percepción y la memoria y, especialmente, lo relativo a la naturaleza del objeto percibido, al estado de sanidad del sentido o sentidos por los cuales se tuvo la percepción, las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que se percibió, los procesos de rememoración, el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad.”

Ello, en tanto, por una parte, las pruebas obrantes en autos no develan con claridad meridiana que A.U., puntualmente respecto de los hechos ocurridos el 1 de enero de 2021 descritos en la acusación y partir de los cuales se estructuró el conato de FEMINICIDIO AGRAVADO, en efecto realizó actos idóneos e inequívocamente dirigidos a segar la vida de B.U.; y por la otra, en relación con los hechos libidinosos acaecidos tanto en la misma referida data como el 23 de agosto siguiente e igualmente descritos en los acotados cargos, tal acervo probatorio permite inferir más allá de toda duda razonable que el inculpado actualizó plenamente en ambas oportunidades la conducta punible de ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO de la cual fuera víctima la antes citada.

Respecto del primero de los reatos, se debe recordar que el dispositivo amplificador del tipo consagrado en el artículo 27 del Código Penal, ha sido interpretado por la jurisprudencia nacional en los siguientes términos:

*“De acuerdo con ese precepto, el delito tentado se configura cuando el agente (i) inicia la ejecución de una conducta punible (ii) **mediante actos idóneos e inequívocamente dirigidos a su consumación**, (iii) pero por circunstancias ajenas a su voluntad no logra su realización.*
(...)

«... es a partir de la ponderación del plan del autor y de los actos socialmente adecuados para poner en peligro el bien jurídico, que se impone analizar en cada caso concreto si se está en presencia de actos preparatorios o ejecutivos y, con ello, constatar si se presenta o no la figura de la tentativa como dispositivo amplificador del tipo»¹⁷.
(...)

Esta comprobación es de naturaleza objetiva (entendida la expresión no en términos literales, sino como intersubjetividad que trasciende al agente) y se sustenta en la apreciación que, con apoyo en las máximas de la experiencia (y las reglas de la ciencia, en cuanto resulten relevantes), se haga del peligro que para el bien jurídico conlleva el comportamiento. Así, a efectos de discernir si los actos son o no idóneos para lograr la consumación del delito, resulta necesario examinar los presupuestos fácticos de su ejecución con atención a las circunstancias modales que los rodean y establecer si, en un curso causal ordinario, tenían la aptitud de provocar el resultado típico que define la infracción consumada¹⁸.
(...)

*La exigencia de que los actos realizados por el agente estén inequívocamente dirigidos a lograr la consumación del delito, en cambio, alude a su órbita subjetiva, tanto volitiva como cognoscitiva. Se trata, entonces, de la **constatación-directa o inferencial – de que***

17 CSJ SP, 8 ago. 2007, rad. 25974, reiterada recientemente en CSJ SP, 11 mar. 2020, rad. 56434. Así mismo, CSJ SP, 21 nov. 2018, 50543.

18 En este sentido, RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo. Delito imposible y tentativa de delito en el Código Penal Español. En Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales, 1971, ps. 369 a 390.

lo pretendido por aquél al iniciar su ejecución era justamente lograr la producción del resultado típico.

(...)

Por lo anterior, este juicio normalmente reposa en procesos inferenciales, para los cuales resulta útil la valoración conjunta de las características objetivas de los actos ejecutados por el sujeto activo, las circunstancias modales que los rodean y, en cuanto se conozca, el plan del autor.

(...)

Finalmente, la tentativa reclama que el resultado típico pretendido por el sujeto activo no se configure «por circunstancias ajenas a su voluntad», por ejemplo, por la intervención obstructiva de un tercero o circunstancias fortuitas. Si lo que impide la efectiva consumación del delito es la voluntad del agente, el curso causal carecerá de relevancia penal a menos que, en su desarrollo, haya incurrido en comportamientos revestidos de tipicidad autónoma.”¹⁹. (Resaltas no originales).

Como insumo informativo esencial para esclarecer lo sucedido en este asunto obra como única prueba directa de sus pormenores el propio testimonio de B.U., quien en el juicio oral sobre el particular manifestó:

“salimos a donde unos vecinos, él estaba jugando minitejo, estaba tomando cerveza, eso llegamos como a las dos de la tarde, más o menos, a la casa de los vecinos, y regresamos a casa ya por la noche, como a eso, más o menos eran las ocho, o sea, salimos para la casa, pero, pues en el camino él empezó a tratarme mal, ya estaba tomado, ya estaba con sus tragos en la cabeza, con sus cervezas y empezó a tratarme mal; me cela mucho con el padre de mis hijos. Entonces yo me intenté devolver, yo dije ¡ay no!, yo no quiero problemas ahorita, yo no quiero conflictos. Yo traté de devolverme donde estaba, donde los vecinos y él no me dejó. Él muchas veces, él corre mucho más que yo, además que yo soy discapacitada de los pies, no puedo correr, me alcanzó, entonces empezó a ahorcarme, empezó a titearme, me colocó la rodilla en el pecho, me dijo palabras horribles, me arrastró por todo el pasto, yo tengo un problema cardio-respiratorio, en ese momento en que me oprime el pecho pues pierdo muchísimo la respiración y a mí me da mareo, o sea, porque no oxigena el cerebro, y ya que no podía prácticamente ni caminar, entonces yo gritaba, yo gritaba, pero estábamos lejos de la casa, nadie, yo creo que nadie escuchó, o si escucharon pues no acudieron a mí ayuda. El caso es que él me amenazó que si no estaba con él, pues los que iban a pagar las consecuencias eran mis hijos, pues en ese momento mis hijos estaban en Alpujarra con el papá, que él había ido a pasar diciembre con los niños, pero yo temía por los niños. Bueno, pero es que yo no puedo caminar, me dijo no importa, yo la llevo, yo la llevo, y él me llevó hasta la casa, pero llegamos a la casa y siguió insultándome, siguió tratándome mal, yo solo hacía pedirle a Dios, de verdad que yo solo hacía pedirle a Dios que no me fuera a matar, porque de verdad tenía miedo por mí vida, tenía mucho miedo, y tenía la boca reventada, yo gritaba, entonces él me tapaba durísimo la boca para que no gritara, tenía por dentro reventada la boca, tenía morado en el pecho donde

19 Radicado SP1369-2022,5278 DEL 27 de abril de 2002.

me puso la rodilla, las manos moreteadas, y así me tuvo prácticamente encerrada ahí porque en esa finca no hay ni señal telefónica y solo estábamos los dos, porque ni siquiera estaba con los niños. Entonces fue hay prácticamente como, él estaba muy pendiente de que yo no fuera a ir ni siquiera al baño sola, me acompañaba y todo para que no me fuera a volar y viniera a colocarle la demanda, porque como estaba, estaba vuelta nada, golpeada”²⁰.

Luego agregó:

“Después de todo lo que me insultó, después de todo lo que me trató mal, sabiendo que me dolía todo porque estaba súper adolorida, tenía reventada la boca, estaba vuelto nada, **él quería tener relaciones sexuales y es que yo no, ¡ah, con el mozo sí, ah, claro con el papá de sus hijos sí. Yo dije para mis adentros, no por Dios, no, bueno yo dije aquí qué voy a hacer, si me niego me va a matar o quién sabe qué va a hacer. Simplemente cerré mis ojos, cerré mis ojos y dejé que pasara lo que pasara.** Entonces él como que ya se acostumbró que el macho era él, el dominante era él, el que podía era él, y yo creo que se creía el dueño de mí por haber sido mi pareja, no me respetó”²¹.

Como se puede apreciar, si bien es evidente la connotación violenta del trato dado por el inculpaado a la víctima durante tal episodio, en parte alguna esta evocó de manera concreta haber sido amenazada de muerte directamente por A.U., esto es, brilla por su ausencia una manifestación específica de este en ese sentido en el marco de tal contexto factual puntual, contrario a lo aducido por la fiscalía en la acusación, pues la única advertencia expuesta de manera expresa con tal entidad la circunscribió a que “*si no estaba con él, pues los que iban a pagar las consecuencias eran mis hijos*”, sin precisarlas.

Es decir, de acuerdo con lo expresado en el referido marco de lo acontecido revelador de un total control de la situación por parte del enjuiciado, traslada la potencial concreción del protervo propósito intimidatorio en la integridad de sus descendientes, lo cual per se descarta haber sido ella la pasible directa del letal fin estructurante en ese momento del ingrediente subjetivo necesario para estructurar la tentativa de feminicidio enrostrado.

De igual manera se colige razonablemente que el más probable propósito de la agresión en cuestión era doblegar la voluntad de la agraviada para que accediera a su intención lasciva, pues, nótese, en ese sentido esta fue clara al aseverar que condicionó la no comisión del vociferado mal a que ella “*estuviera con él*”, pues a toda costa “*quería tener relaciones sexuales*” e incluso la confrontó airadamente reclamándole por qué “*con el mozo sí, ah, claro, con el con el papá de sus hijos sí*”, con quien la celaba “*mucho*”.

20 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:19:45, expediente digital

21 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:30:51, expediente digital

Ahora, si bien la deponente afirmó que su victimario *“empezó a ahorcarme”* y ella *“le pedía Dios que no me fuera a matar”*, *“tenía miedo por mi vida”*, *“yo dije para mis adentros, no por Dios, no, bueno yo dije ¿aquí qué voy a hacer?, si me niego me va a matar o ¿quién sabe qué va a hacer?”*, tal proceder agresivo del segundo y las consiguientes elucubraciones hipotéticas de la primera, carecen de vocación suasoria suficiente para inferir sin dubitación alguna la estructuración objetiva de un acto idóneo e inequívoco direccionado a determinar el resultado típico -muerte- materia de debate y, por ende, descartar la alternativa inicialmente planteada.

Súmese a ello que la correlación de fuerza físicas enfrentadas era ostensible dadas no solo la diferencia marcada por su propia naturaleza consustancial a la divergencia de género, sino, además, las supuestas precarias condiciones de salud en que se encontraba la agraviada en ese momento, según su versión, lo cual, aunado al hecho que se encontraban solos y así permanecieron durante un prolongado lapso, sin lugar a duda constituía un escenario propicio para que el inculpado, de haberlo querido así, le hubiera segado la vida a esta, bien por asfixia mecánica u otro tipo de mecanismo causal, sin mayor contratiempo, empero, no lo hizo.

Ahora, no se discute que en el interrogatorio la agraviada expuso que este tipo de situaciones violentas no eran casuales e insulares, sino, por el contrario, recurrentes, pues al ser indagada del por qué temía que su agresor la fuera a matar en ese momento²², recordó que en otro episodio de similar naturaleza cuando residían en la finca de ALFONSO BOCANEGRA²³, ubicada en la vereda La Aurora, el inculpinado, cuando *“yo estaba tirada en el piso y él me tenía prácticamente el machete en el cuello, yo le tenía las manos para que no me fuera a cortar el cuello”*²⁴, incluso como su hijo JESÚS intervino para ayudarla, trató de dispararle con una escopeta y luego agredirla con un cuchillo.

Sin embargo, lo cierto es que, como ya se acotara, ello tendría incidencia en la presunción propia de aquella y su correlativa predisposición anímica atizada por el sistemático trato degradante, que no, lo cual es sustancialmente distinto, en la actualización de un ostensible *anumis necandi* atribuible al inculpado en el referido acontecer concreto materia de análisis.

En idéntico sentido podría evaluarse su contestación frente a similar interrogante, en tanto, como era de esperar, a partir de su aludida experiencia similar y la interpretación que le dio a la actitud asumida por su victimario en ese puntual evento, contestó : *“porque me amenazaba y la mirada que él tenía era una mirada sádica, y como me estaba ahogando y quiso muchas veces como torcerme el cuello, o*

22 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:23:46, expediente digital

23 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:24:00, expediente digital

24 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:24:15, expediente digital

sea, a desnucarme, me estaba amenazando que me iba a matar, que me iba a matar porque yo era moza del papá de mis hijos, cosa que, ante Dios, eso es falso”²⁵.

Luego, según se advierte, a diferencia de lo enunciado con antelación, en esta oportunidad le agregó a sus iniciales manifestaciones, con fundamento en su propio criterio valorativo y tomando como referencia el contenido subjetivo de la pregunta, las razones que le permitían inferir ese temor que, se insiste, de haber realmente coincidido con el propósito del acusado, de modo expedito se hubiera materializado.

Por tanto, desde el punto de vista dogmático y dado que nuestro derecho penal es de acto, al descartarse la cabal configuración de acciones ejecutivas claras, precisas y unívocas propias del *iter criminis* consustancial al delito contra la vida enrostrado al enjuiciado, deviene ineluctable concluir la inviabilidad de actualizar el acotado cargo y, por consiguiente, en virtud del principio *in dubio pro reo*, se le debe absolver del mismo.

Sin embargo, tal conclusión en manera alguna implica que el referido comportamiento del inculcado sea necesariamente atípico y, por ende, carezca de toda connotación penal, pues desde la perspectiva del principio de legalidad y en particular de su arista la tipicidad estricta, el mismo, tomando como referencia los mismos tanto hechos jurídicamente relevantes descritos en la acusación como medios suasorios obrantes en autos ya enunciados, se adecua a cabalidad en el delito de *VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA* consagrado en el artículo 269 del Código Penal.

En efecto, respecto de los elementos estructurales de este último, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal refirió:

«De lo expuesto se tiene que las características del tipo penal de violencia intrafamiliar son:

- El bien jurídico protegido es la familia.
- Los sujetos activo y pasivo son calificados, en cuanto uno y otro deben ser miembros de un mismo núcleo familiar, entendiendo este concepto en su sentido amplio, tanto así que, incluso, puede ser sujeto activo quien no teniendo tal carácter esté encargado del cuidado de uno o varios miembros de la familia en su domicilio o residencia.
- El verbo rector es maltratar física o psicológicamente, que incluye, tal como lo destacó la Corte Constitucional en CC C-368/2014, agresiones verbales, actos de intimidación o degradación y todo trato que menoscabe la dignidad humana.
- No es querellable y, por ende, no conciliable.

25 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:28:46, expediente digital

- Es subsidiario, en tanto solo será reprimido con la consecuencia punitiva fijada para él en la ley, siempre que la conducta no constituya delito sancionado con pena mayor
- De manera pues que, para imputarlo, la Fiscalía tiene la carga de demostrar que (i) tanto agresor como víctima hacen parte de un mismo núcleo familiar, ya sea que estén unidos por un vínculo de consanguinidad, jurídico o por razones de convivencia, y (ii) se ha infligido un maltrato físico o psicológico a uno de ellos. » .

Además, en sentencia SP14151–2016, radicado 45647, se agregó:

«[n]o se precisa de un comportamiento reiterado y prolongado en el tiempo del agresor sobre su víctima, pues bien puede ocurrir que se trate de un suceso único, siempre que tenga suficiente trascendencia como para lesionar de manera cierta y efectiva el bien jurídico de la unidad y armonía familiar, circunstancia que debe ser ponderada en cada asunto» .

En este caso es evidente que el encausado y la víctima constituían para ese entonces un núcleo familiar por cuanto eran compañeros permanentes, de tal manera que al contextualizar el mismo comportamiento agresivo analizado en precedencia y cuyo primigenio juicio de tipicidad se desestimó, se infiere claramente que en virtud de su propia naturaleza resulta autónomo e independiente del ilícito sexual concurrente.

Ello, por supuesto, descarta su eventual calidad dogmática de actos copenados propios del referido delito que deban tratarse a la luz del criterio de consunción aplicable en los eventos de concurso aparente, como fueron, entre otras, las maniobras de ahorcamiento y sometimiento físico efectuadas durante el prolongado interregno de tal acto de dominación humillante y que estaba antecedido de episodios que revestían igualmente maltrato, lo cual explica la derivación de secuelas corporales y psicológicas no desvirtuadas por la defensa en el marco del contrainterrogatorio o con fundamento en medios de cognición por él aportados. Esto, en tanto, pudiendo hacerlo, no le formuló en dicha rueda de preguntas a la primera cuestionamiento alguno que dejara en entredicho o infirmara sus aserciones en ese sentido.

Sobre el particular la jurisprudencia patria tiene decantado que la estructuración de tal motivo de intensificación punitiva no es de configuración estrictamente objetiva, lo cual conlleva que resulte insuficiente acreditar solo la condición de mujer de la agraviada, pues, dada la teleología de dicho supuesto y su correlativa intensidad sancionatoria, el proceder exigido debe revelar inequívocamente la existencia de una pauta cultural de irrespeto y subyugación en razón del género de la afectada.

Premisa que, se itera, se satisface a cabalidad porque esta última evocó los ataques físicos desarrollados por el implicado contra ella, constitutivas de ese entorno de violencia al que estaba sometida por el primero, las cuales, contrario a lo aducido por el recurrente, sí fueron relacionadas en el núcleo esencial de los expuestos en la acusación, aunque no, según se advierte, con la detallada especificidad ulteriormente ofrecida por la primera, quien, por obvias razones, debía aportarlos como parte Inescindible y de suma trascendencia en el marco del contexto de su declaración en el juicio, lo cual desvirtúa un sorprendimiento que por su connotación afecte el derecho de defensa del implicado.

Véase, en relación con lo anotado, que al ser indagada acerca del por qué temía que su agresor la fuera a matar, refirió que en otro episodio de igual connotación cuando vivían en la finca de ALFONSO BOCANEGRA, como ya se anotara, *“yo estaba tirada en el piso y él me tenía prácticamente el machete en el cuello, yo le tenía las manos para que no me fuera a cortar el cuello”*²⁶.

Nótese, este ingrediente informativo no pasó inadvertido para el defensor, el mismo que sustenta la alzada, pues en el contrainterrogatorio, al parecer con el sutil propósito de endilgarle a la ofendida una autopuesta en peligro respecto de los reseñados vejámenes físicos y sexuales que padeció, tras la cual se avizora una interpretación sesgada reveladora de un enfoque discriminatorio, le preguntó a la segunda *“de esos hechos que no son materia de investigación acá, usted ¿por qué decidió regresar a vivir con el señor A. si era tan violento?”*²⁷ a lo cual respondió, develando una actitud de evidente docilidad y tácita resignación, : *“porque pasó tres años y yo lo seguía queriendo, me dejé convencer nuevamente por él, me dijo que ya, que iba a cambiar, que él quería que nos casáramos, que él quería una vida conmigo”*²⁸.

Asimismo, no puede olvidarse que la víctima después de haber sido objeto de violencia física y sexual por parte del inculpado, este último la retuvo durante tres días, lo cual fortalece los actos de dominación para imponerse sobre ella y doblegar su voluntad hasta impedirle su libre locomoción, *“él como que ya se acostumbró que el macho era él, el dominante era él, el que podía era él, y yo creo que se creía el dueño de mí por haber sido mi pareja, no me respetó”*²⁹.

Así las cosas, la referida variación de la calificación jurídica del puntual proceder en cuestión no implica afectación alguna del principio de congruencia, consustancial al debido proceso, y mucho menos el desconocimiento del derecho de defensa del encartado.

26 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:24:15, expediente digital

27 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:49:58, expediente digital

28 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:50:09, expediente digital

29 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:30:51, expediente digital

Ello, por cuanto, en primer lugar, la misma no solo está sustentada en idénticos hechos de violencia proyectados tanto en la imputación como en la acusación, sino, además, al margen del *nomen iuris* que se le asignara a ese desviado comportamiento en los referidos actos procesales, desde los albores del proceso el inculpado y su defensor tuvieron la oportunidad de conocer que, entre otras, eran las sistemáticas agresiones físicas contra B.U. una de las razones por las cuales se le vinculó, llamó a juicio y se condenó.

Y en segundo término, pese a que el *FEMINICIDIO* y la *VIOLENCIA IN-TRAFAMILIAR* corresponden a la protección de bienes jurídicos distintos, ambos reatos, acorde con su estructura típica, parten de la base de ejecutar conductas idóneas para causar intencionalmente daño a la persona receptora del maltrato, aunque, claro está, los resultados exigidos sean disímiles. Además, la calificación jurídica es flexible, esto es, puede mutarse al ser provisional, en contraste con el núcleo básico de la imputación factual que es inmodificable desde la formulación de imputación por ser definitivo, lo cual permite variar la primera, siempre y cuando, eso sí, la sobreviniente calificación implique una conducta ilícita de igual o menor entidad, como acontece en este caso.

Sobre las pautas para la variación de la acotada calificación, el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad penal indicó:

“De igual forma, se ha precisado, como el mismo recurrente lo destaca con base en un antecedente jurisprudencial de la Sala, que la imputación fáctica no puede ser objeto de modificación sustancial a lo largo del proceso, por lo que su núcleo central debe ser mantenido desde la formulación de imputación hasta la sentencia; mientras que en relación con la imputación jurídica, la Corte ha establecido que la misma es flexible, por lo tanto, no se lesiona el principio de congruencia cuando el juez se aleja jurídicamente del contenido de la acusación y emite sentencia de condena por un reato diverso al allí imputado, siempre que :

«i) la modificación se oriente hacia una conducta punible de menor entidad -en CSJ SP, 30 nov. 2016, rad. 45589, reiterada en CSJ SP2390-2017, rad. 43041, se aclaró que la identidad del bien jurídico de la nueva conducta no es presupuesto del principio de congruencia, por lo que nada impide hacer la modificación típica dentro de todo el Código Penal-;

ii) la tipicidad novedosa respete el núcleo fáctico de la acusación, y

iii) no se afecten los derechos de los sujetos intervinientes (CSJ AP5715-2014).».

También la Corte Constitucional señaló que el principio de congruencia se satisface cuando se describen clara, precisa y detalladamente los hechos, al paso que *«la calificación jurídica de estos puede ser modificada durante el proceso por el órgano acusador o por el juzgador, sin que ello atente contra el derecho de defensa»*.

Por tanto, en este aspecto se modificará el fallo opugnado.

Y frente al segundo de los delitos, es decir, ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO, imputado en concurso homogéneo, como ya se anunciara, la situación es distinta, pues el haz probatorio acopiado permite alcanzar ese especial grado de conocimiento exigido por el legislador para proferir condena, como seguidamente se acreditará.

Sobre el devenir factual concreto que sustenta tales cargos, la víctima en el juicio oral precisó, en cuanto al primer abuso sexual -1 de enero de 2023-, lo ya enunciado en precedencia, y respecto del segundo -23 de agosto de la misma anualidad- lo siguiente:

*“Ese día se encontraba sola en la casa porque sus hijos, dada la falta de agua por una falla en el servicio, se fueron a bañarse a la casa de la prima YEIMI, “como a eso de las dos de la tarde, sería cuando ellos salieron, y yo tenía cerrada mi ventana, **estaba ya en toalla lista para irme para el baño**, cuando yo sentí que alguien entró y cerró la puerta, pero pues yo pensé que era que mis hijos se había devuelto, incluso les dije qué se le olvidó?. Yo pensé, de pronto se le olvidó la toalla, la ropa, no sé, cuando lo vi fue a él, a A., cuando entró fue A., o sea, no entró mis hijos sino A. Yo pensaba que era que mis hijos se habían devuelto y A. empezó a decirme que me quería mucho, que ya dejáramos de pelear, **yo le dije que yo no quería nada con él**, incluso yo ya lo había bloqueado, hacía un mes lo había bloqueado de Facebook, de WhatsApp y todo. **No quería saber nada de él y él insistía, y yo pues estaba en toalla y él empezó a tocarme a acariciarme, y yo no quiero nada, no quiero nada con usted**, incluso olía terrible porque seguro había estado tomando todo el fin de semana y ni siquiera se había bañado porque eso fue un lunes, recuerdo que fue un lunes, y nada. **Lo único que hizo fue quitarme la toalla y los calzones que tenía, porque tenía mi toalla higiénica puesta, pues estaba en pantis, me tomó por las manos, me cogió las manos y pues con los pies me abría las piernas, incluso me moreteó las piernas con los zapatos haciendo fuerza**. Yo no haya si gritar, pedir auxilio, pero la única, la única vecina que tenía un poco más cerca era mi mamá, mi mamá es una viejita que donde ella llegue a ver eso, yo creo que se me muere...”³⁰*

Estas dos versiones inculpativas de la propia agraviada a través de las cuales evoca lo ocurrido frente al puntual acotado tema, merecen serios motivos de credibilidad, en primer lugar, al no avizorarse en su contexto propósito alguno predicable de aquella direccionado a tergiversar la realidad de lo sucedido o de perjudicar gratuitamente al enjuiciado, por el contrario, su sinceridad y objetividad son evidentes.

Ello, en tanto sopesado el contexto dentro del cual se desarrollaron los hechos enunciados en precedencia caracterizados por la existencia de una relación entre víctima y victimario denotativa de evidente sometimiento por parte de este sobre aquella derivado del vínculo sentimental que en su momento los unió como pareja,

30 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:35:12, expediente digital

sus asertos no se advierten fantasiosos o intencionalmente distorsionados, sino, por el contrario, reveladores de una realidad objetiva cuya dinámica se enmarca en la acotada premisa.

Es más, según refulge de tal entorno, el procesado para la época de los referidos hechos descritos en los enunciados cargos, pese a la expresa manifestación de voluntad de la ofendida consistente en no querer continuar con su relación afectiva debido a su sistemática actitud agresiva y manifestaciones de celos en relación con el padre de los dos hijos de ella, asumió una actitud renuente a aceptarlo y de manera forzosa la obligó a continuarla, incluyendo, entre otros actos, la consumación de actos relacionados con su sexualidad en franco desconocimiento de su autonomía y libre determinación en el ejercicio de ese derecho fundamental.

En segundo término, en esos momentos no mediaban factores extrínsecos o intrínsecos que eventualmente pudieran alterar sus sentidos y capacidad cognoscitiva, por el contrario, la afectada en ambas ocasiones pudo interiorizar, comprender y posteriormente evocar los pormenores de dichas particulares agresiones, las cuales, dada su naturaleza, resultaban de inusitada trascendencia para su vida, sobre todo si se tiene en cuenta, además, que no estaba bajo el influjo de sustancias estupefacientes, alcohólicas o de otro tipo que pudiera alterar su aptitud como sujeto cognoscente.

Esto último si se tiene en cuenta que pese a las desmedidas agresiones físicas en comento, en el primer episodio, luego de ejecutarlas bajo exaltación anímica, recuérdese, motivado al parecer por los celos que experimentada frente a la misma, le manifestó su interés de tener relaciones sexuales, empero, como no tuvo la aceptación esperada, su actitud persistió y ante la posibilidad que aquella previera de serle segada la vida por su renuencia o *“quien sabe qué va a hacer. Simplemente cerré mis ojos, cerré mis ojos y dejé que pasara lo que pasara”*, consumándose así el acceso carnal.

Y en el segundo acontecer, según relató la víctima, *“...se antojó de tener relaciones, cosa que yo no quería, yo no, en ese momento lo estaba odiando por la golpiza que me había dado, por cómo me había insultado, pero yo dije, bueno se quedará dormido y ya, ya me seguirá torturando...”*³¹, por lo que el inculpado decidió, aprovechando tanto dicha sumisión obtenida a la fuerza como la soledad del escenario donde las realizó, consumir su propósito lascivo sin mediar la existencia de alguna opción de ayuda para la afectada de cara a evitarlo.

Es más, para hacer notar cualitativamente esa desproporcionada correlación de fuerzas, la ofendida presentaba aflicciones en su salud que dificultaba su movilidad, *“yo soy discapacitada de los pies, no puedo correr”*, además de *“un problema cardiorrespiratorio”* que incidió notablemente en sus posibilidades ciertas de

31 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:33:00, expediente digital

reacción, “no podía defenderme, no podía hacer nada, y si me negaba capaz que el señor me mataba, estaba como loco...”³², por lo que, en últimas, “abusó sexualmente de mí, tuvo relaciones sexuales, satisficó (sic) sus deseos sexuales en mí”³³.

Dichas aserciones inculpativas de la ofendida sobre las puntuales circunstancias violentas en las que desarrollaron los hechos delictivos materia de debate, resultaron mucho más fortalecidas en el contrainterrogatorio cuando al preguntarle si “*dejó que pasara, es decir, la relación sexual, eso es cierto o no?*”³⁴, a lo cual contestó: “no podía defenderme, no podía hacer nada, y si me negaba capaz que el señor me mataba, estaba como loco...”³⁵.

Ello ratifica que fue la violencia física, como ingrediente del tipo descrito en el artículo 205 del Código Penal, la que le facilitó -nexo causal- al procesado la concreción de sus concurrentes desviados proceder, y no una decisión voluntaria y libre de la primera para acceder a las pretensiones libidinosas de aquel. Situación que se mantuvo incólume en tanto no se le realizó a ella ningún otro interrogante que enervara la capacidad demostrativa de todas sus comprometedoras afirmaciones, evóquese, orientadas a desvirtuar la presunción de inocencia que ampara al procesado, como finalmente sucedió.

En este contexto, acorde con lo precedentemente reseñado, ninguna relevancia probatoria negativa puede tener el hecho que la afectada denunciara a su ofensor nueve días después del segundo evento en comento. Esto, por cuanto tanto en el interrogatorio como en el contrainterrogatorio, especialmente en este último, al ser indagada por qué esperó el transcurso de ese lapso para poner en conocimiento de las autoridades competentes tal proceder, respondió: “*porque, primero que todo, el señor no me dejaba salir de la casa; segundo que todo, no había transporte, no tenía señal en la casa donde yo vivía, tenía miedo de volarme porque sé que me alcanzaba, entonces hasta cuando pude conseguir transporte y bajar al pueblo, logré colocar el denuncia*”³⁶.

Tal explicación y justificación, antes que inverosímil, resulta creíble en consideración no solo al arraigo rural de la víctima, con las limitaciones tecnológicas y de transporte que tal situación implica en nuestro territorio nacional, sino, igualmente, al particular contexto de dominación y control descrito en precedencia que sobre la libertad de locomoción tenía el inculpatado sobre ella, aunado, por supuesto, al temor que le suscitaba tal situación y la consiguiente inhibición para reaccionar de inmediato en punto a la formalización de la respectiva *notitia criminis*.

32 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:50:36, expediente digital

33 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:32:04, expediente digital

34 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:50:30, expediente digital

35 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:50:36, expediente digital

36 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:48:25, expediente digital

Similar situación acontece respecto de su declaración jurada rendida ante el patrullero JUAN CARLOS RICO CORTÉS³⁷ el 4 de agosto de la misma anualidad³⁸, es decir, más de siete (7) meses después del mencionado abuso, pues, acorde con la dinámica instructiva propia de la fiscalía, se trató de un acto investigativo ordenado por esta en el respectivo plan metodológico, que no, lo cual es sustancialmente distinto, de la aludida denuncia, enaltecándose así la finalidad de la agraviada en el sentido que la referida agresión no quedara impune.

Súmese a ello que esta última en el interrogatorio indicó, en relación con los hechos del 23 de agosto de 2023, que a A.U. *“hacia un mes lo había bloqueado de Facebook de WhatsApp y todo”*, sin embargo, en el contrainterrogatorio se le preguntó por qué mantenía comunicación con este último y cómo hacía si lo había bloqueado, a lo cual contestó de manera explicativa que se comunicaba con él los fines de semana porque quería tener la tranquilidad de no ser agredida y reiteró que optó por tal mecanismo aplicado respecto de las mencionadas redes sociales un mes antes del acotado proceder ilícito, sin que se le impugnara credibilidad o se le formulara otro interrogante que desvirtuara tales aserciones.

Y por último, aunque no se discute que, tal como expresamente lo reconoció la víctima, dadas las obvias razones atrás señaladas, entre ellas, recuérdese, el aprovechamiento de la soledad de los escenarios donde consumó su actuar delictuoso en consideración a la naturaleza del mismo, no hubo otros testigos presenciales de lo ocurrido, ello en manera alguna per se comporta una situación que beneficie la situación jurídica del encausado.

Esto, no solo porque su testificación, a la luz de los criterios de valoración de este tipo de prueba contemplados en el artículo 404 del Código Procesal Penal, irradia la credibilidad y verosimilitud necesarias para edificar el juicio de responsabilidad predicable del procesado, sino, igualmente, porque la mayoría de los argumentos exculpatórios de laalzada, si bien resultan entendibles y legítimos como estrategia defensiva, revelan una incorrecta valoración del haz probatorio ora se circunscriben a simples suposiciones de connotación especulativa ante la evidente falencia de una corroboración periférica objetiva.

Es que, véase, el letrado sostiene que en el interrogatorio no debió exhibírsele “en pantalla” al patrullero RICO CORTÉS la declaración jurada que ofreció la víctima, empero, esta situación fue precisamente porque el segundo, al ser indagado si consideraba necesario dicha exhibición por si no recordaba su contenido³⁹, manifestó *“sí doctor, por favor”*⁴⁰. Sin embargo, el referido documento no se compartió virtualmente, como lo aduce erradamente el primero, pues, obsérvese, ante la

37 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 record:00:52:07, expediente digital.

38 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 record:01:06:25, expediente digital.

39 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 record:00:58:16, expediente digital.

40 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 record:00:58:16, expediente digital.

intervención de la defensa para evitar tal situación⁴¹, de inmediato el testigo indicó que no había necesidad de ello al contar en su archivo personal con una copia de las diligencias investigativas que adelantó en virtud de las órdenes emitidas por el ente acusador en ese sentido⁴².

Asimismo, ninguna importancia persuasiva puede tener que el citado policial hubiera manifestado en el interrogatorio y confirmado en el contrainterrogatorio que el implicado buscaba constantemente a la ofendida después de los hechos del 1 de enero de 2021⁴³, y se portaba con ella de manera cariñosa por cuanto *“le dedicaba canciones, le daba detalles”*⁴⁴, pues el defensor en las alegaciones finales o la sustentación de la alzada, como era su deber hacerlo, no explicó en términos concretos cuál era la importancia suasoria de ese punto y de qué manera el mismo cambiaría el sentido de la decisión confutada.

Al parecer, sopesado tal planteamiento en el contexto enunciado, lo que devela es resaltar una supuesta proactiva actitud del inculcado encaminada fallidamente a recrear un entorno revelador de su iniciativa propia direccionada a dejar entrever un ambiente diametralmente opuesto al acreditado en este proceso y en el que sobresale una supuesta reconciliación predominada por los detalles románticos, por supuesto, en procura de excluir la posibilidad de ocurrencia de los cuestionados comportamientos delictuosos a él imputados. En todo caso, según se infiere de lo relatado por la agraviada, aquel en efecto solía acudir a ese tipo de estrategias en procura de indulgencia, *“porque como una mujer se deja convencer de que perdóname, que no lo vuelvo hacer, tal vez eso me pasó...”*⁴⁵, lo cual no deviene incompatible con los actos agresivos materia de debate.

De igual modo, advierte el impugnante que los hermanos JESÚS MANUEL⁴⁶ y SHARITH AVENDAÑO URREA⁴⁷, hijos de la ofendida, aunque la decisión opugnada refiere que ambos conocieron de los episodios lascivos violentos del 1 de enero de 2021 y agosto siguiente, esta aseveración no consulta la realidad procesal, pues aquellos *“nunca manifestaron conocer lo ocurrido el 1 de enero de 2021, por el contrario, ambos coincidieron en que ninguno de los dos estaban el pueblo para el día de los presuntos hechos para esa fecha”*⁴⁸, lo cual es parcialmente cierto.

Ello, en tanto, se recalca, si bien los dos primeros no fueron perceptores directos de lo ocurrido en las aludidas datas, sí ostentan tal condición respecto tanto de la conducta violenta *ex ante* de su progenitor contra su ascendiente, como del

41 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:00:58:43, expediente digital

42 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:00:59:48, expediente digital

43 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:03:43, expediente digital

44 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:04:45, expediente digital

45 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:49:46, expediente digital

46 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:02:11:44, expediente digital.

47 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 14 récord:02:35:52, expediente digital.

48 Fl. 5, enlace 29, archivo denominado “Sustentación de recurso de apelación”, expediente digital

relato que le hiciera esta última sobre los acontecimientos *ex post* relacionados en la acusación y los vestigios físicos derivados de dichas agresiones tanto físicas como sexuales por ella vivenciadas, las cuales, en esencia, resultan compatibles con la versión inculpativa ofrecida por URREA AVENDAÑO.

Lo mismo sucede con la galena YULY DANIELA GONZÁLEZ CRUZ⁴⁹, quien realizó el 7 de mayo de 2021 valoración a la afectada, y pese a no observar lesiones físicas durante el examen, recuérdese, dado que dicha atención no fue inmediata sino meses después del primer episodio ilícito materia de cuestionamiento, lo que quizá permitió la recuperación de la segunda, sí advirtió secuelas psicológicas ocasionadas por la violencia física y sexual ejercida por el inculpado, pues la examinada se mostraba con ansiedad, miedo y temor, incluso consideró, dadas las circunstancias, la existencia de un grave riesgo de que pudiera ser agredida nuevamente por este último, lo cual, corroborando tal pronóstico, evidentemente sucedió el 23 de agosto siguiente.

Adicional a ello, plantea el recurrente que la citada profesional carecía de la experiencia suficiente para elaborar un dictamen sexológico debido a que para entonces prestaba el servicio social obligatorio. Sin embargo, véase cómo el defensor en el contrainterrogatorio no logró desvirtuar la idoneidad científica de la segunda, y mucho menos enervó sus afirmaciones a través de un medio cognitivo a partir del cual se estableciera que ostentar registro médico y tal vez haber realizado una cantidad determinada de informes sexológicos, no constituían elementos esenciales que le proporcionaran la aptitud suficiente para elaborarlos, por lo que, al brillar por su ausencia, tal apreciación argumentativa quedó reducida al plano meramente especulativo.

Como complemento de lo anterior, la Resolución 1067 del 14 de mayo de 1984, proferida por el otrora Ministerio de Justicia, vigente para la fecha de los acontecimientos, y que, incluso, aún se mantiene incólume al no haber sido modificada, permite que los médicos rurales, como lo era la testigo en cita, estén habilitados y facultados para practicar este tipo de valoraciones y emitir los conceptos científicos derivados de las misma.

De allí mismo se colige lo inexacto que resulta indicar, como lo hace el censor, que la médica NATALIA RAMÍREZ PEDRAZA⁵⁰, quien valoró igualmente a la ofendida el 10 de enero de 2021, mal podría haber concluido que la inexistencia de secuelas físicas a nivel vaginal no excluía la posibilidad de la agresión sexual padecida por la segunda, cuando, de un lado, dicho examen se realizó días después del primer abuso sexual violento; y del otro, la existencia de tales vestigios en dicha

49 Sesión de juicio oral del 24 de abril de 2022, enlace 14 récord:02:58:46, expediente digital.

50 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 15 récord:00:15:16, expediente digital.

región corpórea no constituye un elemento estructural del tipo penal contra la libertad, integridad y formación sexuales.

De la misma forma, la sicóloga LIGIA CARDOZO DÍAZ⁵¹, adscrita a la Comisaría de Familia de Alpujarra, Tolima, quien valoró a la agraviada el 13 de enero de 2021 desde la perspectiva de dicha especialidad, aunque evidenció en ella última baja autoestima y expresiones de frustración respecto de sus relaciones de pareja, este no era un diagnóstico que padeciera la examinada antes de la relación de pareja con el implicado, pues, de un lado, no obra prueba en contrario, y del otro, tales secuelas tienen su fundamento en presupuestos como los aquí examinados y no en otros de distinta naturaleza al enmarcarse en un ámbito de orden sentimental propio del noviazgo o de la convivencia.

Luego, en contraste con lo sostenido por el impugnante, quien al parecer, pues no lo refiere expresamente, pretende relacionar ese estado mental de la segunda con una posible mendacidad en sus aserciones inculpativas, según se colige de los resultados de su valoración, dicho *“cuadro depresivo, asociado cuadro de ansiedad leve con desesperanza, baja autoestima, diálogo sostenido con llanto moderado posiblemente con afectación a hechos de violencia intrafamiliar donde se produjo agresión física, verbal y psicológica por parte de su compañero sentimental”*⁵², fueron producto de los actos ilícitos materia de debate y no de otros tipo de situaciones exógenas concurrentes, pues resulta palmar que si no hubiera sido avocada a aquellos, sin lugar a duda sería distinto el cuadro psicológico que enfrentó.

De otro lado, el censor destaca que ISRAEL URREA CARDOZO⁵³, JESÚS ENRIQUE CRUZ⁵⁴ y GERMÁN DÍAZ URREA⁵⁵, hermano de la víctima, amigo del implicado y sobrino de este último, respectivamente, ofrecen datos cruciales que no fueron debidamente examinados por el a quo de cara a mantener indemne la presunción de inocencia que ampara al procesado.

Por tanto, resulta pertinente recordar como la jurisprudencia patria ha señalado en relación con el testimonio rendido por quienes tienen este tipo de vínculos especiales de amistad o familiaridad con el inculpativo, que sus intervenciones se deben sopesar con especial escrutinio en tanto por esa misma situación y la solidaridad derivada de allí, despiertan un hálito de sospecha y parcialidad en su versión por su comprensible tendencia a favorecerlo; sin embargo, ello no implica que el funcionario judicial deba fatalmente desestimarlos de plano en todos los casos, como si se tratase de una tarifa probatoria negativa, sino que debe agudizar

51 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 16 récord:00:14:15, expediente digital.

52 Sesión de juicio oral del 7 de abril de 2022, enlace 16 récord:00:27:55, expediente digital.

53 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:46:37, expediente digital.

54 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:54:49, expediente digital.

55 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:01:01:53, expediente digital.

su análisis de cara a develar la veracidad de sus aserciones y otorgarle la respectiva eficacia probatoria.

Esto por cuanto, en últimas, dada su naturaleza y fin como medio de cognición, su aptitud demostrativa depende no de dicho nexo, cualquiera que sea su grado o intensidad, sino de su fortaleza al confrontarse con los restantes elementos de juicio que obran en el proceso y apreciarse en este integral contexto bajo el tamiz de las reglas que gobiernan la sana crítica.

Bajo esas condiciones, ninguna objetividad e imparcialidad probatoria ostentan las aserciones realizadas por los referidos testigos de descargo, y mucho menos, como lo refiere el recurrente, de allí se obtienen ingredientes informativos que permiten derruir el juicio de responsabilidad predicable del acusado.

Ello, dado que URREA CARDOZO, pese a que al iniciar el interrogatorio fue preclaro en manifestar en torno a los hechos del 23 de agosto de 2021, *“yo he escuchado ese cuento, pero yo de eso no sé nada”*⁵⁶, al preguntarle: *“¿usted ese día, señor ISRAEL la vio golpeada, le vio algún tipo de golpe o moretones en el cuello, en la cara, en el pecho, en el en el brazo, en alguna parte le vio algún tipo de golpe o la vio llorando?”*⁵⁷, respondió: *“no, yo la vi normal y pues por lo menos me saludó normal y todo, conversó normal, yo nunca me imaginé eso porque yo la vi bien. Ya no sé ya si es que ella se inventó eso o es que eso fue o no. De eso no sé nada, pero lo que yo sí le digo, señor, es que los dictámenes médicos son los que deben decir la verdad”*⁵⁸,

Esto, en lugar de demeritar, fortalece la veracidad de la versión rendida por la agraviada, pues véase, en relación con el episodio sexual en cuestión aquella no refirió a ningún tipo de violencia física ejercida por el inculpado para concretar su delictuosa conducta, sino que hizo alusión a la sicológica, producto de sus antecedentes agresivos hacia ella, el estado de alicoramiento que aquel evidenciaba en ese momento y la soledad de dicho escenario. Factores que, precisamente, constitutivos de un entorno a su favor, permitieron que aquella fuera abusada sexualmente sin encontrar su agresor mayor resistencia, pues en el contrainterrogatorio la afectada al cuestionársele sobre la posibilidad de quitarle la vida si se negaba a tener relaciones sexuales, indicó: *“estoy segura que lo podía hacer”*⁵⁹.

Esto, en últimas, revela la preexistencia de un ambiente intimidatorio bajo el cual se desarrollaba esa fracturada relación mutua y que por su indiscutible relevancia fue determinante para que, desde la perspectiva de sus respectivos roles y la evidente disfuncionalidad de su convivencia fallida, tanto el acusado se aprovechara sistemáticamente de ella con el fin de lograr sus pretensiones libidinosas ilícitas como la víctima doblegara su voluntad sin posibilidad cierta de repeler exitosamente el abuso.

56 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:49:21, expediente digital.

57 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:51:07, expediente digital.

58 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:51:20, expediente digital.

59 Sesión de juicio oral del 24 de abril de 2022, enlace 14 récord:01:50:55, expediente digital

Ahora bien, JESÚS ENRIQUE CRUZ afirmó que el 21 de agosto de 2021 transportó en su vehículo a B. hasta la vereda La Miel, sin embargo, no le observó “ningún raspón ni nada”⁶⁰, incluso “iba hasta bien vestida”⁶¹, empero, evocó una situación acaecida dos días antes de los hechos de agosto, los cuales, recuérdese, ocurrieron el día 23 de dicho mes, lo que devela su impertinencia.

Por último, DÍAZ URREA en el interrogatorio sostuvo que “pues el día que supuestamente la señora B. dice que A. la violó, yo ese día estaba presente cuando ella lo llamó, lo llamó que bajara a la casa que lo necesitaba urgente para que hablaran unas cosas sobre, y es más, yo fui el que le contesté el celular y se lo pasé a A. para que hablara, porque él estaba retirado de la casa. Entonces yo le respondí el celular y lo pasé a él y es donde yo me di cuenta que era B.. Yo estaba ahí al lado escuchando todo lo que hablaban”⁶².

Y al cuestionársele en esa misma rueda de preguntas: ¿“luego usted supo algo más a partir de ese momento más adelante?”⁶³, contestó: “pues yo no, la verdad no supe de ahí en adelante nada más, hasta que bajé para mi casa y me encontré a la señora B. que iba subiendo ya a la casa de YEIMY PATRICIA URREA, en la entrada me la encontré donde ella iba caminando por sí sola e iba bien hasta, me saludó, me dijo buenas noches, yo también le saludé a ella y le dije, buenas noches”⁶⁴.

Luego, según se puede apreciar, tales manifestaciones, al margen que revelen la evidente activación de mecanismos naturales para tratar de salvaguardar a su pariente, no tiene la fuerza demostrativa suficiente para considerar como mendaces los comprometedores relatos que realizó URREA CARDOZO contra su agresor, puntualmente sobre los hechos ocurridos el 23 de agosto de 2021, los cuales no presencié, pues el testigo, además, nada refirió respecto de los del 1 de enero anterior.

Ello, por cuanto aun aceptando, solo en gracia de discusión, que fue la primera quien llamó ese día al segundo, en manera alguna descarta el abuso sexual al que este último la sometió de manera violenta, por el contrario, lo ubica temporal y espacialmente en el lugar de los hechos, lo cual coadyuva a fortalecer la versión que sobre tales acontecimientos ofreció aquella.

Por lo anterior, resulta imperioso confirmar en este ítem específico la sentencia confutada.

5.5. PUNIBILIDAD

Atendiendo los mismos parámetros aplicados por el *a quo* para la imposición de la pena, al variarse la conducta punible de FEMINICIDIO AGRAVADO, en grado de tentativa, por la de VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA, y mantenerse

60 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:57:19, expediente digital.

61 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:00:57:21, expediente digital.

62 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:01:03:31, expediente digital.

63 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:01:04:03, expediente digital.

64 Sesión de juicio oral del 10 de mayo de 2022, enlace 19 récord:01:04:09, expediente digital.

incólume la de *ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO*, imputada en concurso homogéneo, resulta imperioso modificar la respectiva tasación punitiva efectuada en el fallo confutado.

Por tanto, dado que este último conserva su calidad de reato más grave y, por consiguiente, continúa siendo el referente para tomar como base, cuyo extremo mínimo corresponde a CIENTO NOVENTA Y DOS (192) MESES y el máximo a TRESCIENTOS SESENTA (360) MESES de prisión, al aplicar los mismos lineamientos del dispensador de justicia de primer grado⁶⁵, se impondrá el límite inferior. Ahora, en virtud del concurso homogéneo, tal baremo se aumentará en VEINTICINCO (25) MESES, esto es, la misma cantidad estimada en la decisión confutada dentro del referido marco; y por concepto del concurso heterogéneo con el ilícito de *VIOLENCIA INTRAFAMILIAR* se incrementará en DOCE (12) MESES DE PRISIÓN, para un total definitivo de DOSCIENTOS VEINTINUEVE (229) MESES DE PRISIÓN. A este lapso se reduciría igualmente la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

5.6. SUBROGADOS PENALES

En cuanto a los beneficios contemplados en los artículos 38B -prisión domiciliaria- y 63 -suspensión condicional de la ejecución de la pena- del Código Penal, adicionados por la Ley 1709 de 2014 y modificados por el canon 29 de esta última, la negativa para su concesión al implicado se mantiene indemne. Lo anterior, ya que no solo se incumplen los prepuestos objetivos exigidos para ese propósito, esto es, que la pena mínima establecida por el legislador para el reato no exceda los 8 años de prisión, o la pena individualizada impuesta no supere el límite de los 4 años de prisión, respectivamente, sino, además, persiste la prohibición prevista en el inciso 2 del canon 68A in fine, al haber sido condenado por los delitos de *ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO* y *VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA*.

5.6. CONCLUSIÓN

De lo relacionado en precedencia se debe concluir imperiosamente que, respecto del delito de *FEMINICIDIO*, en grado de tentativa, imputado a A.U., se revocará la sentencia condenatoria por no haberse logrado demostrar más allá de toda duda razonable su estructuración y consiguiente responsabilidad del citado inculcado, por lo que, en virtud del principio *in dubio pro reo*, se le debe absolver. Sin embargo, se le condenará por el reato de *VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA*, ya que, contrario a lo que sucede con el anterior, sí obra prueba idónea para inferir más allá de toda duda razonable la estructuración del mismo y la correlativa responsabilidad del encausado en calidad de autor.

65 Fls. 25 y 26, enlace 27, sentencia condenatoria.

Y en relación con la conducta punible de *ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO*, imputada en concurso homogéneo, se confirmará el fallo condenatorio por estar demostrada en los mismos términos acotados su configuración y la consiguiente responsabilidad de aquel, a título de autor, ya que, como igual aconteció en el delito enunciado inicialmente, tuvo pleno dominio de dicho proceder, conocía los hechos constitutivos del mismo, comprendía su ilicitud y, aun así, quiso su realización, como en efecto lo hizo, lesionando de esa manera, sin justa causa, en dos ocasiones distintas el bien jurídico de la *LIBERTAD, INTEGRIDAD Y FORMACIÓN SEXUALES* del cual es titular B.U., no obstante que de acuerdo con las específicas circunstancias que se presentaban en esos momentos le era exigible un comportamiento ajustado a derecho.

Por consiguiente, de un lado, se le impondrán las penas principal y accesoria enunciadas con antelación; y del otro, no se le otorgarán al inculcado en cita los beneficios de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

En mérito de lo expuesto, la Sala Penal del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

MODIFICAR la sentencia impugnada, en el siguiente sentido:

PRIMERO. REVOCAR la condena que se le impusiera a A.U. como autor responsable del delito de *FEMINICIDIO AGRAVADO*, en grado de tentativa, por el cual fuera acusado, y en su lugar **CONDENARLO** en esa misma calidad respecto de la conducta punible de *VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA*.

SEGUNDO. CONFIRMAR la condena que se le impusiera a A.U. como autor responsable del delito de *ACCESO CARNAL VIOLENTO AGRAVADO*, en concurso homogéneo, por la cual fuera acusado.

TERCERO. Imponerle a A.U. como pena principal DOSCIENTOS VEINTINUEVE (229) MESES DE PRISIÓN de prisión, y como pena accesoria la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término.

CUARTO. CONFIRMARLA en lo demás.

Esta decisión queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación.

IVANOV ARTEAGA GUZMÁN
Magistrado

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Magistrado

JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA
Magistrada

LUZ MIREYA JARAMILLO DÍAZ
Secretaria

SECUESTRO SIMPLE Y HOMICIDIO: PRUEBA INDICIARIA Y DUDA RAZONABLE



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ SALA DE DECISIÓN PENAL

RADICADO CUI	73001-6008-772-2016-00135
N. I.	47.666
DELITO	SECUESTRO SIMPLE Y OTROS
ACUSADOS	H.A.J.C. Y H.S.G.C.
ASUNTO	APELACIÓN SENTENCIA LEY 906/04
DECISIÓN	MODIFICA PARCIALMENTE Y CONFIRMA

Ibagué (Tol.), once (11) de marzo de dos mil veinticuatro (2024)
(Aprobado mediante Acta No. 280 de la fecha)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver la apelación promovida por la defensa contra la sentencia condenatoria de 14 de diciembre de 2021, emitida por el juzgado segundo penal del circuito especializado de Ibagué, a través de la cual condenó a **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.**, como coautores del delito de homicidio agravado, en concurso heterogéneo con secuestro simple agravado.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

En la tarde del 24 de noviembre de 2016, M.E.O.M., merced a engaños sobre la necesidad de recoger unos equipos, se trasladó en su camioneta “*Jeep Cherokee*” de placas (...) hacia el barrio “*El Salado*” de Ibagué, con H.A.J.C. y H.S.G.C., quienes lo retuvieron mientras pretendieron; también con argucias, que los familiares les permitieran acceder a un local comercial, con unas llaves que eran del primeramente mencionado.

Se apropiaron del referido automotor y, al día siguiente, lo llevaron al parqueadero “*Los Compa*”, ubicado en la Carrera 10 Este, número 53A-sur de Bogotá.

El cadáver de M.E.O.M. fue encontrado en avanzado estado de descomposición, el 29 de noviembre de 2016, en el kilómetro 1 de la vía “*Huevos oro*”, vereda el “*Palmar*” en zona rural de Ibagué aledaña al barrio “*El Salado*”, pero no se estableció la causa de muerte o las acciones que pudieron desplegar los acusados para dicho resultado, a pesar de que, en la tarde del 24 de noviembre de 2016, se encontraban en ese lugar.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 13 de marzo de 2017¹, ante juzgado sexto penal municipal de Ibagué, se legalizó la captura de los procesados a quienes se les formuló imputación por los delitos de secuestro simple agravado; homicidio agravado y hurto calificado y agravado; además, se impuso medida de aseguramiento de detención intramural.

3.2. El escrito de acusación², radicado por idéntica calificación jurídica, correspondió por reparto el 13 de mayo de 2017 al juzgado segundo penal del circuito especializado de Ibagué³, el cual se declaró incompetente, en razón a que los comportamientos punibles no eran de su conocimiento⁴.

3.3. El 2 de junio de 2017⁵, fue asignada la actuación al juzgado octavo penal del circuito de Ibagué. El 26 de julio de 2017⁶, la fiscalía delegada adicionó el delito de concierto para delinquir agravado, por lo que, el despacho dispuso remitir el expediente para la definición de la competencia.

1 Folios 237 y 238 del anexo: 058CuadernoPrincipal.pdf, y grabación: 032GrabaciónaudienciaLegalCaptImputacionMA.wmv

2 Folio 212 y ss. ídem.

3 Folio 211 ídem.

4 Folio 205 y ss. Ídem.

5 Folio 203 ídem.

6 Folios 188 y 189, ídem.

3.4. Con proveído de 24 de agosto de 2017⁷, se asignó la competencia en el circuito especializado; la causa fue repartida al juzgado segundo que asumió conocimiento el 1 de septiembre de 2017⁸.

3.5. La formulación de acusación se tramitó el 8 de septiembre de 2017⁹, atribuyéndose los delitos de secuestro simple agravado, homicidio agravado, hurto calificado agravado y concierto para delinquir agravado.

3.6. La audiencia preparatoria se desarrolló el 31 de octubre¹⁰ y 12 de diciembre¹¹ de 2017; en esta última sesión, los acusados aceptaron parcialmente los cargos por el hurto calificado y agravado, disponiéndose la ruptura de la unidad procesal bajo la radicación 73001-6000-000-2018-00009 NI. 53.687, siendo repartida al juzgado tercero penal municipal de Ibagué¹².

3.7. El juicio oral se adelantó el 22¹³ y 23¹⁴ de marzo, 30 de julio¹⁵, 15¹⁶ y 22 de noviembre¹⁷ de 2018; continuó el 22 de abril¹⁸, 11 de septiembre¹⁹ y 25 de noviembre de 2019²⁰.

El debate probatorio culminó el 16 de julio²¹ y el 17 de noviembre de 2020²²; en esta última sesión se enunció sentido del fallo condenatorio, y se tramitó lo dispuesto en el artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

3.8. La lectura de la sentencia²³ se hizo el 14 de diciembre de 2021²⁴; la defensa interpuso el recurso de apelación²⁵. No hubo pronunciamiento de no recurrentes.

3.9. Concedida la alzada, se repartió al magistrado sustanciador el 22 de febrero de 2022²⁶.

7 Folio 180 y ss. Ídem.

8 Folio 175 ídem.

9 Folio 170 y ss. Ídem, y grabación 036GrabaciónAudienciaAcusacion.wmv

10 Folios 163 y 164, ídem, y grabación 038GrabaciónAudienciaPreparatoria.wmv

11 Folios 157 y ss. Ídem, y grabación 039GrabaciónaudienciaPreparatoria.wmv

12 Folio 154 y 146 ídem.

13 Folios 131 y ss. Ídem y grabación 040GrabaciónAudienciaJuicioOral.wmv

14 Folio 126 y ss. Ídem y grabaciones 041GrabacionAudienciaJuicioOralTMañana.wmv y 042GrabacionAudienciaJuicioOralTarde.wmv

15 Folios 113 y ss. Ídem y grabación 045GrabaciónAudienciaJuicioOral.wmv

16 Folios 105 y ss. Ídem y grabación 047grabacionAudienciaJuicioOral.wmv

17 Folio 103, ídem y grabación 048GrabacionAudienciaJuicioOral.wmv

18 Folios 87 y ss. Ídem y grabaciones 049GrabaciónJuicioOral.wmv, 050GrabaciónJuicioOral.wmv y 051GrabaciónJuicioOral.wmv

19 Folio 63 y ss. Ídem y grabación 054 GrabacionAudienciaJuicioOral.wmv

20 Folio 50 y ss. Ídem y grabación 056GrabaciónAudienciaJuicioOral.wmv

21 Anexo: 060ActaAudienciaJuicioOral20200716.pdf y audio: 061GrabacionAudienciaJuicioOral.mp4

22 Anexo: 065ActaAudienciaJuicioOral20201117.pdf y audio: 066GrabaciónAudienciaJuicioOral.mp4

23 Anexo 069SentenciaPrimeraInstancia.pdf y 04RemiteJuzgadoSentenciaPrimeraInstancia.pdf

24 Anexo: 070ActaAudienciaSentencia.pdf y audio 071GrabaciónAudienciaLecturaSentencia.mp4

25 Anexo: 072SustentacionRecursoApelacion.pdf

26 Anexo: 06ActaRepartoNo146.pdf

4. LA SENTENCIA RECURRIDA²⁷

Se condenó a **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.**, a la pena de 406 meses de prisión al hallarlos penalmente responsables, a título de coautores de los delitos de secuestro simple agravado (artículo 168, 170-4 del Código Penal), en concurso heterogéneo con homicidio agravado (artículo 103, 104-2y 7, código penal). Los absolvió por el comportamiento punible de concierto para delinquir agravado.

Para lo que interesa, explicó que no obra evidencia directa de la coautoría de los acusados, pero se extrae de la valoración probatoria en conjunto.

A su juicio, se demostró que M.E.O.M. fue hallado sin vida en el kilómetro 1 de la vía “*Huevos Oro*” en la vereda “*El Palmar*”, zona rural de Ibagué; presentaba orificios en diferentes partes del cuerpo.

Igualmente, que el 23 de noviembre de 2016, **H.A.J.C.** estuvo con M.E.O.M. en la vivienda de José Teodocio Rojas Peña, con base en lo declarado por este último, y acordaron que el primero realizaría un trabajo de pintura en un tráiler de comidas rápidas, para lo cual, requerían recoger un compresor en el barrio “*El Salado*”. El acusado reconoció lo anterior, aunque aseverando que su único propósito era apoderarse de la camioneta de propiedad de Ostos Méndez.

El 24 de noviembre de 2016, aproximadamente a las 8:20 de la mañana, **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.**, estuvieron con M.E.O.M. comprando las pinturas requeridas para la mencionada tarea, así lo declaró L.F.C.S., quien los acompañó, junto a una sobrina.

Luego se fueron todos en la camioneta, ella se quedó en la droguería que era de su propiedad, y los demás continuaron hacia el barrio “*La Vega*” a dejar la pintura; con posterioridad, según informó G.G.B., M.E.O.M. lo recogió en el barrio “*El Libertador*”, e iba con dos hombres.

La prueba técnica de los dispositivos de telecomunicaciones arrojó que **H.A.J.C.**, a las 9:53 horas se encontraba cubierto por la antena 4671 cara 7 Tol. *Santa Teresa*, lugar donde también estaba **H.S.G.C.**.

A.J.O.C. señaló que ese día almorzó con su padre en la droguería ubicada en la calle 36 con avenida Ferrocarril, luego llegaron **H.S.G.C.** y **H.A.J.C.**, quienes le comunicaron que se les había quedado el compresor y necesitaba ir al barrio “*El Salado*” a recogerlo.

Procedieron a dirigirse hacia el lugar, a ella la dejaron en el “*Topacio*” y siguieron su camino, vio a **H.S.G.C.** pasarse a la silla del copiloto.

En ese contexto, para el sentenciador de primera instancia resultó claro que los acusados fueron las últimas personas vistas con M.E.O.M..

27 Anexo: 04RemiteJuzgadoSentenciaPrimeraInstancia.pdf

A través de pruebas técnicas y el testimonio del intendente L.A.M., señaló que los acusados contaban con los abonados celulares 3209822265 y 3172540424, dispositivos que a las 14:02 horas reportaron señal desde la antena 6067 cara 1 y 6067 cara 2; respectivamente, comunicación que finalizó para los dos en la antena 6067 cara 1 sector del “Salado”.

Explicó que, según lo anterior, los acusados además de ser las últimas personas que estuvieron con M.E.O.M., también estuvieron en el lugar donde se encontró su cuerpo.

No cabe duda acerca del lugar, pues según el informe de inspección técnica a cadáver de 29 de noviembre de 2016; lo declarado por el primer respondiente y las declaraciones de los enjuiciados, pues verificadas y cotejadas esas pruebas, se tiene que el último lugar donde los acusados ubican a la víctima; es antes de iniciar la vía que conduce hacia “Huevos Oro”, sitio preciso donde fue encontrado el cadáver en avanzado estado de descomposición.

Añadió que, según L.F.C.S. y A.J.O.C., **H.A.J.C.** les mintió cuando preguntaron por el paradero de M.E.O.M.; pues; indicó que la policía lo había retenido al no portar los documentos del vehículo, sin que fuera cierto, según las averiguaciones que desplegaron.

También extrajo de las pericias que los procesados estuvieron en la vía que conduce a Bogotá a las 21:34 horas para ocultar la camioneta en un parqueadero de esa ciudad, donde la Policía Nacional la encontró el 11 de enero de 2017.

Con el examen anterior, predicó conocimiento más allá de toda duda razonable acerca de la responsabilidad penal de los enjuiciados, en el homicidio de M.E.O.M., encontrando acreditadas las circunstancias agravantes de los numerales 2° y 7° del artículo 104 del código penal.

Estimó que el homicidio tenía como propósito facilitar el hurto de la camioneta, pues al dejar a la víctima con vida correrían el riesgo de ser denunciados.

También lo sometieron a una condición de inferioridad al trasladarlo a una zona rural, poco poblada y transitada, para atentar contra su vida.

Explicó que el secuestro simple también se encontraba configurado, pues los acusados sustrajeron a M.E.O.M., a través de maniobras engañosas que emplearon para llevarlo a un ambiente controlado por ellos, sin necesidad de aprovechar ninguna forma de violencia como echó de menos el defensor.

Sin embargo, se acreditó que M.E.O.M., no pudo disponer de su libertad de locomoción mientras estuvo bajo poder de los acusados, pues, según el investigador H.E.Q.G., en el lugar en que fue encontrado el cuerpo, también se hallaron unas “amarraderas” plásticas, con registro fotográfico en las imágenes 36 a 38, lo cual fortalece la premisa de que M.E.O.M. fue llevado en contra de su voluntad, allí no solamente se apoderaron del vehículo, sino que le quitaron la vida.

Con lo anterior, encontró configurado el secuestro simple, que se concretó al momento de emplear maniobras para sustraerlo de su lugar de trabajo, para perpetrar el hurto y el homicidio. Igualmente, la circunstancia agravante prevista en el numeral 4° del artículo 170 del código penal, pues aprovecharon la confianza depositada por la víctima para llevarlo de un lugar a otro.

La hipótesis de la defensa fue incongruente con los relatos aportados por los acusados.

Se desestimó lo declarado por **H.A.J.C.**, al pretender excusarse señalando a un tal Frank Corredor, alias “*Francachelo*”, con quien supuestamente orquestó el plan para hurtar el vehículo dado que L.F.C.S., compañera sentimental de M.E.O.M., le había ofrecido dos millones de pesos para tal fin; y que no tuvieron nada que ver con el homicidio, ni el secuestro.

No se acreditó la existencia del personaje referido; al contrario, omitieron aportar información que permitiera su identificación. También carece de asidero el señalamiento contra L.F.C.S., pues no establecieron las circunstancias modales de la supuesta oferta económica, o cómo supo de ello, ni mucho menos las razones por las cuales pudiera conocer la existencia de una amistad o alguna otra relación entre la prenombrada y el supuesto Frank Corredor.

Al contrario, **H.A.J.C.** sí precisó que no conoció a L.F.C.S. sino hasta el 24 de noviembre, cuando compraron las pinturas; momento para el cual no señaló la presencia del mencionado Frank Corredor.

El Juez *a quo*, tampoco creyó que L.F.C.S. hubiera sufragado los gastos de gasolina para llevar la camioneta hasta Bogotá; ni que M.E.O.M. hubiera descendido del vehículo a recoger herramientas en “*El Salado*”, pues no conocía a nadie allí. Tampoco que hubiera abandonado el vehículo en otro momento, como lo quiso hacer creer el acusado.

Reiteró que, según la prueba técnica de reportes de llamadas, los dos acusados el 24 de noviembre de 2016, a las 14:04 horas, se servían de la antena 6067 cara 1, ubicada en “*El Salado*”, que corresponde al lugar donde fue ultimado y hallado el cuerpo sin vida de M.E.O.M., por lo que, no ofrece credibilidad que H.A.J.C. y H.S.G.C., insistan en que no estuvieron allí.

Igualmente, para la primera instancia fue inverosímil que este último no supiera que la camioneta era producto de un hurto, pues los dos ya habían aceptado responsabilidad penal por ese comportamiento anteriormente.

Enervó el argumento sobre la demostración de la causa de muerte de M.E.O.M., pues el médico forense G.J.L. explicó que no había suficientes elementos de juicio para determinar dicho aspecto, según la inspección técnica realizada al cadáver, y sus anexos; pero se evidenciaba que el cuerpo presentaba orificios en diferentes regiones, propios de una violencia física, además, en el lugar fueron

encontradas amarraderas plásticas, todo lo cual, indica que la muerte fue violenta y premeditada, excluyendo que fuera preterintencional.

En esas condiciones, señaló que la hipótesis defensiva no se ofreció creíble, por lo que impone el criterio señalado a partir de la valoración probatoria, y que arrojó como resultado la responsabilidad penal de los acusados.

5. RECURSO DE APELACIÓN²⁸

La defensa aspira la revocatoria de la sentencia condenatoria, y en su lugar, la absolución de **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.**, señalando que la correcta valoración de las pruebas debatidas en el juicio oral no demuestra la responsabilidad penal de los acusados.

Plantea que, el testimonio de A.J.O.C., hija del supuesto agredido, establece que se desplazaron voluntariamente y que los acusados no contaban con elementos para coaccionar al señor M.E.O.M.; y el análisis del sentenciador respecto a este testimonio, fue limitado pese a que se trataba de la única persona que estuvo presente en el trayecto hasta el barrio “*Topacio*”, en donde se bajó del vehículo.

Estima imposible que la prenombrada pudiera identificar a la persona que los acompañaba en el vehículo, pues tenía puesto un tapabocas, con lo cual, no podía afirmar que fuera **H.S.G.C.**, por lo que resultaba imposible proferir condena en contra de este, por lo que estima que hubo un yerro en dicha valoración probatoria.

Incluso, afirma, que cuando estuvo en el vehículo con su padre, **H.A.J.C.** y otra persona, fueron a la droguería, luego a su casa en el “*Topacio*” donde la dejaron; sin percibir coacción alguna.

La declaración de L.C.S., esposa de la víctima, no es sustancial, pues se limitó a señalar que vio a H.A.J.C. irse en la camioneta con su esposo; lo habían contratado para pintar un tráiler de comidas rápidas, pero no percibió nada indicador del homicidio, como tampoco del secuestro.

Por tanto, predica que no se configura el delito de secuestro agravado, pues **H.A.J.C.** no pretendió retener a M.E.O.M., sino que orientó su comportamiento para apoderarse del vehículo.

Asegura que la fiscalía fue limitada en su labor investigativa, omitió analizar la posibilidad de que otras personas intervinieran en la muerte de M.E.O.M..

Tampoco determinó la causa del deceso; ni la presencia de lesiones con objetos cortantes o contundentes, ni proyectiles, resultaba imposible predicar el homicidio pues, “*pudo haber fallecido por el miedo o pánico ejercido por los hechos*”, o alguna otra razón. Por lo anterior, no se puede determinar si existió un homicidio, mucho menos si fue doloso o preterintencional, por lo que persiste la duda.

28 072SustentacionRecursoApelacion.pdf

El patrullero E.Q. solamente informó haber visto el cuerpo en estado de descomposición; no estaba amarrado, y no fue claro en señalar la presencia de una cuerda en el sitio, y ésta, en todo caso, no fue incorporada como evidencia.

A su juicio, según los análisis de las celdas de teléfonos celulares, según el relato del investigador de cargo de la fiscalía general de la Nación; L.A.M. Páez, se determinó que H.S.G.C. se encontraba en el barrio “Montealegre”, mientras que H.A.J.C. estaba en el sector del “estadio”; es decir, lejos del lugar en el que presuntamente se produjo el fallecimiento.

Adicionalmente, refirió que H.S.G.C. era taxista, por lo que el día de los hechos se encontraba recorriendo la ciudad de Ibagué, y únicamente fue contratado por H.A.J.C. para conducir la camioneta objeto de hurto.

Advierte que proferir una condena adicional por el delito de secuestro agravado, contraviene el principio de *non-bis in ídem*, pues se trata de un concurso aparente de delitos; explica que la restricción de locomoción fue transitoria y empleada como medio para perfeccionar el hurto calificado con violencia sobre las personas.

Añadió que, para predicar la adecuación del delito de secuestro simple, es necesario definir la existencia de un propósito diferente a los del extorsivo, pero en todo caso, establecer una finalidad.

En síntesis, señaló que se trata de un concurso aparente de delitos que ha de disiparse a partir del principio de consunción, en cuyo efecto, la retención transitoria de la libertad que pudiera haberse presentado, hace parte estructural del hurto calificado, pues fue esa la violencia ejercida sobre el sujeto pasivo para “*apartarlo de su esfera de posesión*”.

Refirió que se trató de un plan criminal que involucraba a otras personas que no fueron investigadas; H.A.J.C. señala como implicada a la esposa del occiso y otro individuo conocido como “*Francachelo*”.

Desde su óptica con las pruebas practicadas en el juicio oral no existe evidencia sobre el tiempo de la detención del señor M.E.O.M.; no se precisó el momento del fallecimiento ni cuánto tiempo duró atado, supuestamente.

En conclusión, el examen probatorio no arroja el conocimiento necesario para proferir condena por los delitos de homicidio y secuestro, pues están vigentes otras posibilidades que tornan necesaria una decisión absolutoria.

6. CONSIDERACIONES DE LA SALA

6.1. Competencia:

Lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, habilita la competencia de este Tribunal para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia condenatoria de primera instancia; estudio que

se abordará con limitación a los tópicos propuestos por el recurrente, y aquellos aspectos que se encuentren inescindiblemente ligados a su objeto.

6.2. El problema jurídico:

Las plurales críticas a la sentencia, permiten identificar, los siguientes problemas jurídicos: i) si las pruebas acopiadas, tienen la idoneidad suficiente para predicar que se realizó el secuestro y el homicidio; ii) si se identificó a **H.S.G.C.**, como la otra persona que iba en la camioneta, y si se determinó su autoría (coautoría) en el secuestro y homicidio y; iii) si es factible el concurso real de las conductas punibles de secuestro y hurto (por el que ya se emitió condena) o simplemente la retención fue la necesaria para perpetrar el delito contra el patrimonio económico.

6.3. Marco legal y jurisprudencial de los aspectos relevantes para resolver:

Para una mejor comprensión del asunto, se examinará el alcance que jurisprudencialmente se les ha asignado a los puntos sustanciales de la controversia.

6.3.1. Secuestro simple:

Se compone de un sujeto indeterminado que puede cometer el ilícito por medio de cuatro verbos rectores alternativos; arrebatar, sustraer, **retener** y ocultar.

Con respecto al ingrediente subjetivo del tipo, exige que los motivos de ilícito **deben ser distintos** a los consagrados en el artículo 169 del mismo cuerpo normativo, que establece: “*exigir por su libertad un provecho o cualquier utilidad, o para que se haga u omita algo, o con fines publicitarios o de carácter político*”.

Es decir, quien incurra en los verbos rectores con un objeto distinto a los establecido en el artículo 169 -secuestro extorsivo-, incurre en secuestro simple, sin que sea necesario determinar el propósito que anima a restringir la libertad personal del sujeto pasivo.

La Corte Suprema de Justicia en Sentencia SP681-2022 de 9 de marzo de 2022, estableció que: “*De lo dicho de manera uniforme por la Sala se infiere que es suficiente con reducir o coartar la autonomía de locomoción de la persona para que se consume el secuestro sin que sea necesario que la persona obtenga la finalidad propuesta* (AP3103, jul. 25 de 2018, rad. 45259. Criterio recientemente reiterado en SP1674, may. 5 de 2021, rad. 55358)” (Negrillas fuera del texto)

Respecto al uso de la violencia, la misma Corporación estableció: “<<Y en CSJ AP, 9 oct. 2013, rad. 42431, reiterando lo dicho en CSJ SP 29 sep. 2010, rad. 29174, se indicó que “en el secuestro en cualquiera de sus modalidades típicas (arrebatamiento, sustracción, retención u ocultamiento), el retenido no puede circular libremente porque sus captores lo someten y disponen de medidas que le impiden movilizarse de acuerdo con su libre voluntad, **resulta irrelevante no solo el término que dure**

la privación de la locomoción, sino también la forma, violenta o no, en que fue llevado a ellos”>> (Negrilla fuera del texto)

En síntesis, se debe constatar que el sujeto pasivo se encontraba coartado de su libertad de locomoción, destacando que el ejercicio de violencia no es relevante para lograr esta privación, por lo que bien puede lograrse inicialmente dicho cometido con engaños.

6.3.2. Concurso real de conductas punibles, entre el secuestro simple y hurto:

Bastante enfática ha sido la línea jurisprudencial al determinar la concurrencia real de delitos, cuando además de la afectación de bienes patrimoniales, con el hurto, se ejerce retención, ocultamiento y, en todo caso, restricción de su derecho a la libre locomoción:

“...Así mismo, es necesario resaltar que ningún error contiene la adecuación típica que se ha efectuado en el presente asunto de lo ocurrido, en tanto, todo el recorrido criminal revela el despliegue de varias conductas punibles, que concursan de manera real (sobre el concurso real y efectivo entre el delito de hurto calificado y secuestro simple ver CSJ SP15944-2016, Rad. 46782; CSJ SP2295-2020, Rad. 50659, entre otras).

En efecto, aunque no se discute que todo el actuar punible encerró violencia, es necesario precisar que esta obedece a circunstancias distintas, que por su naturaleza afectan bienes jurídicos diversos, razón por la cual representan una conjunción de tipos penales perfectamente separables.

En este sentido, se encuentra acreditado que los asaltantes ingresaron al lugar por la vía violenta, portando lo que se supone eran armas de fuego, con las cuales intimidaron a los presentes en el lugar para, en un principio, despojarlos de sus bienes.

Pero, además, en la ejecución del hurto y con el ánimo de obtener impunidad, obligaron a esas mismas personas, amarradas y encerradas en una habitación, a permanecer en el lugar, sin posibilidad de auxilio ni capacidad de locomoción alguna, para así poder abandonar la zona sin dificultades.

Esto último advierte la Corte, representa sin lugar a dudas una clara y efectiva afectación de la libertad respecto de quienes se vieron impelidos, amarrados y encerrados, a permanecer por más de dos horas en el lugar, con la consecuente zozobra y afectación psicológica que ello aparea, efectos concretos que de ninguna manera pueden confundirse con el meramente patrimonial representado en el hurto.

Huelga anotar, como ya lo ha reiterado de manera pacífica la Corte en hechos similares, que la naturaleza del secuestro y el daño cobijado por este, no implica indispensable que la afectación de la libertad opere por días o periodos amplios, pues, se repite, el delito comporta real y concreta limitación de la libertad y capacidad de locomoción de las víctimas...

6.3.3. Conocimiento para condenar:

Según el artículo 29 de la Constitución Política, impera la presunción de inocencia como garantía de imparcialidad en la administración de justicia; tal cosa solamente desaparece con la emisión de una sentencia condenatoria y su ejecutoria.

Ese derecho fundamental se encuentra incorporado por el artículo 7º de la Ley 906 de 2004 como principio rector y conforme al cual corresponde al órgano de persecución penal la carga de la prueba acerca de la responsabilidad penal. La duda que se presente se resolverá a favor del procesado.

En consonancia, el artículo 381 *idem* establece que para condenar se requiere el conocimiento más allá de toda duda, acerca del delito y de la responsabilidad penal del acusado, fundado en las pruebas debatidas en el juicio.

Las pruebas encuentran finalidad en llevar al conocimiento del juez los hechos y circunstancias materia del juicio y, en caso tal, la responsabilidad penal del acusado como autor o partícipe²⁹. Tal cosa no puede pregonarse exclusivamente en pruebas de referencia, como explica el inciso final de la norma precitada.

6.3.4. La prueba indiciaria:

El principio de libertad probatoria del artículo 373 de la Ley 906 de 2004, permite acceder al conocimiento necesario para condenar mediante cualquier instrumento con capacidad demostrativa suficiente, aun a través de construcciones indiciarias, si revisten suficiencia y se entrelazan en torno a lo que es tema de prueba, y se respeta el debido proceso probatorio.

No es condición inexorable la concurrencia de medios demostrativos directos, acerca de la materialización por parte del autor de la conducta punible. Dicho entendimiento se acomodaría mucho más al sistema tarifado de evaluación probatoria, desconociendo el desarrollado normativamente; es decir, el de la libre persuasión racional.

El único vestigio actual del sistema en que el legislador anticipa la validez o valoración probatoria es el relacionado con la prohibición de admitir libremente la prueba de referencia, pues se establecen estrictas causales excepcionales. Igualmente, la restricción de fundamentar sentencia condenatoria, exclusivamente en esa categoría demostrativa. Todo lo cual se justifica porque generaría detrimento serio de garantías sustanciales del debate probatorio, como el derecho a la confrontación y la inmediación.

No podrían confundirse las limitadas posibilidades de la prueba de referencia con la eficaz amplitud de prueba indirecta, a la cual pertenece la prueba indiciaria, como se aprecia en la claridad hermenéutica que se ha adoptado jurisprudencialmente (SP 3274-2020, radicado 50587).

29 Artículo 372 de la Ley 906 de 2004

El indicio es una operación mental que realiza el juzgador, que le permite el conocimiento indirecto de la realidad. Presupone la existencia de un hecho indicador demostrado que suele desprenderse de una fuente con alguna conexión cercana al tema de prueba; es decir, cualquiera de los medios directos de conocimiento autorizados por la ley procesal -elementos materiales probatorios, evidencias físicas, testimonios, etc.- y permiten establecer racionalmente la existencia de otro hecho desconocido, mediante un proceso de inferencia lógica.

Es un producto del intelecto, ya que se concluye sobre la ocurrencia de un acontecimiento desconocido, por la aplicación racional de reglas de la experiencia, las leyes de la ciencia o principios lógicos, lo que lleva a que, de una proposición concreta y probada, se siga el consecuente derivado y su mayor fortaleza demostrativa dependerá de la eliminación o minimización de otras hipótesis racionales, serias, ciertas y objetivas, también explicativas de lo probado.

La Corte Suprema de Justicia, en decisión SP922 de 2019, radicado 53.473, sobre la forma como se construye el indicio y su eficacia para lograr el estándar de conocimiento para condenar, explicó:

“La Corte ha precisado que la prueba indiciaria hace parte del sistema probatorio colombiano a pesar de no aparecer mencionada en el artículo 382 de la Ley 906 de 2004, de manera que conservan plena validez las inferencias lógico – jurídicas fundadas en operaciones indiciarias.

También ha señalado que para construir un indicio debe existir un hecho indicador debidamente constatado, de manera que es necesario señalar cuáles son las pruebas del mismo y qué valor se les confiere. Si no se cuenta con pruebas del hecho indicador, o existiendo no se les da credibilidad, no puede declararse probado y, por ende, no hay lugar a la construcción de ningún indicio.

Demostrado el hecho indicador, se debe explicitar la regla de la experiencia que otorga fuerza probatoria al indicio, pues eventualmente puede ser falsa, o tomada con un alcance diferente al que realmente tiene y, por ello, es indispensable expresarla para garantizar su contradicción.

Enseguida debe enunciarse el hecho indicado, cuya fortaleza dependerá del alcance de la regla de la experiencia. Y, por último, tiene que valorarse el hecho indicado, en concreto y en conjunto con los demás medios probatorios, en orden a concluir qué se declara probado (SP1569-2018).

La prueba indiciaria puede fundar una sentencia cuando en forma unívoca y contundente señala la responsabilidad o inocencia del implicado en los hechos punibles investigados. Con todo, la valoración integral del indicio debe considerar todas las hipótesis que puedan confirmar o descartar la inferencia realizada a efectos de establecer su validez y peso probatorio.”

Principalmente sobre la idoneidad de fundamentar una sentencia condenatoria únicamente con base en prueba indiciaria, en la medida que se descarten otras variables, se puede revisar SP4638-2020, dentro del radicado 49.066 y SP4126 de 2020, radicado 55.641.

6.4. El caso concreto:

Lo primero que debe aclarársele a la defensa es que en el actual sistema de procesamiento penal no corresponde a la Fiscalía la investigación integral, sino que basta la actividad probatoria suficiente para respaldar su teoría del caso, por lo que si emergen posibilidades exceptivas, como la autoría de un tercero; en la medida que es una estrategia que apunta a los intereses del acusado o acusados, es a la defensa a quien corresponde la actividad probatoria en esa dirección para oponerse a la tesis de la acusación.

“En un sistema procesal acusatorio en el que no rige el principio de investigación integral, es claro que la actividad probatoria de la fiscalía y la tarea de desvirtuar dicha presunción, se agota con la demostración de los hechos en los que funda la acusación, al igual que la ejecución de los mismos en cabeza del sindicado, así como el conocimiento que debe expresar a la defensa acerca de la existencia de un medio de convicción favorable a sus intereses. De allí que la defensa adquiera el compromiso de demostrar las circunstancias que se opongan al soporte fáctico de la acusación, pues de lo contrario el procesado se expone a una condena.

(...)

‘La dinámica probatoria característica de un proceso acusatorio, implica superar la visión sobre que la controversia de la prueba se entendía satisfecha a través de un mero ejercicio argumentativo de la parte acusada en la que incluso, ésta podía utilizar como razón para demandar la aplicación del in dubio pro reo o la presunción de inocencia, el hecho de que la Fiscalía no encaminó su tarea investigativa a ofrecer elementos de convicción para desestimar las exculpaciones del procesado basadas en su mero testimonio.

*‘Este tema ha sido desarrollado por la jurisprudencia de la Corte en los términos antes enunciados, pues se ha destacado que la carga de la prueba debe entenderse desde una perspectiva formal y material, según la cual **a las partes les corresponde probar sus afirmaciones o negaciones**, hechas al interior del proceso, y de no hacerlo, se generan consecuencias adversas³⁰. Y aunque una afirmación en tal sentido, no correspondería en principio con el proceso penal dada la oficiosidad que lo rige, al igual que la presunción de inocencia que cubre al acusado, ello no quiere decir que la parte acusada tenga que asumir una actitud pasiva frente a las pruebas de cargo*

30 Sentencia del 29 de agosto de 2007, radicado 23.906

*del acusador; el nuevo sistema impone a la defensa una actitud diligente en la recolección de los elementos de convicción a su alcance, pues ante el decaimiento del deber de recolección de pruebas exculpatorias a cargo de la Fiscalía, fruto de la índole adversativa del proceso penal, la defensa está en el deber de recaudar por cuenta propia el material probatorio de descargo. El nuevo modelo supera de este modo la presencia pasiva del procesado penal, comprometiéndolo con la investigación de lo que le resulte favorable, sin disminuir por ello la plena vigencia de la presunción de inocencia”.*³¹

En esas condiciones, ante la probabilidad de verdad predicada en la acusación, en torno a que los autores -coautores- del homicidio y secuestro del señor M.E.O.M., eran los acusados, a la defensa le correspondía oponerse probatoriamente, para tratar de derruir esa tesis –sin que ello conspire contra la presunción de inocencia, ver sentencia C 591 de 2005-, y no quedarse apenas en el plano especulativo o esperando que la fiscalía se ocupara de ello, pues soslaya que en la actualidad no le concierne a ese ente la investigación integral.

Con el fin de absolver los temas controvertidos, deberá decantarse lo que no es objeto de discusión.

En primer lugar, el 29 de noviembre de 2016, en la vereda “El Palmar”, sobre el kilómetro 1 de la vía “huevos oro”, del barrio “El Salado” en la ciudad de Ibagué, fue encontrado el cuerpo sin vida de M.E.O.M., sin que fuera posible determinar la causa de muerte dado el estado de descomposición en que se encontraba, y los efectos de la intromisión de la fauna lugareña.

De acuerdo con el informe de inspección técnica a cadáver del 29 de noviembre de 2016, presentó 5 orificios en diferentes regiones del cuerpo, pero sin que se detallara su naturaleza, o la capacidad de dañar órganos vitales.

A.J.O.C., vio a su padre M.E.O.M., por última vez, el 24 de noviembre de 2016, cuando se dirigía en su camioneta “Jeep Cherokee” de placas BCU853 hacia el barrio “El Salado” de Ibagué, con dos hombres que había contratado para que le realizaran un trabajo de pintura a un tráiler de comidas rápidas de su propiedad.

Tampoco discrepó la defensa, que uno de los hombres que se transportaba con M.E.O.M. era H.A.J.C.; al punto que el acusado, aunque aduciendo otros fines y brindando otras explicaciones, reconoció que acordó con el primero, dicha labor; para ello, lo acompañó a comprar las pinturas en la mañana, y **en la tarde se desplazó con él hacia “El Salado” después de dejar a A.J.O.C. en “El Topacio”.**

L.F.C.S. coincidió sobre los aspectos centrales, pues, incluso, en la mañana de ese día, acompañó a su pareja a realizar esas compras.

El primer punto importante para dilucidar es si la prueba acopiada permite predicar que el acompañante de H.A.J.C., hacia “El Salado” era el acusado H.S.G.C..

31 Sentencia del 25 de mayo de 2011, radicado 33.660

En primer término, A.J.O.C., en su declaración, individualizó, sin dudar, tanto a **H.A.J.C.** como a **H.S.G.C.** en la camioneta de su padre, cuando se dirigió a “El Salado”. Los vio llegar juntos a la farmacia de la calle 36 con ferrocarril después de las 12 y 30 del mediodía y se desplazó con ellos en la camioneta hasta el “Topacio”, donde se quedó más o menos faltando 15 para las dos de la tarde.

Para ella fue particularmente llamativo que **H.S.G.C.** se pasó, presurosamente, de la silla de atrás a la del copiloto, donde ella iba, pese a que su padre no acostumbraba a permitir que cualquier persona se hiciera en ese lugar.

No dudó que fuese dicha persona, a quien describió de: “...*estatura media; delgado; ojos negros; trigueño; delgado; nariz mediana y el cabello castaño negro oscuro, negro (...) como 25 años y la estatura 1,63; 1,65...*”. Coincidiendo con la mayoría de sus características, según lo estipulado (fl. 9), pues es delgado; de ojos castaños; cabello castaño; 24 años para 2016, dado que nació el 14 de septiembre de 1992.

Si bien es blanco y mide 1,72, aunque no es una diferencia abismal, no puede soslayarse que lo vio sentado y solo lo percibió de pies, momentáneamente, cuando se pasó a la silla del copiloto.

Nótese que en la descripción efectuada no aludió la boca o el maxilar inferior, lo cual es coherente con el hecho de que percibió que llevaba un tapabocas.

Por eso cuando se le inquirió sobre si llevaba algo en la cara, hizo referencia a dicho accesorio, pero, como se vio, ello no le impidió **reconocerlo incluso a través de un álbum fotográfico en tareas investigativas**, y fue cuando se enteró de su nombre porque cuando lo vio con su padre, no lo sabía.

Lo reconoció en otra oportunidad y en el juicio oral, durante su declaración, como se dejó constancia en el registro respectivo.

En esas condiciones, es infundado el planteamiento, según el cual, el uso de tapabocas pudiera imposibilitar el reconocimiento de una persona, como propone la defensa; pues si bien cubre la boca y el mentón, y eventualmente parte de la nariz -si está bien puesto-, pueden apreciarse otras partes relevantes del rostro como las cejas; los ojos, las orejas; y la frente, que, aunadas a otras características físicas, como la edad aproximada; la estatura; la contextura; el tono de piel; y el cabello, permiten su identificación; como en este caso.

No se percibe ninguna razón que pudiera motivar a A.J.O.C. a señalar falsamente a una persona inocente; en especial tratándose de la muerte de su padre, aspecto que denota, naturalmente, un interés por conocer la verdad y que el delito no quede impune frente a los verdaderos responsables; pues, no sería acorde a lo que suele suceder que se comprometa a cualquier persona de un ilícito, a riesgo de dejar sin sanción al responsable.

No pasa por alto, que sin haber presenciado la muerte de su padre; señalara directamente a los coacusados como los responsables, pues era lo que desde su

perspectiva infería en el contexto de que fue con las últimas personas que lo vio con vida; sin que se advierta por ello animadversión o sesgo.

Además, la única oportunidad en que pudo ver personalmente a **H.S.G.C.**, antes del proceso penal, habría sido el día de los hechos; por lo que resulta inverosímil pensar que faltó a la verdad, para perjudicar a alguien que no conocía previamente a los hechos que interesan.

Su testimonio en general es creíble; libre de mendacidad, y coherente en su estructura narrativa, con plena explicación de su dicho, y en particular sobre la individualización de los sujetos que continuaron hacia el “*Salado*”, el último día que vio con vida a su padre. Guardó correspondencia temporal con lo relatado por L.F.C.S..

La concurrencia de **H.S.G.C.**, acompañando a **H.A.J.C.** durante los momentos relevantes, no solo se extrae de medios testimoniales.

Lo referido por A.J.O.C., en cuanto que los vio dirigiéndose al sector de “*El Salado*”, donde fue hallado el cuerpo de M.E.O.M.; se corrobora con la prueba técnica incorporada por los investigadores C.A.P.A. y L.A.M.P.

En efecto, mediante búsquedas selectivas en bases de datos de empresas de telefonía móvil, se pudieron obtener los reportes entrantes y salientes de llamadas de líneas de abonados celulares seleccionadas con la información aportada en la investigación, y las celdas reportadas en cada comunicación. El criterio de dichas búsquedas consistía en analizar la información reportada por las empresas, con el relato de las denunciantes.

L.A.M.P. explicó que una celda de telefonía celular es como se llama a la antena a través de la que se genera la comunicación al realizar o recibir una llamada. Señaló que los radios de cada antena difieren, por lo que no podía precisar su alcance, pero sin duda, el registro de cada celda indica que **el portador del teléfono celular se encontraba en su radio al momento de la llamada.**

Para identificar los abonados celulares de los coacusados, fue esencial el registro de llamadas del celular de M.E.O.M., número 3118585470, aportado por L.F.C.S. a la investigación.

Teniendo en cuenta que la precitada les informó a los investigadores que, en la mañana del 24 de noviembre cuando se encontraban en el centro de la ciudad para adquirir las pinturas, M.E.O.M. llamó a **H.A.J.C.**, porque se estaba tardando en llegar; la búsqueda arrojó como resultado que, en esa fecha, a las 7:55 y 8:41 de la mañana, M.E.O.M. se comunicó con el número de celular **3229822265.**

Se estableció, en el juicio oral, que el mismo número de contacto fue aportado por los acusados en **el parqueadero de Bogotá, en donde dejaron la camioneta “Jeep Cherokee”;** es decir, el **3229822265.**

Adicionalmente, los investigadores explicaron que recopilaron información acerca de los IMEI en que fue empleada la mencionada línea telefónica, destacando

que, para la época de noviembre de 2016, se trató del 865848021006958. IMEI que también registraba la utilización de la línea 3118693337, correspondiente, según la búsqueda a través de redes sociales, con el perfil en “Facebook” de **H.A.J.C.**.

Incluso al citado sujeto al momento de la captura le incautaron el teléfono con ese IMEI, aunque en la aprehensión portara otro número móvil: 3212237172.

El investigador L.A.P.M., informó que, mediante solicitudes de información a empresas de servicios de telefonía móvil, constataron que la línea número **3172540424** le pertenece a **H.S.G.C.**, pues fue quien la contrató.

Por eso, se contrastó que entre los abonados telefónicos **3229822265** y **3172540424** existieron comunicaciones fluidas incluso días antes del 24 de noviembre, y ese día, se estableció técnicamente, de acuerdo con los reportes de celdas y el aplicativo *net monitor*, que a las 9 y 53 de la mañana, se encontraban en el radio de la antena 4671 cara 7 “*Tol. Santa Teresa*”.

Posteriormente, ese mismo **24 de noviembre de 2016**, con base en las comunicaciones, destacó que a las 2 y 3 de la tarde, **los dos se encontraban** en la celda 6067; inicialmente el 3209822265 en la cara 1 y el 3172540424 en la cara 2; y finalizó para los dos en la cara 1, antena correspondiente al barrio “*El Salado*” de Ibagué, y para el **25 de noviembre, los registros los ubican en la ciudad de Bogotá**.

Apoyado en el informe de campo de 5 de abril de 2017, el investigador L.A.M. Páez, explicó que a través del aplicativo “*Net Monitor*” se verificó que los registros de comunicaciones señalados el 24 de noviembre en horas de la tarde, **se reportan en la misma celda que tiene cobertura en las coordenadas N 04°27’34.9” W 075°08’42.1”, que corresponden al lugar en donde fue encontrado el cuerpo de M.E.O.M.**

Es decir, que objetivamente lo declaró por A.J.O.C., sobre que los dos acusados se encontraban con su padre al dirigirse al “*Salado*”; sector donde fue hallado el cadáver, tiene plena corroboración.

Si bien es cierto que el investigador L.A.M.P. dio cuenta que **H.S.G.C.** se encontraba en el barrio “*Montealegre*”, mientras que **H.A.J.C.** en el sector del “*estadio*”, soslayó, deliberadamente, que ello fue a la 1 y 26 de la tarde, lo cual no impedía que más de media hora después estuviesen en el sector “*el salado*”, pues en el “*Topacio*”, arribaron faltando, más o menos 15 para las dos de la tarde, según lo informado por A.J.O.C., y de allí al salado es relativamente cerca.

Resáltese que desde las 2 y 3 de la tarde, no volvieron a tener actividad; cuando se encontraban juntos, sólo se tiene reporte después de las 4 de la tarde, en el sector “*Cementerio*” en el caso del señor Hugo y Harman en el sector “*Licorera*”.

En las anotadas condiciones, deviene inane el esfuerzo de **H.A.J.C.** al tratar de hacer creer que Jairo Sánchez era quien lo acompañaba en la camioneta; dado lo fantasioso de ese personaje, no estuvo en condiciones de explicar en qué momento

se separó de la escena, puesto que, conforme a su relato, una vez M.E.O.M. abandonó su camioneta para irse con “*Frank Corredor*”, él quedó solo en el vehículo.

Pero agréguese, lo absurda que emerge dicha propuesta, en la medida que, supuestamente, lo había contratado para que le ayudara a pintar; cuando se sabe que solo fue un ardid para hacer que la víctima fuese hasta “*El Salado*”. Además, si, como lo admitió, su propósito era cometer un delito -así fuera solo el de hurto- carece de lógica que llevara consigo a una persona que lo podría delatar, al no estar integrado al plan criminal.

Ergo, lo más razonable es que fuera con una persona de su absoluta confianza, por hallarse integrado al plan delictivo.

No es extraño que, en eventos de la realización delictiva conjunta, sea un propósito posterior, evitar la incriminación de todos los partícipes, para garantizar intereses económicos o como un pacto de no delación mutua; o, en general, por una especie de solidaridad delictiva, de ahí que el otro acusado tratara de negar la presencia de **H.S.G.C.**

Menos se alcanza ese objetivo de liberar de responsabilidad a **H.S.G.C.**, con la versión de Luis Alfonso Muñoz Parra, pues solo se remitió a que laboraban conduciendo un taxi, pero no precisó si el día de los hechos, aquél laboró en el horario habitual; pues no recordaba fechas ni horas.

De cualquier forma, no habría podido corroborarlo, pues tenían turnos diferentes ya que conducían el mismo carro, así que no podría ser directo su conocimiento acerca del estricto cumplimiento de la jornada laboral por parte de su compañero aquel día; pues bastaba con que entregara el producido y el carro a la hora convenida; es decir, a las 4 de la tarde.

Tampoco tendría cabida la inexplicable coartada de **H.S.G.C.** en cuanto que ni siquiera tuvo participación en el hurto de la camioneta porque, desconociendo ese hecho, se limitó a llevar el vehículo a Bogotá a cambio de recibir \$200.000 pesos, para hacerle un favor a un familiar, tratando de desconocer la aceptación de responsabilidad penal, por ese delito, por lo que fue condenado, junto al otro acusado, dentro del radicado 73001-60-00000-2018-00009 NI. 53687, por el Juzgado Tercero Penal Municipal con función de conocimiento de Ibagué.

Con base en la credibilidad asignada a la prueba de cargo, y enervada la de descargo, de los hechos demostrados, se explicará por qué afloran pluralidad de indicios graves.

Es innegable la presencia de los dos acusados en el vehículo en el que fue por última vez el señor M.E.O.M., en dirección al barrio “*El Salado*”.

De allí se infiere con claridad meridiana, que tenían la **oportunidad temporo – espacial**; es decir, **material** de secuestrarlo o matarlo, al ser las últimas personas con quienes estuvo, antes de aparecer muerto.

En otras, palabras, constituye un indicio grave de responsabilidad frente a dichos comportamientos punibles, pues, solo quien tiene a su alcance físico al sujeto pasivo, puede desplegar dichas exteriorizaciones comportamentales, mucho menos cuando se sabe, de ante mano, que, para el propósito de apropiarse de un automotor, podrían encontrar resistencia y verse abocados al uso de la fuerza que desencadenara esos resultados, contra la libertad o la vida.

Es que no fue fortuito, pues llevarlo a un sector despoblado, como el aquél donde se encontró su cuerpo sin vida, era para facilitar la ejecución de esos comportamientos, con el fin de alcanzar el delito contra el patrimonio económico, como parcialmente lo admite **H.A.J.C.**, solo que tratando de hacer creer que lo subsiguiente le era achacable a terceros.

Por supuesto, para la Sala, igual que para la primera instancia, no existe ningún referente probatorio fiable para admitir que en el plan criminal estuviesen involucrados un supuesto Frank Corredor, alias “*francachelo*”, y L.F.C.S., compañera sentimental de M.E.O.M., y luego obtener un dinero por la devolución del vehículo, y que por apoderamiento y llevarlo a un parqueadero en Bogotá, recibiría 2 millones de pesos.

No hizo, ni el más mínimo esfuerzo de la defensa para averiguar sobre la existencia de “*Frank Corredor*”, pues, si era tan cercano a M.E.O.M., lo mínimo habría sido preguntarle sobre ello a A.J.O.C., o alguna situación relevante para el caso en relación con él.

Es que además de carente de soportes demostrativos, emergen aspectos que lo tornan inverosímil, como, por ejemplo, que pese a la desconfianza que caracterizaba a M.E.O.M. -según su hija- abandonara, sin más, su propio vehículo dejándolo, con llaves, a merced de **H.A.J.C.** a quien solamente conoció un día antes.

Igualmente, en relación con L.F.C.S., quien supuestamente coadyuvó en la elaboración y patrocinio del plan criminal; sin embargo, la defensa guardó particular desinterés en ventilar este tema en el ejercicio del contradictorio cuando aquella declaró en el juicio oral.

En el presente caso, reitérese, no obra ningún medio probatorio que apunte a esa tesis, por lo que no puede acogerse el esfuerzo retórico en esa dirección. En esas condiciones, el indicio se mantiene en cuanto que las personas que estaban en condiciones de secuestrar y matar a M.E.O.M. fueron los acusados.

De otro lado, a partir del hecho cierto de que **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.** se apoderaron de la camioneta “*Jeep Cherokee*” de placa (...), se colige, igualmente, la **capacidad moral para delinquir.**

Quien, por sus actos devela que poco o nada le importa infringir la ley, se puede pensar que está en condiciones de realizar otros reatos, bien fuera para facilitar una conducta como la de hurto, o para tratar de asegurar el producto, o la impunidad.

Igualmente, los acusados requerían retener a la víctima para despojarla de la camioneta. Además, a eso de las 5 y 30 **H.A.J.C.**, a la farmacia de “*El Libertador*” con las llaves de la farmacia y del edificio; de las cuales despojó a M.E.O.M., ello indicaba que lo tenían bajo su disposición (secuestrado) o si ya había cesado esa retención era porque lo habrían matado.

En ese encuentro, para lo que interesa en este *ítem*, pretendió que se le entregara la clave de acceso a dicha farmacia, cuando ya se encontraban en la de la 37, como lo informó A.J.O.C., sin que lo lograsen, porque empezó a generar sospechas.

Dicha circunstancia devela que no era solo el interés de apropiarse del vehículo sino quizás de otros bienes, para lo cual, reitérese, requerían mantener retenido y oculto a M.E.O.M., de donde se deriva, sin duda, el indicio grave de responsabilidad en cuanto que tenían un **móvil para delinquir**, pues, tanto en actividades cotidianas, como en las delictivas, las personas han de tener una motivación para obrar en determinada dirección.

Con el mismo objetivo, de mantener oculta a dicha persona, fue recurrente que les mintieran a sus parientes sobre lo que sucedía con él. En efecto, en el comentado encuentro, L.F.C.S. reportó que, dicho procesado, le indicó que a M.E.O.M. lo había retenido la policía porque no tenía documentos del carro, por lo que los buscaron, sin encontrarlos y le entregó el celular de este, pues lo había dejado.

Por eso, cuando A.J.O.C., llamó a su padre a eso de las 6:00 de la tarde, finalmente, contestó **H.A.J.C.**, e igualmente le informó que había un retén en “*El Salado*”, y como su papá no llevaba documentos del carro, los detuvieron, por lo que lo envió a buscar el celular y los documentos.

Ante la insistencia de las referidas mujeres frente al paradero de M.E.O.M., el pluricitado acusado, optó por dejar la posibilidad que estuviera capturado, pues les indicó que aquél les había dado \$300.000 a los policías para que no le retuvieran el vehículo.

Dichos engaños, sumados al de hacer ir hasta “*El Salado*” a la víctima, supuestamente a recoger un equipo, permiten entrever que lo único que necesitaban era aislarlo en un sitio remoto, y mantener a la familia sin mayor alarma -y ganado tiempo-, mientras ejecutaban la retención y posible muerte de la víctima, y luego desplazarse hasta Bogotá en el vehículo hurtado. En esas condiciones, emerge el indicio grave de la **mentira**, pues las personas cuando mienten lo hacen para tratar de cubrir algún reprochable proceder.

Finalmente, no podría soslayarse que A.J.O.C., percibió otro hecho relevador. Cuando ella se bajó de la camioneta, de manera apresurada **H.S.G.C.**, se subió al puesto de copiloto, lo cual le generó extrañeza porque su padre jamás permitía a personas desconocidas ocupar ese lugar, dado que era muy desconfiado.

Sumado a que, contrario a lo que solía suceder que esperara para que ella se despidiera de él, arrancó de inmediato.

Esos hechos, debidamente probados, permiten inferir que esa actitud obedecía al aseguramiento del control sobre la retención del señor M.E.O.M., en la medida que era más eficaz teniendo una persona al lado y otra detrás, y con ese dominio era factible que le exigieran al conductor emprender la marcha inmediatamente.

De allí que esas actitudes de víctima y uno de los victimarios daban cuenta del inicio de ejecución del comportamiento dirigido a retener a aquélla.

Sobre el particular, debe responder a la defensa que luce absurdo pretender que la hija de la víctima no percibiera coacción alguna, soslayando que el plan criminal implicaba, inicialmente llevarlo engañado hasta “*el Salado*”, precisamente para evitar sospechas de ejercer alguna violencia frente a terceros que alertara de la situación.

Tampoco era necesario que exhibieran armas con las que luego estuvieran en posibilidad de someter al sujeto pasivo, pues, en todo caso, como lo transmitió A.J.O.C., sí llevaban elementos de trabajo que eran idóneos para intimidar o lesionar, como destornilladores y espátulas.

En esas condiciones, se erige un indicio referente a objeto aptos en manos de los procesados para desarrollar las conductas punibles de secuestrar y matar.

Finalmente, en el escenario en el que fue hallado el cadáver de M.E.O.M., se encontraron unos rollos de cinta y una especie de amarraderas hechas con cinta, de donde se desprende la alta posibilidad que ese hubiera sido el mecanismo con el que retuvieron a dicho señor, y, eventualmente, para facilitar el atentado contra su vida.

Si bien es cierto, el patrullero H.E.Q. fue claro en que el cuerpo sin vida no tenía ataduras, ello no descarta que lo hubiese estado, acorde al hallazgo “*Se fija con testigo métrico trozos de cinta adhesiva transparente, la cual presenta formas de amarre*”, tal como se detalló en las imágenes de la 36 a la 38, del informe investigador de campo fotógrafo del 29 de noviembre de 2016.

Sin que pueda dejar de apreciarse por el hecho que no se hubieran incorporado materialmente, porque se dio cuenta de esos elementos por vía documental -debidamente ingresada al juicio oral-, con los planos fotográficos y con la descripción de los hallazgos en la inspección técnica al cadáver y a la escena.

En esas condiciones, no hay duda de que los indicios graves se concatenan armónicamente en dirección a que los acusados, retuvieron y ocultaron al señor M.E.O.M..

En efecto, tenían la capacidad material y moral para hacerlo, mintieron para llevarlo con engaños hasta un lugar apartado, pues los animaba apropiarse de la camioneta y de ser posible de elementos de una de las farmacias, por eso lo despojaron de las llaves. Dentro de la trama mintieron para facilitar las conductas punibles, tenían elementos aptos para doblegar la voluntad del referido señor, se aseguraron de ocupar el puesto del copiloto, y al parecer lo obligaron a arrancar

presurosamente, hasta el sector donde fue hallado el cuerpo sin vida, cerca de lo que les pudo servir como amarraderas.

Cabe precisar que el comportamiento punible de secuestro se perpetró porque inicialmente lograron con artimañas llevar a la víctima hacia el sector donde planeaban retenerlo y ocultarlo, y de lo probado emerge que luego se debió ejercer la fuerza para su plena consumación.

Igualmente, se equivoca la defensa cuando estima que la retención fue transitoria, y apenas necesaria para comisión de la conducta punible de hurto, pues, lo probado implica que, desde antes de las 2 de la tarde quedaron con la víctima y lo ocultaron de su familia, como mínimo hasta antes de las 4 de la tarde -cuando debieron estar con él-, mientras ocultaban la camioneta y engañaban a sus familiares sobre su paradero.

Como se vio, jurisprudencialmente (6.3.2), en estos eventos, no se exige larga duración, por lo que es indiscutible el concurso real de tipos penales de hurto y secuestro.

No es cierto que se vulnere el principio de *non-bis in ídem*, porque la violencia sobre las personas no implica su retención u ocultamiento, como el desplegado en este caso; es decir, tanto el medio como el fin eran delitos perfectamente diferenciables y violatorios, no solamente del patrimonio económico, sino, también, de la libertad personal.

También luce equivocado pensar que se requiere un propósito específico para la configuración del secuestro, solo basta que sea uno diferente al extorsivo; por lo que bien podría ser para la consumación o aseguramiento de otro delito.

No se soslaya que en la acusación³² solamente se dedujeron los comentados verbos rectores, pero la primera instancia, también dedujo que los acusados *sustrajeron* a través de artificios y engaños, a M.E.O.M..

Esta incongruencia es intrascendente; pues, no afecta el derecho de defensa ni contradicción, dado que han tenido la oportunidad de controvertir la calificación jurídica por la que se les llamó a juicio, e igualmente, emerge que sí realizaron la retención y el ocultamiento, achacados por la Fiscalía, y con su conjugación es suficiente para la estructuración delictiva, al tratarse de verbos rectores alternativos; es decir, con solo uno de ellos bastaría.

En consecuencia, acertó el Juez *a quo*, al condenar a los acusados como autores (coautores) por el delito de secuestro simple agravado.

También se estableció que, para lograr la retención y el ocultamiento, los acusados aprovecharon la confianza depositada por el sujeto pasivo, al llevarlos a recoger una herramienta que requerían para realizar el trabajo acordado, con lo

32 Ver audiencia de acusación: 036GrabaciónAudienciaAcusacion.wmv, a partir de récord: 00:31:00.

cual se actualizó la circunstancia contenida en el numeral 4° del artículo 170 del Código Penal.

Aunque varios de los citados indicios confluyen para predicar la responsabilidad penal de los acusados frente al homicidio, a diferencia del delito de secuestro, como bien lo predicó la defensa, no es posible arribar a la convicción más allá de toda duda razonable, en cuanto a que lo hubieran matado.

Por supuesto, fueron las últimas personas que lo vieron con vida; por tanto, con la oportunidad material de producir ese resultado y la capacidad moral para hacerlo.

Aunque también podría pensarse que el móvil no solo era para tener tiempo para realizar comportamientos punibles contra el patrimonio económico, sino para lograr impunidad, pues era la persona en condiciones de señalarlos directamente del hurto de la camioneta y del secuestro.

Sin embargo, este último aspecto se debilita porque, como se vio de lo analizado, también hubiera sido menester acallar a la hija y compañera de M.E.O.M., por lo que pierde, de algún modo relevancia.

Sin embargo, lo central que genera perplejidad, es que no se sabe qué causó su muerte, si fue por la acción de otros seres humanos; pues apenas quedó en el plano de la posibilidad que fuere con alguna herida a nivel de la garganta y a pesar del hallazgo de orificios, no se concluyó que tuvieran entidad de mortales, ni qué lo pudo causar si una acción humana o luego de su fallecimiento se lo produjeron los animales que allí arribaron ante la descomposición del cuerpo.

Ciertamente se acreditó con la inspección técnica al cadáver y en el informe investigador de campo con el correspondiente al registro fotográfico, que presentaba orificios en región axilar derecha; en muñeca derecha, en dorso de la mano izquierda; en región maMARÍA izquierda y en la zona de la fosa iliaca derecha.

Es decir, al menos tres en zonas vitales, pero sin que, en la necropsia se estableciera algún nexo con la muerte y menos de qué manera se habrían producido. Aunque, en el contexto visto, sería razonable pensar que los causantes fueron los coacusados, pero ello no sería suficiente para satisfacer el estándar probatorio que debe irrigar una sentencia condenatoria.

En ese orden de cosas, la muerte pudo producirse por cualquier causa y no solo por alguna acción lesiva realizada por los acusados.

Ante la falta de contundencia probatoria sobre el particular, mal se haría en especular con eventuales causas de muerte, como las propuestas por la defensa *“por el miedo o pánico ejercido por los hechos”*, pero, mucho menos, achacárselas a los procesados, como sería predicando en su contra un homicidio, doloso, preterintencional o, inclusive, culposos.

En esas condiciones, aunque es probable que los acusados hubiesen desplegado la conducta punible de homicidio, lo cual satisfizo el estándar probatorio

para acusar, en el juicio la Fiscalía no alcanzó la prueba necesaria para condenar, ya que son, en verdad, serias las dudas y por demás insalvables, las que afloran en el presente asunto, pues ni siquiera se estableció la causa de muerte, relevante para saber si a la víctima la mataron seres humanos o murió por otras causas.

En el panorama dibujado es patente que la duda razonable y objetiva que emerge no puede disolverse.

En consecuencia, antes las dudas insalvables sobre el particular, se impone absolver por el delito de homicidio, por el que fueron acusados; por lo tanto, al respecto deberá se revocará la condena, y, como se anticipó, **solamente se mantendrá por el delito de secuestro simple agravado.**

Por lo anterior, se debe ajustar la pena, a la deducida solo por el delito contra la libreta personal.

Respetando las consideraciones del señor Juez *a quo*, se deberá mantener la pena principal privativa de la libertad de 256 meses de prisión y la de multa en 1.066,67 s. m. l. m. v., en lugar de los 406 meses de prisión y multa en 1.066,67 s. m. l. m. v., por lo que deberá modificarse la sentencia de primer grado.

Dado que la variación de la pena privativa de la libertad no repercute en la accesoria de rigor, al mantenerse en el margen máximo de 20 años, ni tampoco frente a las consideraciones en relación con los mecanismos alternativos a la pena privativa de la libertad, no se requiere revisión.

En todo lo demás, se confirmará la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO. – Revocar la condena impartida a **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.** como coautores del delito de homicidio agravado y, en su lugar, se les absolverá de dicho cargo, por las razones expuestas en la parte considerativa.

SEGUNDO. – Modificar el fallo impugnado, concretamente en el numeral segundo de la parte resolutive, para imponer, en lugar de 406 meses, como pena principal privativa de la libertad de prisión a los señores **H.A.J.C.** y **H.S.G.C.**, **256 meses o lo que es lo mismo 21 años y 4 meses**, como coautores de la conducta punible de secuestro simple agravado.

TERCERO. – Confirmar, en lo demás, la sentencia objeto de apelación.

CUARTO. – La decisión proferida queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso de casación, que debe interponerse en los cinco (5) días siguientes a su notificación, según el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JUAN CARLOS CARDONA ORTÍZ
Magistrado

JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA
Magistrada

LUIS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA
Magistrado

**FEMINICIDIO: CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN
PUNITIVA Y PRESUPUESTOS PARA EL RECONOCIMIENTO
DE LA CIRCUNSTANCIA DE ATENUACIÓN DE IRA E
INTENSO DOLOR**



**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ
SALA DE DECISIÓN PENAL**

RADICADO CUI	73-001-60-00-450-2021-01270
N.I.	68449
DELITO	FEMINICIDIO AGRAVADO
ACUSADO	J.F.A.R.
ASUNTO	APELACIÓN SENTENCIA LEY 906/04
DECISIÓN	CONFIRMA

Ibagué (Tol.), siete (7) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)
(Aprobado mediante Acta No. 1299 de la fecha)

1. OBJETO DE LA DECISIÓN

Resolver los recursos de apelación interpuestos por la defensa y el ministerio público contra la sentencia del 8 de agosto de 2023, proferida por el Juzgado séptimo penal del circuito mixto con funciones de conocimiento de Ibagué-Tolima, que condenó a **J.F.A.R.**, como autor de la conducta punible de Femicidio.

2. HECHOS JURÍDICAMENTE RELEVANTES

J.F.A.R. y **J.T.M.** sostuvieron una relación de pareja durante 6 años, fruto de lo cual, procrearon una hija.

Ese vínculo se caracterizó por malos tratos sistemáticos, consistentes en agresiones físicas y verbales, lo que condujo a la ruptura. **J.F.A.R.** empezó a perseguirla; amenazarla; y, continuó agrediendo físicamente.

El 18 de abril de 2021, alrededor de la una de la tarde, en (...) Ibagué, en el establecimiento de comercio (...), lugar de trabajo de aquella, **J.F.A.R.** la agredió con arma cortopunzante, ocasionándole múltiples heridas que desencadenaron su muerte; luego de reclamarle por unas fotografías y videos que encontró en su celular, del que la habría despojado ese mismo día en las horas de la mañana, cuando también la atacó físicamente.

3. ANTECEDENTES PROCESALES

3.1. El 19 de abril de 2021¹ ante el Juzgado quinto penal municipal con funciones de control de garantías de Ibagué- Tolima, se legalizó la captura en situación de flagrancia; y se formuló imputación en contra de **J.F.A.R.**, por el delito de feminicidio (art.104A, literales A y E del Código Penal) agravado (art.104B, literal G-104 numerales 6° y 7° ibidem); cargos que no fueron aceptados.

Se le impuso medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento de reclusión.

3.2. El escrito de acusación se radicó el 10 de junio de 2021², y correspondió por reparto el 6 de julio siguiente, al Juzgado séptimo penal del circuito mixto con funciones de conocimiento de Ibagué³.

3.3. El 10 de agosto de 2021⁴ se perfeccionó la acusación, en audiencia, por idéntica calificación jurídica y con sustento en el mismo marco fáctico expuesto en sede preliminar.

Se puntualizó que la circunstancia de agravación atribuida del numeral 7° del art.104 del Código Penal, atañe a la situación de inferioridad en el que se encontraba la víctima, quien se encontraba laborando en la droguería, de lo que se aprovechó el acusado.

La audiencia preparatoria se adelantó el 30 de noviembre de 2021⁵.

1 [002Preliminar.MP3](#); Imputación fáctica 48:18-55:24; Imputación jurídica: 55:32-1:04:15

2 [007Nicuaderno1.pdf](#); fl.6

3 Ídem, fl.2

4 [001Audienciaformaucusacion.mkv](#); Imputación fáctica 19:00-27:30; Imputación jurídica 27:32-31:29.

5 [002AudPreparatoriaParte1.mp4](#) ; [003AudPreparatoriaParte2.mp4](#)

3.4. El juicio oral se desarrolló en sesiones del 8 de febrero⁶; 1 de marzo⁷; 7⁸ y 21⁹ de junio; 19 de agosto¹⁰; 4 de octubre¹¹; 8¹² y 22¹³ de noviembre de 2022; 14 de febrero¹⁴; 16 de mayo¹⁵; 28 de julio¹⁶; 1¹⁷ y 8¹⁸ de agosto de 2023.

En esta última diligencia las partes e intervinientes extendieron sus alegatos de conclusión; se anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio; se corrió el trámite de que trata el artículo 447 del C.P.P; y se dio lectura a la sentencia.

La Fiscalía; defensa; ministerio público y los representantes judiciales de las víctimas interpusieron recurso de apelación.

3.5 Con auto del 25 de agosto de 2023¹⁹, se aceptó el desistimiento de la alzada presentada por la profesional Gloria Yamileth Roncancio Alfonso, en su calidad de representante judicial de víctimas.

Se declaró desierta la apelación interpuesta por el fiscal 25 seccional de Ibagué y la representante judicial de víctimas.

Se concedió el recurso ante esta Corporación, que fue debidamente sustentado de manera escrita por el delegado del ministerio público y el abogado contractual del procesado, dentro del término legal.

3.6. Correspondió al sustanciador el 13 de septiembre siguiente²⁰.

4. LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA²¹

Condenó a **J.F.A.R.**, a la pena principal de trescientos doce (312) meses y quince (15) días de prisión; y a las accesorias de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas e inhabilitación para el ejercicio de la patria potestad, tutela y curaduría de la menor hija concebida en la relación sostenida con la víctima, al haber sido hallado autor penalmente responsable del delito de Femicidio.

Le negó el otorgamiento de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y prisión domiciliaria.

-
- 6 [004AudJuicioSuspendida.mp4; 043ActaAudJuicioSuspendida.pdf](#)
7 [005AudJuicioSuspendidaApelacion.mp4; 049ActaAudJuicioSuspendidaApelacion.pdf](#)
8 [006AudContJuicioSuspendida.mp4; 058ActaAudJuicioSuspendida.pdf](#)
9 [007AudContJuicioSuspendida.mp4; 062ActaAudContJuicio.pdf](#)
10 [008AudContJuicioSuspendida.mp4; 066ActaAudContJuicioSuspendida.pdf](#)
11 [009Grabacion audiencia cont juicio.mp4; 073ActaAudienciaContJuicio.pdf](#)
12 [010AudienciaContJuicioParte1.mp4; 011AudienciaContJuicioParte2.mp4; 078ActaAudienciaContJuicio.pdf](#)
13 [012GrabacionAudienciaContJuicio.mp4; 082ActaAudienciaContJuicio.pdf](#)
14 [013GrabacionAudienciaContJuicio.mp4; 086ActaAudienciaContJuicio.pdf](#)
15 [014AudienciaConJuicioOral.mp4; 093ActaContinuacionJuicioJhonatan.pdf](#)
16 [015GrabacionAudienciaContJuicioSuspendida.mp4; 104ActaAudienciaContJuicioSuspendida.pdf](#)
17 [016GrabacionAudienciaContJuicioParte1.mp4 ; 017GrabacionAudienciaContJuicioParte2.mp4; 107ActaAudienciaContJuicio68449.pdf](#)
18 [018GrabacionAudContinJuicioNI68449.mp4; 112ActaAudContJuicio-JhonatanFernandoAlvarez.pdf](#)
19 [122AutoConcedeImpugnacionJhonatanAlvarezR.pdf](#)
20 [02ActaReparto.pdf](#)
21 [111Sentencia.pdf](#)

La muerte se acreditó con la necropsia, el acta de inspección a cadáver y la historia clínica, que conllevan a concluir que J.T.M.V. falleció el 18 de abril de 2021, producto de nueve (9) heridas propinadas con arma cortopunzante.

Se demostró el ingrediente subjetivo del tipo penal “por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género”, con las declaraciones vertidas por J.M.M.V. (hermano de la víctima); M.A.B.M. (cuñado); N.S. (arrendadora del inmueble en el que habitó por 3 años, J.T.); J.M.V. (progenitora de la referida); D.F.E.; T.L.L.Q.; J.I.C.R.; y, parcialmente, por lo revelado por E.Y.O.G. Además, con las fijaciones videográficas incorporadas con el investigador N.A.N.C.

Enfatizaron que no existió convivencia entre ellos, pero que la relación se caracterizó por la perpetración sistemática de agresiones verbales; físicas; amenazas de muerte, y actos de persecución por parte del procesado a la citada mujer, de manera directa o a través de otras personas.

Los episodios de violencia se afianzaron con la valoración por psiquiatría realizada por el Dr. B.A.S.R., y la psicológica practicada por la Dra. J.J.P.R.

De estos medios de convicción, concluyó que la muerte de J.T.M.V. se dio por su condición de ser mujer y por su identidad de género, luego de haber sido sometida mediante violencia, a un escenario de dominación asociada a su instrumentalización y discriminación por parte del encartado.

Encontró verificada, más allá de toda duda razonable, la responsabilidad de **J.F.A.R.** en el delito atribuido, con lo expuesto por Z.F.N.C., que lo capturó en situación de flagrancia, cuando luego de perpetrar el delito, huyó con el arma cortopunzante y ensangrentado. M.M.C. (residente en el segundo piso del inmueble en que ubicaba la farmacia en la que laboraba la occisa), quien, al escuchar unos gritos, se asomó por la ventana y logró observarlo cuando salió con un cuchillo en sus manos.

E.Y.O.G., quien adujo que desde las 9:05 a.m. hasta las 12:38 del 18 de abril de 2021, recibió mensajes vía *WhatsApp* por parte del encausado, en el que aquel le contó que, supuestamente, la víctima le había confesado que no era el padre de la niña que consideraba su hija; y el contenido de unos videos y fotografías de contenido sexual, aparentemente relacionados con aquella; situación que, habría afectado a **J.F.A.R.**, al punto de enviarle una fotografía de unos cuchillos que cargaba en la silla trasera del taxi que conducía.

Con respecto a la circunstancia de menor punibilidad de que trata el art.57 C.P. -*ira e intenso dolor*- invocada por la defensa, encontró insuficientes las pruebas aportadas por la defensa para su actualización, que se circunscribieron a lo expuesto, principalmente, por E.Y.O.G. y el propio acusado.

Lo relatado por esta declarante se direccionó a demostrar la convivencia entre el enjuiciado y la víctima, y, el supuesto grado de afectación que afrontó **J.F.A.R.** previamente a la ejecución del delito, por causa de unos videos y fotografías que este habría extraído de manera forzosa del celular de la víctima; y, que, aparentemente, le iban a “quitar” la niña.

J.F.A.R. refirió que cuando cometió el hecho estaba cegado, porque encontró unos videos y fotografías de índole sexual en el celular de Jenifer, con otro hombre; y, el mismo día de los hechos, le comunicó que no era el padre de la niña en común.

Circunstancias que no corresponden propiamente a una ofensa o agresión grave e injusta ejecutada por la víctima, como lo exige la jurisprudencia.

El móvil que condujo a **J.F.A.R.** a perpetrar el comportamiento ilícito no surgió de un momento a otro. Sometió a la víctima a maltratos físicos y verbales sistemáticos para mantenerla bajo su control y sentirla “*suya*”, que incluyó vigilancias desde el taxi, persecución, asedio a través de la toma de fotografías, y la intimidación de amenazas de muerte en el evento que lo dejara. La misma mañana del día de los hechos la atacó físicamente y la despojó de su celular, ante la negativa de aceptar la ruptura de la relación sentimental.

Contrario a lo indicado por el acusado, en los mensajes de texto sostenidos con la víctima, no se advierte un ánimo provocador; simplemente, se denota rebeldía; rechazo al ataque y al asedio sistemático al que la sometía. Tampoco se demostró que le hubiera comunicado que no era el padre de la menor o que le iba a “*quitar*” la niña.

No se demostraron las circunstancias de agravación atribuidas contenidas en los numerales 6° y 7° del art. 104 del código penal.

En cuanto a la sevicia, consideró que no se describió un accionar de esta índole, siendo improcedente que se deduzca su existencia por la simple pluralidad de heridas (9) que propinó el encartado a la víctima, que derivó en su deceso.

No se allegó medio de prueba del que se deduzca intención por parte del procesado en causarle un sufrimiento excesivo e innecesario previo a su fallecimiento.

De lo contenido en la necropsia y en el acta de inspección a cadáver, se colige que las heridas mortales se circunscriben a cuatro (4), dos en la región orbital lado derecho y dos en la región supra maMARÍA; las otras, se caracterizan por ser de naturaleza defensiva, pues se recibieron en manos, brazos y piernas.

Se estableció que el comportamiento tuvo lugar entre las 12:40 y 1 pm, lo que permite inferir que se trató de un ataque rápido y certero.

En cuanto a la circunstancia de agravación contenida en el numeral 7° del artículo 104 C.P, denotó que, ni en la imputación ni en la acusación, se establecieron los hechos jurídicamente relevantes que precisaran cuál de las 4 variantes que contempla esa disposición normativa, se pretendía activar.

5. RECURSO DE APELACIÓN

5.1 Defensa²²: la inconformidad se basa, únicamente, en lo relativo a la negativa de reconocimiento de la circunstancia de disminución punitiva contemplada en el artículo 57 del Código Penal -*Ira e intenso dolor*-.

22 [116SustentacionRecApelacionDefensa.pdf](#)

Desde su perspectiva, demostró que **J.F.A.R.** y J.T.M.V. sí eran pareja, así no convivieran bajo el mismo techo.

Puntualizó que su tesis no se dirige a soportar la existencia del “*comportamiento grave e injustificado*” en la infidelidad de la occisa, de la que tuvo conocimiento su prohijado con los videos que observó.

Lo que desató la terrible reacción, y así lo indicó en su testimonio el acusado, fue que la víctima le manifestó que la hija en común no era de él; y, adicionalmente, lo humilló y trató de forma ofensiva y degradante, después de que se presentara el episodio de los videos que observó.

Los mensajes de texto que intercambiaron E.Y.O.G. y su representado, permiten colegir que fueron esas afirmaciones exteriorizadas por J.T.M.V., lo que lo obnubilaron y descontrolaron, de tal forma que, engeguetado por la ira, cometió el execrable crimen.

Recrimina la valoración que realizó el juez *a quo* frente a la declaración de E.Y.O.G., que, a su juicio, se caracterizó por ser espontánea y sincera, en tanto narró tanto lo favorable como lo desfavorable, de ahí que merezca credibilidad.

Contrario a lo estimado por el fallador, no intentó “*convencer*” falsamente a la audiencia de la existencia de una convivencia entre J.T.M.V. y J.F.A.R..

Por otro lado, no justificó la muerte con videos y fotografías extraídas del celular de la occisa. Trató de calmar al acusado para que no cometiera ese comportamiento. Fue clara en describir la exaltación en la que se encontraba su poderdante, momentos previos al hecho. Hizo hincapié en que J.F.A.R. estaba muy sentido; le dolía el pecho; el corazón; le envió fotografías de unos cuchillos; y le dijo que “*estaba con desespero, con ansiedad que se siente pailas, tiene temblor*”.

Relató cómo la víctima retó y exteriorizó manifestaciones degradantes y ofensivas contra el acusado, una vez este observó los videos; al punto que le dijo que la niña no era su hija; que sentía asco de estar con él; ofendiendo su dignidad.

Aunque estas expresiones no justifican la acción, permiten entender el estado de ánimo por el que transitaba su defendido al momento de cometerla.

Finalmente, compartió la conclusión a la que arribó el juez de primer grado, en torno a que no se estructuraron de las circunstancias de agravación imputadas a su mandante.

5.2 Ministerio público²³: Solicita se modifique el fallo opugnado, con el propósito de que se condene a **J.F.A.R.** como autor penalmente responsable del delito de Feminicidio agravado.

Discrepa frente al no reconocimiento de la circunstancia de agravación punitiva contemplada en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, ya que, en su sentir, fue ampliamente probada en el juicio oral.

23 [115ProcuradorSustentacionRecursoApelacion.pdf](#)

El marco fáctico abordado por los diferentes declarantes acredita la actualización de esa circunstancia, específicamente, en lo atinente al estado de inferioridad-debilidad de la víctima para afrontar o rechazar la agresión de la que está siendo objeto-.

Demostraron la ocurrencia del hecho, el 18 de abril de 2021, aproximadamente, a la una de la tarde, en el establecimiento público denominado droguería “*La nueva rebaja*”, lugar de trabajo de J.T.M.V.; y, describieron, con suficiencia, la escena de los hechos, indicando la destrucción de vitrinas y la rotura de vidrios, lo que denota la acción violenta y desmedida que se ejecutó en contra de la víctima, quien se encontraba trabajando, sin esperar una reacción de esa naturaleza por parte de su agresor; es decir, estaba totalmente distraída e indefensa, en un lugar que ella consideraba seguro.

Con el médico forense, J.C.C.G., se documentó el informe preliminar de necropsia, en el que se relacionaron las heridas halladas en el cuerpo de la víctima (un total de ocho), de las cuales, cuatro fueron de defensa ubicadas en las manos derecha e izquierda y antebrazo derecho, y dos ubicadas en la región supra e infra clavicular.

Aunque no se colige sevicia, sí indica el brutal ataque contra una mujer que, por su naturaleza, no tenía fuerza suficiente para contrarrestar la fuerza física de su atacante o elemento alguno con el que poder repeler el ataque.

Se desprende de lo anterior, que la víctima estaba en situación de inferioridad, de la cual sacó provecho el acusado para asegurar el resultado.

Aunque en sentencia SP2130-2020, Rad.56092, la Sala de Casación Penal, aludiendo al principio de congruencia, la fiscalía debe especificar fácticamente la causal de agravación y no limitarse a transcribirla; considera que no debe ser camisa de fuerza.

Desde la audiencia de formulación de imputación se relacionó la circunstancia de agravación contemplada en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, en concordancia con lo dispuesto en el literal g del artículo 104B ídem; lo que se reiteró en la acusación, puntualizándose que se aprovechó de la situación de indefensión e inferioridad en la que se hallaba la víctima.

Se soportó probatoriamente con las declaraciones vertidas por Zico Fernando Caicedo Castellanos, quien escuchó los gritos de auxilio de la mujer cuando estaba sola en su lugar de trabajo; M.M.C., residente en el inmueble donde su ubicaba el establecimiento comercial, quien también percibió los ruidos que generó el ataque indiscriminado; lo que se corroboró con los investigadores R.A.H. y N.A.N., que realizaron los actos urgentes y documentaron el lugar de los hechos con los daños causados.

Considera que la pasividad del ente acusador no puede redundar en impunidad y ausencia de justicia para las víctimas.

Finalmente, reflexiona que, una cosa es que no se hubieran relacionado los fundamentos fácticos y jurídicos de las circunstancias de agravación punitiva, y, otra muy distinta, como ocurre en el presente caso, que a pesar de que las pruebas se arribaron al juicio oral, el ente acusador no fue concreto al momento de presentar sus alegaciones, señalando los fines probatorios de cada una de ellas y cuáles aplicaban de manera específica a las circunstancias de agravación.

6. NO RECURRENTES

Representante judicial de víctimas²⁴: Solicita se confirme parcialmente la decisión impugnada, en el sentido de no reconocer la atenuación punitiva de la *ira e intenso dolor* reclamada por la defensa; empero, coadyuva la postulación del ministerio público, encaminada a que se reconozca la configuración del agravante previsto en el artículo 104, numeral 7° del Código Penal.

No se acreditó la existencia de una conducta ajena, grave e injusta, constitutiva del estado de ira e intenso dolor, ni una relación causal entre la provocación y la relación.

Recordó que, conforme al criterio de la Corte Suprema de Justicia, sentencia SP3462019; Rad.45587, *“La ira como atenuante tiene arraigo en circunstancias objetivas de verificación, ya que no se trata de hacer sustentable la disminución a partir de personalísimos sentimientos o de favorecer temperamentos impulsivos, iracundos, irascibles, irritantes, coléricos, ni de propiciar extensiones genéricas a otros estados anímicos”*.

Por lo que no puede invocarse como un comodín para evadir la justicia, ni aplicarse en favor del acusado, quien como quedó evidenciado, tiene una personalidad impulsiva, irascible, violencia y machista.

No se acreditó la gravedad, para desestabilizar a J.F.A.R., quien de manera premeditada cometió el delito. Se preparó para su ejecución desde las 9 am, al portar los cuchillos con los que terminó con la vida de J.T.M.V..

Desde tempranas horas de la mañana la esperó a las afueras de su casa, oportunidad en la que la agredió y se apoderó de su celular. Luego, la observó en su lugar de trabajo, tuvo el tiempo de consultar la situación con su expareja, a quien le comentó lo que quería hacer y, pese a sus recomendaciones, lo hizo; aunque le aseguró que estaba en un lugar distinto al de los hechos, mintió con tranquilidad.

Es inexistente el estado de obnubilación que le impidiera al encausado razonar, o disminuir su capacidad intelectual y volitiva.

La infidelidad no es un comportamiento grave e injustificado que pueda generar el estado de ira e intenso dolor; una comprensión en ese sentido conduciría al

24 [120DianaBarbosaDescorreTrasladoRecurso.pdf](#)

error de partir de una premisa machista, según la cual, el género masculino puede reaccionar de esta manera ante cualquier comportamiento de la mujer, que vaya en contra de los roles que se le han asignado desde una visión patriarcal.

Frente a la postulación de la procuraduría, considera que, como lo ha sentado la Corte Suprema de Justicia, la situación de inferioridad de la mujer es una consideración relevante en los casos de feminicidio, por lo que, al evaluar estos casos, los jueces deben tener las desigualdades de género, las dinámicas de poder y las circunstancias sociales.

Evocó que, frente al particular, dicha Corporación ha enfatizado en la necesidad en que se consideren factores como:

«El contexto de violencia de género en el que ocurrió el asesinato. Las manifestaciones de poder y control por parte del agresor sobre la víctima

La presencia de antecedentes de violencia doméstica o relaciones abusivas.

Cualquier evidencia de discriminación o trato desigual hacia la víctima debido a su género.

La forma en que los estereotipos de género pueden haber influido en el comportamiento del agresor y en la percepción de la víctima.»

Por tanto, en su sentir, las pruebas practicadas y las circunstancias especiales que rodearon los hechos acreditan la condición de desigualdad en la que se encontró la víctima frente al acusado, de ahí que, al momento de ser atacada, pidiera auxilio; pues, sus fuerzas resultaron insuficientes para enervar el ataque del que fue objeto, de allí, el resultado final.

7. CONSIDERACIONES

7.1. Competencia

Lo dispuesto en el numeral 1° del artículo 34 de la Ley 906 de 2004, habilita la competencia de este Tribunal para desatar el recurso de apelación interpuesto por la defensa y el ministerio público, contra la sentencia condenatoria de primera instancia; estudio que se abordará con limitación a los tópicos propuestos por el recurrente, y aquellos aspectos que se encuentren inescindiblemente ligados a su objeto.

7.2. Problemas jurídicos

- ¿Se demostró que J.F.A.R. actuó bajo la circunstancia atenuante de ira e intenso dolor?
- ¿fáctica y probatoriamente, tiene arraigo la circunstancia de agravación punitiva prevista en el numeral 7° del artículo 104 del Código Penal, atinente a la

supuesta condición de inferioridad en la que se encontró la víctima respecto al acusado, el día de los hechos?

Para esos efectos, se abordarán las siguientes temáticas.

El enfoque diferencial de género en los procesos judiciales

Para fortalecer las políticas de prevención de actos de violencia y discriminación contra las mujeres, mediante un enfoque integral que abarca todos los sectores estatales, entre ellos la justicia; las altas cortes han exigido, para dar cumplimiento a los compromisos internacionales frente a las víctimas de todas las formas de violencia, que dentro de las decisiones se analicen concienzudamente estos parámetros, con el fin de fortalecer la capacidad institucional para combatir el patrón de impunidad frente a casos de violencia contra las mujeres a través de investigaciones criminales efectivas, con seguimiento judicial consistente.

La jurisprudencia constitucional y varios instrumentos internacionales²⁵ han decantado derroteros para guiar los procesos judiciales, con el propósito de garantizar sus derechos, y observar los hechos de manera contextualizada, reconociendo el contenido de violencia de género sistemático que usualmente se produce en las relaciones sociales, laborales y familiares, en nuestro país.

Además de orientar el trámite, esas directrices deben ser el faro de las decisiones en materia de decreto y práctica de pruebas, así como el desenvolvimiento del juez al valorar las pruebas, y demás partes e intervinientes del proceso penal.

La Corte Constitucional, en sentencia T-012 de 2016, señaló que a los funcionarios judiciales les corresponde:

«(i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; (ii) **analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad**, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferencial; (iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; (iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; (v) **flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes**; (vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; (vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de

25 Entre ellos la III conferencia mundial sobre la condición jurídica y social de la mujer (1985), la convención internacional sobre los derechos del niño (1989), la declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer. ONU (1993), la convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia en las mujeres. Belem do para (1994), el protocolo facultativo de la convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer. ONU (1999).

quien presuntamente comete la violencia; (viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales; (ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres.»

La sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia, acerca del abordaje con este enfoque, señaló:

«En el ámbito penal, el abordaje de los casos con un enfoque de género implica, entre otras cosas, la indagación por el contexto en el que ocurre un episodio de violencia en particular, toda vez que: (i) es posible que la agresión física haya estado precedida de violencia psicológica, económica o de cualquier otra índole, que también deba ser incluida en los cargos; (ii) permite establecer el nivel de afectación física o psicológica de la víctima; (iii) facilita la determinación de las medidas cautelares que deban tomarse, especialmente las orientadas a la protección de la víctima; (iv) brinda mayores elementos de juicio para analizar la credibilidad de las declaraciones y, en general, para valorar las pruebas practicadas durante el proceso; y (v) fraccionar la realidad, puede contribuir al clima de normalización o banalización de la violencia de género, lo que puede dar lugar a la perpetuación de estas prácticas violatorias de los derechos humanos.

Sumado a lo anterior, la determinación de los contextos que rodean los episodios de violencia resulta útil para: (i) establecer si otras personas han resultado afectadas con la acción violenta, como suele suceder con los niños que son expuestos a las agresiones perpetradas por sus padres; (ii) determinar el nivel de afectación del bien jurídico y, en general, la relevancia penal de la conducta; y (iii) finalmente, porque solo a partir de decisiones que correspondan a la realidad, en toda su dimensión, es posible generar los cambios sociales necesarios para la erradicación del flagelo de violencia contra las mujeres, en general, y la violencia intrafamiliar, en particular.²⁶»

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia del 1º de octubre de 2019, radicado 52.394, resaltó que ello **no implica desconocer o disminuir los derechos y garantías procesales del acusado**, ni mucho menos, la automática producción de una condena.

El 2 de septiembre de 2020, radicado 50.587, fijó que la perspectiva de género no puede aportar ninguna especificidad a la valoración de la prueba, diferente a lo que ella contenga. En SP1944 de 2022, radicado 51.527, concluyó que es deber abordar cada caso desde una perspectiva de género, sin que ello implique “**el adelantamiento de trámites desprovistos de las garantías procesales o la adopción de decisiones sesgadas o con prejuicios de género**”; sino que supone reconocer, a lo largo del proceso, los contextos de desigualdad y discriminación a los que ha estado sometida la mujer en la sociedad históricamente.

26 Decisión CSJ SP4135-2019, Rad. 52394 -reiterada en las decisiones CSJ SP1793-2021, Rad. 51936; SP3583-2021, Rad. 57196; SP2649-2022, Rad. 54044, y SP3993-2022, Rad. 58187 del 14 de diciembre de 2022, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán, entre otras.

Estructura dogmática del delito de feminicidio agravado y la circunstancia de agravación punitiva de interés

En virtud de la Ley 1761 de 2015 se incorporó al ordenamiento penal el artículo 104A que consagró el delito de feminicidio de la siguiente manera: *“Quien causare la muerte a una mujer, por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género o en donde haya concurrido o antecedido cualquiera de las siguientes circunstancias, incurrirá en prisión...”*.

La Corte Suprema de Justicia en la sentencia SP-1167-2022 del 6 de abril de 2022, rad. 57957²⁷, replicando el pronunciamiento de la Corte Constitucional en la materia, determinó que el tipo penal cuenta con un elemento subjetivo, fundamentado en la motivación que debe llevar el sujeto activo a privar de la vida a una mujer, lo que le otorga autonomía normativa y lo diferencia del homicidio simple causado a una mujer.

El contenido de ese ingrediente subjetivo se explica también por la dimensión de los antecedentes normativos de origen convencional y de orden nacional que pregonan la protección de las mujeres y proscriben cualquier conducta que:

*«emerja como expresión cultural y social de desigualdad e inequidad, que sitúe a las mujeres en un estado de subordinación, marginalidad y riesgo tales que, en la manifestación más extrema de ese sometimiento, son incluso privadas de su vida. (...) De allí que, en el feminicidio, la finalidad del atentado a la integridad de la mujer, expresa ese control que ha ejercido el hombre sobre el género femenino radicalizado en la vulneración de su integridad física.»*²⁸.

Por ello, la disposición **enuncia**²⁹ seis conjuntos de circunstancias o elementos contextuales *“que contribuyen a revelar, a mostrar, el elemento subjetivo del tipo penal, pero que no reemplazan ni conllevan a que pueda prescindirse de él”*³⁰, así que, *“el elemento subjetivo no se agota en las circunstancias expresadas en ellos”*³¹.

Por lo tanto, es imperioso auscultar el contexto en cada caso para verificar si la intención del actor estuvo determinada por la condición de mujer de la víctima, o por motivos de su identidad de género.

Acerca de la **circunstancia de agravación punitiva contenida en el numeral 7° del artículo 104 del código penal**, extensible al feminicidio agravado en virtud

27 Reiterada en SP1597-2024, del 26 de junio de 2024, rad. 57160, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán.

28 SP512-2023, rad. 55465 del 29 de septiembre de 2023, M.P. Gerson Chaverra Castro.

29 SP3993-2022, rad. 58187 del 14 de diciembre de 2022, M.P. Diego Eugenio Corredor Beltrán. “...las circunstancias allí previstas se constituyen en un elemento alternativo del tipo penal, por demás enunciativo y no taxativo, de modo que la correcta imputación fáctica y jurídica del delito de feminicidio no exige que la Fiscalía General de la Nación se circunscriba a alguna de las causales descritas en la norma; basta, entonces, que se indique cuáles son los hechos que dan cuenta que el asesinato de una mujer se produjo por su condición de ser mujer o por motivos de su identidad de género -ingrediente subjetivo del tipo penal de feminicidio- para que se entienda cumplida en debida forma esta exigencia.”

30 C-539 de 2016.

31 Ídem.

del literal g del artículo 104B ídem. Ha decantado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, la importancia de la claridad en su atribución:

« Y era menester tal precisión, pues, como se sabe, indefensión e inferioridad aun cuando para los efectos previstos en la norma son sinónimos, **con relación al derecho del procesado de saber con claridad y sin ambigüedades la conducta imputada, implican supuestos fácticos diferentes**, dado que por situación de indefensión se entiende a la persona que al momento de la agresión carece de cualquier medio de defensa, es decir, se halla inerte, **en tanto que la inferioridad implica una relación de superioridad del sujeto activo que ejecuta el ataque respecto del agredido, la cual le permite la fácil concreción del resultado perseguido.**

En relación con la causal de agravación en cuestión ha dicho esta Sala que:

...la norma hace referencia a cuatro situaciones que surgen diferentes: (I) se puso a la víctima en situación de indefensión, (II) se la puso en situación de inferioridad, (III) la víctima se encontraba en situación de indefensión, la cual fue aprovechada por el agente activo, o (IV) el procesado se aprovechó de la situación de inferioridad en que se encontraba la víctima.

Se dice que **los cuatro supuestos son disímiles** por cuanto **la indefensión comporta falta de defensa** (acción y efecto de defenderse, esto es, de ampararse, protegerse, librarse), y una cosa es que el agresor haya puesto a la víctima (colocarla, disponerla en un lugar o grado) en esas condiciones, y otra diferente a que la víctima por sus propias acciones se hubiese puesto en esa situación, de la cual el agente activo se aprovecha (le saca provecho, utiliza en su beneficio esa circunstancia).

Por su parte, **la inferioridad es una cualidad de inferior, esto es, que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra**, y, por lo ya dicho, no equivale a lo mismo que una persona haya sido puesta en condiciones de inferioridad por el agresor, o que, estándolo por sus propios medios, el agente hubiese sacado provecho de tal circunstancia.^{32»} (Destacado fuera del texto original)

Adicionalmente, ha precisado que, no es suficiente determinar que la víctima se encontraba en una de esas condiciones específicas, sino que debe ser conocida por el acusado y aprovechada por él³³.

Circunstancia atenuante de la ira e intenso dolor

Expresamente, el artículo 57 de la ley 599 de 2000, dispone:

« **ARTÍCULO 57. Ira o intenso dolor.** El que realice la conducta punible en estado de ira o de intenso dolor, causados por comportamiento ajeno grave e injustificado,

32 CSJ SP16207-2014 26 Nov. 2014, Rad. 44817. Reiterado recientemente en SP935 del 17 de abril de 2024, Rad.58280

33 Sentencia SP2170-2020 del 1 de julio de 2020. Radicado 56174. Reiterada en SP2130-2022 del 15 de junio de 2022. Radicado 56092. Reiterado recientemente en SP935 del 17 de abril de 2024, Rad.58280

incurrirá en pena no menor de la sexta parte del mínimo ni mayor de la mitad del máximo de la señalada en la respectiva disposición. »

La Sala de Casación Penal ha fijado diferencias entre ambos institutos:

« (...) se deduce que se trata de dos institutos diferentes: La ira según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española corresponde a una pasión del alma que causa indignación y enojo; la acción de padecer; cualquier perturbación o afecto desordenado del ánimo; un enfado vehemente contra una persona o contra sus actos; el movimiento del ánimo que causa molestia, pesar, agravio, ofensa, contra una persona.

Por su parte, el dolor es un sentimiento de pena y congoja; angustia y aflicción del ánimo, cuidado, aflicción o sentimiento interior grande; temor opresivo. Como ese dolor debe ser “intenso”, debe tener la condición de vehemente, de una fuerza impetuosa, ardiente y lleno de pasión.

La ira apunta a una reacción más o menos momentánea, en tanto que el dolor, dada su “intensidad”, comporta un carácter de permanencia en el tiempo. »³⁴

Con respecto a su actualización, ha establecido que deben concurrir estos requisitos: **i.** un acto de provocación grave e injusto; **ii.** la reacción del agente bajo un estado anímico alterado (ira o intenso dolor); y, **iii.** una relación causal entre ambas conductas³⁵.

En tratándose de un estado que es provocado por el comportamiento de un tercero, deviene imperioso que este provenga del mismo que padece las consecuencias; es decir, de la víctima³⁶.

Con el propósito de que no se aplique de manera equivocada o caprichosa esta figura, en sentencia SP346 del 13 de febrero de 2019, radicado 48587, explicó:

« (...) no toda provocación debe asumirse necesariamente caracterizada por ser grave e injusta, tampoco su existencia supone el estado de ira y menos todo estado irascible por sí solo conduce al reconocimiento de la diminuyente punitiva, sino que es indispensable que cualquiera de estos estados haya tenido su origen en un comportamiento grave e injusto.»³⁷

34 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP2981-2018 del 25 de julio de 2018. Radicado 50394. Reiterada en sentencia SP346-2019 del 13 de febrero de 2019. Radicado 48587 y auto AP4666-2019 del 30 de octubre de 2019. Radicado 52522.

35 Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencias del 13 de febrero de 2008. Radicado 22783, del 30 de junio de 2010. Radicado 33163 y del 11 de mayo de 2011. Radicado 34614. Reiteradas en auto AP4666-2019 del 30 de octubre de 2019. Radicado 52522.

36 Sentencia del 9 de mayo de 2007. Radicado 19867. Reiterada en auto AP4666-2019 del 30 de octubre de 2019. Radicado 52522.

37 Reiterado en SP935 del 17 de abril de 2024, Rad.58280.

7.3 Abordaje del caso concreto

7.3.1 Como en el *sub júdice* no se discute la autoría y la responsabilidad de **J.F.A.R.**, en la muerte de J.T.M.V., el 18 de abril de 2021, dentro de un marco de violencia física y psicológica sistemática, perpetrada por su condición de ser mujer, lo que configura el delito de feminicidio, no se abordará el particular.

El análisis fáctico, jurídico y probatorio, se circunscribirá a los estrictos aspectos que sustentan los recursos de apelación.

Atenuante punitiva de la ira o intenso dolor

De manera genérica, el defensor contractual del procesado deprecó la aplicación de este instituto jurídico, para modificar la pena impuesta en sede de primer grado. Sin embargo, no precisó bajo cuál de los dos estados (ira o intenso dolor), habría actuado su prohijado el día de los hechos, pese a que obedecen a condiciones anímicas disímiles.

No obstante, este yerro, de lo esgrimido es posible colegir que se contrae a la ira.

No podría acogerse lo esbozado por el apelante que, de lo declarado por E.Y.O.G. y el acusado, se acredite que, para el 18 de abril de 2021, **J.F.A.R.** obró motivado por un comportamiento ajeno, grave e injusto ejecutado por la víctima.

E.Y.O.G., relató que, en la fecha de interés, sostuvo comunicación telefónica con su expareja; es decir, el actualmente procesado, percibiéndolo “desesperado”; “muy angustiado”; “sin saber qué hacer”; el cual le comentó que vio unos videos de J.T.M. V.³⁸.

Al ser interrogada sobre la causa del estado de ánimo de aquel, aludió que todo comenzó cuando en las horas de la mañana del 18 de abril de 2021, él vio llegar a J.T.M.V. a su casa, en un carro particular junto con un hombre; luego de ello, le quitó el celular y ahí observó conversaciones y videos en que esta última interactuaba³⁹.

Con esta declarante, se incorporaron una serie de apartados de la conversación que ella sostuvo ese día con **J.F.A.R.**, vía *WhatsApp*.

A las 11:14 de la mañana de esa fecha, el enjuiciado le manifestó a E.Y. que J.T.M.V. lo estaba provocando, diciéndole “*venga a ver qué es lo que va a hacer o le tiembla el culo*”⁴⁰.

Por ese mismo medio, **J.F.A.R.** le dio a conocer las burlas y expresiones ofensivas que, supuestamente, le habría manifestado J.T.M.V. esa misma fecha frente a

38 014AudienciaConJuicoOral.mp4; Récord: 1:21:00

39 014AudienciaConJuicoOral.mp4; Récord: 1:22:40

40 014AudienciaConJuicoOral.mp4Récord:1:26:00; [ElmIntroducidoPorDefensaAudJuico](#)

miembros de la policía nacional, referentes a que él le producía “asco, rabia, odio”, que era una basura para ella y que cuando hacía el amor con él, era por obligación⁴¹.

Debe destacarse que E.Y.O.G., no percibió directamente esas expresiones, sino que se remitió a lo dicho por su expareja; es decir, el acusado frente a lo supuestamente acontecido en la jornada de la mañana del 18 de abril de 2021.

En esas condiciones, se trató de mimetizar una prueba de referencia inadmisibile, la cual, por obvias razones no permitiría tener por cierto lo relatado, por esa vía por el acusado; en las que naturalmente no se conocería el contexto ni el tono real en que se pudieron emitir por parte de J.T.M.V., dado que conforme a la experiencia las personas suelen relatar los aspectos en los que están involucrados, según les convenga; es decir, con sesgos para tratar de justificarse.

Igualmente, leyó un mensaje que, supuestamente, J.F.A.R. le reenvió del chat de *WhatsApp* que tenía con J.T.M.V., el cual habría recibido la deponente a las 9:39 am: tenga el valor de hacerlo usted, y no mande a su amiguito Juan Carlos o a Mauricio; quite la foto de mi hija, por favor, o bloquéeme, no quiero ver esa foto en sus contactos, simplemente así se llama abuso, y usted me robó cosas personales⁴².

Aunque surgen dudas sobre la autenticidad de esa mención; pues no se sabe si provenía de la víctima; si pudo editarse o modificarse, y no generaría mayor credibilidad; de considerarse, sugeriría un contexto amenazante, que estratégicamente, se omitió, por lo que no tendría relevancia probatoria para la pretensión del impugnante.

Deviene razonable pensar que esas eventuales expresiones de J.T.M.V. respondiesen a una acción despiadada que anunciaba J.F.A.R. en esa ocasión; y, devela, a su vez, el cansancio y malestar que le ocasionaba el obrar de su agresor, por lo que más que unas provocaciones de ella hacia él, develarían la respuesta a persistentes estímulos negativos alentados por el acusado; es decir, la respuesta natural de quien se siente minimizado, asediado e intimidado.

Cuando una persona genera el ambiente hostil de agresiones físicas y verbales de grueso calibre, invadiendo la intimidad de otra y, como se dedujo, con amenazas, es apenas conforme al sentido común que logre respuestas indeseables, lo cual, pone en entredicho que quien efectuó la provocación o el desarrollo de un comportamiento grave e injusto sea la propia víctima, cuando se le ha llevado al límite de lo soportable.

En otras palabras, sería un despropósito reconocer una provocación de quien solamente reacciona ante la persistente, violenta y abusiva instigación de otra persona que trata de minimizar una acción tan violenta, como la que es objeto de estudio, una vez más acudiendo a un estereotipo machista, conforme al cual se

41 014AudienciaConJuicoOral.mp4 Récord: 1:27:00

42 014AudienciaConJuicoOral.mp4 Récord: 1:33:55

victimiza cuando la mujer toma valor para no ceder a más oprobios, maltratos y constantes humillaciones.

Entre otras cosas, porque, parafraseando lo que, desde antiguo, se estableció como condición para la eficacia de la provocación como mecanismo exculpativo o aminorante de responsabilidad, no se tendría por tal la que fuese reacción a la provocación inicial del autor:

<<El provocador no puede alegar la legítima defensa, pues con su acto propio reproable o antijurídico viene a ser el autor del daño que la reacción del provocado puede ocasionar>> (sentencia 5 de septiembre de 1947 LXIII, 442; 16 de octubre de 1951, LXX, 611).

<<De otra manera, toda riña imprevista, todo acto de ira injustamente provocado, se convertiría es acción excusable>> (Sentencia 5 de junio de 1948, LXIV, 256; 28 de noviembre de 1950, LXVIII, 648; 13 de julio de 1951, LXX, 94; 16 de octubre de 1951, LXX, 610).

No pasa desapercibido que fue el acusado quien desde tempranas horas hostigó, agredió y vulneró la intimidad de J.T.M.V.; es decir, quien con su actitud provocadora consiguió que aquella reaccionara, para ahora tratar de prevalerse de sus propios actos, excusándose en una aparente ira.

En el interrogatorio, J.F.A.R., al ser cuestionado sobre el motivo que produjo el fallecimiento de su expareja sentimental, dijo⁴³:

Preguntado. *De manera muy breve indíqueme porqué motivo acaeció el problema o sucedió el problema que terminó con el fallecimiento de la señora J.T.M.V..*

Respondido. *ah porque pues primero yo la vi con un señor en un carro, después vi unos videos en el celular de ella, y después por unas palabras que ella me dijo a mí.*

Preguntado. *¿Qué palabras, J.F.A.R.?*

Respondido. *Pues ella me dijo que, no pues que yo era una basura, que no le nacía estar conmigo, que le producía asco; y, como yo le dije, si usted sentía todo eso por mí, por qué no me dijo antes de que pasara todo esto, entonces ella me dijo que no, me lo dijo fue en ese momento; y me dijo que me olvidara de mi hija, que, porque mi hija no era mía y se me reía y todo, entonces, la verdad ahí pasó todo.*

Preguntado. *¿Y a raíz de qué le dijo ella eso? ¿Todo eso que usted me narra se lo dijo a raíz de qué? ¿Por qué?*

Respondido. *Porque yo había visto los videos que tenía en el celular y todo, y pues, yo los había (ilegible) mostrarlos en la comisaría para quitarle mi hija, pero, o sea, todo tuvo un desenlace diferente, después de eso de lo que ella me dijo.*

Preguntado. *¿Usted me dice que tuvo un desenlace diferente después de lo que ella le dijo, podría explicarme esa afirmación J.F.A.R.?*

43 016GrabacionAudienciaContJuicParte1.mp4 Récord: 5:45-8:58

*Respondido. Sí señor, pues, en ese momento yo me cegué cuando ella me dijo que eso, que mi hija no era mía, que me olvidara de ella, que no la volviera a llamar que, sí que me olvidara de mi hija, que no era mía. Entonces, pues la **verdad sentí mucha rabia y tristeza** porque yo estaba con ella y no podía creer lo que había pasado y, y ya.*

Preguntado. ¿Usted agredió a J.T.M.V. en qué estado se encontraba?, es decir, ¿cómo era su estado de ánimo?

*Respondido. Pues, la verdad estaba cegado, no, no sabía lo que estaba haciendo en ese momento. **Tenía mucha rabia, mucha ira.** Reaccioné fue después cuando ya, ya había pasado todo.*

Preguntado. ¿Usted considera que lo que hizo estuvo bien?

Respondido. No señor, no estuvo bien. No me siento ni orgulloso por lo que hice ni nada, pero no, no, no.

Posteriormente, en el marco del interrogatorio re directo, puntualizó que la situación o acción que lo “cegó”, fueron las palabras que le habría exteriorizado la víctima **“porque jugó con mi orgullo; y era mi hija, y ella era dijo que no era mi hija, que me olvidara de ella, que se la iba a llevar muy lejos. Yo llamé a la mamá de ella y se lo dije también, en ese mismo instante”**⁴⁴.

No obstante que el censor pretendió proponer que lo que generó en el acusado, el ánimo de agredir a la hoy occisa, fueron las supuestas malas palabras que esta le dijo, y el aparente aserto referente a que no era el padre biológico de la niña L.F.A.M, lo dicho por el acusado y lo indicado por E.Y.O.G., permiten concluir que confluyeron varias situaciones, que, lejos de “justificar” o minimizar el accionar de J.F.A.R., afianzan la tesis de estructuración del delito de feminicidio.

Sin hesitación alguna, el principal móvil del comportamiento reprochable del enjuiciado, fueron los celos y dominio (corporal y volitivo) que pretendía imponer a la víctima; de ahí que, en lo conversado con Edna Yisela, centrara sus palabras en mostrar el “dolor” que le ocasionó ver las fotos de contenido sexual que extrajo ilícitamente del celular de J.T.M.V., el mismo 18 de abril, cuando la vio arribar a su vivienda junto con un hombre en un vehículo particular; utilizando fuertes calificativos en su contra⁴⁵, que solo confirman un comportamiento machista de su parte y su ánimo de menoscabar la dignidad de la víctima como mujer.

En su testimonio, el procesado no ahondó con suficiencia, en cómo las presuntas expresiones de la víctima le causaron una afectación de tal grado, que exculpe u origine, con proporcionalidad, el comportamiento con el que decidió reaccionar. Al contrario, enfatizó que sintió mancillado su “orgullo”, lo que solo demuestra que actuó impulsado por un sentimiento propio de un hombre machista.

44 016GrabacionAudienciaContJuicParte1.mp4; Récord: 30:04

45 014AudienciaConJuicoOral.mp4; Récord: 1:26:00; ElmIntroducidoPorDefensaAudJuicio

En consecuencia, de lo analizado, ninguna de las circunstancias aludidas por el acusado en su testimonio, constituyen un acto de provocación grave e injusto.

De otro lado, se evidencia que se trataría de actos propios del ejercicio de la libertad sexual de J.T.M.V., en el que, ningún dominio podía, ni debía tener **J.F.A.R.**; pues, ni aun siendo su pareja, ella le pertenecía. Además, las aserciones de “odio, asco” u otros que le habría dicho la víctima, al igual que la supuesta afirmación de que no era el padre biológico de la referida menor, serían una respuesta a las acciones invasivas y perniciosas que ejecutó contra la intimidad y dignidad de ella, como mujer, de manera sistemática, y, el mismo 18 de abril, en horas de la mañana.

Se considera que si bien, **J.F.A.R.** adujo que actuó “*cegado*”⁴⁶, lo cierto es que no se demostró que J.T.M.V., hubiera desplegado alguna provocación o un comportamiento grave e injusto, como para generarle un estado anímico de ese calibre.

La expresión del procesado se aviene a la natural tendencia de quien ha desplegado un acto tan deleznable en tratar de justificarse, pero distanciado de lo ocurrido.

Lo anterior se deduce porque si bien dijo el procesado que *no pensó lo que estaba haciendo*; empero, de las conversaciones que sostuvo vía *WhatsApp* con Edna Yisela, se advierte que, desde alrededor de las nueve de la mañana del 18 de abril de 2021, devolvió a aquella, su intención sería de agraviar físicamente a J.T.M.V., al punto que le envió fotografías de unos cuchillos que llevaba consigo⁴⁷.

Por tanto, también se devela un comportamiento que transitó con perturbadora ponderación y planeación insidiosa, dentro del marco de las constantes agresiones, de palabra y obra sobre quien se creía ostentar el dominio.

Como bien se precisó en el juicio oral, el delito se ejecutó y consumó entre las 12:40 pm y la 1:00 pm de la prulicitada calenda; esto es, casi tres (3) horas, luego de que **J.F.A.R.** reveló a E.Y. sus pensamientos ilícitos; lo que descarta que haya sido producto de un enojo o perturbación, sino de la culminación de la agresividad sistemática que exteriorizó, desde mucho tiempo atrás, sobre su víctima. Por tanto, deviene razonable concluir que se trató de un acto voluntario, consciente y planeado, y no determinado por la ira consecuente con un agravio grave e injusto causado.

Al no actualizarse los presupuestos de la atenuante punitiva invocada, se desechará la postulación de la defensa.

Circunstancia de agravación punitiva

En sede preliminar de formulación de imputación, la Fiscalía general de la nación endilgó a **J.F.A.R.** la comisión del delito de feminicidio **agravado**, por las

46 016GrabacionAudienciaContJuicParte1.mp4; Récord: 31:45

47 [ElmIntroducidoPorDefensaAudJuicio](#)

circunstancias contenidas en los numerales 5° y 7° del art.104 del código penal, en concordancia con lo descrito en el literal G del art.104B de esa misma norma.

En lo que respecta a la contenida en el numeral 7° *ibidem* -que es la de interés-, se limitó a leer en su tenor literal las hipótesis allí descritas normativamente; sin precisar la modalidad que pretendía activar ni identificar el hecho o hechos jurídicamente relevantes que la soportan⁴⁸.

Luego, en la verbalización de la acusación se ratificó la misma calificación jurídica, precisándose que la víctima se encontraba en una situación de *inferioridad*⁴⁹, porque estaba laborando en la droguería y el acusado se aprovechó de esa situación para atacarla.

La Sala de Casación Penal ha enfatizado en la disimilitud que guardan las hipótesis de indefensión e inferioridad. Mientras que la primera comporta falta de defensa (acción y efecto de defenderse; esto es, de ampararse, protegerse, librarse); la *inferioridad* es una cualidad de inferior, esto es, “*que una persona está debajo de otra o más bajo que ella, que es menos que otra en calidad o cantidad, que está sujeta o subordinada a otra*”⁵⁰.

Aunque claramente se trata de hipótesis diferentes, en la formulación de acusación y en la sustentación de recurso, se esgrimió una circunstancia que no se acompasa con el supuesto de inferioridad.

Se dijo que la *inferioridad* se constituyó porque la víctima estaba sola en su lugar de trabajo; empero, de modo alguno, esa circunstancia revela que se encontrara propiamente en ese estado en relación con su agresor, en cantidad o calidad.

Los hechos y medios de prueba que soportaran la circunstancia de agravación punitiva debían apuntar a demostrar la hipótesis que se activó -la de inferioridad-, sin dejar espacios a interpretaciones que sorprenderían a la defensa y al acusado, e impedirían ejercer en debida forma los derechos al debido proceso y contradicción.

Menos aún, debe el juzgador entrar a realizar interpretaciones a la acusación; ya que la misma debe destacar por ser clara y precisa.

En todo caso, si bien es un hecho cierto que, para el día y tiempo de los hechos, J.T.M.V. se encontraba sola en el establecimiento de comercio “*La nueva rebaja*”, en el debate probatorio, no se demostró que la víctima estuviera imposibilitada para desplegar alguna acción defensiva que repeliera el ataque cometido en su contra.

Al contrario, el informe pericial de necropsia del 19 de abril de 2021 mostró que J.T.M.V. intentó protegerse del ataque, de ahí que su cuerpo reportara cuatro (4) heridas de defensa⁵¹.

48 002Preliminar.MP3; Récord: 1:00:00

49 001Audienciaformaucusacion.mkv; Récord: 28:50-30:25

50 SP1289-2021, Rad.54691

51 008AudContJuicioSuspendida.mp4; Récord: 1:11:00-1:19:56

No puede omitirse que estaba en un establecimiento de comercio abierto al público, en una de las avenidas más concurridas de la ciudad; así que pudo gritar y pedir auxilio, como lo hizo; distinto es que existiera una reacción tardía o desinteresada de la comunidad.

Así se sustrae de lo narrado por Z.F.C.C. (quien intervino en la aprehensión del acusado)⁵². Fue enfático en referir que se dio cuenta de lo que estaba sucediendo, porque observó “*el montón de gente al frente a la droguería*” y a la señora del segundo piso mirando hacia ese lugar.

A su vez, de lo dicho por M.M.C.⁵³ (quien habitaba el segundo piso del inmueble donde se ubicaba el local comercial), se desprende que se demoró en prestar auxilio.

Pese a que escuchó ruidos y gritos de la víctima mientras estaba en el baño, solo bajó a socorrerla junto con su hermana, momentos después, luego de asomarse al balcón y ver al acusado correr portando un cuchillo. También, ratificó que, no obstante, la gravedad del episodio, las personas cercanas al lugar se limitaron a observar.

Ahora, aunque la representación de víctimas como no recurrente apunta a la estructuración de la hipótesis de la *inferioridad* por el hecho de que el comportamiento recayó sobre una mujer, es claro que dicha interpretación, además de no obedecer a la hipótesis factual invocada por el ente acusador para activar ese supuesto, podría soslayar el principio de *non bis in ídem*, ya que propone la valoración de elementos que son propios del delito autónomo de feminicidio.

Por otro lado, suponer que, el solo hecho de que la víctima sea mujer supone una condición de inferioridad frente a su agresor (de calidad), representa una lectura discriminatoria y condicionada por estereotipos de género, que está proscrita. Por consiguiente, al no haberse acompañado de un soporte fáctico y medio de prueba que indique realmente ese estado inferioridad al que hace alusión la norma, no es procedente su declaratoria.

En suma, de lo expuesto, no podrá acogerse el planteamiento esgrimido por el delegado del ministerio público, sobre el particular.

7.3.2 Al resultar imprósperos los reparos postulados por los recurrentes, se confirmará, en lo que fue materia de impugnación, la sentencia confutada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ**, administrando justicia y en nombre de la Ley,

52 [008AudContJuicioSuspendida.mp4](#); Récord: 25:30-27:37

53 [012GrabacionAudienciaContJuicio.mp4](#); Récord: 1:48:58-1:54:50

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR, en lo que fue materia de impugnación, la sentencia condenatoria proferida el 8 de agosto de 2023, por el Juzgado séptimo penal del circuito mixto con funciones de conocimiento de Ibagué.

SEGUNDO: La decisión proferida queda notificada en estrados y contra ella procede el recurso extraordinario de casación, que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a su notificación, según el artículo 98 de la Ley 1395 de 2010.

TERCERO: Comunicar el proveído a las autoridades correspondientes.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,

Los magistrados,

JUAN CARLOS CARDONA ORTIZ
Magistrado

JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA
Magistrada

LUIS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA
Magistrado

JUSTICIA PENAL PARA MENORES VÍCTIMAS DE DELITOS SEXUALES EN SITUACIÓN DE DISCAPACIDAD



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL SALA DE DECISIÓN PENAL IBAGUÉ

Segunda Instancia

Radicado: 73001.60.01.287.2013.00807.01

NI: 28275

Contra: JORGE YILIAN MACHADO PÉREZ.

Delito: Actos sexuales con menor de 14 años Agravado

Víctimas: H.N.B.L. (Menor)

Representante Legal: Nelsy Leyva Cortés (Progenitora)

Ley 906 de 2004

MAGISTRADA PONENTE: JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA

Aprobado mediante acta número 1276

Ibagué, veintiséis (26) de septiembre de dos mil veintitrés (2023)

OBJETIVO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensora de confianza, en contra de la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado 1° Penal del

Circuito con Funciones de Conocimiento de Ibagué–Tolima, de fecha veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020), mediante la cual condenó a JORGE YILIAN MACHADO PÉREZ del cargo imputado por la conducta punible de actos sexuales con menor de 14 años agravado.

SUPUESTOS FÁCTICOS

Son sintetizados de la siguiente manera:

*“Se acusa a **JORGE YILIAN MACHADO PÉREZ** de golpear en la cara y hacer tocamientos indebidos en la parte íntima (vagina) de la menor de iniciales H.N.B.L. quien padece la enfermedad de Huntington. Hechos que fueron denunciados por la progenitora Nelsy Leyva Cortés, quien indicó que sucedieron el 22 de junio de 2013 a eso de las 15:00 horas en la casa de la menor ubicada en el barrio Gaitán de esta ciudad, conforme la información que le suministró su hijo, Julián Andrés Bayona Leyva, quien además de padecer la misma patología, la encontró desnuda y golpeada después de que regresó de hacerle un trámite de retiro bancario al victimario.”.*

ACTUACIÓN PROCESAL

Formulación de Imputación.

El 3 de septiembre de 2014, se realizó la respectiva audiencia preliminar de formulación de imputación¹ ante el Juzgado 6° Penal Municipal con funciones de control de garantías de Ibagué, en la cual el procesado no aceptó los cargos endilgados como autor de las conductas punibles de actos sexuales con menor de 14 años agravado en concurso con lesiones personales dolosas, no siendo afectado con medida de aseguramiento.

Formulación de Acusación:

El 15 de octubre de 2014 se presentó escrito de acusación² cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado 1° Penal del Circuito en descongestión con funciones de conocimiento de Ibagué. Despacho que llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación³ el día 18 de febrero de 2015, donde el órgano titular de la acción penal comunicó al implicado esta última, en la que le atribuyó la conducta de actos sexuales con menor de 14 años agravado tipificado en el artículo 209 y 211 numeral 7° del CP en concurso con lesiones personales dolosas agravado, contenido en los artículos 111, 119, 104 numeral 2° y 7° del CP con circunstancias de menor

1 Ver folio 2. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

2 Ver folio 3 al 7. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

3 Ver folio 8 al 9. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

punibilidad al carecer de antecedentes penales y de mayor punibilidad referidas en los numerales 5° y 7° ibídem.

Acto seguido descubrió los elementos materiales probatorios, evidencia física e información legalmente obtenida con que contaba hasta ese momento. Así mismo, las partes e intervinientes no discutieron la competencia del juzgador, ni lo recusaron.

Audiencia Preparatoria.

Pese a los aplazamientos, se cumplió el 24 de agosto de 2016⁴ donde se complementó el descubrimiento probatorio, se estipularon dos hechos relacionados con la identidad y edad de la menor y la plena identidad y arraigo del procesado y finalmente se decretaron las pruebas a debatir durante el juicio oral, sin que se hubieran interpuesto recursos.

Audiencia de Juicio Oral.

La audiencia de juicio oral se desarrolló en nueve (09) sesiones, así:

La primera⁵, el 9 de noviembre de 2016, en la que se escuchó la teoría del caso de la Fiscalía más no por parte de la defensa, y se recibieron las declaraciones de algunos testigos de cargo;

La segunda⁶, el 2 de agosto de 2017, donde se continuó con los testimonios de cargo, siendo suspendida por solicitud de la Fiscalía ante la ausencia de más testigos;

La tercera⁷, el 20 de octubre de 2017, en la que se termina la práctica probatoria ofrecida por la Fiscalía e inicia la de la defensa, siendo suspendida por solicitud de esta;

La cuarta⁸ el 31 de enero de 2018, en la se recibieron más testimonios ofrecidos por la defensa, siendo nuevamente suspendida;

La quinta⁹ el 21 de junio de 2018, en la que se continuo con la practica probatoria a cargo de la defensa, siendo suspendida por la ausencia de más testigos;

La sexta¹⁰ el 7 de diciembre de 2018, en la que se recibe un nuevo testimonio ofrecido por la defensa, se desiste de otros, siendo suspendida por las mismas razones anteriores;

4 Ver folios 11 al 18. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

5 Ver folios 19 al 20. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

6 Ver folios 24 al 25. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

7 Ver folios 26 al 27. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

8 Ver folios 28 al 29. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

9 Ver folios 32 al 33. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

10 Ver folios 34 al 36. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

La Séptima¹¹ el 15 de marzo de 2019 donde se recibe un nuevo testimonio de descargo en la jornada de la mañana y otro más en la tarde, siendo suspendida por solicitud de la defensa para recibir la declaración del acusado, quien no compareció.

La octava¹² el 5 de julio de 2019, donde se recibe la declaración del procesado decretándose de esta manera el cierre del debate probatorio, dando lugar a que las partes e intervinientes expusieron los alegatos de clausura.

La novena¹³ el 21 de septiembre de 2020 donde la jueza anunció el sentido del fallo de carácter condenatorio y los sujetos procesales procedieron a referirse en los términos del artículo 447 del CPP. Acto seguido se dio lectura del fallo condenatorio, siendo apelado por la defensora de confianza.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

La juez a quo mediante providencia¹⁴ del veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte (2020), luego de hacer un recuento del acontecer fáctico, jurídico, procesal y valorativo del recaudo probatorio incorporado al juicio oral, llegó a la conclusión, que existió certeza más allá de toda duda razonable que el hecho abusivo existió y que el procesado Jorge Yilian Machado Pérez fue su responsable, más no respecto del punible de lesiones personales dolosas por el cual resultó absuelto.

A tal conclusión llegó, haciendo una apreciación en conjunto del material probatorio incorporado en el que consideró que el testimonio de la menor H.N.B.L. pese a la patología de corea de Huntington que presentaba y que llevó a su deceso, se expresó a través de gestos que evidenciaban una afectación en su cara y en su parte íntima ocasionada por parte de la persona que reconocían como su primo, lo cual tuvo corroboración periférica con los demás medios de conocimiento, como lo fueron los relatos de los profesionales de la salud y psicología que la atendieron, los de su hermano Julián Andrés Bayona Leyva, y los de su progenitora Nelsy Leyva Cortés.

Frente a la postura de la defensa, señaló que estaba infundada por cuanto no se trató de prueba de referencia, toda vez que la menor acudió al juicio oral y pese a sus dificultades psicomotriz brindó detalles de la agresión de la que fue objeto por parte del enjuiciado.

Aunado a lo anterior, señaló que resultaban infundadas las críticas que realizó sobre los profesionales que atendieron a la menor por cuanto intervinieron como investigadores y no como peritos, sin embargo, esta calidad no fue objeto de

11 Ver folio 37 al 38. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

12 Ver Archivo 24. Carpeta AUDIOS. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

13 Ver Archivo 25. Carpeta AUDIOS. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

14 Ver folio 37 al 38. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

controversia al momento de rendir la declaración y la misma se basó en las conclusiones del informe y no sobre el relato de la menor.

Agregó que resultaron infundados los esfuerzos de la defensa por tratar de exculpar a Jorge Yilian Machado Pérez de la responsabilidad penal endilgada, los que se referían a que los golpes de la menor habían sido causados por el hermano, quien padece de la misma enfermedad, y que entre acusado y madre de la víctima existía una relación sentimental por lo que representaba un motivo para perjudicarlo, sin embargo, no se presentaron soportes de estas dos situaciones, y se trataba más de un interés de los testigos de descargo de ayudar a su familiar cercano.

Frente al punible de lesiones personales dolosas, indicó que la Fiscalía realizó una imputación jurídica genérica, imprecisa al tomar únicamente la norma señalada en el artículo 111 del CP sin endilgar una lesión específica de las contenidas en los artículos 112 a 116A, por lo que la solución más acorde a las particularidades del caso para no revictimizar a las víctimas indirectas ni afectar los derechos del procesado es la absolución y no la nulidad de lo actuado.

En consecuencia, lo condenó a la pena de 166 meses y 16 días de prisión, por el delito de actos sexuales con menor de 14 años agravado, siéndole negado cualquier subrogado o sustituto por expresa prohibición legal. Decisión que fue objeto de apelación por parte de la defensora de confianza.

DEL RECURSO

Sujeto procesal recurrente:

La defensora de confianza del sentenciado sustentó de manera escrita¹⁵, procurando la absolución de su prohijado, fundamentando su inconformidad en cinco (5) disensos, resumidos así:

- La falladora se equivocó al dar como hecho estipulado la condición de salud de la menor H.N.B.L. cuando esto no aconteció, en la medida que el único aspecto que se acordó con la Fiscalía fue el relacionado con la edad de la víctima.
- La falladora se equivocó al momento de apreciar el testimonio de la menor víctima, dado que no lo hizo bajo el tamiz de la sana crítica, ya que la declaración de esta no brindó credibilidad por sus condiciones físicas y motrices, no fue directa, no fue pura, y se halló preconceptualizada y contaminada con la versión de su progenitora.
- La versión de la psicóloga que valoró a la menor se halla afectada, perdió validez porque no se tuvo en cuenta el protocolo para este tipo de entrevistas

15 Ver folio 84 al 102. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

que requería una mayor interacción, más en tratándose de las condiciones de salud y dificultad de la declarante en responder.

- No debió la juzgadora traer a colación aspectos relacionados con el delito de lesiones personales del cual absolvió al procesado para fundamentar su decisión por el punible de actos sexuales agravado, cuando reconoció que existió falencias investigativas y procedimentales.
- Las pruebas vertidas en el juicio son en su gran mayoría de referencia, en especial, las de la psicóloga del Caivas y del médico legista, quienes no actuaron en calidad de peritos técnicos sino como investigadores judiciales que presentaron un informe ante el estrado judicial, que expone las versiones de la progenitora de la víctima que a su vez la obtuvo de su hijo Julián, quien tampoco fue testigo de los hechos y menos de lo vertido por la menor que no hablaba con fluidez, de allí que emergen del material probatorio dudas que deben ser aplicadas en favor del procesado.

Sujetos procesales no recurrentes.

Fiscalía General de la Nación.

La delegada fiscal como sujeto procesal no recurrente, mediante escrito¹⁶ solicitó la confirmación del fallo condenatorio, aduciendo el siguiente argumento:

- Las pruebas ofrecidas por la defensa que en su mayoría fueron de familiares se limitaron a crear una cortina de humo tendiente a señalar que las lesiones fueron ocasionadas por el hermano de la víctima y que la denuncia de la progenitora obedeció al rechazo del acusado sobre una supuesta persecución y acoso sexual por parte de aquella, sin embargo, no alcanza a generar duda, debido a que la prueba ingresada por la Fiscalía resultó suficiente para acreditar la existencia de la conducta penal endilgada y la responsabilidad del sentenciado lo cual se materializó en la decisión condenatoria que se profirió ajustada a la constitución y a la ley.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

COMPETENCIA.

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación Judicial es competente por los factores funcional, objetivo y territorial,

16 Ver folio 103 al 109. Archivo NI28275 – Cuaderno2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

para conocer del recurso interpuesto contra la sentencia proferida el veintiuno (21) de septiembre de dos mil veinte, por el Juzgado Primero Penal del Circuito con funciones de conocimiento de Ibagué–Tolima.

Atendiendo el principio de legalidad y del análisis minucioso a lo acontecido durante todo el proceso, desde la etapa preliminar hasta el juicio oral, se pudo constatar que se han respetado las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de quienes participaron y ante la no manifestación de nulidad de lo actuado, se debe desatar el recurso interpuesto, tomando como base lo esgrimido por la defensora de confianza, en virtud del principio de limitación¹⁷ que regula la competencia de esta instancia.

PROBLEMA JURÍDICO.

Se contrae a establecer: si efectivamente el material probatorio incorporado en el juicio oral genera dudas acerca de la materialidad de la conducta de abuso sexual y la responsabilidad penal atribuida a **JORGE YILIAN MACHADO PÉREZ** como lo destaca la defensa, en tanto obedecen a errores en la apreciación de la prueba testimonial y por tal razón debe revocarse y absolverse; o si, por el contrario, genera certeza y debe confirmarse la decisión de primera instancia.

PRESUPUESTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

El reato que se le imputa al justiciable JORGE YILIAN MACHADO PÉREZ se encuentra descrito en los artículos 209 y 211¹⁸ del Código Sustantivo Penal, en los siguientes términos:

ARTICULO 209. ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

ARTÍCULO 211. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

(...)

7. Si se cometiere sobre personas en situación de vulnerabilidad en razón de su edad, etnia, discapacidad física, psíquica o sensorial, ocupación u oficio.

17 Corte Constitucional. Sentencia T-643 de 2016: “El principio de limitación no sólo incluye la prohibición de perjudicar al apelante único, sino que también circunscribe el ámbito de competencia del juez de segunda instancia de forma que sólo puede pronunciarse sobre aquello que fue objeto de impugnación por las partes”.

18 Modificado por el art. 5 de la Ley 1236/08.

Frente a este tipo penal que afecta la libertad, integridad y formación sexual de los menores de 14 años, resulta importante mencionar lo que el órgano máximo de la jurisdicción constitucional en providencia¹⁹ señaló acerca del fin constitucional de esa disposición, en los siguientes términos:

Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años²⁰ frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos:

*A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. **El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social.** En efecto, de acuerdo con documentos de la Organización Mundial de la Salud²¹, los menores entre 10 y 14 años tienden a ser mucho menos activos sexualmente que aquellos entre los 15 y los 19 años. Los diferentes estudios al respecto²², si bien no definen claramente una edad promedio de inicio de la actividad sexual, permiten aseverar que es perfectamente justificable que el Legislador establezca que los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad. En tal circunstancia considera el Legislador que los actos sexuales con menores son abusivos,*

19 Corte Constitucional. Sentencia C-876 del 22 de noviembre 2011. MP. Dr. Mauricio González Cuervo.

20 Artículos 208 y 209 del Código Penal, demandados. Debe tenerse presente que el bien jurídico protegido con las acciones que se tipifican es la Formación Sexual. En algunos casos, puede presentarse que esa formación se adquiriera antes de que el menor cumpla los 14 años. Así las cosas, un bien jurídico que no existe no puede ser contrariado, en otras palabras, y acorde con las voces del tipo penal se podría afirmar que es imposible corromper lo que ya está corrompido. Igualmente podría suceder que un menor mayor de 14 años, no tenga formación sexual debido a diferentes eventos como sería un retraso mental, evento en el cual se extendería la protección. En este orden de ideas, que el menor tenga menos de 14 años y pueda ser corrompido, pareciera ser un parámetro que inexorablemente puede no suceder, independientemente de la antijuridicidad material.

21 http://www.who.int/hiv/pub/me/napyoungpeople_sp.pdf “Como ya se ha mencionado, es mejor analizar estos indicadores dividiendo los datos por edad, sexo, estado civil y otras características importantes de los jóvenes. El desglose por edad es especialmente importante porque la conducta sexual puede variar ampliamente entre los diferentes grupos de edad.

En general, es probable que los adolescentes entre 10 y 14 años sean mucho menos activos sexualmente que los que están entre los 15 y 19 años, quienes a su vez difieren de los que tienen entre 20 y 24 años. Este desglose por grupos de edad permite a los directores de programas nacionales buscar tendencias de cohortes que ocurren con el paso del tiempo. Por ejemplo, si los encuestados entre 15 y 19 años indican una menor proporción de iniciación sexual antes de cumplir los 15 años que los encuestados entre 20 y 24 años, esto puede sugerir que ha habido una disminución del debut sexual temprano.

22 http://search.who.int/search?q=edad+promedio+de+inicio+de+la+actividad+sexual&ie=utf8&site=default_collection&client=_es&proxystylesheet=_es&output=xml_no_dtd&oe=utf8

*no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley*²³.

(...)

*En suma, no hay razón para extrañar la protección específica de las normas demandadas, ya que **lo abusivo no son los actos en sí mismos -exentos de violencia en este caso- sino su realización en personas sexualmente menores**. En consecuencia, no hay vulneración del artículo 44 constitucional, ya que no existe para las personas entre 14 y 18 un deber de protección especial en esta materia a la manera de los menores de 14 años. (Negrillas y subrayado fuera de texto)*

En cuanto a las modalidades en que se configura la conducta penal endilgada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia²⁴ dejó en claro que son tres (3), a saber:

*(...) éstas se tipifican en el delito contemplado en el artículo 209 del Código Penal por cuanto este tipo penal se configura cuando i) **se realizan actos sexuales diversos del acceso carnal con menor de 14 años**; ii) se realizan esos mismos actos en presencia del menor, y iii) se induce a éste a prácticas sexuales (...)*

CASO CONCRETO.

Se tiene previsto, y algo sobre lo que no existe discusión es la edad inferior a los 14 años por parte de la menor H.N.B.L, pues así quedó estipulado por las partes desde la audiencia preparatoria²⁵ del 24 de agosto de 2016.

De igual manera, tampoco hay discusión y aunque efectivamente como aseguró la defensa no se estipuló la condición de salud de la menor, no admite duda que presentaba la patología de COREA HUNTINGTON que le impedía movilizarse y expresarse y que finalmente condujo a su deceso, lo cual evidentemente no se puede desconocer, no solo por la declaración de los profesionales de la salud que acudieron como testigos de cargo y de descargo sino porque se observó como un hecho evidente en el juicio y no es objeto de reproche por parte de la recurrente.

Finalmente, tampoco emerge discusión alguna acerca del lugar y hora de los hechos y la presencia del procesado en la residencia de la menor, pues así lo advirtió en su declaración la madre denunciante, señora Nelsy Leyva Cortés²⁶ lo cual fue corroborado con la versión de su hijo Julián Andrés Bayona Leyva²⁷ e incluso se

23 Se entienden como incapaces absolutos los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no puedan darse a entender. Sus actos no producen ni obligaciones naturales y no admiten caución. Art. 1504 Código Civil.

24 CSJ. SP1714-2019. (45718) del 15 de mayo de 2019. MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

25 Ver Récord: 37:51' al 40:00' Minutos. Archivo CD07. Carpeta Audios. Cuaderno 01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

26 Ver Récord: 33:03' al 2:05:18' Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

27 Ver Récord: 19:55' al 38:35' Minutos. Archivo 11. Audiencia Juicio Oral 09-11-16. Carpeta CD11 Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

desprende del mismo testimonio del acusado Jorge Yilian Machado Pérez²⁸, quien se encontraba de permiso como suboficial del Ejército y ese día arrimó a visitar a su progenitor en el barrio Gaitán y después lo hizo donde su tío José Jesús Pérez Toro, padraastro de H.N.B.L., pese a que tenía conocimiento que este se encontraba laborando en horas de la tarde.

Cuestión Preliminar.

Resulta menester antes de proceder a resolver cada uno de los disensos que expuso la defensa en su libelo impugnatorio hacer una precisión jurídica sobre la decisión de la falladora de primera instancia con respecto al punible endilgado en concurso con lesiones personales dolosas, el cual fue objeto de absolución por no haber la Fiscalía precisado desde el escrito de acusación el tipo penal correspondiente.

Efectivamente, esta Colegiatura no discute que existió un yerro por parte del ente acusador al no indicar cuál era el tipo penal que se le endilgaba al procesado, esto es, si se trataba de lesiones que generaban algún tipo de incapacidad para trabajar, deformidad, perturbación funcional o pérdida anatómica o funcional de un órgano o miembro. Imprecisión que se hizo de manera general y abstracta sobre el punible de lesiones personales agravadas contenido en los artículos 111 y 119 del CP, lo cual derivó en que fuera absuelto ante la improcedencia de la declaratoria de nulidad dadas las particularidades del caso.

Decisión del a quo que no es compartida por esta Colegiatura en la medida que, pese a la vaguedad acotada, de la descripción fáctica aducida por la Fiscalía desde la formulación de imputación y ratificada en la acusación, se desprende que las lesiones que presentó la menor fueron de 15 días sin secuelas, lo cual permite subsumir esta conducta en el tipo penal señalado en el inciso 1° del artículo 112 del CP que la describe así:

ARTÍCULO 112. INCAPACIDAD PARA TRABAJAR O ENFERMEDAD. Si el daño consistiere en incapacidad para trabajar o en enfermedad que no pase de treinta (30) días, la pena será de prisión de dieciséis (16) a treinta y seis (36) meses.

Tipo penal al cual le fue indicada la agravante contenida en el artículo 119 ibidem, descrita en los siguientes términos:

ARTÍCULO 119. CIRCUNSTANCIAS DE AGRAVACIÓN PUNITIVA. Cuando con las conductas descritas en los artículos anteriores, concurra alguna de las circunstancias señaladas en el artículo 104 las respectivas penas se aumentarán de una tercera parte a la mitad.

Y es que bajo ese panorama normativo de haberlo tenido en cuenta la falladora de primera instancia no daría lugar a pronunciarse sobre una nulidad o

28 Ver Récord: 7:19' al 29:03' Minutos. Archivo 24. Carpeta CD24. Audiencia Juicio Oral NI. 28275. 05-07-19. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

absolución, sino a decretar la prescripción de la acción penal por cuanto para la fecha de la providencia 21 de septiembre de 2020 había perdido competencia para referirse sobre ese tópico.

En efecto, conforme lo establece el artículo 83 del CP, la acción penal prescribirá en un tiempo igual al máximo de la pena fijada por la ley que para el caso de marras es de 54 meses, no obstante, dicho término se interrumpió a partir de la formulación de imputación (3 de septiembre de 2014), volviendo a contabilizarse por la mitad conforme lo señala el artículo 84 ibídem, pero acatando el artículo 292 del CPP, este no puede ser inferior a tres años, los cuales para el *sub judice* se cumplieron el 2 de septiembre de 2017.

Tiempo, que es anterior a la sentencia, por lo que la juzgadora no contaba con competencia para pronunciarse, lo que implica que se deba revocar la decisión frente a ese aspecto y adicionar el numeral primero en la parte resolutive de la providencia en tanto que la funcionaria omitió hacerlo.

Precisado lo anterior, el tema central del asunto radica, en establecer si con la prueba testimonial y pericial obrante en la actuación se generan dudas sobre la existencia de la conducta punible endilgada y la responsabilidad en cabeza de Machado Pérez como lo pregona el recurrente; o si, por el contrario, existe certeza como lo registró la Juez de primera instancia.

Para esta Colegiatura no le asiste razón a la defensora recurrente, pues existen pruebas suficientes que acreditan la existencia del hecho abusivo y la responsabilidad penal de **JORGE YILIAN MACHADO PÉREZ** en el mismo, las cuales fueron apreciadas de manera idónea por parte de la a quo, quien le dio plena credibilidad a la versión ofrecida por la menor víctima, pese a sus limitaciones físicas que le impedían de manera verbal pronunciarse, la que siempre estuvo corroborada por otros medios de conocimiento. Por consiguiente, procederá esta sala a referirse a los cinco (5) disensos que la apelante presentó de la siguiente manera:

Frente al primer disenso, indica la defensa que la jueza dio como estipulado el hecho de la condición de salud que presentaba la menor, postura que en efecto es cierta, ya que dentro de la actuación jamás se presentó un acuerdo en ese sentido, en la medida que en la audiencia preparatoria²⁹ solo se dio por probada la plena identidad y arraigo del acusado, así como la minoría de edad de la víctima de iniciales H.N.B.L.; no obstante, esta equivocación no genera ninguna irregularidad sustancial ni permite a esta Colegiatura proceder a revocar la decisión condenatoria, por cuanto la condición de salud finalmente no se discute por parte de la censora.

En efecto, del libelo impugnatorio pese a mencionarse ese yerro, la defensa no controvierte la patología de la menor y la razón es porque se encuentra

29 Ver Récord: 37:51' al 40:00' Minutos. Archivo CD07. Carpeta Audios. Cuaderno 01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

plenamente acreditada no solo con la presencia de H.N.B.L. en la audiencia de juicio oral³⁰ donde se logra apreciar las secuelas de su enfermedad degenerativa, sino por los profesionales de la salud y psicología que de lado de la Fiscalía y la defensa lo confirmaron, como es el caso del doctor Walter Soler Muñoz³¹, Diana Alexandra Rubiano Rojas³², Marcos Giraldo Salinas Ante³³, y Amparo Cecilia Ruiz Caballero³⁴, estos dos últimos, especialistas en Pediatría que tuvieron la oportunidad de atender a la menor como médicos adscritos a la EPS cumpliendo el rol de intermediarios, transcribiendo las fórmulas del médico tratante especialista en neurología pediátrica.

Además de lo anterior, los familiares de **Jorge Yilian Machado Pérez** y este mismo, conocían con anterioridad a los hechos la condición de salud tanto de la menor víctima como de su hermano mayor Julián Andrés Bayona Leyva, pues todos sin excepción habían compartido con ellos y sabían de los antecedentes de la patología genética que ya había cobrado la vida del progenitor y de un hermano de estos, de allí que tal inconformidad resulta infundada e insuficiente para mermar validez al fallo condenatorio.

Respecto del segundo disenso, señala la defensora de confianza que la juzgadora erró al darle credibilidad a la víctima, quien dada sus condiciones físicas y motrices no brindó una declaración directa ni pura, la que además se encuentra preconceptualizada y contaminada por la vertida por su progenitora.

Postura que para la Colegiatura resulta igualmente injustificada por cuanto la defensa ataca la credibilidad de la menor por sus limitaciones para expresarse de forma verbal, no obstante, pese a las dificultades acotadas, fue notorio en la vista pública el entendimiento de H.N.B.L. respecto de las preguntas que le hizo en su oportunidad el defensor de familia, las cuales respondió con gestos de aprobación o desaprobación e incluso de señalamientos cuando reconoce la imagen de su victimario y con su mano señala la zona de la cabeza refiriéndose a los golpes que recibió y la zona genital donde fue objeto de tocamiento por parte de **Jorge Yilian Machado Pérez**.

Y es que bajo la premisa que destaca la defensa toda persona con esas limitaciones que sea objeto de un abuso sexual jamás obtendría justicia porque no

30 Ver Récord: 2:14:08' al 2:15:38' Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

31 Ver Récord: 12:09' al 1:02:52' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

32 Ver Récord: 1:10:58' al 2:07:45' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

33 Ver Récord: 10:52' al 39:12' Minutos. Archivo 17. Carpeta CD17. Audiencia Juicio Oral 31-01-18. 2 Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

34 Ver Récord: 10:48' al 1:04:57' Minutos. Archivo 19. Carpeta CD19. Audiencia Juicio Oral 21-06-18. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

sería capaz de declarar de forma directa lo que le sucedió, siendo una posición discriminatoria frente a este tipo de sujetos a los cuales se les debe brindar garantías especiales para ser escuchados.

Justamente, la Corte³⁵ sobre el particular ha conceptualizado lo siguiente:

Garantías fundamentales en favor de los niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, en condición de discapacidad

En el ámbito nacional, el artículo 44 de la Constitución Política consagró un elenco de derechos en favor de la niñez, cuya satisfacción, con carácter prevalente, se encuentra en manos de la familia, la sociedad y el Estado. Es así que, el desarrollo armónico e integral de los menores depende de las medidas adoptadas para garantizar su especial protección.

Entre los derechos fundamentales llamados a ser protegidos, según dicha norma, están los de la vida, la integridad física, la salud, el cuidado, la prohibición de abandono, de violencia física o moral y de abuso y explotación sexual. Su correlato, se encuentra, precisamente, en la obligación a cargo de las referidas instituciones de la sociedad de garantizar el goce efectivo de tales prerrogativas superiores, para lo cual es posible exigir a la autoridad competente su cumplimiento y la respectiva sanción de los infractores.

Por su parte, la Declaración de los Derechos del Niño –preámbulo- recuerda la necesidad de cuidados específicos y asistencia legal, dada su falta de madurez física y mental, de modo que, se reconoce así, el interés superior que le asiste al niño de ser amparado por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas y los órganos legislativos, de todo tipo de ataque, abuso o explotación, así como la necesidad de procurar todas las ayudas terapéuticas para su restablecimiento emocional y físico –artículos 3.1, 3.2, 16.1, 19.1, 34 y 39-.

De similar manera, la Convención sobre los Derechos del Niño consagró, en su canon 3º, la consideración primordial de atender el interés superior del niño, en las medidas que deban tomar las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos.

Por igual, la Corte Constitucional ha sido consistente en refrendar el principio de interés superior del menor, como herramienta de ponderación, cuando quiera que los derechos de los niños se encuentren en conflicto con los de los demás, lo cual supone decantarse por un trato preferente en favor de los primeros, que involucra la imperiosa obligación de adoptar medidas de protección acordes con sus necesidades especiales (sentencia CC C-177-14).

Y ha recordado que, siendo los menores de edad sujetos de derechos de especial protección, dada su vulnerabilidad manifiesta, el interés superior que se predica en su favor constituye en un eje transversal con efecto expansivo, no solo desde el punto de vista de los destinatarios en su garantía, sino del mismo contenido de tal enunciado”. (CC C-113 de 2017).

35 CSJ. SP757-2022 (54385) del 9 de marzo de 2022. MP. Dra. Miryam Ávila Roldán.

Ahora bien, cuando quiera que el niño, niña o adolescente tiene la condición adicional de discapacitado, la protección que ya era en sí misma reforzada por la vulnerabilidad que representa la minoría de edad, se ve robustecida por la obligación de amparo superlativo para el menor en situación de debilidad manifiesta, por razón de la discapacidad física o mental que lo aqueja, en tanto regla que anticipa un resguardo exponencial frente a los efectos nocivos generados por la desigualdad y la discriminación (artículos 13, 44 y 47 de la Constitución Política).

Al respecto, la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad obliga a «promover, proteger y asegurar el goce pleno y en condiciones de igualdad de todos los derechos humanos y libertades fundamentales por todas las personas con discapacidad, y promover el respeto de su dignidad inherente».

Particularmente, en cuanto a las personas que adolecen de alguna disminución cognitiva, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar la marcada vulnerabilidad en que se encuentran, dada la limitación para ejercer por sí mismos sus derechos fundamentales, «en tanto su particular realidad dista de la de sus congéneres, quienes disfrutaban de aptitudes físicas naturales suficientes para participar activamente en sociedad y hacer valer sus derechos personalísimos, con mayor probabilidad de que les sean respetados» (CC T-075 de 2013).

Así, pues, para cerrar las brechas de desigualdad y vulnerabilidad en que se encuentran los niños, niñas y adolescentes en circunstancias de discapacidad es indispensable que las autoridades públicas y, por supuesto, las judiciales, asuman un compromiso de materialización de su interés superior mediante una celosa ponderación de las circunstancias particulares de cada menor, de cara a la aplicación de figuras que pudieren restringir la satisfacción de sus derechos.

De conformidad con la premisa jurisprudencial *ut supra*, es evidente que la autoridad judicial de primera instancia asumió un compromiso para garantizar el acceso a la justicia de la menor H.N.B.L. quien por sus patologías de Corea Huntington y epilepsia presentaba una limitación física más no mental como se pudo apreciar en el estrado judicial que le impedía expresarse de manera fluida, para lo cual requería de una atención especial, de un ajuste razonable, en si de un acompañamiento para que su derecho no quedara proscrito, de allí la necesidad de un intérprete que en este caso resultó ser su progenitora.

Que mejor interprete que la señora Nelsy Leyva Cortés, quien tiene experiencia en el acompañamiento de personas que padecen este tipo de enfermedad degenerativa que altera la marcha, la postura, el equilibrio, y en el caso concreto la dificultad para hablar. Y es que quedó acreditado que la denunciante estuvo presente en las manifestaciones de esa rara enfermedad por cuanto la padeció inicialmente su esposo y este hereditariamente la transmitió a sus tres hijos, Cristian, Julián y a la menor H.N.B.L. de allí su pleno conocimiento en la misma, su experiencia en el manejo y en el acompañamiento en la rutina de sus parientes,

por lo que le resultaba entender fácilmente lo que ellos necesitaban y requerían ante la dificultad de expresarse.

Y es precisamente, lo que le permitió poner en conocimiento de la autoridad los hechos abusivos y la intención de violación a la que fue sometida la niña, la cual no se perpetró por la reacción oportuna de la perrita de raza criolla denominada “LULU”, que evitó que **Jorge Yilian Machado Pérez** materializara el hecho de acceso, pues conforme con la versión de Nelsy Leyva Cortés³⁶, al procesado se le halló el bóxer en el lugar de la residencia, el que desafortunadamente por la rabia que este suceso le generó terminó devolviéndoselo de manera inconsciente, dado el valor probatorio que esta evidencia representaría en el juicio oral.

Aclarado lo anterior, no encuentra esta Corporación judicial que la versión de la menor estuviere contaminada por la interprete, pues además de que la defensa no señaló de manera puntual la forma en que supuestamente se da esa afectación tampoco se logra vislumbrar de lo acontecido en juicio, por dos claras razones: la primera, porque H.N.B.L.³⁷ pese a la limitación física, respondió a través de su mano y gestos faciales y se dio a entender que fue golpeada y tocada abusivamente por el victimario sin que fuera necesaria la interpretación de su progenitora y la segunda, porque la versión de la víctima siempre estuvo corroborada a través de otros medios de conocimiento como a continuación se exponen.

Precisamente, sobre la corroboración periférica cuando existe testigo único de los hechos, el Alto Tribunal³⁸ ha precisado lo siguiente:

De lo hasta aquí citado, no se colige que el legislador haya fijado un criterio numérico de pruebas, menos aún, una cantidad mínima o concreta de testimonios para arribar al juicio de responsabilidad requerido por el artículo 232 citado, en tanto el sistema procesal vigente se adscribe al sistema de la valoración racional fundado en el principio de la sana crítica, consagrado en el canon 238 de la Ley 600.

De tal modo, no puede el fallador atender criterios numéricos de cantidad de testigos que respalden la tesis de una u otra parte, porque como lo indica la máxima procesal «los testigos no se cuentan sino que se pesan», dando a entender que lo importante no es el número de personas que concurran a afirmar un hecho sino la coherencia y corroboración con las demás pruebas legalmente allegadas a la actuación. Así lo ha expuesto la Corte:

«si bien pretéritas reglas de valoración del testimonio se basaban en el principio de “testis unus testis nullus”, de modo que en medios probatorios tarifados se desechaba el poder suasorio del declarante único”, con el sistema de la libre apreciación de las pruebas “tal postulado fue eliminado, ya que la veracidad no depende de la multiplicidad de testigos,

36 Ver Récord: 33:03’ al 2:05:18’ Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

37 Ver Récord: 2:14:08’ al 2:15:38’ Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico. Archivo 10 audios

38 CSJ. STP16510-2022 (52244) del 23 de noviembre de 2022. MP. Dr. Hugo Quintero Bernate.

sino de las condiciones personales, facultades superiores de aprehensión, recordación y evocación de la persona, de su ausencia de intereses en el proceso o circunstancias que afecten su imparcialidad, de las cuales se pueda establecer la correspondencia de su relato con la verdad de lo acontecido, en aras de arribar al estado de certeza”». (CSJ SP16841-2014).

En tal virtud, el hecho de ser el único testigo directo que ha declarado en el proceso, no le resta mérito probatorio, de cara al método de persuasión racional que nos rige. Así, esta Corporación ha insistido que en los casos de testigos únicos, «es posible edificar sobre él la certeza para proferir sentencia condenatoria, pues lo importante es la credibilidad que irradie una vez sea sometido a las reglas de la sana crítica»;³⁹ en otras palabras, «siempre y cuando su exposición de los hechos sea lógica, unívoca, coherente y esté corroborada con las demás evidencias acopiadas en el debate probatorio».⁴⁰

Luego entonces, con una operación rigurosa de control interno de la única prueba, como la que ordena singularmente el artículo 277 del Código de Procedimiento Penal de 2000, es factible llegar a una conclusión de verosimilitud, racionalidad y consistencia de ésta.⁴¹

De lo expuesto, se puede indicar que en este tipo de conductas suelen ser solo dos los testigos presenciales, esto es, víctima y victimario y sus versiones suelen ser antagónicas, por lo que resulta menester establecer cuál o cuáles generan más credibilidad y la forma de solucionar esta situación es cuál presenta corroboración con otros medios, lo cual evidentemente aconteció en la declaración de H.N.B.L., pues sin existir enemistad o animadversión con el sobrino de su padrastro decidió contarle a su progenitora bajo un lenguaje autóctono, fruto de sus limitaciones físicas que esa tarde del 22 de junio de 2013 fue golpeada en la cara y tocada en su parte genital por **Jorge Yilian Machado Pérez**.

Nótese que esa versión que le brindó la menor a su mamá, empieza a tener fuerza probatoria cuando efectivamente esa misma tarde el acusado se hallaba en el inmueble -indicio de presencia-, lo cual se encuentra netamente corroborado con el testigo Julián Andrés Bayona Leyva⁴², quien se hallaba en la residencia antes y después de los hechos, con la testigo Nelsy Leyva Cortés⁴³, quien llegó minutos después de que le reportaran los hechos y pudo observar al agresor aún en inmediaciones de la residencia, con la testigo y esposa del acusado Jennifer González Ramírez⁴⁴, quien indicó que ese día viajaron juntos a Ibagué y ella se quedó

39 CSJ, AP7398-2016, de 27/10/2016, Rad. 37568.

40 Entre otros, CSJ, SP2746-2019, de 17/07/2019, Rad. 51258; SP1638-2022, de 18/05/2022, Rad. 46808.

41 CSJ, sentencia de casación, de 15/12/2000, Rad. 13119.

42 Ver Récord: 19:55’ al 38:35’ Minutos. Archivo 11. Audiencia Juicio Oral 09-11-16. Carpeta CD11 Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

43 Ver Récord: 33:03’ al 2:05:18’ Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

44 Ver Récord: 9:11’ al 49:11’ Minutos. Archivo 21. Carpeta CD21. Audiencia Juicio Oral 15-03-19. 1Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

visitando sus familiares, mientras que su novio visitó al tío en el barrio Gaitán, ósea el padrastro de la menor y con el propio testimonio del procesado⁴⁵, quien confirmó su presencia en la residencia.

Agréguese que la justificación de la presencia en el lugar de los hechos por parte de **Jorge Yilian Machado Pérez**⁴⁶ no resulta convincente para esta Sala de decisión, de un lado, porque aseguró que se fue a visitar a su tío José Jesús Pérez Toro a sabiendas que él se encontraba trabajando, lo cual no desconocía y de otro, que estaba esperando a la señora Nelsy Leyva Cortés para tratar unos asuntos al parecer de índole personal y amoroso que no logró acreditar ya que no aportó los mensajes de texto o de whatsapp que supuestamente recibió y que fueron expuestos por su esposa Jennifer González Ramírez⁴⁷, y así mismo, tenía pleno conocimiento que la madre de la niña también laboraba en el restaurante “Los Pechugones”.

Lo anterior indica que la presencia de **Machado Pérez** no se debía a una visita familiar ni mucho menos de estirpe amorosa, su intención siempre fue la de permanecer a solas con H.N.B.L. a quien la veía bonita y de esta manera acceder a sus enfermos apetitos sexuales, no obstante, para ello debía proceder a quitar el último obstáculo, no siendo otro que la presencia del hermano mayor, es decir, Julián Andrés Bayona Leyva⁴⁸ quien confirma en su declaración, también con muchas limitaciones físicas relacionadas con el habla, pero sin la ayuda de interprete, que esa tarde el procesado a quien lo distinguían como primo por su cercanía a la familia, le pidió el favor de sacar una plata en la calle 37 con quinta, lo cual materializó desplazándose al sitio sin conseguir finalmente el retiro del dinero.

Acción que solo se trató de un engaño para que el hermano saliera de la residencia, se demorara, lo cual en efecto aconteció, pues se tardó aproximadamente 40 minutos en regresar no solo intentando a hacer el retiro del dinero sino porque se quedó observando la cabalgata que en ese momento transitaba por la avenida principal, lo cual resulta lógico y coherente porque estaban en las fiestas de San Juan en Ibagué como lo refirió la progenitora.

Vemos entonces que la versión de la niña, del hermano, de la progenitora resultan coherentes, lógicas, desprovista de cualquier intención de perjudicar al enjuiciado, las que analizadas al tamiz de la sana critica permiten no solo corroborar lo que la víctima le indicó a Nelsy Leyva Cortés, sino que constituyen prueba de los indicios de presencia y oportunidad para delinquir.

45 Ver Récord: 7:19' al 29:03' Minutos. Archivo 24. Carpeta CD24. Audiencia Juicio Oral NI. 28275. 05-07-19. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

46 Ver Récord: 7:19' al 29:03' Minutos. Archivo 24. Carpeta CD24. Audiencia Juicio Oral NI. 28275. 05-07-19. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

47 Ver Récord: 9:11' al 49:11' Minutos. Archivo 21. Carpeta CD21. Audiencia Juicio Oral 15-03-19. 1Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

48 Ver Récord: 19:55' al 38:35' Minutos. Archivo 11. Audiencia Juicio Oral 09-11-16. Carpeta CD11 Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

Efectivamente, está probado que **Jorge Yilian Machado Pérez** se encontraba en el lugar y a solas con H.N.B.L. oportunidad que aprovechó para intentar abusar de ella, no obstante, al final su objetivo fue frustrado por la perrita Lulu que habita junto con la familia Pérez – Leyva y con la cual muy seguramente no contaba el procesado que le generaría un obstáculo para su propósito criminal, empero, alcanzó a golpearla y a tocarla en su parte íntima, lo cual resultó corroborado con el dictamen pericial que refieren sobre las lesiones que presentaba principalmente en su rostro y cuello y con la ausencia de ropa de lo cual fue testigo su hermano cuando regresó de hacer la diligencia personal que le encargó **Machado Pérez**.

Precisamente, al estrado judicial la Fiscalía presentó el testimonio del galeno Walter Soler Muñoz⁴⁹, con quien se introdujo el informe pericial⁵⁰ de clínica forense de fecha 25 de junio de 2013, el cual expuso en la vista pública señalando que ese día, es decir, tres días después de los hechos, halló en la menor excoriaciones costrohemáticas en la mejilla, en la mandíbula y en el labio izquierdo, lo que le generó una incapacidad definitiva de 15 días sin secuelas. Lesiones que concuerdan con el relato que H.N.B.L. le ofreció a la mamá cuando ingresó a la residencia al igual que los señalamientos que hizo con su mano hacía su rostro en la audiencia pública.

Igualmente, otro dato que resultó probado y del cual se infiere la existencia de la conducta punible y la responsabilidad de **Jorge Yilian Machado Pérez** es la desnudez que presentó ese día que coincide con lo que H.N.B.L. le narró a su progenitora, Nelsy Leyva Cortés⁵¹ cuando le indicó que el procesado le quitó la ropa, lo cual fue corroborado por su hermano Julián Andrés Bayona Leyva⁵², quien en la audiencia indicó que cuando regresó de hacer la diligencia que le pusiera su primo y después de mirar los caballos, vio a su hermanita desnuda por lo que procedió a llamar a su mamá.

Versión que resultó creíble, pues la señora Nelsy Leyva Cortés⁵³ señaló que enterada de la situación, se desplazó de su lugar de trabajo, restaurante “Los Pechugones”, ubicado en el sector de los arrayanes hacia su residencia y cuando logró ingresar al inmueble a hablar con su hija esta ya se encontraba empijamada, es decir, minutos después de lo sucedido lo cual guarda una coherencia lógica y de tiempo el relato de uno y del otro.

49 Ver Récord: 12:09’ al 1:02:52’ Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

50 Ver folios 9 al 10. Archivo NI. 28275 – CUADERNO 1 EMP. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

51 Ver Récord: 33:03’ al 2:05:18’ Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

52 Ver Récord: 19:55’ al 38:35’ Minutos. Archivo 11. Audiencia Juicio Oral 09-11-16. Carpeta CD11 Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

53 Ver Récord: 33:03’ al 2:05:18’ Minutos. Archivo 9. Carpeta CD09. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

Ahora bien, existen otros datos no menos importantes que analizados en conjunto bajo el tamiz de la sana crítica llevaron a la Juez de primera instancia como a esta Colegiatura a considerar que en efecto la versión de lo sucedido a la menor existió y **Jorge Yilian Machado Pérez** fue el responsable, como es el caso de la embriaguez que tanto la menor como Nelsy Leyva Cortés pudieron apreciar por su cercanía con el procesado, lo cual a pesar de no haberse hecho una prueba técnica o pericial sobre ese estado si se puede inferir por la fecha en que sucedieron los acontecimientos que coincide con las fiestas de San Juan y San Pedro lo cual para nadie resulta extraño que se presta para la ingesta de licor, sumado al permiso de que gozaba **Machado Pérez** de la institución castrense donde prestaba el servicio militar.

Ingesta de licor que indudablemente puede convertirse en un instrumento idóneo para impulsar a un sujeto a cometer un ilícito, porque no resulta fácil comprender como una persona tan allegada a la familia, que se ganó la confianza de todos, incluida la menor y el hermano, logre actuar en perjuicio de dos personas tan enfermas y aprovecharse de ellas para engañarlos y proceder a satisfacer su deseo sexual, lastimando no solo a un ser indefenso que presentaba en esa época limitaciones en su movilidad y en su expresión oral sino a toda la familia porque generó rompimiento de los lazos familiares entre José Jesús Pérez Toro con sus demás hermanos y progenitora, quienes no salen aún del asombro que su nieto, hijo y sobrino pudiera cometer tal conducta si compartía con otros niños y mujeres en el hogar.

No obstante, llama la atención de la Sala, que de las declaraciones de todos los testigos de descargo familiares del hoy procesado, como lo son la abuela Argelia Toro Salazar⁵⁴, la mamá Sandra Milena Pérez Toro⁵⁵, las tías Lorena Andrea Pérez Toro⁵⁶, Paola Andrea Pérez Toro⁵⁷, la esposa Jennifer González Ramírez⁵⁸, el tío Jhon James Pérez Toro⁵⁹, la tía política Karina Alexandra Prada Bautista⁶⁰ e incluso la del mismo **Jorge Yilian Machado Pérez**⁶¹, se desprende con asombro,

54 Ver Récord: 12:24' al 31:59' Minutos. Archivo 16. Carpeta CD16. Audiencia Juicio Oral 31-01-18. 1 Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

55 Ver Récord: 34:26' al 56:47' Minutos. Archivo 16. Carpeta CD16. Audiencia Juicio Oral 31-01-18. 1 Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

56 Ver Récord: 55:48' al 1:10:18' Minutos. Archivo 17. Carpeta CD17. Audiencia Juicio Oral 31-01-18. 2 Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

57 Ver Récord: 1:07:55' al 1:42:53' Minutos. Archivo 19. Carpeta CD19. Audiencia Juicio Oral 21-06-18. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

58 Ver Récord: 9:11' al 49:11' Minutos. Archivo 21. Carpeta CD21. Audiencia Juicio Oral 15-03-19. 1Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

59 Ver Récord: 6:10' al 46:57' Minutos. Archivo 22. Carpeta CD22. Audiencia Juicio Oral 15-03-19. 2Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

60 Ver Récord: 1:16:47' al 1:25:07' Minutos. Archivo 17. Carpeta CD17. Audiencia Juicio Oral 31-01-18. 2 Parte. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

61 Ver Récord: 7:19' al 29:03' Minutos. Archivo 24. Carpeta CD24. Audiencia Juicio Oral NI. 28275. 05-07-19. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

esto es, un no entendimiento de cómo pudo su consanguíneo estar vinculado en un proceso penal cuando existió prueba pericial que la menor no fue violada, sin embargo, olvidan los deponentes que aquí no se le investigó por dicho proceder sino por el acto sexual que afectó la integridad y formación sexual de una menor de 14 años que se hallaba en una condición de inferioridad, de indefensión de la cual el procesado era consciente y sin embargo, no le importó.

Súmese a ello, otro dato importante que coadyuva a afirmar que el evento sucedió y que **Machado Pérez** fue su autor es la reacción que tuvo su propio ascendiente, tío de este, el señor José Jesús Pérez Toro, quien al ser avisado de lo que estaba sucediendo llegó al lugar de los hechos y se enfrentó a su sobrino, quien consciente de lo que había hecho jamás reaccionó en su contra, es decir, no se defendió ni finalmente denunció ante la autoridad las lesiones que dice le ocasionó, probablemente porque se sintió responsable.

De lo expuesto, no cabe duda que la versión de H.N.B.L. tuvo corroboración con otros medios de conocimiento y las explicaciones que trató la defensa de dar por medio de la esposa y del acusado de que la denuncia de estos hechos se debía a una retaliación por no querer tener una relación amorosa con la madre de la menor, resultó infundada porque no se pudo verificar con otros elementos de prueba al igual que resultó injustificada y fuera de contexto que los golpes y el abuso se hayan presentado por el hermano mayor Julián Andrés Bayona Leyva o por la propia víctima dada las secuelas de la enfermedad que podrían explicar un estado de rabia, lo cual quedó en evidencia con los profesionales de la salud y la psicología que la trataron que no se presentaban en la niña y que no en todos los casos dichos pacientes asumían esta forma de reacción.

Y es que resulta cuestionable y reprochable que la familia del procesado por intentar exonerar de responsabilidad a este le eche la culpa al hermano mayor de la niña que padecía los mismos problemas que finalmente los llevaron a la muerte, si en últimas quedó acreditado el cariño que le tenía a su hermanita hasta el punto de dejar sus estudios de tercer semestre en sistemas para colaborar a su progenitora en su cuidado. Enfermedad que conocía muy bien **Jorge Yilian Machado Pérez** por el contacto permanente que sostenía con la familia de la niña.

De suerte que no le asiste razón a la defensa porque la funcionaria judicial acertó en la valoración que le dio a la versión de la menor, la cual resultó creíble en comparación con la del procesado y los demás familiares por la sencilla razón que fue corroborada con las demás pruebas testimoniales, documentales y periciales que se incorporaron en el juicio oral que no admiten duda sobre la existencia del abuso que debió ser catalogado de violento por las agresiones físicas a la que se sometió la menor y la responsabilidad por parte del sentenciado.

Como tercer y quinto disenso, critica la defensa de una parte, la valoración que efectuó la psicóloga adscrita al Caivas, doctora Diana Alexandra Rubiano Rojas⁶² aduciendo que debió aplicar el protocolo que le era exigible para la patología que presentaba la menor y de otra, la condición como testigos investigadores judiciales tanto de ella como del médico legista doctor Walter Soler Muñoz⁶³, que para la defensa se trata de pruebas de referencia por cuanto exponen la versión que brindó la mamá sobre los hechos ante la dificultad para hablar por parte de la víctima.

Respecto de la primera crítica que hace la defensa en cuanto a la no aplicación del protocolo por parte de la profesional de la psicología, para la Sala resulta infundada, toda vez que la psicóloga y especialista en neuro psicopedagogía fue muy clara al señalar en la audiencia⁶⁴ que le practicó a la menor de iniciales H.N.B.L. una valoración clínica para efectos de determinar y evaluar las áreas de ajuste social, emocional, de alimentación, y de desarrollo dentro del proceso de restablecimiento de derechos.

Así mismo, la profesional mencionó que, dentro de esa valoración, realizó una entrevista semiestructurada para extraer información de la menor, no obstante, fue muy enfática al asegurar que al ver la dificultad que presentaba la misma para hablar, optó por utilizar láminas representativas de situaciones agradables o de maltrato físico, permitiendo además que la entrevistada por medio de un lapicero y una hoja pudiera expresar lo que sentía.

Nótese que la profesional aplicó su conocimiento y experiencia para poder entrevistar y evaluar a la menor atendiendo las limitaciones físicas que presentaba, tanto así, que recuerda con facilidad el caso por lo especial que le resultó, ya que para ella no era muy común este tipo de valoraciones en menores con debilidad manifiesta, hasta el punto que le realizó seguimiento por aproximadamente un año en su residencia donde pudo conocer detalles de la forma como convivía con sus padres y hermano, el trato que recibía y la evolución de su enfermedad, lo cual plasmó en su informe de valoración psicológica⁶⁵ del 22 de agosto de 2013 que se incorporó y que al final fue parte del insumo para cerrar el proceso de restablecimiento por el defensor de familia al encontrar que en dicho hogar se le estaban garantizando sus derechos, de allí que la crítica en ese sentido carece de validez y no alcanza a mermar la credibilidad de la testigo.

62 Ver Récord: 1:10:58' al 2:07:45' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

63 Ver Récord: 12:09' al 1:02:52' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

64 Ver Récord: 1:10:58' al 2:07:45' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

65 Ver folios 2 al 8. Archivo NI. 28275 – CUADERNO 1 EMP. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

Respecto del segundo reproche, la defensa indica que los profesionales de la salud y psicología que atendieron a la menor no lo hicieron en condición de peritos sino como investigadores judiciales y sus declaraciones son prueba de referencia porque detallan lo que la madre de la víctima les comunicó y que provienen del hijo que no estuvo presente en los hechos y de la niña que por su condición no podía expresar nada. Postura que resulta parcialmente fundada en la medida que las declaraciones de los profesionales tienen una parte, de referencia en cuanto se refieren a versiones entregadas por la menor antes del juicio oral y otra parte directa, por cuanto exponen lo que pudieron observar al momento de valorar y/o examinar a la víctima, como bien lo tiene decantado el Alto Tribunal⁶⁶ en los siguientes términos:

*En este punto, recuérdese que **estas dos pruebas tienen la doble connotación de referenciales y directas**; lo primero, en cuanto a las manifestaciones efectuadas por la persona entrevistada y, lo segundo, en relación con la percepción personal de lo sucedido por las profesionales en el curso de las entrevistas:*

*«En el ámbito de los dictámenes emitidos por los psicólogos, debe precisarse lo siguiente: (i) si se pretende introducir como prueba de referencia una declaración rendida por fuera del juicio oral, es posible que la... existencia y el contenido de la misma puedan demostrarse a través del experto, esto es, el perito puede constituir el “vehículo” para llevar la declaración al juicio (CSJAP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153); (ii) si, por ejemplo, **el psicólogo, en ejercicio de su función, percibe síntomas en el paciente, a partir de los cuales pueda dictaminar la presencia del “síndrome del niño abusado”, será testigo directo de esos síntomas**, de la misma manera como **el médico legista puede presenciar las huellas de violencia física**; y (iii) a la luz del ejemplo anterior, si el perito dictamina sobre la presencia del referido síndrome, su opinión se refiere, sin duda, a un hecho indicador de que el abuso pudo haber ocurrido.*

En este orden ideas, cuando las partes y/o el Juez aducen que el perito psicólogo (o cualquier otro experto) es “testigo directo”, tienen la obligación de precisar cuál es el hecho o el dato percibido en los términos del artículo 402 de la Ley 906 de 2004. Esto es necesario para dotar de racionalidad el alegato o la decisión y para permitir mayor control a las conclusiones en el ámbito judicial. Así, por ejemplo: (i) si el experto limitó su intervención a la práctica de una entrevista a un menor, será testigo de la existencia y contenido de la misma, así como de las circunstancias que la rodearon; (ii) si durante esa diligencia percibió síntomas a partir de los cuales pueda emitirse una opinión sobre la existencia del “síndrome del niño abusado” o cualquier otro efecto psicológico relevante para la solución del caso, se debe indicar con precisión ese aspecto de la base fáctica y, obviamente, la misma debe explicarse a la luz de una base “técnico-científica” suficientemente decantada, según se indicó en precedencia; (iii) en el evento de que el perito se haya basado en otra información para estructurar la base fáctica de la opinión, la

66 CSJ. SP934-2020 (52045) del 20 de mayo de 2020. MP. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya.

misma debe ser adecuadamente explicada, sin perjuicio de la obligación de descubrirla oportunamente; etcétera.»⁶⁷.

De conformidad con los lineamientos jurisprudenciales expuestos resulta acertada la postura de la defensa en tanto se valore por parte del Juez los relatos ofrecidos por la menor o su progenitora en medio de una entrevista psicológica o sexológica porque son prueba de referencia y en este caso no admisible porque la menor y la progenitora estuvieron presentes en el juicio oral y la Fiscalía no las utilizó para su incorporación en algunas de las variables y además, tenía la posibilidad de incorporarla de manera directa conforme lo autoriza la ley en el literal e) del artículo 438 del CPP y en virtud de la indisponibilidad relativa que H.N.B.L. presentaba en la audiencia de juicio oral dada su patología y limitaciones físicas que se evidenciaron para expresar de viva voz lo que sabía de los hechos.

De tal forma que lo consignado en uno de los apartes de la sentencia⁶⁸ por parte de la funcionaria judicial de primera instancia en cuanto se refirió a lo que la niña por medio de la hoja escrita y el dibujo le indicó a la psicóloga no podía ser objeto de valoración, debía excluirse por tratarse de prueba de referencia no admisible, como lo tiene consignado la Corte⁶⁹ en el siguiente sentido:

Lo anterior evidencia que las instancias incurrieron en un falso juicio de legalidad al apreciar y valorar las versiones rendidas por (...) con antelación al juicio oral, puesto que, a diferencia de lo consignado por el Tribunal, éstas fueron incorporadas con desconocimiento del procedimiento establecido para ser tenidas como pruebas y por ende no podían ser valoradas para soportar la condena de (...).

Con ello, desatendieron los juzgadores que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 906 de 2004 sólo pueden ser tenidas como pruebas las practicadas en el juicio oral, en presencia del juez de conocimiento, con satisfacción de los principios de publicidad, contradicción y confrontación y, sólo de manera excepcional las versiones rendidas por los testigos fuera de esa audiencia pueden ser valoradas cuando se trate de pruebas anticipadas o pruebas de referencia, con el cumplimiento del debido proceso probatorio.

Y si el propósito de emplear esas versiones anteriores al juicio, rendidas por los testigos, es la de ser empleadas para impugnar credibilidad, en igual forma, la parte que lo requiere debe solicitarla como tal e introducirla en debida forma, garantizando con ello el respeto al debido proceso probatorio, la inmediación y el derecho de contradicción.

En este caso, las declaraciones que (...) otorgó a la médica y a la psicóloga, evidentemente no tenían la condición de prueba de referencia ni de prueba anticipada, no sólo por la ausencia de las condiciones para ser tenidas como tal, sino porque así no lo solicitaron las partes, razón por la que las instancias no podían valorar su contenido.

67 CSJ SP2709-2018, rad. 50637, reiterada en CSJ SP, 9 oct. 2019, rad. 50825.

68 Ver folios 58 al 59. Archivo NI. 28275. CUADERNO 2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

69 CSJ.SP3192-2021 (54508) del 28 de julio de 2021. MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

Además, a pesar de que (...) estuvo disponible para declarar en juicio, al punto que respondió todas las preguntas formuladas en el interrogatorio cruzado, ninguna de las partes confrontó a la menor sobre las versiones otorgadas anteriormente (y que fueron incorporadas en el juicio por las profesionales que las recepcionaron), ni le fue puesto de presente su contenido para controvertirlo o para reafirmarlo a través de la impugnación de credibilidad o del proceso de refrescar memoria.

Con ello, no desconoce la Sala que la menor víctima al rendir su declaración en juicio contaba con solo 8 años y, sobre ella recae una protección especial derivada de la primacía constitucional de sus derechos, tal como lo consagra el artículo 44 de la Constitución Política, pero al haber sido ofrecido su testimonio en juicio era deber de las partes procurar la revelación de aspectos de especial relevancia para el caso, guardando el cuidado de no revictimizarla.

Con razón ha explicado esta Sala que **cuando la víctima de un delito sexual es menor de edad, las autoridades judiciales están obligadas a brindarle una especial protección, sin embargo «ello no puede hacerse a través de la eliminación de las garantías mínimas del procesado, entre otras cosas porque las mismas también están previstas en normas con fuerza constitucional»⁷⁰.**

Así las cosas, **como las declaraciones anteriores al juicio rendidas por (...) no fueron incorporadas respetando el debido proceso, es claro que las instancias no podían valorarlas, pues no se cumplieron con los presupuestos de incorporación previstos por el legislador y desarrollados por la jurisprudencia para ser consideradas como prueba de referencia, prueba anticipada, testimonio adjunto (en los términos establecidos por la Sala Mayoritaria de esta Corporación) o como herramienta para impugnar credibilidad.**

Ahora bien, pese al yerro acotado, de la providencia⁷¹ también se destaca que el Juez valoró en debida forma lo que la profesional en psicología Diana Alexandra Rubiano Rojas⁷² desde su campo pudo extraer del comportamiento que observó en la menor que guardan relación con lo que se vislumbró en la audiencia de juicio oral y es el hecho de que H.N.B.L. pese a las limitaciones físicas que le impedían hablar, lograba diferenciar lo adecuado de lo inadecuado, la mentira y la verdad, lo que permite inferir que la menor entendía lo que se le estaba preguntando pero no era capaz de verbalizarlo, lo mismo aconteció en su declaración ante el estrado judicial donde se observa una menor atenta al cuestionario y respondiente con su mano y cabeza.

70 CSJ SP4762-2020, Rad.54816, reiterando lo dicho en SP2709-2018, rad. 50637; SP934-2020, rad. 52045; SP4103-2020, rad. 56919, entre otras

71 Ver folios 58 al 59. Archivo NI. 28275. CUADERNO 2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

72 Ver Récord: 1:10:58' al 2:07:45' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

Lo anterior, permite sin duda precisar que H.N.B.L. a pesar de su limitación para comunicarse era consciente de lo que le ocurría a su alrededor porque aún su parte mental no estaba afectada por la enfermedad y podía a través de su intérprete en este caso su progenitora manifestarle lo que sentía y lo que le había sucedido ese 22 de junio de 2013, que no es nada diferente a los hechos abusivos aquí endilgados, pero también lo podía a hacer a través de una profesional experta en neuro psicopedagogía quien por medio de una valoración de tipo proyectiva logró a través de láminas comprender lo que la menor le había sucedido, de allí que a pesar de la falencia acotada respecto de la prueba de referencia no admisible, existió prueba directa que hacen más creíble la versión de la víctima.

Por su parte, con relación a la declaración del médico Walter Soler Muñoz⁷³ en la providencia⁷⁴ el a quo no trae a colación la anamnesis o el relato que la madre denunciante le hizo al legista sobre lo acontecido el día de los hechos, ya que lo que extrajo fue su opinión como experto de la ciencia, lo cual consignó en el informe⁷⁵ pericial de clínica forense relacionado con la dificultades que presentaba la menor con ocasión de la enfermedad degenerativa y las lesiones que le pudo observar en la cara, en la mejilla y en el cuello, lo cual guardan coherencia con el relato que H.N.B.L. le dio a su progenitora y lo expresado con ademanes en la audiencia de juicio oral.

De tal manera que no le asiste razón a la defensa cuando intenta excluir de la valoración probatoria las declaraciones de la psicóloga y del médico legista o mermar su credibilidad porque independientemente de la forma en que actuaron como peritos, testigos técnicos o simples investigadores judiciales como los llamó la recurrente, sus versiones fueron valoradas como prueba directa por el conocimiento que tuvieron al examinar a la menor, lo cual permitió al fallador corroborar algunos datos y correlacionarlos con lo que le relató a su progenitora y lo que expuso mediante gestos en la audiencia de juicio oral.

Finalmente, **respecto del cuarto disenso** señaló la defensora que la juzgadora no debió traer a colación aspectos relacionados con el delito de lesiones personales mediante el cual resultó su prohijado absuelto. Postura que resulta equivocada por dos razones: i) No procedía la absolución, sino la prescripción de la acción penal como atrás esta Colegiatura indicó en tanto la funcionaria judicial perdió competencia para ahondar sobre el asunto y ii) La prescripción de la acción penal no impide que el fallador se pronuncie sobre esta conducta en la medida que esto

73 Ver Récord: 12:09' al 1:02:52' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

74 Ver folios 60 y 68. Archivo NI. 28275. CUADERNO 2. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

75 Ver folios 9 y 10. Archivo NI. 28275 – CUADERNO 1 EMP. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

no significa que el delito haya dejado de existir o que **Jorge Yilian Machado Pérez** no sea su responsable.

Y es que el hecho de que no se le pueda judicializar por esta conducta por una causal objetiva de extinción de la acción penal no impide que el funcionario se refiera a aspectos ligados a las lesiones que la menor sufrió ese 22 de junio de 2013 porque hacen parte de los hechos jurídicamente relevantes que surgen de la exposición que brindó la víctima a su progenitora y en la audiencia de juicio oral y constituye un elemento importante a la hora de reconocer credibilidad a los dichos de la víctima en la medida que encuentran corroboración con lo aducido por el médico legista Walter Soler Muñoz⁷⁶, quien observó las mismas y generó una incapacidad, por tanto, resulta fácil concluir que efectivamente la menor fue golpeada por **Jorge Yilian Machado Pérez**, quien era la única persona que se encontraba en la residencia porque el hermano mayor que estaba a su cargo salió de la casa, como lo indicó en la vista pública el propio Julián Andrés Bayona Leyva⁷⁷ y fue ratificado por el acusado⁷⁸, quien señaló que se sentó a ver televisión y el niño salió como a llamar a la mamá.

Versión del propio enjuiciado que confirma que se quedó solo en la sala viendo TV porque el hermano de la víctima salió, lo cual permite inferir que fue la única persona que se quedó a solas con H.N.B.L. momento que aprovechó para tocarla en sus partes íntimas -cola y vagina- y golpearla, pues no se encuentra ninguna otra explicación válida y coherente del porqué la niña resultó lesionada.

En fin, todas las posturas de la defensa tendientes a generar duda acerca de la existencia y materialidad de la conducta punible endilgada y la responsabilidad de **Machado Pérez** resultan infructuosas ante el acervo probatorio presentado por la Fiscalía que se basa principalmente en la declaración de la menor H.N.B.L. que atendiendo sus condiciones especiales y su debilidad manifiesta permitieron a la juez de primera instancia edificar una sentencia de condena al encontrar corroboración periférica con los testimonios de la señora Nelsy Leyva Cortés, y Julián Andrés Bayona Leyva a los que se suman el de los profesionales de la salud y de psicología que acudieron a la vista pública al igual que la valoración en conjunto de los demás testigos de descargo que antes de favorecer al acusado terminaron por fortalecer la teoría del caso del acusador, de allí que no resta sino confirmar la providencia.

76 Ver Récord: 12:09' al 1:02:52' Minutos. Archivo 14. Carpeta CD14. Audiencia Juicio Oral 02-08-17. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

77 Ver Récord: 19:55' al 38:35' Minutos. Archivo 11. Audiencia Juicio Oral 09-11-16. Carpeta CD11 Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

78 Ver Récord: 7:19' al 29:03' Minutos. Archivo 24. Carpeta CD24. Audiencia Juicio Oral NI. 28275. 05-07-19. Cuaderno01PrimeraInstancia. Expediente Electrónico.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, en Sala de Decisión Penal, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO. REVOCAR el numeral primero de la sentencia para su lugar DECLARAR la extinción de la acción penal respecto del punible de lesiones personales dolosas por prescripción, de conformidad con las consideraciones que preceden.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás.

Contra esta decisión procede el recurso extraordinario de casación. En firme, remítase la actuación a su lugar de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

Los magistrados,

JULIETA ISABEL MEJÍA ARCILA
Magistrada

LUIS GUIOVANNI SÁNCHEZ CÓRDOBA
Magistrado

HÉCTOR HUGO TORRES VARGAS
Magistrado

Luz Mireya Jaramillo Díaz
Secretaria

REBELIÓN: CALIDAD DE MILICIANO O COLABORADOR DE GRUPO IRREGULAR EN ZONAS RURALES.

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA E IN DUBIO PRO REO



TRIBUNAL SUPERIOR DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ SALA DE DECISIÓN PENAL

Ibagué, catorce de septiembre de dos mil veintitrés

Magistrado ponente: Héctor Hugo Torres Vargas

Radicado: 17001 60 00 030 2016 01589 01

Aprobado por Acta 1224

OBJETIVO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la fiscalía contra la sentencia adiada el 8 de junio de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Fresno absolvió al (acusado), por el delito de rebelión.

(...)

CONSIDERACIONES.

(...)

Ahora bien, sobre el delito de rebelión la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de mayo de 2019, emitida en el radicado

50874, señaló que esa conducta atenta “...contra el régimen constitucional y legal, es definido en el artículo 467 de la Ley 599 de 2000, en los siguientes términos:

“Los que mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional, o suprimir o modificar el régimen constitucional o legal vigente, incurrirá en prisión de...”

De tiempo atrás la Corte ha señalado que aunque la descripción del tipo (penal) sanciona penalmente a quienes mediante el empleo de las armas pretendan derrocar al Gobierno Nacional o, suprimir o modificar el régimen constitucional vigente, **no sólo son sujetos activos de la conducta punible aquellos que literalmente empuñan las armas con los propósitos mencionados, sino también aquellos que cumplen otras funciones encaminadas a materializar sus propósitos, pues siendo los grupos guerrilleros organizaciones constituidas al margen de la ley, cuyo objetivo es quebrantar la institucionalidad gubernamental, su cabal funcionamiento demanda de una estructura que en diferentes ámbitos garantice el desarrollo de las actividades subversivas (CSJ SP 24 nov. 2010, radicado 34482).**

En este sentido, los actos de rebelión no se agotan únicamente en el enfrentamiento armado con los miembros de las fuerzas legalmente constituidas, **sino que también encuentra realización en la pertenencia del sujeto agente al grupo subversivo, así materialmente no porte armas de fuego ni haga uso de ellas, porque la exigencia típica relativa al empleo de las armas se da con las que, en orden a lograr sus finalidades, utiliza el grupo rebelde al que se pertenece (CSJ AP 15 jul. 2009, radicado 29.876)”** (Resaltado fuera de texto).

Considera la Sala que, contrario a lo indicado por la fiscalía, no se demostró más allá de toda duda la materialidad del punible de rebelión, y la autoría y responsabilidad del señor Virgilio Toro Ochoa en el citado delito, ya que de lo indicado por los testigos de cargo, incluso los de descargo, lo que se estableció es que en la zona rural de Herveo, operaba un grupo irregular, liderado por Arquímedes de Jesús Arango alias “Tinejo”, el cual se identificaba como el Frente Bolcheviques del Líbano del Ejército de Liberación Nacional.

Sin embargo, se presentan serias dudas respecto a que el apoyo o colaboración que eventualmente el (acusado) le prestó al citado grupo, estuviera encaminado a quebrantar la institucionalidad del Estado, o si, por el contrario, fue por la presión y temor que el mismo generaba en la región, que el precitado se vio compelido a atender sus exigencias.

(...)

El análisis individual de los anteriores testimonios permitiría concluir la participación como miliciano del (acusado), en el Frente Bolcheviques del Líbano del ELN que opera u operó, entre otros lugares, en la zona rural de Herveo y el Páramo de Letras, organización irregular que 2014 y 2015 incurrió en varias conductas punibles, entre ellas, extorsiones a los propietarios de las fincas.

Sin embargo, al analizar en conjunto lo relatado por los señores (testigos de cargo) con la prueba de descargo y tener en cuenta el contexto en que ocurrieron los hechos, dada la situación de orden público que estaban viviendo los habitantes de la zona rural de la vereda XXX de Herveo y las demás ubicada cerca del Páramo de Letras, se presentan serias dudas respecto a la condición de miliciano del acusado.

Lo anterior, se suma a la falta de información suministrada por los precitados en relación con las actividades que desarrollaban el grupo Bolcheviques del Líbano que operaba en el sector del Páramo, con el fin de cumplir su principal propósito que era quebrantar la institucionalidad gubernamental.

Nótese que, sobre el particular, los señores (testigos de cargo), simplemente relacionaron las personas que conformaban el grupo al margen de la ley, entre ellos el acusado, y las extorsiones y algunos homicidios que habían perpetrado, incluso el último, quien hacía solo un año había ingresado a la organización irregular, ni siquiera tenía claridad del lapso temporal que llevaba operando el citado frente en la región, limitándose a señalar que “la gente” decía que llevaban mucho tiempo, lo que denota el desconocimiento que tenía el testigo respecto de la forma como funcionaba el mismo.

Incluso, resulta extraño que, a pesar de que el señor (testigo de cargo) dio a entender que hacía parte de los hombres armados, durante el contrainterrogatorio narró que para 2016 vivía en Ibagué, ciudad en la que fue capturado, de modo tal, que si para ese momento se encontraba en esta capital, no se entiende cómo tuvo conocimiento que fue el (acusado) el que suministró información para que le segaran la vida a dos personas y que guardaría las armas...

Lo que igualmente se predica del (testigo de cargo), quien al inicio de su testimonio adujo que para 2014 vivía en Manizales y también se la pasaba por los alrededores del Tolima, ya que estuvo “trabajando”¹ en el grupo Bolcheviques del Líbano un poco más de un año; pero, se reitera, ninguna referencia hizo a las actividades que realizaba el citado frente con el fin de derrocar al Gobierno, al punto que al preguntarle cuál era la finalidad del grupo en la zona, solo dijo² que ejercían control en el sector y obtenían finanzas, las cuales eran destinadas para su sostenimiento y para enviarle dinero al líder, quien estaba privado de la libertad.

Aunque no existe duda que los señores (testigos de cargo) hacían parte del grupo denominado Bolcheviques del Líbano, el cual era comandado por alias “Tinejo”, lo relatado por los precitados sobre la finalidad, la forma como operaban, los cabecillas del mismo, es insuficiente para otorgar plena credibilidad a sus dichos como lo pretende la fiscalía, pues se presenta duda de que aquellos realmente conocieran a

1 00:13:39 en adelante

2 00:17:23 en adelante

todas las personas que de manera voluntaria y con el fin primordial de derrocar la institucionalidad, le colaboraban al citado grupo.

A la vez, aunque los dos testigos dijeron que el (acusado), les suministró datos relacionados con la presencia de la Fuerza Pública en la región, ello no es suficiente para considerar que el precitado era miliciano; máxime, cuando aquellos aseveraron que lo conocieron porque pasaban por su residencia, y no hicieron referencia a que en alguna oportunidad el procesado los hubiera buscado o llamado directamente para prestarles dicho apoyo.

Otro aspecto que debía tenerse en cuenta antes de considerar que el señor (procesado) pertenecía al grupo guerrillero, es que, los mismos testigos refirieron que aquel atendía un establecimiento de comercio –tienda-, la cual quedaba en un sitio estratégico, ya que estaba cerca de un río y de un cruce de vías terciarias que comunican al páramo, por lo que es razonable considerar que el precitado le prestaba servicios no solo a los campesinos y propietarios de fincas de la región, sino que también se viera sometido a contestarle a los insurgentes los interrogantes que le realizaban, incluso que fuera compelido a traer encomiendas – mercado-, ya que también administraba una bodega.

A la vez, no puede pasar desapercibido que los señores (testigos de cargo), hicieron mención a hechos relacionados con el rol que supuestamente cumplía el señor (procesado) de los que no tuvieron conocimiento directo, ya que los dos coincidieron en afirmar que aquel le suministraba información por teléfono a Jefferson o a alias “Tinejo”, incluso que fue éste último quien les dijo que el acusado les colaboraría en lo que necesitaban, aspecto que no fue corroborado por la fiscalía, lo que hubiera permitido fortalecer lo narrado por los mencionados testigos.

Ahora bien, el que el señor (testigo de cargo), señalara que cuando salían del páramo se cambiaban de ropa en la tienda del acusado, tampoco permite concluir que hacía parte del grupo irregular y menos que la colaboración que les prestaba era con el fin de cumplir el objetivo principal de las organizaciones subversivas.

Puesto que, es altamente probable que, en razón a la situación de orden público de la región, los campesinos y propietarios de fincas, entre ellos, el procesado se viera obligado a prestar el apoyo que le pedían las personas armadas que llegaban a su vivienda; máxime, cuando se reitera, la actividad económica que desarrollaba era precisamente atender una tienda y administrar una bodega en una zona rural.

De igual manera, no puede perderse de vista que (testigo de cargo) señaló que ellos llegaban armados hasta el establecimiento de comercio del señor (procesado) en donde supuestamente se cambiaban; sin embargo, no dijo que en la residencia del prenombrado guardaran las armas, por el contrario, afirmó³ ”hasta ahí bajábamos

3 00:25:15 en adelante audiencia de juicio oral

armados nosotros, ya ahí recogíamos eso los guardábamos en Herveo en cualquier parte lo guardábamos”.

Asimismo, se reitera, no se practicó prueba que corroborara lo narrado por los señores (testigos de cargo), ya que la fiscalía se limitó a solicitar los testimonios de tres integrantes de la Policía Nacional, que lo único que hicieron fue confirmar la presencia del grupo irregular en la zona y los delitos que se les atribuían, pero nada se confirmó respecto a la colaboración que supuestamente les prestaba el procesado y la finalidad de la misma.

(...)

Aunque la Sala no tiene motivos para restarle credibilidad a lo narrado por los servidores..., ya que sus testimonios no presentan contradicciones importantes y se refirieron a los hechos que percibieron de manera directa durante los actos de investigación, en cumplimiento de sus funciones como integrantes de la Policía Nacional, y lo indicado por otras personas en las entrevistas e interrogatorios, la información por ellos recolectada, se reitera, lo único que hace es verificar la presencia de un grupo armado en la zona rural de Herveo, que se denominada Bolcheviques del Líbano, a quienes se les atribuían múltiples extorsiones, hurtos y homicidios.

Sin embargo, respecto a la participación del señor (procesado) como miliciano del citado frente, y que es finalmente la que tiene mayor relevancia para el esclarecimiento de los hechos, simplemente se limitaron a reproducir lo que les manifestaron los señores (testigos de cargo), y ni siquiera indicaron que esas sindicaciones hubieran sido corroboradas por otros entrevistados, últimos quienes al parecer habían sido víctimas de las referidas conductas punibles, las cuales eran atribuidas a esa organización ilegal.

Véase que, a pesar de que los policiales.... adujeron que entrevistaron a varias personas que habían sido víctimas de extorsiones –sin indicar nombres-, no hicieron mención a que aquellos hubieran sindicado al señor (procesado) de ser miliciano o colaborador del grupo irregular.

A pesar de que al acusado se le atribuyó colaborar al grupo con información, víveres y permitir que guardaran armas, vivía en una zona rural -vereda... de Herveo-, sectores en los que generalmente los habitantes se conocen, por lo que es extraño que las personas que se atrevieron a denunciar las conductas delictivas de las que estaban siendo víctimas, no se hubieran percatado de que el procesado, el cual era el propietario del establecimiento de comercio y administraba una bodega en el sector, también era miliciano.

De modo tal que, los policiales..., no hicieron referencia a información o actos investigativos que les hubiera permitido corroborar lo indicado por los señores (testigo de cargo), concretamente respecto a la participación de (procesado) en los hechos delictivos, pues, se reitera, ni siquiera se estableció si era cierto que el precitado se comunicaba telefónicamente con alias “Tinejo” o Jefferson.

A la vez, lo narrado por los testigos de descargo genera mayor incertidumbre sobre la pertenencia del acusado al Frente Bolcheviques del Líbano del ELN que tienen injerencia en la zona rural de Herveo, en calidad de miliciano, y por tanto en la comisión de la conducta punible de rebelión.

Nótese que, el señor...⁴, indicó que se dedica a la cría de ganado cultivo de café y cacao, y que conoce⁵ al señor (procesado) hace aproximadamente 50 años, ya que es un pueblo pequeño, y al preguntarle si tuvo conocimiento que el precitado tuviera contacto con grupos armados ilegales, contestó⁶: "no solamente el...(procesado), a todos nos toca, por qué razón, en esa zona operan dos o tres o cuatro grupos, fuera bandidos también operan, que a nosotros nos toca convivir a todos, nosotros estamos solos allá, yo soy de los más afectados...", y que los campesinos⁷ se ven obligados a atender integrantes de diferentes grupos.

(...)

Contrario a lo considerado por la fiscalía, la Sala le da credibilidad a lo narrado por el señor..., ya que expuso los hechos de los que tuvo conocimiento directo de manera lógica, coherente y sin incurrir en contradicciones; además, dio a conocer circunstancias de gran importancia como la actividad laboral a la que se dedicaba el señor (procesado), la ubicación de su establecimiento de comercio, la forma como éste atendía a las personas que acudían al lugar y la complicada situación de orden público que se presentaba para la fecha de los hechos en la vereda Damas Bajas de Herveo y demás ubicadas cerca al Páramo de Letras, aspectos de los que tuvo conocimiento directo porque hace muchos años conoce al acusado, reside en el mismo sector y fue una de las víctimas de extorsiones, el cual de manera vehemente y reiterativa señaló que el precitado no tenía ideales subversivos.

A la vez, no se observa que el señor (testigo de descargo) hubiera incurrido en contradicciones, limitándose a relatar de manera espontánea el conocimiento directo que tiene frente a los hechos, y a pesar de que no negó que los habitantes del sector en donde se encuentra su finca, incluido el acusado, le prestan servicios a los diferentes grupos irregulares que operan en el lugar, de manera enfática señaló que están obligados a hacerlo.

De modo tal que, analizados individualmente y en conjunto los testimonios de los señores..., último quien se itera, señaló que la colaboración que le presta la comunidad a los grupos armados no es voluntaria y que no le observó ideas subversivas al señor (procesado), los señalamientos realizados por los dos primeros no tiene el poder demostrativo para llevar al conocimiento más allá de toda duda sobre la materialidad de la conducta punible de rebelión y la autoría y responsabilidad del precitado.

4 Audiencia de continuación de juicio oral del 21 de febrero de 2023 00:15:42 en adelante

5 00:16:49 en adelante

6 00:17:37 en adelante

7 00:18:06 en adelante

Aunque le asiste razón a la fiscalía, en el sentido que el señor (testigo de descargo), puede tener interés en favorecer al procesado, ya que son amigos hace muchos años, ello no es suficiente para restarle credibilidad a sus afirmaciones; máxime, cuando el precitado hizo referencia a los hechos que pudo percibir de manera directa, incluso corroboró la presencia del grupo irregular en la zona, e hizo énfasis en que a pesar de que se denominaban Frente Bolcheviques del ELN, eran solo uno o dos los integrantes antiguos que realmente pertenecía a esa organización guerrillera.

A su vez, no se avizora que el testigo hubiera exagerado su relato, con el fin de favorecer al señor (procesado), por el contrario, el deponente de manera sincera reconoció que todas las personas que residen en la zona debían atender las órdenes de los grupos armados incluido él, ya que no existía protección por parte del Estado, lo que por sí solo no permite colegir que son (colaboradores) o hacen parte de la red de apoyo de algún grupo guerrillero de manera voluntaria, y que su intención es derrocar el Gobierno.

Asimismo, la fiscalía tampoco demostró durante el juicio oral, que el señor (procesado) hubiera ubicado su residencia en un lugar estratégico -cerca de un río en una intercepción de vías terciarias-, únicamente para favorecer los intereses del grupo armado al que supuestamente pertenecía, por el contrario, de lo indicado por el señor (testigo de descargo), se colige que el acusado vivía en el sector hace bastantes años y que siempre se ha dedicado a atender el citado establecimiento de comercio.

Último aspecto, que se insiste, debía haber sido analizado cuidadosamente por la fiscalía, ya que se trata de una tienda y bodega localizados en una zona rural en donde por su ubicación, generalmente todas las personas, entre ellas, las que pertenecen a los grupos irregulares o subversivos, incluso los integrantes de la Fuerza Pública, acuden al sitio no solo para comprar mercado y diferentes productos, sino también para dar a guardar cosas y recopilar información, sin que lo anterior signifique que la persona que atiende a los integrantes de grupos guerrilleros son milicianos.

(...)

Ahora bien, la Sala no desconoce que los actos investigativos realizados por los testigos de cargo, permitieron corroborar que, hace varios años en la zona rural de Herveo y Casabianca, hacía presencia el Frente Bolcheviques del Líbano del ELN.

Sin embargo, las pruebas practicadas, entre ellas, las de descargo, permiten colegir que entre 2014 a 2016, el grupo estaba liderado al parecer por alias “Tinejo” y su hermano, y conformado por personas que recién habían ingresado al mismo, entre ellos, (testigo de cargo), últimos que ni siquiera conocían a los habitantes de la región, y mucha de la información que suministraron fue la que les indicó su líder.

Tampoco es procedente desvirtuar lo indicado por los señores (testigos de descargo), en relación a que no observaron que el señor (procesado) hiciera parte de un grupo subversivo o que tuviera ideas revolucionarias, porque el supuesto apoyo

que el precitado le hacía al grupo denominado Frente Bolcheviques del ELN, era oculto; pues, se reitera, se trataba de una zona en la que la mayoría de habitantes se conocían y el procesado estaba ubicado en un lugar estratégico, por lo que era difícil que esa clase de comportamiento pasara inadvertido para los demás integrantes de la comunidad.

Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 6 de julio de 2016, emitida en el radicado 42227 señaló **“No obstante, el Tribunal, sin detenerse por un solo instante en el análisis de las demás pruebas, que no fueran los testimonios de los propios insurgentes, las descalifica de manera genérica bajo el entendido de que como quiera que la acusada no era combatiente activa y uniformada de las Farc, nadie podía dar cuenta de su pertenencia a la organización.**

De esa manera, no solamente se desconoció por completo el contexto en el que se desarrollaron los acontecimientos, sino que también se ignoraron los elementos de prueba que reafirman la tesis de que la acusada fue víctima de múltiples actos de extorsión que bien pueden explicar, de manera razonable, las diversas entregas de dinero que hizo a los miembros de la agrupación insurgente...” (Resaltado fuera de texto)

Además, llama la atención que los señores (testigos de cargo), a pesar de que señalaron al acusado de hacer parte del grupo subversivo, ni siquiera tenían conocimiento de cómo estaba integrado su hogar, y uno de aquellos se limitó a señalar que vivía solo porque no observaban a nadie cuando acudían a su establecimiento de comercio, lo que evidencia que no existía ninguna confianza entre ellos.

(...)

Si bien, le asiste razón a la fiscalía en el sentido que los hechos jurídicamente relevantes consignados en el escrito de acusación fueron aclarados durante la respectiva formulación, en el sentido que, al acusado no se le encontró material bélico, y no es indispensable para establecer la pertenencia a un grupo subversivo que se demuestre esa clase de hallazgos, máxime, cuando se trata de milicianos, lo importante en este caso es que los elementos encontrados durante el allanamiento practicado en la residencia del procesado, entre ellos, un celular, tampoco permitieron corroborar lo afirmado por los insurgentes..., en cuanto a que el procesado se comunicaba con Jefferson o alias “Tinejo”, pues de lo contrario esa situación hubiera sido referida por los investigadores.

Otro aspecto que fue relatado por el señor (testigo de descargo) y corroborado con la demás prueba practicada, es el sitio en el que estaba ubicada la residencia y establecimiento comercial de su padre (acusado), la que si bien podía ser estratégica para recopilar la información relacionada con la presencia de la fuerza pública en el sector y los demás asuntos relevantes que ocurrían en la zona, ello por sí solo no permite colegir que el precitado de manera voluntaria le suministró esos datos al frente denominado Bolcheviques del Líbano, y menos que les permitió guardar armamento.

Resulta extraño que un grupo subversivo pequeño, tal como fue descrito por los mismos insurgentes..., en menos de 100 metros tuvieran dos milicianos dedicados a guardar armas, pues de acuerdo con lo narrado por el intendente..., el señor... o alias “Chivo”, a quien le fue encontrado material bélico tenía su residencia aproximadamente a 80 metros de la casa del procesado, y es poco probable que los subversivos decidieran trasladar el armamento desde la casa de XXX hasta la residencia del acusado, para incurrir en un homicidio a pesar de que eran sitios tan cercanos.

(...)

Los testimonios de los señores (testigos de descargo), corroboran lo indicado por los demás testigos de descargo, respecto al lugar en donde vivía el acusado y las actividades a la que se dedicaba; incluso, confirman la complicada situación de orden público que vivió esa región entre el 2014 y 2016, por la presencia de diferentes grupos irregulares, entre ellos, los Bolcheviques del Líbano, integrado por los señores (dos testigos de cargo) y otros, contexto social que debía tenerse en cuenta al momento de establecer si el procesado incurrió en la conducta punible.

En efecto, no es procedente exigirle a una persona o personas que residen en una zona apartada, que ha sido afectada durante muchos años por el conflicto armado en donde hacían o hacen presencia grupos subversivos, y que el Estado no las protege, que se nieguen a suministrar información o llevar encomiendas a esas organizaciones irregulares, y menos considerar que porque acceden a ello, incurren en la conducta punible de rebelión, pues en frecuentes ocasiones se ven obligados a prestarles apoyo, para evitar ser víctima de flagelos como desplazamiento forzado, desaparición o incluso homicidio.

*Sobre el particular, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 6 de julio de 2016, emitida en el radicado 42227 señaló “El Tribunal omitió la estimación de cualquier prueba que condujera a la demostración de las circunstancias de orden público que se presentaron entre los años 2004 y 2007 en el municipio de Marulanda, sabiéndose con toda claridad que en esa región del país hacía presencia el denominado frente 47 de las Farc, **desarrollando una serie de actividades que sin duda alguna mantenía en estado de intimidación y zozobra a la población.***

En ese orden de ideas, como se desprende de la prueba atrás relacionada, desconocida por el fallador, las constantes acciones perpetradas por la organización guerrillera impusieron un régimen de sometimiento a los ciudadanos, compelidos de esa manera a acatar sus propósitos a sabiendas de los males consecuentes a una orden desobedecida.” (Resaltado fuera de texto).

En esa medida, la Sala no puede sustentar el fallo de condena en contra del señor (acusado), en lo indicado por dos integrantes del grupo subversivo que operaba en la zona rural de Herveo entre 2014 y 2016 autodenominado Frente Bolcheviques del

Libano, pues, se insiste, de acuerdo con lo indicado en sus atestaciones ni siquiera tenían conocimiento de los fines políticos de la citada organización, y sus dichos contrario a lo considerado por el apelante, no son totalmente convincentes.

Y menos, se pueden desestimar las pruebas de descargo, la cuales estuvieron encaminadas a acreditar la situación de orden público de la región donde ocurrieron los hechos y que en razón al lugar donde estaba ubicada la casa del señor (procesado) y la actividad a la que se dedicaba – atender un establecimiento de comercio y administrar una bodega donde guardaban productos, entre ellos mercados, tenía contacto con la mayoría de personas que habitaban el sector.

En conclusión, la prueba practicada no permite llegar al conocimiento más allá de toda duda sobre la autoría y la responsabilidad del señor (acusado) en los hechos objeto de acusación, presentándose una serie de dudas imposibles de eliminar las que deben resolverse en favor del acusado, tal como lo establece el artículo 7º de la Ley 906 de 2004, y en el entendido que es al Estado a través del órgano de persecución penal al que le corresponde desvirtuar la presunción de inocencia, lo que no se hizo, no queda alternativa diferente a la de confirmar la sentencia de primer grado.

*Por lo expuesto, la Sala Penal del Tribunal Superior de Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,
(....)*

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

HÉCTOR HUGO TORRES VARGAS
Magistrado

MARÍA CRISTINA YEPES AVIVI
Magistrada

IVANOV ARTEAGA GUZMÁN
Magistrado



SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES



**VALOR PROBATORIO DEL TESTIMONIO ÚNICO DE LA
MADRE DE LA VÍCTIMA EN CASOS DE DELITOS SEXUALES
CONTRA MENORES DE EDAD**

REPÚBLICA DE COLOMBIA



**RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA DE ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES
IBAGUÉ-TOLIMA**

Magistrado Sustanciador: Ricardo Enrique Bastidas Ortiz

Ibagué, nueve (09) de septiembre de dos mil veinticuatro (2024).

Referencia: Actos sexuales con menor de 14 años. Acusado: M.A.C.O. Radicación No. 73001-60-01-356-2019-00078-02. N.I. 3212.

Discutido y aprobado en acta SRPA No. 31 del 9 de septiembre de 2024. Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa técnica del adolescente M.A.C.O contra el fallo proferido el 13 de junio de 2024 por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué en el asunto de la referencia.

I. ANTECEDENTES:

1. Conforme a la orden de aprehensión emitida para lograr la comparecencia del adolescente M.A.C.O., el diez (10) de enero de 2020 el Juzgado Primero Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de esta ciudad llevó a cabo la legalización de la aprehensión y la formulación de imputación en contra del reseñado por el delito de *actos sexuales con menor de 14 años* contemplado en el artículo 209 del Código Penal, cargos no aceptados por el imputado.
2. Luego, el tres (3) de septiembre de 2020 ante el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, se adelantó audiencia de formulación de acusación en contra del adolescente por la comisión, en calidad de autor, del punible arriba descrito.
3. A su turno, el siete (7) de julio de 2021 se llevó a cabo audiencia preparatoria en la que se anunciaron los medios probatorios que se harían valer en la audiencia de juicio oral y se fijó fecha para su realización.
4. El juicio oral se realizó los días diecinueve (19) de agosto, seis (6) de octubre y uno (1) de diciembre de 2021, diez (10) de marzo, once (11) de agosto y siete (7) de septiembre de 2022.
5. Por su parte, luego de concluido el trámite respectivo, el dos (2) de noviembre de 2022 se realizó audiencia de imposición de sanción y el ocho (8) de marzo de 2023 se dio lectura al fallo en el que se declaró penalmente responsable al adolescente M.A.C.O. como autor del delito de *actos sexuales con menor de 14 años* agravado y se impuso sanción de libertad vigilada por el término de doce meses.
6. Inconforme con la decisión, la defensa técnica del declarado responsable penalmente presentó recurso de apelación en el que medularmente refiere que no se pudo probar más allá de toda duda razonable la comisión del punible por parte del adolescente.
Interpuesto el recurso de apelación, sustentado el mismo y trasladado a los demás intervinientes, el juez concedió la apelación en el efecto suspensivo ante el Tribunal Superior de Ibagué Sala de Asuntos Penales para Adolescentes.
7. Allegadas las diligencias a esta instancia, y luego del requerimiento efectuado en proveído del 31 de marzo de 2023 a la sede de primer grado para complementar el expediente, esta Corporación por decisión del 12 de mayo de

la misma anualidad anuló todo lo actuado en el proceso penal a partir de los alegatos de conclusión pronunciados en audiencia del 7 de septiembre de 2022, así mismo, ordenó la reconstrucción de la continuación de la audiencia de juicio oral del 11 de agosto de 2022, allí donde se recibió la declaración de la testigo Y. C. O., lo anterior como quiera que la misma no reposaba en el plenario o en repositorio alguno de la sede judicial, tal como en respuesta al requerimiento previo fue informado.

8. En cumplimiento de la orden dictada, el 29 de mayo de 2024 se llevó a cabo audiencia de juicio oral con la finalidad de reconstruir la diligencia en la que intervino la testigo Y. C. O., oportunidad en la que se atestó que *“la presidencia al notar que efectivamente el Despacho, ni la Defensa consiguieron la comparecencia de la testigo Y. C. O., por desinterés de la ciudadana. Propone que para reconstruir el testimonio leerá los apuntes que tiene respecto al testimonio recibido (...). De igual forma, les pide a las partes si cuenta con anotaciones, de ese mismo día. Por lo que se resuelve entre todos leer los mismos”* (archivo 48, expediente primera instancia).
9. A su turno, el 13 de junio de 2024 se llevó a cabo audiencia de lectura de fallo, oportunidad en la que se anunció la declaratoria de la responsabilidad penal del adolescente M.A.C.O., la imposición de sanción de libertad vigilada por 12 meses, la solicitud de colaboración a las autoridades para el control y ejecución de la sanción y la promoción del incidente de reparación. Allí mismo se impetró recurso de apelación contra la determinación y se accedió a su concesión en el efecto suspensivo.
De forma medular la sentencia consideró demostrado más allá de toda duda razonable la ocurrencia del punible *“de los que fue víctima la menor D.M.D.G., como también la autoría y responsabilidad del acusado M.A.C.O., con fundamento en la prueba testimonial que desfiló en el juicio oral”*, pues pese a que la única testigo del suceso era la madre de la víctima *“fue coherente y sobre todo reiterativa en su dicho, además de consistente con su versión, lo cual hace que su relato sea creíble”*, además que la defensa técnica no pudo desvirtuar la ocurrencia del hecho investigado, pues la actividad testimonial que desplegó aun cuando trató de desacreditar a la señora M. G. G. no lo logró, de manera que se halló configurada la teoría del caso planteada por el ente acusador.
10. Inconforme con la decisión la defensa técnica del declarado responsable penalmente propuso recurso de apelación en el que en esencia refiere que no se pudo probar más allá de toda duda razonable la comisión del punible por parte del adolescente, aduciendo que por el contrario, según lo probado

era posible absolverlo de responsabilidad al permitirse concluir que ello corresponde a un ardid en contra de aquel por parte de la madre de la menor víctima *“como represalia”* al no acceder a sus *“acciones eróticas”*, reproche que fundamenta en las testimoniales vertidas en el proceso.

Resalta las incoherencias y desaciertos en que incurrió la denunciante en sus declaraciones, *“en cuanto a las circunstancias sobre todo modales en las cuales tuvieron ocurrencia los supuestos hechos”*, pues era esperable que permanecieran incólumes los más mínimos detalles, pero como así no fue *“resulta fácil concluir que esta denuncia y sus diferentes versiones poco concordantes no son ciertas”*, las que reseña carecer de un hilo conductor.

De igual forma, como soporte de su pedimento, cuestiona la ausencia de valoración psicológica a la menor víctima, ésta que consideraba era *“indispensable y necesaria para acercarse a la verdad real del acontecer”*, sobre todo para determinar la existencia de peligro al bien jurídico presuntamente conculcado a la menor, pues no se evidenció ningún rasgo de afectación y con ello concluyó que *“nunca sufrió un evento traumático”*, por tanto *“brilla por su ausencia la certeza de la existencia de la conducta típica investigada”*, más aún, teniendo en cuenta la manifestación de la progenitora que en su decir expuso *“dudar de la veracidad de los dichos de la menor”*, al relatar que ella *“permanecía diciendo mentiras”*.

Finalmente rogó tener en cuenta el memorial presentado por Yurani Castillo como excusas por la no concurrencia a la audiencia de reconstrucción de su testimonio, donde fue considerado que dada la *“falaz denuncia, el episodio de salud de su progenitor avanzó hasta su muerte”*.

11. Presentado de forma tempestiva el recurso y la ampliación de sus reparos, el mismo fue trasladado a los no recurrentes sin que se hubiese recibido pronunciamiento de los mismos.

II. CONSIDERACIONES

1. Revisada la actuación no se advierte irregularidad trascendente que invalide lo actuado, por el contrario, se observa que en el desarrollo del proceso se respetaron las reglas y garantías procesales.
2. Para iniciar, resáltese que la responsabilidad pedida en un juicio penal frente a un menor de edad, como es este caso, debe estar construida en prueba que permita revelar a ciencia cierta que el infractor es autor de una conducta típica y antijurídica, y no solo en un elemento de juicio poco claro, endeble o en pruebas de referencia.

Así mismo, para revelar esa precisión, imperioso es memorar que el acto sexual con menor de 14 años se configura por acciones de connotación sexual que comprometen zonas íntimas, sexuales o erógenas de la víctima o del victimario, que no se circunscribe con exclusividad al área de los genitales o a tocamientos, y que por ello, no requiere que la conducta objeto de sanción penal deje huellas en la humanidad de la víctima, en su comportamiento o la psiquis, tampoco que el acto tenga duración prolongada, pues incluso esos eventos fugaces que no comportan una afectación sustancial en la víctima bastan para agravar la dignidad sexual del individuo e imponer el reproche sancionatorio.

También, resulta claro que esos comportamientos, como ha sido enfática la doctrina y la jurisprudencia al señalar, ocurren por lo general sin el concurso de testigos directos, o, resultan apreciados eventualmente por personas cercanas a la víctima o victimario, pues surgen en entornos de intimidad o confianza, a puerta cerrada, en la cotidianidad de la convivencia, en lugares solitarios, ajenos a la mirada pública e incluso en la dinámica familiar, allí donde solo se encuentra el afectado con su agresor, donde las condiciones de cercanía así lo permiten y se pueden desplegar los tocamientos libidinosos sin interferencia de terceros, precisamente porque el acto generador de la agresión tiene una importante connotación de ser único y muchas veces excepcional, por ende, la valoración probatoria que ante tal se despliega debe contar con la más rigurosa minucia, la más cuidadosa confrontación con las demás pruebas y con la aplicación efectiva de la sana crítica para los relatos descriptivos que las únicas personas que le constan realicen.

3. Además, cuando en el suceso justiciable se encuentra involucrada una menor en las primeras etapas de su desarrollo cognitivo donde su discernimiento sobre las conductas apropiadas o las que no aún es difuso, donde la inmadurez mental propia de la primera infancia impide distinguir a quien emprende una acción trasgresora de su dignidad y no se conocen a cabalidad las partes del cuerpo humano, la descripción de la agresión por parte de la víctima emerge inescrutable, pues a ciencia cierta ella no comprende la entidad de lo ocurrido y no puede orientar la valoración conforme su decir, por supuesto que en caso tal, éste debe ser coherente y detallado.

Así mismo, tratándose de menores en etapa de desarrollo de 0 a 3 años (como aquí ocurre) en los que las competencias lingüísticas incipientes hacen por lo general – tan solo – medianamente inteligibles las palabras que emiten, conocer la versión del evento proveniente de la víctima se torna complejo, de contera, hace que no se puede emplear la intervención de la agredida como parte del recaudo probatorio, no por la inconveniencia de la descripción, sino

por la ausencia de la caracterización debidamente estructurada y la exactitud que el menor pueda realizar, claro es que ello no resulta ser una aseveración inobjetable, pues admite eventos en los que la menor esclarezca ciertos comportamientos, por tanto, aunque sea regla general admite excepciones. Con todo y ante las particularidades y dificultades de eventos como el aquí abordado, el material indiciario adquiere especial connotación y así lo ha puntualizado el máximo órgano constitucional:

“Cuando se trata de la investigación de delitos sexuales contra menores, adquiere además relevancia la prueba indiciaria. En efecto, dadas las circunstancias en las que estas infracciones suelen producirse, con víctima y autor solos en un espacio sustraído a la observación por parte de testigos, debe procederse en muchos casos a una prueba de indicios en la que adquiere una relevancia muy especial la declaración de la víctima. Considera la Sala que, en los casos en los cuales sean menores las víctimas de la violencia sexual, estos principios adquieren una mayor relevancia y aplicación, es decir, la declaración de la víctima constituye una prueba esencial en estos casos y como tal tiene un enorme valor probatorio al momento de ser analizadas en conjunto con las demás que reposan en el expediente. No le corresponde al menor agredido demostrar la ocurrencia del hecho sino al Estado, aún más en situaciones donde por razones culturales alguno de los padres considera como algo ‘normal’ el ejercicio de la violencia sexual contra los niños o alguno de ellos considera ser titular de una especie de ‘derecho’ sobre el cuerpo del menor”. (Corte Constitucional, Sentencia T-554 de 2003).

Respecto a ello ha recabado la jurisprudencia especializada:

“Como lo ha dicho la Corte, en los procesos que cursan por la comisión de conductas punibles que atentan contra la libertad sexual y la dignidad humana, por regla general, no existe prueba de carácter directa sino que la reconstrucción del acontecer fáctico se debe hacer con base en las referencias hechas por los distintos elementos de juicio que correlacionados entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado.” (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 11 de abril de 2007, rad. 26.128).

Y es que como se viene de explicar, es común que en ese tipo de delitos solo se tenga el testimonio directo de la propia víctima, sin embargo, cuando el mismo no puede ser recabado, por ejemplo, porque la menor aún no habla y no se puede hacer entender para esa finalidad de modo alguno, o dada la corta edad de la misma, la reconstrucción fáctica de lo sucedido provendrá de referencias efectuadas dentro del debate procesal con fundamento en el elenco probatorio, por ende, corresponde al operador judicial abordar de manera acuciosa el estudio de la pluralidad demostrativa para que con las declaraciones reproducidas en el juicio puedan ser corroboradas las circunstancias concomitantes que arrojen la luz y claridad sobre el real acontecer, de

manera que éstas “*correlacionadas entre sí, indicarán la existencia del hecho y la responsabilidad del proceso*”, por ende, no resulta extraño que se eche mano de esos elementos para el esclarecimiento de la agresión.

Entonces, cuando los indicios convergen en un resultado altamente probable de la conclusión incriminatoria, el plexo demostrativo valorado en conjunto permite que esa inferencia indiciaria quede fuera del ámbito de la duda razonable, precisamente dada la concordancia y univocidad en los hechos que rodean el insuceso, soportando con suficiencia la sanción penal.

4. Amén de lo anterior y abordando la cuestión sometida a estudio, lo primero a establecer es el cuestionamiento sobre la ausencia de demostración más allá de toda duda razonable de la comisión del punible.

Al respecto véase que contrario a lo descrito en el disenso vertical, para la Sala ha quedado debidamente demostrada la ocurrencia del hecho delictuoso por el menor M.A.C.O en contra de la menor D.M.D.G., con fundamento en la declaración de la señora M. G. (madre de la víctima y testigo presencial) en contraste con la corroboración periférica que aportaron las demás testimoniales, pudiéndose establecer certeza sobre los eventos ocurridos el 27 de marzo de 2019.

Nótese cómo la reseñada testigo en audiencia de juicio oral narró conocer al menor infractor por ser vecino suyo desde que éste tenía aproximadamente 3 años, así mismo que tenía un especial aprecio por él, al punto que éste permanecía en su vivienda y ella – junto su madre – se encargaban de suministrarle alimentos cuando los progenitores del mismo no se encontraban, lo que ocurría a pesar de no mantener una buena relación con los padres y la hermana de aquel.

En lo que concita al suceso punible, explicó que se encontraba en su casa con su madre, un hermano, su hija y el menor, los tres primeros viendo televisión, mientras los últimos jugaban con una pelota, estableciendo que:

“(…) de un momento a otro se quedaron callados y se metieron a la pieza y me da por mirar por la ventana cuando estaba el sentado en la cama, y estaba con el pene descubierto y la niña la tenía en el medio de las piernas, y haciéndole con la cabecita para abajo hacia arriba, cuando yo le pegue el grito, y yo entré y le dije se me larga de acá, yo no lo quiero ver, y él no se fue, se sentó ahí, yo le dije se me larga, yo no lo quiero volver a verlo nunca más acá, y él se fue para la casa, y yo llamé al papá de la niña, el papá de la niña automáticamente llegó, y yo le dije Fabián tiene que tranquilizarse no vaya a hacer alguna locura, porque usted sabe que hoy en día no se le puede pegar a los chinos porque ... y claro, él de una vez fue y fuimos a la casa de ellos a reclamarle, y ahí es cuando tuvimos la discusión, el chino se nos vino encima, la

1 Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 11 de abril de 2007.

china también se me vino encima, que eso eran mentiras” (récord 00:45:27 a 00:47:00, audiencia del 19 de agosto de 2021).

Así mismo, cuando fue preguntada para detallar el contexto, explicó no saber la hora exacta en que el menor entró junto a su hija a la habitación, sin embargo, que M.A. había llegado a su vivienda sobre las 7:00 pm, y que *“cuando ellos se quedaron callados, yo espere un ratico, y yo ya ... algo pasa, y ahí fue cuando me da por mirar por la ventana cuando observo lo que le acabo de decir”*², lugar que se encontraba contiguo a la sala en que ella se ubicaba, pues lo separaba tan solo una cortina.

En la narración además declaró que en el momento solo sacó de su vivienda al menor y llamó al padre de su hija, porque pensó que si decía algo más *“se armaba la de troya”*, por eso esperó que éste llegara y ahí si acudió con él donde sus vecinos, interregno entre el suceso y su llegada que no fue superior a cinco minutos, pues ambos residen en la misma vereda, de igual manera relató que luego del reclamo no entabló más conversaciones con el menor o sus padres, concurriendo al día siguiente a la fiscalía a interponer la respectiva denuncia. Esa descripción fácilmente mostró linealidad, coherencia y consistencia, además fue debida y congruentemente reiterada, pues no solo se expuso con claridad en la vista pública dos años después de la ocurrencia del punible, sino que también cimentó la narración de la denuncia con la que se adelantaron todas las pesquisas preliminares y el relato efectuado el 29 de marzo de 2019 ante el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (folios 46 a 47, archivo 02, cuaderno primera instancia), tal como dan cuenta los legajos acopiados al plenario (archivo 01³ y 02⁴ cuaderno de primera instancia), siendo así sostenida y prístina ante las autoridades (juzgados de control de garantías, penal del circuito, Fiscalía General de la Nación e Instituto Nacional de Medicina Legal) que al interior del juicio han intervenido en diversas oportunidades y calendas, sin que hubiesen existido contradicciones, retracciones o incoherencias entre una y otra que enervaran su valor o arrojaran duda de su veracidad.

Y aunque el recurrente cuestiona la existencia de contradicciones u omisiones en su dicho, que dada la trascendencia del evento no deberían aflorar, la única discrepancia que fue percibida fue la de la fecha de la ocurrencia del evento, pues pese a que siempre se sostuvo (y es claro) que había ocurrido el 27 de marzo de 2019, en su intervención en la audiencia de juicio oral la señora G. G. refirió la calenda del 26 de marzo de aquella anualidad como fecha del

2 Récord 00:51:23 a 00:51:30, audiencia del 19 de agosto de 2021.

3 Ver: Folios 22 a 37 y 116 a 129.

4 Ver: Folios 211 a 216.

suceso, empero, allí mismo indicó que no tenía certeza de la misma por no recordarla con precisión; cuestión ésta que para la Sala resulta de menor trascendencia además de comprensible, habida cuenta que ese relato se recibió 2 años y 5 meses después del infortunio, lapso en el que es apenas lógico que el proceso de rememoración tenga vacíos o inconsistencias menores, y que esa clase de circunstancias suelen incidir negativamente en la recordación exacta de aspectos que no suelen fijarse en la memoria, cuando más tratándose de una fecha concreta.

Ciertamente esa minucia no repuntó con la inexactitud de la declaración, la contradicción o incoherencia, tampoco arrojó luces sobre la invención de la versión (como se quiso hacer ver), a causa de ser esa variación producto del olvido (como se reconoció) y no de la necesidad de aproximar una fecha para respaldar su dicho, precisamente porque así se infiere por esta colegiatura, sobre todo porque lo restante guardó plena consonancia y sintonía con las múltiples intervenciones, bastando la demostración de su ocurrencia en circunstancias que posibilitan ubicarlas en un rango temporal cierto, en virtud a su relación directa con los involucrados, ser la denunciante y hallarse en el mismo lugar, ante lo cual la prueba del suceso no pende sólo de brindar fechas y horas exactas.

Pero en todo caso su aseveración en contexto también encuentra resguardo en la mayoría de las restantes intervenciones, pues por su parte H. F. D. H., padre de la víctima, refirió que se encontraba en su casa cuando recibió la llamada de M. G. informando sobre un suceso con su hija, contándole lo ocurrido – solo – una vez llegó al lugar de los hechos y tras apercibirlo sobre su reacción, en tanto “lo tengo que tomar con calma”, relatando con absoluta sintonía la versión de la anterior declarante, así:

“Que la niña y el menor M.A.C., ellos estaban jugando dentro de la casa con una pelota, uno se encontraba en la pieza y el otro casi que en la sala, y se estaban tirando la pelota uno a otro, cuando ella me manifiesta que de repente la pelota quedó adentro y ambos quedaron dentro de la pieza y quedó en silencio inminente en la pieza, no se escuchaba nada, en ese silencio entonces a ella le dio curiosidad, va se asoma por la ventana que queda en la parte lateral de la pieza y observa que el muchacho M.A. tiene los pantalones abajo y pues se está cogiendo el pene y le está cogiendo la cabeza a mi hija en dirección al pene”. (récord 00:12:43 a 00:15:37 audiencia del 6 de octubre de 2021).

Además, como eventos posteriores a su llegada estableció que:

“En el momento en que ella me lo comenta a mi me embargó una rabia, una ira muy grande, muy desmesurada diría yo, en ese momento yo lo que hago es dirigirme hacia donde ellos residen [M.A. y su familia], que es una casa que queda más abajo,

yo llego a la casa y empiezo a gritarle que donde se encuentra, empiezo a gritarle que donde se encuentra, que donde está, entonces en ese momento sale la hermana y sale él, entonces la hermana dice que qué pasó, entonces yo comienzo a decirle que su hermano es un enfermo, es un pedófilo, como se va a meter con una niña de tan solo tres años, (...), en el momento en que yo le grito esa clase de cosas, el muchacho lo que me manifiesta es si quiere hágale el examen, entonces yo sigo diciéndole usted es un enfermo, un depravado, como se va a meter con una niña de tan solo tres años de edad, entonces en ese momento él se me viene un poco hacia encima e intenta como manifestarme un golpe, que yo trato también de devolverle con un empujón, pero la hermana en sí estaba en el medio y ella fue la que más que todo la que intervino.” (récord 00:16:00 a 00:18:12 audiencia del 6 de octubre de 2021).

Finalmente relató que conoce al menor desde pequeño, aproximadamente hace 15 años cuando éste llegó con su familia a la vereda, así mismo que, para el momento en que acudió a efectuar el reclamo los padres de éste no estaban, solo se encontraba el menor y la hermana, ésta quien cuestionó a su hermano por lo acontecido, sin embargo, el suceso allí fue negado por M.A. Recuento que también se refuerza con la intervención de A. E. G. G., abuela de la víctima, quien al respecto decantó:

“Yo estaba sentada en la primer pieza, estaba con mi hijo, el más mayor, estábamos viendo televisión, M.A. estaba en la otra pieza adentro, y ahí estaba Maribel, mi hija, con la niña, estaban jugando balón, cuando de pronto tiraron el balón a la otra salita, y mi hija salió para la parte afuera, y ellos quedaron jugando ahí, de pronto no se cual de ellos tiró el balón a la otra pieza, cuando fue que oí que Maribel le pegó el grito por la ventana, fuerte, diciendo M, ella lo gritó fuerte. Ella [Maribel] pasó, entró a la pieza donde estaban ellos y sacó a la niña de la mano, y M salió así con la mirada hacia abajo, y él lo que hizo fue agarrar el librito, un libro que había en la mesa, se sentó en el piso de la puerta, abrió el libro y se agachó, así como si estuviera leyendo”. (récord 1:15:00 a 1:17:00, audiencia del 6 de octubre de 2021).

Expuso que luego salió de la residencia y escuchó a H. F. gritándole a M.A. que “era un degenerado”, percatándose también del enfrentamiento que allí se desató entre su hija y Yurani (hermana de M.A.), empero que, solo se enteró con certeza de todo lo ocurrido al día siguiente, puesto que en el momento Maribel no le informó nada. De igual forma depuso sobre la proximidad de las viviendas, el tiempo que tomó la llegada de Héctor Fabián tras la expulsión de M.A. de su casa y la cercanía entre el acusado y los miembros de su familia. Sin embargo, también los testigos de la defensa reforzaron esa credibilidad, así, O. L. O., madre de M.A., explicó que en esa ocasión no se encontraba en la ciudad sino en Medellín (Antioquia), pero que su hija la llamó a contar lo acaecido, intervención en la que declaró:

“Me comentó que había sucedido algo en la finca y que M.A. había ido a la casa de la señora Maribel y la señora Ana Elsyda y que había estado ahí que ella había visto algo pasando por una ventana, ella me explicó rápido y la verdad casi no le entendí bien porque la señal allá es muy mala en la clínica, y yo casi no escuchaba muy bien”. (récord 1:34:53 a 1:35:00, audiencia del 10 de marzo de 2022).

Aduciendo haberse enterado de todo al día siguiente del suceso, pero informándose con detalle del mismo tan solo una vez llegó a la ciudad, cuando su hija le comentó la recriminación que Maribel hizo a su hijo, cerrando su intervención cuando explicó que *“me contó que cuando el papá de la menor se enteró había ido a la habitación a matarlo, a pegarle”*.

Y a pesar de no lograrse la concurrencia de la hermana de M.A. para recabar – de nuevo – su intervención (como quiera que la grabación de la misma no fue hallada), en la audiencia de reconstrucción del 29 de mayo de 2024 llevada a cabo por el juez de conocimiento con anuencia de todos los involucrados, se refirió que en la declaración anterior, Y. C. O. estableció que *“Maribel llegó señalando que mi hermano era un violador”*, constatando una vez más la versión dada por la testigo presencial.

De otro lado, pese a que la defensa buscó dilucidar animadversión entre M. G. y el menor acusado, por cuenta de aspiraciones sentimentales y/o pasionales de ella hacia aquel, además de rencillas entre ambos núcleos familiares, ciertamente esas afirmaciones no pudieron ser probadas en el plenario, pues de lo recaudado en el juicio oral lo que se colige es que ésta veía a M.A. como un vecino por el cual prodigaba afecto y en quien tenía depositada confianza, amén de conocerlo desde que él tenía aproximadamente 3 años, compartir constantemente en su vivienda y permitir la interacción continua entre su hija y él, lo que no solo se decanta por los testigos de cargo, sino también por los de descargo, especialmente la mamá del menor agresor.

Por manera que aun cuando era claro el quebrantamiento de la amistad que otrora entrelazó a la declarante con O. L. O., lo que ella reconoció, es palmario que la misma no influyó en la relación con el acusado, pues de hecho en la fecha de los acontecimientos le estaba suministrando alimentación al menor dada la ausencia de sus progenitores, se recalcó que aquel permanecía donde la familia G., y con todo, la señora O. reconoció que ellas (por hacer alusión a la familia de la declarante) tenían buena relación con sus hijos. Es por ello que la señora M. permitía la permanente interacción de su hija con M.A. e incluso A. E. afirmó que cuando escuchó el grito de su hija al acusado *“no se me vino ni un mal pensamiento”*.

Por eso nada más obsta para corroborar las excelentes relaciones que se sostenían con el menor infractor y con ello se cae por su propio peso el argumento

traído por la defensa frente a que la denuncia formulada por M. G. en contra de M.A., además de su intervención, fue producto de una venganza o un ardid tramado por aquélla como represalia al no acceder a sus intereses personales y dadas las malas relaciones entre ambas familias, eludiendo así el argumento que se enfocó en desestimar la veracidad de esa declaración.

En suma, para la Sala las posturas empleadas por la defensa técnica tendientes a generar duda en el juzgador de segunda instancia sobre la existencia del hecho y la responsabilidad del procesado, no comportan trascendencia y valor para el juicio, siendo inanes ante la carencia argumentativa y sobre todo demostrativa que les precedió, tornándose así en meros enunciados personales del defensor, que francamente desconocen todo el plexo documental, el recaudo testimonial obrante y los señalamientos coherentes de la testigo, dichos que no lograron desvirtuar lo allí narrado y menos la valoración que de los legajos de pruebas realizó el juez de conocimiento.

Con ello, no se olvide que las diversas versiones suministradas por la testigo quien además era la denunciante, constituyen una unidad discursiva que valorada en conjunto con el restante acervo probatorio, permitió descartar las mentadas inconsistencias y posibilitó establecer la veracidad de la misma, pues el núcleo esencial de su dicho en todas las varias intervenciones fue sereno y uniforme, el que constituyendo una unidad inescindible guardó análoga relación con lo descrito por los demás testigos en torno al crucial contexto de ocurrencia, siendo fácil inferir que el avistamiento del acto sexual por parte de M. G., por la trascendencia del mismo, motivó el reclamo en la casa del menor, el público señalamiento y el consecuencial enfrentamiento que allí se presenció, sin que mediaran otras razones perceptibles o probables para desplegar semejante comportamiento ante la comunidad en la que habitaban y la acusación a aquél de la comisión de ese punible minutos antes, cuando más que la cronología de los sucesos y la inmediatez de esa reclamación refuerzan la tesis, estructurando así—con la requerida suficiencia—la convergencia de los indicios para asentar la existencia del acto punible y de contera la sanción penal.

Con todo, inescindible resultar indicar que la sentencia condenatoria requiere certeza racional, más no absoluta, pues así ha sido el entendimiento dado por la alta Corporación⁵ en la especialidad, que al respecto indicó:

“Ahora bien, en punto de la consecución de la verdad a partir de la adecuada ponderación de las pruebas, el artículo 5° de la Ley 906 de 2004 dispone que “en ejercicio de las funciones de control de garantías, preclusión y juzgamiento, los jueces

5 Sentencia de casación del 5 de diciembre de 2007. Rad. 28432, entre otras.

se orientarán por el imperativo de establecer con objetividad la verdad y la justicia” (subrayas fuera de texto).

La verdad se concreta en la correspondencia que debe mediar entre la representación subjetiva que el sujeto se forma y la realidad u objeto aprehendido por aquél, que, tratándose del proceso penal, apunta a una reconstrucción lo más fidedigna posible de una conducta humana con todas las vicisitudes materiales, personales, sociales, modales, psicológicas, etc., que la hayan rodeado, a partir de la cual el juez realizará la pertinente ponderación de su tratamiento jurídico de conformidad con las disposiciones legales, para ahí sí, asignar la consecuencia establecida en la ley, lo cual vale tanto para condenar, como para absolver o exonerar de responsabilidad penal.

(...)

La convicción sobre la responsabilidad del procesado “más allá de toda duda”, corresponde a un estadio del conocimiento propio de la certeza racional y, por tanto, relativa, dado que la certeza absoluta resulta imposible desde la perspectiva de la gnoseología en el ámbito de las humanidades e inclusive en la relación sujeto que aprehende y objeto aprehendido.

Por tanto, únicamente cuando no se arriba a dicha certeza relativa de índole racional ante la presencia de dudas sobre la materialidad y existencia del delito investigado o sobre la responsabilidad del acusado, siempre que, en todo caso, dichas dudas tengan entidad y suficiencia como para crear incertidumbre sobre tales aspectos que tienen que ser debidamente acreditados con medios de prueba reales y posibles en cada caso concreto, no con elementos de convicción ideales o imposibles, ahí, en tal momento, es posible acudir a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, esto es, resolver la vacilación probatoria en punto de la demostración de la verdad, a favor del procesado.

Así las cosas, no resulta conforme con la teoría del conocimiento exigir que la demostración de la conducta humana objeto de investigación sea absoluta, pues ello siempre será, como ya se dijo, un ideal imposible de alcanzar, en cuanto resulta frecuente que variados aspectos del acontecer que constituyó la génesis de un proceso penal no resulten cabalmente acreditados, caso en el cual, si tales detalles son nimios o intrascendentes frente a la información probatoria valorada en conjunto, se habrá conseguido la certeza racional, más allá de toda duda, requerida para proferir fallo de condena.

Por el contrario, si aspectos sustanciales sobre la materialidad del delito o la responsabilidad del acusado no consiguen su demostración directa o indirecta al valorar el cuadro conjunto de pruebas, se impone constitucional y legalmente aplicar el referido principio de resolución de la duda a favor del inculcado, el cual a la postre, también se encuentra reconocido en la normativa internacional como pilar esencial del debido proceso y de las garantías judiciales.”

De suerte que con el acopio probatorio, el juez de primer grado y ahora esta Sala, confluyeron en la estructuración del punible, pues todo se encaminó

a demostrar que la ocurrencia del acto sexual generó el estado convulso de la madre de la víctima y que esa confrontación de la que la mayoría de los testigos dieron cuenta, resultaba verosímil con la restante narración por ella brindada, de ahí que, su versión que como testigo directo emitió bastaba para arribar a la decisión final al encontrarse la certeza razonable esperada.

5. En orden al segundo cuestionamiento, a raíz del cual se controvierte la ausencia de valoración psicológica a la víctima como prueba irrefutable para la determinación de la responsabilidad punitiva, huelga recordar al recurrente que la misma normativa penal y el precedente jurisprudencial han sentado que las intervenciones de los menores en los procesos de esta estirpe deben ser lo más limitada posible, por eso, aunque su versión pueda resultar vital para la inferencia del punible, y que se considere para la abstracción del mismo cuando no existan más elementos de prueba, no emerge como único elemento o aspecto insoslayable para su determinación, pues en cualquier escenario será menester desplegar una actividad valorativa concomitante que permita la constatación periférica del suceso o el convencimiento razonable del operador, amén que, dada su inmadurez mental y la falta de discernimiento propio de la etapa del desarrollo en que se encuentra, la descripción del acto puede carecer de exactitud o la información que su simple narración contiene podría implicar aspectos insondables.

Sin embargo, sin perjuicio de esa comprensible limitación, la entrevista psicosocial a la menor sí se efectuó, incluso la valoración fue emitida por la psicóloga que le atendió, no obstante, como quiera que la corta edad de la menor impidió un recaudo efectivo del suceso ante la ausencia absoluta de relato, el juez de primer grado no la tuvo en cuenta para la decisión tomada. Es que la verosimilitud de la narración de la testigo directa no podía ponerse en entredicho por la ausencia de esa descripción dada por la víctima, así como tampoco – eventualmente – por su decir, pues fácil era colegir que aquella no tenía el grado de raciocinio para identificar ese evento y como tal no pudo identificar los órganos reproductores masculino y femenino, emprender narración alguna o memorar si el evento sucedió o no, pues apenas y con bastante dificultad logró recordar y enunciar el nombre de sus progenitores, lo que era claro, fue fruto de su muy corta edad (3 años). Así que, en sana lógica la exclusión de ese aserto probatorio del fundamento suasorio era esperable y necesario, precisamente porque nada aportaba en favor de una u otra parte. Y es que la defensa en ese apartado de la disertación vertical pretendió crear un manto de duda sobre el grado de afectación psicológica y la ausencia de valoración conclusiva en torno a la psiquis de la menor, empero, ello no tiene

trascendencia para la decisión, no solo por no obrar como elemento de prueba sobre el que se cimenta la misma, sino porque la generación – o no–de una afectación en el comportamiento de la víctima no es la que produce la sanción o el reproche penal, siéndolo es el acto en sí; entonces como no son sus efectos sino la mera ocurrencia la que dictamina la imposición de una pena, además que no es posible establecer con indubitable certeza que en todo los eventos de acto sexual en los que se involucra una menor de tan corta edad siempre se va a percibir un resultado adverso identificable en su ser, ese puntual cuestionamiento palidece para la resolución.

Por ende, como tal aserción derivó de la inmadurez mental percibida y reconocida en las valoraciones, al punto de no poderse rescatar información alguna para emitir un resultado conclusivo del hecho punible, su no realización o el cuestionamiento respecto de los yerros allí avistados se tornan absolutamente inanes, habida cuenta que no arrojaría ningún resultado. Afirmaciones éstas que por supuesto encuentran venero en lo emitido por las profesionales que atendieron a la menor víctima.

Así, en refuerzo de esa aseveración, véase el concepto emitido por Ana Carolina Alcazar Arsuza, profesional universitario del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, quien en informe pericial de clínica forense realizado el 29 de marzo de 2019, al respecto resaltó:

“Se trata de una menor de sexo femenino, traída por madre la cual relata haber sido víctima de tocamientos (abuso sexual) por parte de su agresor de 15 años y a quien reconoce como vecino. Según lo narrado por la representante legal de la usuaria, los hechos ocurrieron el 27-03-2019. Por el lenguaje de la menor no es posible realizar adecuadamente una anamnesis, por lo cual, el relato de los hechos debe ser complementado mediante valoración por psicología clínica. Presenta una edad clínica de 3 años, al cual se correlaciona con la edad documentada.” (folios 46 a 48, archivo 02, expediente de primera instancia).

Además, para complementar esa aserción, en audiencia del 6 de octubre de 2021, la mentada médico legista manifestó que *“al ser una menor tan pequeña, las herramientas para obtener un relato de los hechos son muy escasos”*, informando también que, pese a no ser una generalidad, pues depende del concepto que de sexualidad tenga, *“una menor de esa edad no dimensiona lo que sucede”*, apreciaciones que por supuesto refuerzan la tesis hasta ahora sostenida.

De otro lado, el informe de investigador de campo en el que se consignó la entrevista forense a la menor víctima, Rubiela Ospina de Ricaurte, técnico investigador II de la Fiscalía General de la Nación, atestó:

“Identificación anatomía: Debido a su corta edad la niña no identifica adecuadamente las partes anatómicas del cuerpo y las nombra de acuerdo a su edad cronológica y mental.

Indagación de tocamientos: D.M.D.G. no refiere claramente tocamientos de tipo sexual. Debido a que la niña todavía se halla en la etapa pre operacional del desarrollo evolutivo cognitivo que va desde la edad de los 2 años a los 7 años. Período en el cual diversos estudios científicos entre los que se destaca Piaget señalan que los niños todavía no cuentan con pensamiento cognitivo lógico y concreto, lo que significa que el niño aun no es capaz de usar la lógica o transformar, combinar o separar ideas y al no entender la lógica concreta los niños no tienen capacidad de manipular la información mentalmente y de tomar el punto de vista de personas o del medio para construir experiencias concretas especialmente si estas no han constituido un evento traumático que afecte el sentido de defensa razón por la que la niña no posee una capacidad para hacer una narrativa lógica de ningún hecho y aunque en el lenguaje simbólico en algunas ocasiones los niños por el sentido innato de defensa pueden expresar vivencias acerca de acontecimiento que los puedan haber afectado ya sea positiva o negativamente, la niña entrevistada no evidencia ningún rasgo de afectación como tal, incluso a pesar que se le presentan las figuras anatómicas no logra asociarlas con ningún evento de tocamientos sexuales en particular, mostrándose distraída y sus manifestaciones no son claras frente a las preguntas que se le hacen las cuales no parece entender limitándose a querer jugar durante la entrevista” (folios 40 a 44, archivo 02, cuaderno primera instancia).

Investigadora que en audiencia llevada a cabo el 1 de diciembre de 2021 replicó los resultados allí plasmados, precisando que *“la menor no refiere nada, no tiene la capacidad para realizarse la entrevista, por ende, se hacen observaciones al respecto”*.

Declaraciones medulares y suficientes para que la sede de conocimiento excluyera su valoración en soporte de la decisión, las que a juicio de esta Sala soportaban idóneamente el mérito que se le otorgó.

Por eso, como se viene de explicar, no es factible acoger el cuestionamiento del que se sirvió el apelante por la ausencia de valoración psicológica de la víctima, pues su carencia, como se vio, en nada impactaba la toma de la decisión, no solo por la imposibilidad de abstraer información de la menor ante su corta edad, sino también porque el fallo cimentado con exclusión de esa prueba, encontró el debido sostén en el testimonio de Maribel Guerrero, única persona que presencié los hechos, huelga decir, fuera del infractor y la menor agraviada, intervención que además concadenada con el restante acervo probatorio se encontró refrendada con lo expuesto por los otros testigos y lo obrante en el recaudo documental.

Como toda la valoración resultó conteste, para nada podía abrigarse lo sostenido por el apelante, en la medida que se reconoció la plena credibilidad a

todo lo plasmado en la declaración de la testigo de cargo, y aquella, apreciada periféricamente, bastó para fundar la decisión condenatoria.

6. Finalmente, se reclamó valorar la justificación de inasistencia presentada por Y. C. O. a la reconstrucción de la audiencia de juicio oral en la que con anterioridad declaró, no obstante, como quiera que con dicho pedimento no cuestiona aparte alguno de la decisión de primer grado, tampoco recalca la omisión probatoria en que se hubiese incurrido, ni enfatiza el yerro argumental que trajo para las resultas omitir su utilidad, aunado a lo ampliamente explanado en precedencia, ninguna estimación habrá de emitirse respecto a ese puntual legajo.

De todas formas, no sobra evocar que conforme el artículo 16 de la Ley 906 de 2004, solamente será prueba la que se produzca e incorpore en el juicio en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación y contradicción, por lo tanto, para que ese escrito tuviese la entidad reclamada, menester era considerar su incorporación oportuna en pro de las garantías procesales a la postre de observar las formas legales establecidas, no obstante, como así no se reclamó, no podía entonces el juez y tampoco ahora la Sala, socavar el principio de inmediación previsto en el canon 379 ibidem y otorgarle mérito demostrativo, cuando más que no se sometió a la debida contradicción y no se reclamó esa aptitud cuando correspondía.

Para afincar esa posición, véase lo decantado por la Corte Suprema de Justicia en CSJ AP del 30 de septiembre de 2015, Rad. 46153 y CSJ SP del 16 de marzo de 2016, Radicado 43866, entre otras:

“En primer término, en el sistema procesal regulado en la Ley 906 de 2004, las declaraciones anteriores al juicio oral no son prueba. Sólo en casos excepcionales podrán ser incorporadas en esa calidad en el juicio oral, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley y desarrollados por la jurisprudencia.

Las entrevistas y declaraciones juradas que obtienen las partes son actos preparatorios del debate. Para esos efectos, el artículo 347 faculta al fiscal para tomar declaraciones juradas si ello “resultare conveniente para la preparación del juicio”, y los artículos 271 y 272 le otorgan una posibilidad equivalente al defensor.

En esa misma línea, el artículo 16 (norma rectora) establece que “en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada y sujeta a confrontación³ y contradicción...”.

La misma orientación tiene el artículo 402, en cuanto establece que el testigo “únicamente podrá declarar sobre aspectos que en forma directa y personal hubiese tenido la ocasión de observar o percibir”, y el artículo 403, que regula los temas sobre los que puede versar la impugnación de la credibilidad de los testigos y las herramientas

jurídicas que pueden utilizarse para tales efectos. Ello en consonancia con lo establecido en los artículos 392 y siguientes sobre el interrogatorio cruzado de testigos, especialmente en lo que atañe al contrainterrogatorio, como elemento estructural de derecho a la confrontación.

De otro lado, debe tenerse presente que una declaración anterior no pierde su carácter (testimonial), porque haya sido documentada de cualquier manera (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153), ni, obviamente, porque las partes o el juez la denominen “prueba documental”, “elemento material probatorio” o de cualquier otra forma.

Cuando se pretende ingresar una declaración anterior al juicio oral, como medio de prueba, deben considerarse todos los aspectos constitucionales y legales que resulten relevantes: la afectación del derecho a controlar el interrogatorio e interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo (como elementos estructurales del derecho a la confrontación), las reglas sobre admisión de prueba de referencia, entre otros.

En todo caso, estos temas no pueden eludirse, bajo el sofisma de que no se trata de una declaración sino de un medio de conocimiento de diversa naturaleza, como si el cambio de denominación fuera suficiente para superar los aspectos constitucionales y legales atinentes a la prueba testimonial.

Finalmente, esta Corporación ha resaltado que en materia de prueba testimonial tiene especial relevancia el derecho a la confrontación, que tiene entre sus elementos estructurales: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las oposiciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a lograr la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo (CSJ AP, 30 Sep. 2015, Rad. 46153; CSJ SP, 28 Sep. 2015, Rad. 44056, CSJ SP, 4 May. 2016, Rad. 41.667, CSJ SP, 31 Agust. 2016, Rad.43916, entre otras).

Igualmente, se ha resaltado la importancia del derecho a la confrontación para establecer si una declaración anterior al juicio oral constituye o no prueba de referencia”⁶.

Por ello, como el empleo de una declaración escrita anterior al juicio que contiene una exposición testimonial, entraña la limitación del derecho a la confrontación, pues la parte contra la cual se aduzca no puede ejercer el derecho a interrogar al testigo y tampoco la disposición para controlar el interrogatorio, su utilización como prueba de referencia, si es que así se buscó incorporarla, debe soportarse sobre una causal excepcional de admisión conforme el precepto 438 del Código de Procedimiento Penal, sin embargo, amén de no encauzarse en alguna de ellas, tampoco se pidió tempestiva y adecuadamente, por tanto, no era permitido tenerse como parte del acervo probatorio y así se despachará.

6 CSJ AP del 30 de septiembre de 2015, Rad. 46153 y CSJ SP del 16 de marzo de 2016, Radicado 43866

7. Basten todas las anteriores elucubraciones efectuadas en torno a la ocurrencia del hecho y la responsabilidad penal atribuible al acusado, provenientes de la corroboración de las circunstancias concurrentes, para estimar lo insustancial del recurso y arribar a la confirmación de la sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué.

III. DECISIÓN

En mérito de lo considerado, la Sala de Asuntos Penales para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero: Confirmar el fallo proferido el 13 de junio de 2024 por el Juzgado Primero Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué.

Segundo: Comuníquese esta decisión al juzgado de primera instancia y a los demás intervinientes.

Tercero: En firme este fallo y hechas las respectivas comunicaciones, devuélvase el expediente al juzgado de origen.

Notifíquese.

RICARDO ENRIQUE BASTIDAS ORTIZ

Magistrado

IVANOV ARTEAGA GUZMÁN

Magistrado

PABLO GERARDO ARDILA VELÁSQUEZ

Magistrado

IMPORTANCIA DE LA PRUEBA DE CORROBORACIÓN EN LOS DELITOS SEXUALES DENTRO DEL SISTEMA PENAL DE ADOLESCENTES

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE IBAGUÉ SALA PENAL PARA ADOLESCENTES

Ibagué, veintinueve (29) de octubre de dos mil veinticuatro (2024)

Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado.

Radicación : 73001-60-01-356-2022-00119-03.

Joven infractor : D. S. C.

Procedencia : Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué.

Juez : Enna Margarita Rubio Cuellar.

Magistrado sustanciador: Julián Sosa Romero.

1. OBJETO DE LA DECISIÓN:

Se decide el recurso de apelación interpuesto por el defensor de confianza de D.S.C., contra la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué de fecha 16 de julio de 2024, mediante la cual se sancionó al procesado como autor responsable del delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado.

2. ANTECEDENTES

2.1. Los hechos jurídicamente relevantes, se resumen en los siguientes términos: En la casa de la abuela paterna O.C., ubicada en el municipio de Ibagué – Tolima, en el mes de mayo de 2022, la niña de 9 años (para la época) de iniciales E.Y.C.O. fue víctima de acceso carnal y acto sexual por parte del también menor D.S.C. de 17 años, quien aprovechando que la vivienda estaba sola procedió a lamer sus senos, tocar y meter las puntas de sus dedos en la vagina de la víctima.

3. TRÁMITE PROCESAL

3.1. *Formulación de Imputación.*

El 26 de julio de 2022, se llevó a cabo la audiencia preliminar de formulación de imputación¹, ante el Juzgado Segundo Penal Municipal para Adolescentes con Función de Control de Garantías de Ibagué–Tolima, en la cual el adolescente D.S.C., no aceptó el cargo de acceso carnal abusivo agravado en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado (parentesco primo de la víctima) descritos en los artículos 208, 209, 211 numeral 5to y 31 del código penal, en calidad de autor a título de dolo.

3.2. *Formulación de Acusación.*

El 22 de septiembre de 2022, la Fiscalía 57 del SRPA presentó escrito de acusación por los mismos hechos y delitos en contra del mencionado implicado, correspondiéndole el asunto² al Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, autoridad que celebró audiencia de formulación de acusación³ el 21 de noviembre de 2022, en la que el ente investigador descubrió los elementos materiales probatorios recolectados hasta ese momento.

1 Documento “006 Acta audiencia Formulación Imputación 2022-00119”.

2 Documento “010 Acta de reparto No.144”, expediente de primera instancia.

3 Documento “013 Acta acusación D.C.21 Noviembre”, expediente de primera instancia.

3.3. Audiencia Preparatoria.

La audiencia se inició el pasado 27 de febrero de 2023⁴ y luego de un trámite de apelación culminó el 4 de julio de 2023⁵, en donde la Fiscalía y la Defensa mencionaron las pruebas que pretendían hacer valer en juicio oral, siendo estas decretadas por el juez, además se realizaron las estipulaciones probatorias relacionadas con la plena identificación tanto del acusado como de la víctima.

3.4. Audiencia de Juicio Oral.

El juicio oral se desarrolló en trece (13) secciones, así:

La primera⁶ el 15 de agosto de 2023, el procesado se declaró inocente, se escuchó la teoría del caso de la Fiscalía y la Defensa, se corrió traslado sobre las estipulaciones probatorias allegadas, siendo suspendida la diligencia debido a la dificultad para citar a los testigos.

La segunda⁷ el 12 de septiembre de 2023, aplazada por imposibilidad de conexión de la fiscalía.

La tercera⁸ el 25 de septiembre de 2023, aplazada por solicitud de la fiscalía.

La cuarta⁹ el 17 de octubre de 2023, la Fiscalía informó la inasistencia de sus testigos.

La quinta¹⁰ el 7 de noviembre de 2022, se inició con la práctica de los testigos de la fiscalía, recaudándose únicamente la declaración de la psicóloga L.A.S.G.

La sexta¹¹ el 12 de diciembre de 2023, se continuó con la recepción de los testimonios del ente acusador.

La séptima¹² el 26 de febrero de 2024, se recibió los testimonios del médico J.S.G.G y D.E.O.C.

La octava¹³ el 05 de marzo de 2024, se escuchó únicamente a la testigo F.E.C.H.

La novena¹⁴ el 18 de marzo de 2024, se continuó atendiendo el dicho de los testigos de la fiscalía, J.S.M.O (Hermana de la víctima) y J.C.B (Padre de la víctima).

La décima¹⁵, el 23 de abril de 2024, se recibió el interrogatorio de la niña E.Y.C.O.

4 Documento "025 Actapreparatoria27febrero", expediente de primera instancia.

5 Documento "041 Peraratoria4deJulio", expediente de primera instancia.

6 Documento "041 Peraratoria4deJulio", expediente de primera instancia.

7 Documento "050 ActaD.CJuicioOral12Sept", expediente de primera instancia.

8 Documento "052ActaD.C25SEPTIEMBRE.pdf", expediente de primera instancia

9 Documento "055ActaJuicioD.C17deoctubre.pdf", expediente de primera instancia.

10 Documento "058ActaJuicio7deNoviembre.pdf", expediente de primera instancia.

11 Documento "063Acta D.S.C12 DE DICIEMBRE.pdf", expediente de primera instancia

12 Documento "067Acta Juicio Oral D.C 26 de febrero", expediente de primera instancia

13 Documento "072ActaD.C5demarzo.pdf", expediente de primera instancia

14 Documento "076Acta Juicio Oral D.C Rad 2022-119 18de marzo.pdf", expediente de primera instancia

15 Documento "078Acta Juicio D. C. 23 de abril.pdf", expediente de primera instancia

La decimoprimer¹⁶ el 14 de mayo de 2024, se culminó la etapa probatoria de ambos extremos procesales y se presentaron alegatos de conclusión.

La decimosegund¹⁷ el 27 de mayo de 2024, el despacho de instancia profirió sentido de fallo condenatorio y corrió traslado de informe psicosocial del adolescente D.S.C.

La decimotercer¹⁸ el 16 de julio de 2024, el despacho de primera instancia dio lectura de la providencia sancionatoria. Decisión que fue apelada por el defensor del adolescente sentenciado.

3.5. Decisión De Primera Instancia

Mediante providencia¹⁹ del 16 de julio de 2024, la juez luego de hacer un recuento del acontecer fáctico y jurídico, y luego de evaluar las pruebas incorporadas al juicio oral, llegó a la conclusión de que la conducta penal endilgada existió y que el adolescente D.S.C. es responsable de afectar la integridad y formación sexual de la menor E.Y.C.O.; en consecuencia, fue sancionado con libertad vigilada (art.185 C. Infancia y adolescencia) por el término de 24 meses.

A tal conclusión llegó el fallador, tras realizar una valoración del acervo probatorio incorporado que lo llevó a brindar plena credibilidad al testimonio de la menor víctima en conjunto con las pruebas de corroboración dadas ante el testigo técnico J.S.G.G y la testigo F.C, las cuales sirvieron de soporte para determinar la responsabilidad del adolescente acusado.

3.6. DE LA APELACIÓN

3.6.1. Inconforme con la decisión, la defensora de D.S.C., interpuso recurso de apelación²⁰ con el propósito de lograr su revocatoria, basado en los siguientes argumentos:

- i. El fallo de instancia se fundamenta en lo relatado por la víctima en entrevista realizada por investigadora del CTI, cuyo informe fue inadmitido como prueba.

En este orden de ideas, dicho relato realizado por la niña E.Y.C.O., debe excluirse de valoración, pues no cumple con los estándares “(...) formales que trata el artículo 206 A del C.P.P., por lo que quien tomó la misma, no cumplió los lineamientos previstos en la ley no siendo maleable su cumplimiento o no, sino que debe atenderse con rigor”.

16 Documento “084ActaSentidodeFalloEimposicióndeSanción.pdf”, expediente de primera instancia

17 Documento “055ActaJuicioD.C17deoctubre.pdf”, expediente de primera instancia

18 Documento “087ActaLecturadeFallo.pdf”, expediente de primera instancia

19 Documento “086FalloD.S.C.pdf”, expediente de primera instancia

20 Documento “089 Sustenta Recurso de Apelación.pdf”, expediente de primera instancia.

- ii. Que las declaraciones dadas por la víctima, presentan graves inconsistencias.
- iii. La falta de claridad en relación a la prueba de corroboración valorada por el Despacho de origen, pues los testimonios recaudados son inconsistentes
- iv. La exigencia de requisitos extra legales para tener en cuenta la impugnación de credibilidad de la testigo D.E.O.C (madre de la víctima) quien en su relato presentó hechos contradictorios a lo previamente informado ante el funcionario J.B.G investigador judicial adscrito a la POLICÍA NACIONAL, pues indicó que los hechos objeto de investigación penal ocurrieron en el lugar donde vivía la niña y posteriormente que ocurrían cuando la niña visitaba la casa de su abuela.
- v. Se alegó la nulidad por incongruencia entre los actos de imputación, acusación y sentencia; ya que los fundamentos fácticos que dan lugar a cada una son disímiles.
- vi. Se alegó nulidad de la sentencia por ser abiertamente confusa, ya que la misma no determinó los hechos que estructuran cada uno de los tipos penales por los que el despacho declara la responsabilidad.

Se hace especial énfasis en la confusión de los hechos ocurridos el 22 de mayo de 2022 y los presuntos actos ocurridos en años anteriores.

Además, que no se verificó: a) el lugar donde ocurrió el delito, b) las razones por las cuales la víctima se encontraban en tal lugar, c) el día de la semana en que ocurrieron los hechos, d) la posibilidad física tanto de sujeto activo como pasivo de la acción de encontrarse en el lugar del delito, consecuencia de sus actividades diarias como estudiantes.

- vii. Que el dictamen del médico J.S.G.G, no fue debidamente valorado, ya que indica que la víctima cuenta con “(...) himen anular integro no elástico sin lesiones, no hay signos que indiquen infección de transmisión sexual”, pero el relato de la niña E.Y.C.O. hace “(...) alusión a que D.S.C. le introdujo los dedos en la vagina y le metió piedras en la misma...”, por lo que debería existir algún signo de herida o daño.

Con todo lo anterior, se alega que el ente acusador no logró superar un grado de certeza, más allá de toda duda razonable que permita emitir sentencia condenatoria, pues no son claros los elementos, de tiempo, modo y lugar, que dieron origen al presunto delito y la forma en que se configuraron los tipos penales acusados.

3.6.2. Obra constancia secretarial²¹ que los sujetos procesales no recurrentes guardaron silencio.

21 Documento “091 CONSTANCIA VENCE TERMINO DE APELACIÓN NO RECURRENTES.docx.pdf”, expediente de primera instancia.

3.7. CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 34-1 de la Ley 906 de 2004, esta Corporación Judicial es competente por los factores funcional, objetivo y territorial, para conocer del recurso interpuesto por el defensor de confianza de D.S.C contra la sentencia proferida en este proceso por el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué.

Atendiendo el principio de legalidad y del análisis minucioso de lo acontecido durante todo el proceso, desde la formulación de imputación hasta el proferimiento de la sentencia sancionatoria, se pudo constatar que se han respetado las garantías constitucionales y los derechos fundamentales de quienes participaron, por lo que se debe resolver la alzada teniendo en cuenta solamente lo que fue objeto de reproche, en virtud del principio de limitación²² que regula la actuación jurisdiccional de esta Colegiatura.

Previo a adentrarse la sala en el asunto de fondo, resulta necesario emitir pronunciamiento en relación a la solicitud de nulidad elevada por la defensa del adolescente, la cual se fundamenta en la falta de congruencia del fallo materia de alzada y la incompleta motivación de la sentencia, pues según el recurrente la misma es presuntamente confusa, ya que se cimentó en hechos que no son objeto de reproche de la justicia penal para adolescentes.

Sea lo primero apuntar que el régimen de las nulidades aplicable al asunto en concreto se encuentra establecido en los artículos 455 y subsiguientes de la ley 906 de 2004, cuerpo normativo dentro del cual no se establece de manera taxativa la incongruencia y la incompleta motivación como causa de nulidad, no obstante, tal situación ha sido materia de tratamiento por parte de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación penal, en sentencia SP566 de 2 de marzo de 2022, radicado 59100, en las que trajo a colación las decisiones SP741-2021, radicado 54.658 y SP14792-2018, radicado 52.507, en el siguiente sentido:

“...esta Sala ha sostenido que mientras la determinación jurídica posee una connotación flexible, pues resulta factible su modificación en el juicio, lo propio no ocurre con la imputación fáctica. La descripción de los hechos atribuidos y de las circunstancias de comisión relevantes, se ha reiterado, debe ser completa y no puede ser objeto de alteración sustancial a lo largo del proceso, pues es particularmente ese ámbito de la imputación el punto de partida para una adecuada labor defensiva. El núcleo de la imputación fáctica debe mantenerse, por ende, desde la formulación de la imputación hasta la sentencia ejecutoriada.

22 CSJ. AP4423-2019. Radicación No. 48887 del 2 de octubre de 2019. MP. Dr. José Francisco Acuña Vizcaya (...) la segunda instancia se rige por el principio de limitación, en virtud del cual el ad quem se ha pronunciar de únicamente sobre los argumentos expuestos por el apelante en su recurso y aquellos que estén inescindiblemente vinculados con los mismos

Como resultado de lo anterior, cualquier desarmonía sustancial en el ámbito fáctico entre estos estadios -imputación, acusación y sentencia- resulta violatoria del debido proceso. De la misma manera, no solo ante una discordancia sino también en los casos en los cuales la imputación y la acusación no contienen de forma suficiente los hechos en los cuales consisten los cargos, estos actos procesales habrán dejado de cumplir su propósito y el debido proceso resulta menoscabado. En este escenario, ha dicho la Sala, procede la invalidez del trámite, como única forma de subsanar la irregularidad.

También ha referido, por ejemplo, en SP073-2018, radicado 48.183, relativo a la vulneración del principio de congruencia que "... cuando se advierte la trasgresión al principio de la congruencia, lo procedente no es decretar la nulidad, sino ajustar la sentencia a la acusación, para de esa manera corregir el yerro atribuido al fallador."

De suerte que, el cumplimiento del principio de congruencia²³ se entrará a considerar no como una causal de nulidad, sino como un elemento fundamental para proceder a emitir sentencia dentro del juicio de responsabilidad penal.

Ahora, en relación a la presunta falta de motivación, revisada a fondo la sentencia de instancia, se encuentra que en la misma si se realizó una serie de argumentaciones encaminadas a dar valor a las pruebas decretadas, practicadas e incorporadas, además se realizó una adecuación normativa a los hechos identificados como jurídicamente relevantes. Con lo anterior se encuentra que, la inconformidad de la defensa se ciñe a expresar las razones por las que no comparte dichos argumentos y considera que la sentencia se limitó a justificar y respaldar la actuación de la Fiscalía; por lo anterior, el reproche presentado en la alzada se estudiará de fondo, pues la misma ataca la valoración de las pruebas aportadas en el juicio con el fin de lograr determinar la responsabilidad penal del adolescente D.S.C.

Superado lo anterior, procederá la Sala a estudiar el asunto de fondo.

3.7.1. PROBLEMA JURÍDICO.

El problema jurídico de acuerdo a los reparos se limita a determinar: Si de acuerdo con el material probatorio que obra dentro del plenario, se configuró la conducta punible de acceso carnal abusivo en concurso heterogéneo con actos sexuales con menor de 14 años agravado contra la menor E.Y.C.O, como lo sostuvo el juzgador de primera instancia; o si, por el contrario, no se demostró la comisión del referido delito por parte del adolescente D.S.C.

3.7.2. PRESUPUESTOS NORMATIVOS Y JURISPRUDENCIALES.

El Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes es el conjunto de normas o reglas de comportamiento, actividades, instituciones y funcionarios que trabajan

23 Es decir "(...) la adecuada relación de conformidad personal, fáctica y jurídica que debe existir entre la resolución de acusación y la sentencia, siendo la acusación el marco referente..." Corte Suprema de Justicia, Sala de casación penal. Sentencia N° 41.290 del 25 de septiembre de 2013.

armónicamente para investigar y decidir las acciones a seguir con los adolescentes que han trasgredido con su actuar bienes jurídicos tutelados, sin perder de vista que al adolescente infractor se le debe garantizar el derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine.

Lo que se busca a través del sistema de responsabilidad penal para adolescentes es que se respeten los bienes jurídicos y derechos de los menores y, permita que se hagan responsables de las acciones que fueron realizadas corrigiendo sus errores con las víctimas y la sociedad, generando que propendan por su educación y formación.

Lo anterior explica por qué razón, a diferencia de los mayores de edad, donde los fines de la pena están encaminados a la prevención general y especial, la retribución justa, la reinserción social y la protección del condenado, conforme lo preceptuado en el artículo 4 de la Ley 599 de 2000; la sanción imponible a los adolescentes goza de una teleología protectora, educativa, restaurativa, y con énfasis en lo pedagógico, según lo preceptuado en los cánones 140 y 178 de la Ley 1098 de 2006; principios a través de los cuales se logra una protección integral.

Situación que no eximen que el juicio de responsabilidad deba cumplir con el lleno de los requisitos legalmente establecidos como es la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad, para que en el evento de demostrarse su responsabilidad debe responder por sus actos de acuerdo con lo regulado en el sistema penal para adolescentes.

Frente a la tipicidad del comportamiento se tiene que, los delitos por los cuales fue acusado el adolescente se encuentran descritos en los artículos 208, 209 y 211 del código penal, en los siguientes términos:

“Artículo 208. Acceso carnal abusivo con menor de catorce años. El que acceda carnalmente a persona menor de catorce (14) años, incurrirá en prisión de doce (12) a veinte (20) años.

Artículo 209. Actos sexuales con menor de catorce años. El que realizare actos sexuales diversos del acceso carnal con persona menor de catorce (14) años o en su presencia, o la induzca a prácticas sexuales, incurrirá en prisión de nueve (9) a trece (13) años.

Artículo 211. Circunstancias de agravación punitiva: Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

Nº5 La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima

en el autor o en alguno o algunos de los partícipes. Para los efectos previstos en este artículo, la afinidad será derivada de cualquier forma de matrimonio o de unión libre”

Delitos que se alegan haberse cometido bajo la figura del concurso heterogéneo, pues con una acción se configuraron varios tipos penales, tal como lo establece el artículo 31 de la ley 599 de 2000.

Frente a dichos tipos penales que afectan la libertad, integridad y formación sexual de los menores de 14 años, resulta importante mencionar lo que el órgano de la jurisdicción constitucional en providencia²⁴ señaló acerca del fin constitucional de esa disposición, en los siguientes términos:

“Dada la protección penal otorgada a los menores en edad inferior a 14 años²⁵ frente a conductas de abuso sexual, existen razones fundadas para que el Legislador, en desarrollo de su potestad configurativa en materia penal, hubiera decidido concentrar la protección en este rango de personas menores. Veamos:

A diferencia de los casos de violación de personas y delitos sexuales mediados por actos de coerción, los tipos penales de las disposiciones demandadas (arts. 208 y 209) tipifican conductas que versan sobre acciones en principio consentidas o no resistidas por el menor, en todo caso sin la intervención de coacción alguna. El carácter abusivo de estos actos deriva de la circunstancia de ser realizados con persona que físicamente aún no ha llegado a la plenitud de su desarrollo corporal y, especialmente, por tratarse de seres humanos que no han desplegado su madurez volitiva y sexual, prestándose para el aprovechamiento de personas que los aventajan en lo corporal e intelectual y precipitándolos precozmente a unas experiencias para los que no están adecuadamente preparados, con consecuencias indeseadas como el embarazo prematuro y la asunción de responsabilidades que exceden sus capacidades de desempeño social. En efecto, de acuerdo con documentos de la Organización Mundial de la Salud²⁶, los menores entre 10 y 14 años tienden a ser mucho menos activos sexualmente que

24 Corte Constitucional. Sentencia C-876 del 22 de noviembre 2011. MP. Dr. Mauricio González Cuervo.

25 Artículos 208 y 209 del Código Penal, demandados. Debe tenerse presente que el bien jurídico protegido con las acciones que se tipifican es la Formación Sexual. En algunos casos, puede presentarse que esa formación se adquiriera antes de que el menor cumpla los 14 años. Así las cosas, un bien jurídico que no existe no puede ser contrariado, en otras palabras, y acorde con las voces del tipo penal se podría afirmar que es imposible corromper lo que ya está corrompido. Igualmente podría suceder que un menor mayor de 14 años, no tenga formación sexual debido a diferentes eventos como sería un retraso mental, evento en el cual se extendería la protección. En este orden de ideas, que el menor tenga menos de 14 años y pueda ser corrompido, pareciera ser un parámetro que inexorablemente puede no suceder, independientemente de la antijuridicidad material.

26 http://www.who.int/hiv/pub/me/napyoungpeople_sp.pdf “Como ya se ha mencionado, es mejor analizar estos indicadores dividiendo los datos por edad, sexo, estado civil y otras características importantes de los jóvenes. El desglose por edad permite a los directores de programas nacionales buscar tendencias ampliamente entre los diferentes grupos de edad.

En general, es probable que los adolescentes entre 10 y 14 años sean mucho menos activos sexualmente que los que están entre los 15 y 19 años, quienes a su vez difieren de los que tienen entre 20 y 24 años. Este desglose por grupos de edad permite a los directores de programas nacionales buscar tendencias de cohortes que ocurren con el paso del tiempo. Por ejemplo, si los encuestados entre 15 y 19 años indican una menor proporción de iniciación sexual antes de cumplir los 15 años que los encuestados entre 20 y 24 años, esto puede sugerir que ha habido una disminución del debut sexual temprano.

aquellos entre los 15 y los 19 años. Los diferentes estudios al respecto²⁷, si bien no definen claramente una edad promedio de inicio de la actividad sexual, permiten aseverar que es perfectamente justificable que el Legislador establezca que los menores de 14 años no puedan ser involucrados en el ejercicio de su sexualidad, así medie su voluntad. En tal circunstancia considera el Legislador que los actos sexuales con menores son abusivos, no por la especificidad misma de las conductas sino por tratarse de incapaces absolutos ante la ley²⁸. (...)

En suma, no hay razón para extrañar la protección específica de las normas demandadas, ya que lo abusivo no son los actos en sí mismos -exentos de violencia en este caso- sino su realización en personas sexualmente menores. En consecuencia, no hay vulneración del artículo 44 constitucional, ya que no existe para las personas entre 14 y 18 un deber de protección especial en esta materia a la manera de los menores de 14 años.

En cuanto a las modalidades en que se configura la conducta penal endilgada, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en providencia²⁹ dejó en claro que son tres (3), a saber:

(...) éstas se tipifican en el delito contemplado en el artículo 209 del Código Penal por cuanto este tipo penal se configura cuando i) se realizan actos sexuales diversos del acceso carnal con menor de 14 años; ii) se realizan esos mismos actos en presencia del menor, y iii) se induce a éste a prácticas sexuales (...)."

3.7.3. CASO CONCRETO.

Lo primero que debe atestarse, es que el estudio de la responsabilidad penal se realizará únicamente con relación al presunto hecho ocurrido en el mes de mayo de 2022, en la casa de la abuela paterna de la presunta víctima, ubicada en el barrio la M B, que fue el que se basó la acusación y que limita la competencia de la sala.

Se tiene previsto y no es objeto de discusión que, para la época de los hechos, esto es, en el mes de mayo de 2022, la víctima E.Y.C.O. tenía 10 años cumplidos y el acusado D.S.C. 17 años, como así lo estipularon las partes, lo cual se soportó con el registro civil de nacimiento³⁰ de E.Y.C.O. y de D.S.C.³¹, y que fueron incorporados en la primera audiencia preparatoria del 27 de febrero de 2023.

27 http://search.who.int/search?q=edad+promedio+de+inicio+de+la+actividad+sexual&ie=utf8&site=default_collection&client=_es&proxystylesheet=_es&output=xml_no_dtd&oe=utf8

28 Se entienden como incapaces absolutos los dementes, los impúberes, y los sordomudos que no puedan darse a entender. Sus actos no producen ni obligaciones naturales y no admiten caución. Art. 1504 Código Civil.

29 Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal. SP1714-2019. Radicación No. 45718 del 15 de mayo de 2019. MP. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero.

30 Folio 8. Archivo "046PruebasEstipuladas". Carpeta C01Principal. Cuaderno 001Carpeta Inicial. Expediente Electrónico.

31 Folio 10. Archivo "046PruebasEstipuladas". Carpeta C01Principal. Cuaderno 001Carpeta Inicial. Expediente Electrónico.

Por lo tanto, la inconformidad presentada a través del recurso de alzada por la defensa del adolescente procesado, se enfila a verificar si efectivamente la labor investigativa de la fiscalía logró demostrar que el acusado haya cometido el delito que se le endilga, pues según el recurrente, no fueron claras las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos. Además, alega que la valoración dada a las pruebas fue errada, ya que lo relatado por la víctima se contradice con manifestaciones previas; que no se tuvo en cuenta la impugnación de credibilidad de la testigo D.E.O.C y que se valoró indebidamente el dictamen del médico J.S.G.G.

Frente a la identificación de las circunstancias de tiempo, modo y lugar, se tiene que las mismas fueron concordantes entre audiencia de imputación de cargos, acusación y sentencia, pues se indicó:

- **Audiencia de imputación**, Récord 10.01 imputación. *“El ingresaba a la habitación de la niña, la desnudaba y le hacía lo mismo. La desnudaba, le metía su lengua en la vagina, él también se desnudaba, la obligaba a que le chupara su pene, le rozaba su miembro viril en la vagina y además se masturbaba en su presencia”.*
- **Audiencia de acusación**, Récord 23:50 acusación. *“Los hechos materia de la presente investigación vienen ocurriendo desde el año 2017 y se prolongaron hasta el mes de mayo de 2022 aproximadamente (...) El último abuso fue en la casa de la abuela paterna ubicada en el barrio la m.b.... para el mes de mayo de 2022 aproximadamente”.*
- **Audiencia de lectura de fallo**, Récord 19:48 Sentencia. *“Los hechos ocurrieron en el mes de mayo de 2022, antes de las fiestas-carnavales de Ibagué (...) en la casa de su abuela paterna (...) ubicada en el barrio L M de la Ciudad de Ibagué, cuando está tenía 10 años de edad. (...) cuando se terminó de bañar y se estaba alistando para que su mamá la recogiera para llevarla al colegio, cuando el adolescente (...) entró en su cuarto y abusó sexualmente de la menor, pues le tocó y lamió sus senos, así mismo, le tocó y le metió sus dedos en la vagina”*

Es de anotar que la Fiscalía para efectos de dotar a la falladora de instancia de los pormenores que dieron lugar a la comisión del delito objeto de estudio, relató la existencia de actos desplegados por el adolescente procesado que no pueden ser objeto de estudio por la justicia penal de adolescentes consecuencia de su edad. Elemento que no puede entrar a considerarse como confuso, sino necesario para entender la realidad por la que pasaban tanto la presunta víctima como el victimario.

Para abordar el estudio de alzada, se procederá a realizar en un primer momento el análisis de lo relacionado a la configuración del delito de actos sexuales abusivos con menor de 14 años y posteriormente, lo relacionado al delito de acceso carnal abusivo.

Así las cosas, se tiene que los hechos que configuran los tipos penales previamente descritos son, para el caso del acto sexual abusivo: tocar los senos y la vagina de la víctima y frente al delito de acceso carnal abusivo, la penetración a través de los dedos en la vagina de la referida, no infiriéndose en ese sentido ninguna clase de confusión frente a los cargos imputados por el ente acusador.

Acto sexual y acceso carnal que es comprensible con la situación fáctica que fue expuesta por la misma menor, quien, en la audiencia de juicio oral del 23 de abril de 2024, señaló de forma categórica que, en el mes de mayo de 2022, estando en la casa de su abuela paterna, esperando a su madre, fue abordada por su primo, quien procedió a tocar sus “chichis” refiriéndose a sus senos, a pasar su lengua por ellos y también introducir sus dedos (los del acusado) en su vagina. Versión que resultó creíble, coherente, consistente y corroborada con otros medios de conocimiento.

Sobre la temporalidad de los hechos objeto de reproche en el interrogatorio de la víctima se preguntó:

- *“¿Cuándo fue la última vez que te pasó lo que nos comentas con S ?*
- *Cuando yo me terminé de bañar antes de ir al colegio, pues fue la última vez que me tocó, pues yo me estaba terminando de arreglar para ir al Colegio y mi mamá me recogió para ir a la casa de ella.*
- *¿De la última vez que sucedió, recuerdas alguna fecha?*
- *Antes de comenzaran los carnavales de Ibagué, antes de salir a vacaciones*
- *¿Qué edad tenías?*
- *9 y medio o 10, creo”³².*

En este orden de ideas, teniendo en cuenta que el registro civil de la víctima indica como fecha de su nacimiento el 24 de febrero de 2012, por lo que, a sus diez años, nos encontrábamos en el año 2022 y teniendo en cuenta que lo ocurrido fue previo a las fiestas o carnavales de la ciudad de Ibagué (que ocurren en el mes de junio), el relato concuerda con lo alegado por la fiscalía.

Ahora frente a los testimonios recaudados se tiene que, el padre de la víctima³³ señor J.C.B., permitió corroborar la cercanía que tenía el adolescente procesado con la menor, y la posibilidad que tuvieron los mismos de compartir espacios en la casa ubicada en el barrio M.

Frente al testimonio de F.C (Amiga de la madre de la víctima)³⁴, a pesar de tratarse de un testigo de referencia, la misma corrobora periféricamente lo dicho por la víctima, pues fue la persona a quien la niña E.Y.C.O. le comentó la ocurrencia de actos sexuales y tocamientos por parte del adolescente D.S.C., conversación que

32 Récord 02:36:10, audiencia de juicio oral, de fecha 23 de abril de 2024

33 Récord 01:46:00, audiencia de juicio oral, de fecha 18 de marzo de 2024.

34 Récord 01:09:03, audiencia de juicio oral, de fecha 05 de marzo de 2024.

ocurrió cuando la testigo invitó a la niña a su casa a una pijamada, reunión en la que también asistieron la madre y la hermana de la última, allí, la niña le reveló lo que estaba pasando, porque tenía miedo de dormir sola, siendo testigo directo de su estado de ánimo al hacer su relato.

Dicho estado de ánimo, según lo dicho por la testigo, era un estado de incertidumbre y angustia, pues la niña le dijo que ella si parecía una persona buena, por lo que le contó lo que había ocurrido y posteriormente se puso a llorar. Tal actitud permite a la Sala corroborar con mayor acierto lo relatado por la niña.

De igual manera, la víctima le indicó, que no le contaba a su madre porque ella no hacía nada, pues esta tuvo conocimiento del suceso que ocurrió cuando tenía 5 años, lo que igualmente es corroborado por su progenitora y su hermana J.S.M.

De otro lado, J.S.M (Hermana de la víctima)³⁵, se debe mencionar que también se trata de una testigo de referencia, pero su testimonio corrobora lo indicado por la víctima, ya que indicó saber de los actos desplegados por el adolescente D.S.C., cuando su hermana tenía 5 años, e informa que para el mes de julio de 2022 estaban departiendo con la señora F.C en una pijamada, cuando la presunta víctima le informó a esta última lo ocurrido con su primo, situaciones que le constan de forma directa.

Ahora, la Sala resalta y considera de gran importancia lo relatado por el profesional forense J.S.G.G³⁶ quien realizó examen físico a la víctima el pasado 11 de julio de 2022, y al momento de rendir su testimonio indicó: *“Todo empezó a pasar cuando tenía 5 años de edad, mi mama y yo nos fuimos de la casa y por eso nos fuimos para donde mi bisabuela, hace un año yo volví a ir a esa casa y volvieron a pasar esas cosas, él me amenazó de que si yo decía lo que había hecho, él iba a decir que yo era la que quería que pasara eso. Un día él me pegó porque sin querer le rompí el táctil del celular, la última vez que pasaron las cosas fue hace dos meses”*, es decir en el mes de mayo de 2022, lo que se acompasa a lo dicho por la menor en su testimonio y lo alegado por la fiscalía en su escrito de acusación.

En el mismo testimonio se concluye “Concretamente en la conclusión del análisis sexológico la menor hizo un relato consistente en presunto abuso sexual. Relato que fue espontáneo ya que surgió de ella y no de quien la entrevista, fue coherente, consistente, lógico y muy detallado”³⁷

Finalmente en lo que refiere a la existencia de penetración se indica que en el examen realizado a la niña E.Y.C.O. se encontró un *“himen anular íntegro no elástico sin lesiones, (...) lo anterior, descarta la penetración vaginal (...) pero no permite descartar manipulación sexual a ese nivel y que no haya dejado lesión física, es decir que se descarta que haya habido penetración vaginal, pero no se descarta el hecho*

35 Récord 43:30, audiencia de juicio oral, de fecha 18 de marzo de 2024.

36 Récord 01:59:00, audiencia de juicio oral, de fecha 26 de febrero de 2024.

37 Récord 1:11:35, audiencia de juicio oral, de fecha 26 de febrero de 2024.

que haya habido maniobras eróticas, como besos, tocamiento roces o caricias puesto que este tipo de manipulación sexual o maniobras eróticas, como ya se describieron no, necesariamente, dejan algún tipo de lesión física...”³⁸.

Además, en el informe aportado, se evidencia de forma clara que la niña E.Y.C.O., alegó como última fecha de ocurrencia de los actos abusivos, 2 meses previos a dicho día, lo que aproxima al mes de mayo de 2022.

De suerte, que lo narrado por la víctima tanto para el Juez singular como para este colegiado resultó creíble, pues contó con corroboración periférica, no solo del testimonio rendido por F.C, sino del profesional forense. Sobre este tema la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³⁹, destacó:

“Para iniciar, oportuno es destacar que, actualmente, la sociedad y el Estado propenden por la reivindicación de los derechos de la víctimas, en particular de niños, niñas y adolescentes, que han sido objeto de abusos o ataques de índole sexual, exigiendo el análisis en contexto de los episodios en que se han dado, en los que, por lo general, las condiciones se tornan desfavorables a sus intereses, al tratarse de situaciones en donde la vulnerabilidad e ignorancia son factores aprovechados por el infractor para invadir su libertad sexual”⁴⁰.

“Con esta perspectiva lo dicho por las víctimas no puede observarse como la simple contraposición a la versión que ofrece el victimario para exigirles más evidencias que sus afirmaciones si las mismas se adhieren a las circunstancias propias del medio y las condiciones en que éstas se desenvuelven, más, cuando el agresor genera o aprovecha ambientes de soledad en los que la ofendida difícilmente puede oponerse.

Es por esto que, el testimonio de la víctima, cuando supera las reglas de la sana crítica, cobra especial importancia, más, cuando en la mayoría de casos, es sobre su propio cuerpo donde se ejecutan los actos libidinosos del invasor y no quedan huellas materiales del atentado sexual, como es el caso en estudio”.

En tal sentido ha señalado⁴¹:

El testimonio de la víctima, por tanto, constituye la pieza fundamental para establecer la materialidad del delito y la responsabilidad del acusado. Obviamente, en los eventos en que quedan rastros físicos, el dictamen médico legal sobre las afectaciones en la integridad de la persona agredida es esencial para verificar la comisión del delito e incluso la responsabilidad, si se obtuvieron muestras biológicas del agresor.

Pero en los casos en los que no quedan huellas materiales, la versión de la víctima constituye el único elemento de juicio a partir del cual reconstruir lo sucedido,

38 Récord 1:12:40, audiencia de juicio oral, de fecha 26 de febrero de 2024.

39 CSJ. SP869-2020 (56997) del 11 de marzo de 2020. MP. Dr. Eugenio Fernández Carlier.

40 «Se entiende que la libertad sexual es (...) la facultad y el derecho que tiene toda persona humana para elegir, rechazar, aceptar y auto determinar el comportamiento sexual, cuyos límites serán los postulados éticos en que se funda la comunidad y el respeto de los derechos ajenos correlativos. En otras palabras, la libertad sexual es la facultad que tiene la persona para auto determinarse y autorregular su vida sexual (...)» CSJ SP, 7 Sept. 2005, Rad. 10672.

41 CSJ SP 3069-2019, 6 Ag. 2019, Rad. 54085.

*dificultad probatoria morigerada por la jurisprudencia de la Corte a través de la **corroboración periférica** de los hechos, metodología analítica que impone examinar los datos demostrados en el proceso que puedan hacer más creíble la versión de la persona afectada. En tal sentido, la Sala ha señalado:*

En el derecho español se ha acuñado el término “corroboración periférica”, para referirse a cualquier dato que pueda hacer más creíble la versión de la víctima, entre ellos: (i) la inexistencia de razones para que la víctima y/o sus familiares mientan con la finalidad de perjudicar al procesado; (ii) el daño psíquico causado a raíz del ataque sexual; (iii) el estado anímico de la víctima en los momentos posteriores a la ocurrencia de los hechos; (iv) regalos o dádivas que el procesado le haya hecho a la víctima, sin que exista una explicación diferente de propiciar el abuso sexual, entre otros. (...).

Es claro que no es posible, ni conveniente, hacer un listado taxativo de las formas de corroboración de la declaración de la víctima, porque ello dependerá de las particularidades del caso. No obstante, resulta útil traer a colación algunos ejemplos de corroboración, con el único propósito de resaltar la posibilidad y obligación de realizar una investigación verdaderamente exhaustiva: (i) el daño psíquico sufrido por el menor; (ii) el cambio comportamental de la víctima; (iii) las características del inmueble o el lugar donde ocurrió el abuso sexual; (iv) la verificación de que los presuntos víctima y victimario pudieron estar a solas según las circunstancias de tiempo y lugar incluidas en la teoría del caso; (v) las actividades realizadas por el procesado para procurar estar a solas con la víctima; (vi) los contactos que la presunta víctima y el procesado hayan tenido por vía telefónica, a través de mensajes de texto, redes sociales, etcétera; (vii) la explicación de por qué el abuso sexual no fue percibido por otras personas presentes en el lugar donde el mismo tuvo ocurrencia, cuando ello sea pertinente; (viii) la confirmación de circunstancias específicas que hayan rodeado el abuso sexual, entre otros (SP1525-2016)”.

De cara a lo expuesto, no cabe duda que la versión de D.S.C. resultó corroborada periféricamente con otros elementos de juicio que la hacen creíble, en lo relacionado con la existencia de actos abusivos, como lo relataron los testigos F.E.C.H y el médico forense J.S.G.G, tal como se relató previamente. De suerte que la postura adoptada por la defensa, se limitó a alegar que la actividad desplegada por la fiscalía no fue suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado, sin dotar de elementos de juicio que permitiesen corroborar tal planteamiento.

Pero lo anterior, la teoría del caso que se planteó únicamente al momento de presentar la apelación relacionada con la imposibilidad de los actores de estar en el momento de la ocurrencia del hecho es inviable, pues no se alegó que el procesado no hubiese estado en el lugar de los hechos, frente a lo cual la fiscalía demostró con los testigos aportados que la casa de la abuela paterna de la víctima era la residencia del acusado.

Es de anotar en este punto que la confusión alegada por la defensa se supera teniendo en cuenta lo referido por la Sala en el inicio de las consideraciones para el caso en concreto, pues solo se valoró lo ocurrido en el mes de mayo de 2022, sin perder de vista la necesidad de haber conocido de los hechos previos que no pueden ser juzgados por el sistema penal de adolescentes. Por lo anterior, no se puede considerar que lo dicho por la víctima fuese contradictorio, pues se refirió a varios momentos fácticos y al ser un relato espontáneo, era deber del ente acusador y del Juez de la causa, hacer énfasis sobre los jurídicamente relevantes, como aquí se hizo.

Frente a la impugnación de credibilidad de la testigo D.E.O., por haber presentado declaraciones contradictorias, se tiene que la sentencia objeto de reproche no basa la responsabilidad penal del adolescente únicamente en este aspecto y dentro de la valoración realizada por esta Sala no fue necesario entrar a considerar su testimonio, pues el mismo, en lo relativo a los hechos del mes de mayo de 2022 se limitó a indicar lo que F.C le contó, y quien era amiga de la madre de la víctima.

Además se debe anotar que si bien el testimonio de la referida resulta inadmisibles por tratarse de una prueba de referencia inadmisibles, resulta importante resaltar que la misma develó varias situaciones que orientan a la judicatura a dar credibilidad a los dichos de la menor sobre el abuso sexual y es que igualmente que su hija S y la señora F son conocedoras directas de que fue en casa de ésta, donde la niña exteriorizó los episodios de abuso de los que venía siendo víctima de parte de su primo y que a partir de ahí se dio inicio al proceso penal.

Con el testimonio de la madre de la menor se demuestra el indicio de oportunidad para delinquir, toda vez que era conocedora de que las personas que residían en la casa de la abuela de víctima y victimario, trabajaban en una florería, por lo que los menores quedaban solos en esa residencia.

Además, poco importa como vehementemente critica la defensa, el hecho de que la menor haya estado de visita o viviendo para mayo de 2022 en la casa de la abuela, pues lo cierto era que asistía a dicho lugar, porque también allí residía su padre.

Pero si lo anterior no fuera suficiente, la madre evidenció cambios de comportamiento en la niña, pues sostiene que por esa época se volvió agresiva, cambió su estado de ánimo, le daba temor pasar por la florería y encontrarse con la familia de su progenitor, por lo que decidió llevársela para México, aspecto éste que quedó más que probado, pues fue desde ese país que se le recibió la declaración virtual en juicio a la menor.

Ahora, frente a la exclusión de la entrevista realizada a la niña E.Y.C.O., se tiene es imperioso aclarar que como la menor iba a declarar en juicio y de hecho así sucedió, todas las partes e intervinientes erraron, incluso la funcionaria de primera instancia al permitir el ingreso al juicio de la entrevista forense que la niña rindió ante la psicóloga de la fiscalía, porque se trata de una prueba de referencia inadmisibles, en tanto no se reúnen los requisitos del artículo 438 de la ley 906 de 2004, en

este orden de ideas, a ese relato no se le puede dar ningún valor probatorio, pues no fue utilizado en juicio para impugnar credibilidad ni como testimonio adjunto.

Además, la apelación no es la oportunidad probatoria para realizar dicha solicitud, y ante el principio de preclusión de las etapas procesales no es procedente tal requerimiento, además es un medio en el que se puede evidenciar únicamente la coherencia del relato de la niña, ya que, la víctima fue escuchada en juicio oral, siendo coherente y clara en lo relatado de los hechos que fue víctima.

Con todo lo descrito, se verificó que la acción desplegada por el acusado en el mes de mayo de 2022 se adecuaba a lo descrito por el artículo 209 del código general del proceso, a título de dolo. Configurándose tanto la tipicidad subjetiva como objetiva.

Las acciones reprochadas al pluricitado adolescente, atentaron contra los derechos de la niña E.Y.C.O., especialmente lo relacionado con su integridad y formación sexual, bien jurídico que se encuentra tutelado por el legislador en el título IV del código penal, con lo que se verifica la configuración de la antijuridicidad tanto material como formal.

Finalmente, en lo referido a la culpabilidad, se comprobó que el adolescente D.S.C., para el momento de la comisión de los hechos contaba con 17 años, al haber nacido el 11 de octubre de 2004, lo que permite identificarlo como sujeto de la acción a través del sistema de responsabilidad penal de adolescentes.

Además, se tiene que para el momento de los hechos el mismo, contaba con 17 años de edad, por lo que conocía de la antijuridicidad de la conducta desplegada, es decir, que sabía la prohibición legal de realizar actos sexuales a una menor de 14 años y aun así decidió cometerlos, por lo que le era exigible comportarse de modo diferente. Lo que permite tener como cumplido el requisito de culpabilidad.

Así las cosas, se encuentra configurada en legal forma la responsabilidad de D.S.C en la comisión del delito denominado por el legislador como “actos sexuales con menor de catorce años” contenido en el artículo 209 del Código General del proceso, agravado por la causal quinta del artículo 211 del referido compendio normativo, que indica:

“Circunstancias de agravación punitiva: Las penas para los delitos descritos en los artículos anteriores, se aumentarán de una tercera parte a la mitad, cuando:

Nº5 La conducta se realizare sobre pariente hasta cuarto grado de consanguinidad, cuarto de afinidad o primero civil, sobre cónyuge o compañera o compañero permanente, o contra cualquier persona que de manera permanente se hallare integrada a la unidad doméstica, o aprovechando la confianza depositada por la víctima en el autor o en alguno o algunos de los partícipes...”

Esto, pues tanto la víctima, como los testigos J.C.B (padre de la niña) y J.S.M. (Hermana de la víctima) identificaron que D.S.C. es el primo de E.Y.C.O. Conclusión que se alcanza teniendo en cuenta el principio de libertad probatoria y la ausencia de tarifa legal, toda vez que no se aportaron los correspondientes registros civiles que permitiesen determinar la relación de consanguinidad.

No ocurre lo mismo frente al delito de acceso carnal abusivo con menor de catorce años, pues tal como lo indicó el médico legista (testigo técnico), se descartó la existencia de penetración vaginal a la víctima, y nada indagó el ente acusador ante la posibilidad de existir accesos vaginales manteniendo la integridad del himen, cuando este no es elástico.

En este orden de ideas, no encuentra esta Sala, pruebas que permitan llevar al convencimiento más allá de toda duda razonable que el adolescente D.S.C. haya realizado actos tipificables como acceso carnal abusivo con menor de 14 años.

Lo anterior, teniendo en cuenta que el relato dado por la víctima y confirmado a través de la prueba periférica es insuficiente para entender con certeza que el adolescente acusado haya accedido a la niña en el mes de mayo de 2022, esto, pues la acción desplegada por la fiscalía resultó insuficiente en tal sentido.

Sobre dicho criterio de determinación de responsabilidad la Corte Constitucional en sentencia C 495 de 2019 indicó: “[l]a duda razonable resulta cuando del examen probatorio no es posible tener convicción racional respecto de los elementos de la responsabilidad y, por lo tanto, no se cuenta con las pruebas requeridas para proferir una decisión condenatoria, que desvirtúe plenamente la presunción de inocencia”.

Por lo anterior se modificará la decisión objeto de apelación y se excluirá la responsabilidad penal del acusado en lo que respecta al delito de acceso carnal abusivo con menor de 14 años, lo que implica necesariamente la ausencia de concurso heterogéneo de conductas punibles por el que también fue condenado el adolescente.

Frente a la imposición de sanción.

Teniendo en cuenta que se modificará la sentencia de responsabilidad penal emitida en primera instancia, es necesario entrar a adecuar la sanción aplicable de conformidad a lo establecido por los artículos 177 y ss del Código de Infancia de Adolescencia, indicándose desde ya que se establecerá como sanción la realización de servicio a la comunidad por el término de 6 meses. (artículo 184 C.I.A.)

Lo anterior, pues el señor D.S.C., para la fecha ya cumplió la mayoría de edad y del informe psicosocial adelantado, se evidenció que el mismo se encuentra en proceso de formación de estudios superiores, por lo que se debe dar aplicación a la función educativa del sistema penal de adolescentes para que el condenado proceda a llevar una correcta vida en sociedad y recomponer sus actos.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Decisión del Sistema de Responsabilidad Penal para Adolescentes del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Tolima, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Modificar la parte resolutive de la sentencia apelada, por medio de la cual el Juzgado Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con Función de Conocimiento de Ibagué, sancionó al adolescente D.S.C., la cual quedará así:

PRIMERO: DECLARAR penalmente responsable al joven D.S.C. identificado con cedula de ciudadanía No. 1.1 de las condiciones civiles y personales conocidas en autos, como autor del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS AGRAVADO.

SEGUNDO: IMPONER a D.S.C. la sanción de PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD por el término de seis (06) MESES, con LOS COMPROMISOS DE NO VOLVER A DELINQUIR Y GUARDAR BUEN COMPORTAMIENTO.

PARÁGRAFO. El joven deberá ser vinculado a una institución en la ciudad de M, que cuente con la modalidad impuesta, como quiera que dicho municipio es el lugar donde se encuentra actualmente cursando sus estudios. Así las cosas, se oficiará al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, para que se sirva agendar cupo para D.S.C. en el programa de PRESTACIÓN DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD en la ciudad de M.

El operador al ejecutar la sanción debe permitirle al joven que continúe con sus estudios universitarios, por lo que esto será tenido en cuenta al momento de fijar los horarios y días para el cumplimiento de la sanción.

2. En lo demás se mantiene incólume la decisión apelada.

Esta decisión fue aprobada mediante acta No. 038 del 29 de octubre de 2024.

Julián Sosa Romero
Magistrado

Julieta Isabel Mejía Arcila
Magistrada

Diego Omar Pérez Salas
Magistrado

EVENTOS JUDICIALES
Jornadas Académicas

CONFERENCIA ACADÉMICA SOBRE “MORA JUDICIAL”

El día viernes 18 de octubre de 2024 en el Auditorio “Alfonso Reyes Echandía”, piso 4º Palacio de Justicia de Ibagué, se llevó a cabo la conferencia sobre la “Mora Judicial”, dictada por el Magistrado de la Comisión Nacional de Disciplina Judicial, Doctor Fernando Rodríguez Tamayo, a la cual, asistieron los servidores judiciales del Distrito Judicial de Ibagué.

CONFERENCIA ACADÉMICA “TÉCNICAS PROFESIONALES DE ORATORIA JURÍDICA, RETORICA Y ARGUMENTACIÓN”

En el Auditorio “Alfonso Reyes Echandía” del Palacio de Justicia de Ibagué, el día 8 de noviembre del año 2024 y en conmemoración del Aniversario 39 del denominado “Holocausto del Palacio de Justicia de Bogotá año 1985”, se llevó a cabo por parte de la Doctora Piedad Del Rocío Gutiérrez M., Especialista en Gerencia Estratégica de Mercadeo, de la Universidad Nacional de Colombia, Magister en Dirección y Administración de Empresas de la Universidad de Roma, Docente Universitaria en Universidades dentro y fuera del país, así como, empresaria experta en comunicación organizacional y Doctorado en Posicionamiento de Marca y Estrategia Corporativa fundadora de la Academia Internacional de Oratoria, Alto Liderazgo y PNL Lasagesse, la valiosa conferencia sobre las técnicas profesionales para oratoria jurídica, retórica y argumentación, constituyendo una trascendental disertación sobre estas temáticas que bien aportan a los servidores judiciales, en su labor de administrar justicia. Invitación extendida a los servidores judiciales del Distrito Judicial de Ibagué por parte del Colegio de Jueces y Fiscales del Tolima y la Presidencia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué

JORNADA ACADÉMICA

“BARRERAS PARA EL ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA”

En la ciudad de El Espinal–Tolima, en el auditorio de la Federación Nacional de Arroceros “Fedearroz”, se realizó el día 22 de noviembre de 2024 la Jornada Académica “**Barreras para el acceso a la administración de justicia**”, presidida por el señor presidente de la Corte Suprema de Justicia Doctor Gerson Chaverra Castro, en especial consideración al escoger al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, para desarrollar dicho evento, al cual, el señor presidente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, Doctor Ricardo Enrique Bastidas Ortiz, invitó a los servidores judiciales del Distrito Judicial, concurriendo los jueces, empleados, e invitados especiales, a un espacio de encuentro para tratar interesantes disertaciones respecto a las actuales problemáticas y retos que enfrenta la administración de justicia y las soluciones que deben, a la mayor brevedad posible, llevarse a cabo.

Los respectivos Paneles trataron los siguientes temas:

I: Barreras relativas a la brecha digital y propuestas para solucionarlas

Co-moderador: Magistrado Sala Penal Luis Guioivanni Sánchez Córdoba

Panelistas:

Ana María Gómez España Juez Cuarta Laboral Del Circuito De Ibagué

Juan Camilo Laverde Gaona Juez Promiscuo De Familia De Honda

Milciades Falla Quiroga Juez Segundo Promiscuo De Familia De El Espinal

Laura Marcela Cortes Albadan Juez Doce Penal Municipal De Ibagué.

Panel II: Barreras generadas por la oferta Vs la demanda de justicia y las situaciones de seguridad de los jueces, problemas de orden público, dificultades geográficas para acceder a los despachos judiciales y falta de fiscales y defensores públicos.

Co-moderador: Magistrado Sala Laboral Carlos Orlando Velásquez Murcia

Panelistas:

Yanneth Nieto Vargas Juez Promiscuo Municipal de Anzoátegui

Jhon Jairo Pinzón Montoya Juez Promiscuo de Familia del Líbano

Luis Ernesto Cardozo Ávila Juez Segundo Penal del Circuito para Adolescentes con función de conocimiento de Ibagué.

Panel III: Barreras presentadas en el acceso a la administración de justicia, desde el punto de vista que pueden superarse con medidas que adopte el Consejo Superior de la Judicatura, la Corte Suprema de Justicia como tribunal de cierre y los jueces como directores del proceso.

Co-moderador: Magistrado Sala Civil Familia Diego Omar Pérez Salas

Panelistas:

José Luis Gualacó Lozano Juez Segundo Civil del Circuito con conocimiento en Laboral de Melgar

Diego Fernando Ramírez Sierra Juez Quinto Civil del Circuito de Ibagué

Enrique Cubides Amézquita Juez Promiscuo de Familia del Guamo

Andrea Sánchez Pulido Juez Segundo Penal Municipal de El Espinal

Igualmente, se contó con las intervenciones de la presidente del Consejo Seccional de la Judicatura Angela Stella Duarte Gutiérrez, del señor presidente del Colegio de Abogados del Tolima, Néstor Raúl Caro Espitia y del señor presidente de Asonal Judicial Tolima, Kirov Leonidas Rojas Oviedo.

Finalmente, se ofreció un almuerzo y una muestra folclórica de la región.

El Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué, por intermedio de su presidencia, agradeció la concurrencia y participación de los servidores judiciales a este importante espacio, liderado por la Presidencia de la Corte Suprema de Justicia.

Crónica JUDICIAL

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Ibagué



Panóptico de Ibagué



Sala Alberto Castilla, Conservatorio del Tolima



Plaza de Bolívar de Ibagué



Parque Manuel Murillo Toro de Ibagué

ISSN 2500799-8

