



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 11 DEL 30 DE JUNIO DE 2012

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1. 1 Sala Civil

“LUEGO, SI LA CAUSA DE LAS DOLENCIAS DE QUE SE QUEJA EL DEMANDANTE, SEGÚN LO PROBADO EN EL EXPEDIENTE, NO FUE NI DE MANERA ALGUNA PUEDE ASOCIARSE CON EL PROCEDIMIENTO DE “QUERATOTOMIA RADIAL SIMPLIFICADA” QUE REALIZARA EL PROFESIONAL DEMANDADO, SINO CON UNA INFECCIÓN QUE PROBABLEMENTE SE PRESENTÓ CON POSTERIORIDAD, DEVIENE PALMAR QUE NO SE ENCUENTRA ACREDITADA LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD ENTRE EL COMPORTAMIENTO ASUMIDO POR LOS DEMANDADOS Y EL DAÑO SUFRIDO POR EL PACIENTE, PRESUPUESTO ÉSTE NECESARIO PARA DECLARAR LA RESPONSABILIDAD QUE RECLAMÓ EN EL LIBELO DEMANDATORIO” (...).

Comiéncese por precisar que como en este caso no se discute la existencia de la prestación de servicios profesionales a que se refiere el libelo genitor de esta acción, y el demandante acusó al oftalmólogo acá demandado de falta de diligencia y cuidado en la gestión a la que se comprometió en virtud de aquél convenio, síguese que al actor le correspondía la carga de probar que como consecuencia de la cirugía que le fue practicada en desarrollo del aludido contrato, se le causaron graves perjuicios irreversibles y progresivos en su visión al punto de que *“ha perdido casi en su totalidad su capacidad laboral”*, o bien por la *“ignorancia o negligencia profesional”*, ora por *“utilizar instrumentos obsoletos, o haber hecho mal uso de ellos”*.

Procede entonces la Sala a auscultar los elementos de juicio traídos oportunamente a este diligenciamiento, para con base en ellos determinar lo relativo a las circunstancias preexistentes, concomitantes y posteriores al hecho de donde se hace derivar la responsabilidad por culpa médica pues, como bien anotó el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses en el trámite de la primera instancia, *“toda Responsabilidad Médica debe atender a distintas etapas. Etapas que para el caso enunciado corresponden en un principio a la recopilación de la Historia Clínica Completa ‘Legible’, con nombre firma y registro médico del profesional que atendió el caso (sic), en nuestro caso La HCL de la cirugía inicial practicada en el HOSPITAL DE YOPAL (Casanare), que incluya: Historia de ingreso, nota quirúrgica, record de anestesia, evoluciones médicas, exámenes para clínicos realizados y lo mismo con la Historia Clínica del segundo procedimiento quirúrgico que debe cumplir con los parámetros antes citados”* (fl. 219 Cd. 1).

Con base en lo anterior, agregó el citado Instituto, *“se puede pasar a las siguientes etapas.*

- “a. Establecimiento de la pre-sanidad o del estado que presenta el paciente.*
- “b. Si hubo sometimiento a los controles previos y medidas pre-intervención.*
- “c. Se puede evidenciar en el período preparatorio cuando hay lugar, o las medidas cautelares tomadas si se trata de ambulatorios.*
- “d. En el Procedimiento Quirúrgico se puede establecer si se presentó un accidente, o mala praxis o atención por personal no autorizado.*

“e. El pos operatorio en el cual interviene el tratante en las prescripciones y advertencias propias y la conducta del paciente que debe observar rigurosamente los cuidados que le señalen” (fl. 219 Cd. 1).

Acontece que la parte actora tan solo aportó las copias de una valoración por optometría, en cuya parte posterior se hizo constar que Luis Ricardo Mesa Palomo se presentó ante el Centro Ocular de Miopía Doctor Rincón *“con el fin de someterse voluntariamente a la intervención quirúrgica denominada QUERATOTOMIA RADIAL SIMPLIFICADA, destinada a la corrección de su defecto visual detallada en la parte frontal de esta historia clínica”*, para lo cual se le hicieron algunas advertencias. También allegó copia de unos controles que se le hicieron al paciente, y de una hoja de cirugía *“Optilazer”*, entre otros documentos.

Empero, como tales copias no aparecen *“autorizadas por notario, director de oficina administrativa o de policía, o secretario de oficina judicial, previa orden del juez, donde se encuentre el original o una copia autenticada”*, ni se encuentran *“autenticadas por notario, previo cotejo con el original o una copia autenticada que se le presente”*, y en las mismas tampoco obra constancia de que fueron *“compulsadas del original o de copia autenticada en el curso de inspección judicial”* (art. 254 C.P.C.), entonces las mismas carecen de valor probatorio conforme lo ha sostenido la H. Corte Suprema de Justicia (Sentencia de 4 de noviembre de 2009, Exp. 15001-31-03-004-2001-00127-01).

No obstante lo anterior, lo cierto es que no milita en el plenario la historia clínica completa (original o copia auténtica) de la primera cirugía practicada al demandante, sino copia simple de una valoración por optometría que en su parte posterior se dice que se trata de una historia clínica, pero en la que no figura el nombre y la firma del cirujano que la certifique, y con los documentos aportados no fue posible para el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses *“adelantar la investigación pertinente al caso como formular preguntas a diferentes médicos oftalmólogos y a optómetras extra institucionales para con estas nuevas evidencias poder concluir el caso”* (fl. 220 Cd. 1).

De ahí que queda sin sustento lo alegado por el impugnante en el sentido de que tanto en la historia clínica como en los conceptos emitidos por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses *“se detalla que el procedimiento utilizado por el galeno”* que intervino al demandante *“era indebido y que la técnica utilizada de queratotomía radial, no era la indicada”* pues, como se dejó visto, el mencionado Instituto claramente indicó que no le fue posible rendir la experticia precisamente porque no obra prueba idónea de la primigenia historia clínica con toda la información que la misma debe contener.

Nótese además, que si bien en el informe técnico médico legal allegado en esta instancia de manera extemporánea, el respectivo médico forense del mencionado Instituto –sede Yopal (Casanare)– refirió como *“CONCLUSIÓN: MECANISMO CAUSAL: Cortante. Incapacidad médico legal: DEFINITIVA VEINTE (20) DIAS. SECUELAS MEDICO LEGALES: Perturbación funcional del órgano de la visión, de carácter permanente”*, lo cierto es que de allí tampoco se sigue, ni remotamente, que esa perturbación funcional fuese la consecuencia directa del procedimiento quirúrgico que le fue practicado al demandante por parte del demandado Carlos Arturo Rincón Barreto.

Es cierto que las omisiones en la historia clínica constituyen irregularidades importantes que podrían conducir a presumir la culpa del médico Carlos Arturo Rincón Barreto y del Centro Ocular de Miopía Doctor Rincón, al menos por inobservancia o incumplimiento de las normas concernientes con la obligación de registrar sus observaciones, conceptos, decisiones y resultados de las acciones en salud, así como en lo que tiene que ver con su diligenciamiento, o con relación al deber de guarda y archivo de la historia clínica.

Mas esa circunstancia, que por sí sola constituiría un indicio en contra de aquéllos, no resulta suficiente para demostrar la culpa de los demandados, por lo que entonces corresponde ahora averiguar sobre los demás acontecimientos que eventualmente produjeron la supuesta responsabilidad que se les endilga.

Pues bien, resulta incontrovertible el hecho de que el día 19 de julio de 2000 el demandado Carlos Arturo Rincón Barreto practicó una cirugía en los ojos del demandante mediante la técnica denominada “*QUERATOTOMIA RADIAL SIMPLIFICADA*”, en desarrollo de la brigada de salud que adelantó el Centro Ocular de Miopía Dr. Rincón en el municipio de Yopal (Casanare), pues así lo admitieron las partes en este proceso.

Se duele el actor de que “*A medida que iba pasando el tiempo*” él notó que “*la visión no había mejorado*” sino que, por el contrario, para el 25 de noviembre de 2000 “*los problemas se fueron agravando*” y su capacidad visual “*iba disminuyendo progresivamente*”, al punto que “*todo se le empezaba a oscurecer cada vez más, teniendo que soportar un fuerte dolor en las dos vistas*”.

En contraste el nombrado médico demandado (Carlos Arturo Rincón Barreto) declaró: “*Entrevisto al paciente Luis Ricardo Mesa Palomo y le diagnostico cinco dioptrías de astigmatismo y corroboro que con gafas veía solo el 60% en su calidad de visión, se le dice que su caso es difícil ya que tiene mucho astigmatismo y ve mal con gafas, por lo que él contesta a que se debe a que empezó a utilizar de mayor corrección, se le dice que va a quedar después de la cirugía con esa misma calidad de visión epro (sic) sin gafas, se le realizó la cirugía sin inconvenientes y luego regresa a una revisión en Bogotá ya que no entiende o no quiere entender que el compromiso fue dejarlo con ese mismo porcentaje de visión 60% se le reintervino para tratar de mejorar y sigue quedando con el 60% cosa normal y logica (sic) en este caso de pacientes, hay desavenencias mias (sic) con el Centro Ocular por lo que ellos auspician ante el inconformismo del paciente una segunda intervención y como consta en el expediente el médico antes de operar confirma que el paciente tiene el 60% de visión con gafas ...*” (fls. 165 a 168 Cd. 1).

Examinado el contenido de las anteriores declaraciones recaudadas, en conjunto con las demás pruebas oportunamente allegadas, encuentra el Tribunal que las mismas no ofrecen certeza alguna en punto de la culpa médica que le fuera imputada al demandado Carlos Arturo Rincón Barreto y que ha sido la base de las súplicas de la demanda, pues no se advierte confesión en el interrogatorio de parte absuelto por los demandados, mientras que el testigo Jorge Augusto Zambrano Casas afirmó que: “*posterior a su cirugía el paciente evolucionaba satisfactoriamente aunque acusaba de disminución de la agudeza visual con respecto a la inicial*”, pero que en todo caso “*La infección se presentó muy posterior a la cirugía y esto equivale a un mal manejo del paciente, como es la posible la poca asepsia (sic) o a través del medio ambiente y de la utilización del ungüento que se aplicó*”.

(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 254 C.P.C.

: Sala de Cas. Civil sentencias 4 de noviembre de 2009I,

Exp.15001

: -31-03-004-2001-00127-01

FECHA

: 2012-05-10

PROCESO

: SENTENCIA ORDINARIO

PONENTE

: Dr. CARLOS JULIO MOYA COLMENARES

DEMANDANTE

: LUIS RICARDO MESA PALOMO

DEMANDADO

: CARLOS ARTURO RINCÓN BARRETO

RADICACIÓN

: 110013103 003 2006 00259 01

DECISIÓN

: CONFIRMA

1.2. Sala de Familia

“EL ARTÍCULO 216 DEL CÓDIGO CIVIL, MODIFICADO POR LA LEY 1060 DE 2006, ART. 4º, ES LA NORMA QUE REGULA LA OPORTUNIDAD O TÉRMINO DENTRO DEL CUAL DEBE PROPONERSE LA ACCIÓN DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD EN CASOS COMO EL PRESENTE, CUANDO SE PRETENDE DESTRUIR LA PATERNIDAD DEL HIJO, TANTO MATRIMONIAL COMO EXTRAMATRIMONIAL, DISPOSICIÓN QUE AMPLIÓ EL TÉRMINO PARA IMPUGNAR A 140 DÍAS”.

Tal disposición es la siguiente:

Art. 216. Modificado. Ley 1060 de 2006, art. 4º. Podrán impugnar la paternidad del hijo nacido durante el matrimonio o en vigencia de la unión marital de hecho, el cónyuge o compañero permanente y la madre, dentro de los ciento cuarenta (140) días siguientes a aquél en que tuvieron conocimiento de que no es el padre o madre biológico”.

(...)

El señor CRISTOPHER ALVARADO, por intermedio de apoderado judicial presentó demanda de impugnación de paternidad en contra de la menor MARÍA ALEJANDRA ALVARADO MORALES, representado por su progenitora, la señora VIVIANA CAROLINA MORALES SANTAMARÍA, con el fin que se declare que no es hija del demandante.

(...)

En el caso materia de estudio, lo que se pretende es destruir la paternidad que posee el señor CRISTOPHER ALVARADO, respecto de la menor MARÍA ALEJANDRA ALVARADO MORALES.

“De conformidad con dicho texto legal es presupuesto para la procedencia Respecto al tema el tratadista PEDRO LAFONT PIANETTA, dice:

“1. Acciones de los padres aparentes.- En caso de pretensión de los padres, el período comienza a partir del “conocimiento de que no es padre o madre biológica” (art. 216 del C. Civil, en la redacción del art. 4º de la ley 1060 citada). En primer lugar hay que señalar que la ley mantiene un derecho limitado de impugnación de paternidad y de maternidad, no solo para el evento en que no corresponda a la realidad, sino también cuando ésta última no le sea imputable, ya no podría alegar su propio hecho o culpa. De allí que dichos padres gozan de este derecho siempre y cuando no hubiese autorizado legalmente la concepción (vgr. como el padre que autoriza la inseminación artificial de semen ajeno, la madre gestante que recibe la donación u ovulo ajeno, etc.). en segundo lugar, el referido derecho es limitado temporalmente, en cuanto debe ejercerse en un plazo de 140 días (antes eran 60 días) debido a que se considera un plazo suficiente no para conocer o tener dudas sobre la certeza de la filiación (que sea ya conocida), sino, más bien, para reflexionar y tomar la decisión de impugnar a su presunto hijo y deshacerse no solo de la filiación sino de los lazos afectivos que ya hayan podido existir. Pero también sirve este plazo para decidir abstenerse de promover impugnación alguna, y, por el contrario, mantener como tal al presunto hijo, aún a sabiendas de que no lo es. En tercer lugar, hay que destacar que en el momento inicial del plazo de caducidad ya no es “el conocimiento del parto” (como decía el inciso 1º del art. 217 del C.C.) sino del “conocimiento del que no es padre o madre biológico” (art.216 C.C actual) esto es, del conocimiento biológico, que se caracteriza por lo siguiente: Es excepcional porque la regla general es la que se acepta como verdadera la presunción legal de filiación, esto es, de si es hijo o padre presunto, lo que se reafirma con la presunción de fidelidad y de confianza reciproca familiar. Es de alcance amplio, porque si la norma no distingue, comprende, entonces, el conocimiento biológico directo, como el indirecto: El primero, es aquel que se deriva del conocimiento de la prueba genética de ADN; Y el segundo, es aquel que puede inferirse sin mayor esfuerzo de otros hechos que indiquen inequívocamente que no lo es ni lo puede ser (vgr. el conocimiento de impotencia congénita para engendrar), o que creen razonablemente que pueden no serlo, caso en el cual debe obrar con diligencia para esclarecerla. No entenderlo así, sería dejar en manos de los padres el momento inicial lo que la hará imprescriptible o de mayor devoción. Por tanto, habrá que tener en cuenta que el “conocimiento del nacimiento será presunto en los casos de ley (como el conocimiento que se le asigna al marido a partir del nacimiento del hijo cuando se residía en dicho lugar, a menos de probarse que hubo ocultación del parto, según el inciso 2º del art. 217 del C.C.)” y que el conocimiento biológico “real”, puede ser antes o después del nacimiento del hijo, con base en pruebas genéticas (art.217, parágrafo del C. Civil, en la redacción de la ley 1060), o con base en el conocimiento del abandono de la mujer, unión con un tercero, información de la misma mujer u otro medio razonablemente creíble que indique que no es hijo de tal varón o mujer, de tal manera que reclame el comportamiento digno que conduzca a la clarificación filial, aceptando o imputándola”.¹

¹ DERECHO DE FAMILIA, DERECHO MARITAL-FILIAL-FUNCIONAL, Pedro Lafon Pianetta PAG. 381

Precisamente la protección de la persona, el reconocimiento de su dignidad y personalidad, el amparo debido a la familia y a los niños, justifica los límites legales estrictos para el ejercicio de las acciones de impugnación, véase como de vieja data la H. Corte Suprema de Justicia, advertía que *“Por la especial gravedad que para el ejercicio de los derechos emanados de las relaciones de la familia y para la estabilidad y seguridad del grupo familiar que entraña el desconocimiento del estado civil que una persona viene poseyendo, el legislador ha señalado plazos cortos para el ejercicio de las acciones de impugnación (C.C. arts. 217 y 336). En cambio, permite que el derecho a reclamar el estado civil que realmente se tiene pueda ejercitarse en cualquier tiempo, y de ahí la imprescriptibilidad que para las acciones de esa índole consagra el artículo 406 del Código Civil (Cfr. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 9 de julio de 1970).”*

Y es que, la filiación no se reduce de modo exclusivo y excluyente a un mero hecho biológico, ella comporta conceptos de origen cultural, social y de expresión de la voluntad libre manifiestamente dirigida a crear vínculos jurídicos cuando no choquen contra impedimento legal. Es en esencia, una institución jurídica que crea vínculo de familiaridad a la que atañen derechos y obligaciones recíprocos.

/ Es un hecho cierto que la acción de impugnación impetrada se encuentra caducada, caducidad que contrario a lo argumentado por la parte apelante, no requiere ser alegada por parte interesada, la misma de encontrarse probada debe ser declarada aún de oficio, circunstancia muy distinta ocurre con la prescripción, lo cual no viene al caso entrar a analizar.

En suma, como ninguno de los cuestionamientos efectuados por la parte impugnante están llamados a prosperar, habrá de confirmarse en su integridad la sentencia apelada, con la consecuente condenación en costas a cargo del apelante”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULO 216, 217 , 336 Y 406 C.C.
	: ARTÍCULO 4° LEY 1060 DE 2006
	: ARTÍCULO 1° DECRETO 1260 DE 197053 Y 359 DEL C.P.C.
	: Cfr. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil Sentencia
	: 9 de julio de 1970
FECHA	: 2012-06-20
PROCESO	: IMPUGNACIÓN DE PATERNIDAD
PONENTE	: Dr. ÓSCAR MAESTRE PALMERA
DEMANDANTE	: CRISTOPHER ALVARADO
RADICACIÓN	: 6137
DECISIÓN	: CONFIRMA

1.3 Sala Laboral

1.3.1

Tema: “CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS E INDEMNIZACIÓN MORATORIA: “PERO ESTA MODALIDAD CONTRACTUAL PARA QUE EXONERE DE LA INDEMNIZACIÓN MORATORIA DEBE HACERSE DENTRO DE UNAS CONDICIONES MÍNIMAS DE RAZONABILIDAD, QUE LLEVE A LAS PARTES A UNA DUDA RAZONABLE QUE SU RELACIÓN NO ES UN VERDADERO CONTRATO DE TRABAJO, SINO QUE EN VERDAD SE QUISO PACTAR UNA RELACIÓN PERSONAL AUTÓNOMA E INDEPENDIENTE CARENTE DE CUALQUIER SUBORDINACIÓN EN LOS TÉRMINOS DEL ART. 1 LITERAL B DE LA LEY 50/90.

(...)

Antecedentes:

La accionante, solicita se declare que existió un contrato de trabajo desde el 29 de junio de 2000 hasta el 15 de septiembre de 2008, en el que desempeñó funciones de cajera, mesera y oficios varios, con jornada de 12 horas diarias, distribuidos en 15 días diurnos y 15 días

nocturnos, domingos y festivos, con 1 día de descanso cada 15 días, que la relación laboral terminó de manera unilateral y sin justa causa por parte del empleador, que no fue afiliada al fondo de cesantías, no le cancelaron sus prestaciones sociales, la afiliaron tardíamente a salud, y no la afiliaron a pensiones ni riesgos profesionales.

Problema Jurídico a resolver:

Debe la Sala determinar, en primer lugar, si los demandados actuaron de buena fe al no cancelar las prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo.

De otra parte, establecer si los demandados estaban exonerados de realizar los aportes a seguridad social en pensiones.

(...)

Caso concreto.

No es materia de discusión en la presente instancia, que entra las partes existió un contrato de trabajo desde el 29 de junio de 2000 hasta el 15 de septiembre de 2008, pues así lo declaró la juez de primera instancia y no fue objeto de recurso en este sentido por las partes.

Elucidado lo anterior, para determinar la procedencia, ó no, de la sanción peticionada, es necesario establecer si el contratante ha obrado de mala fe al abstenerse de pagar las prestaciones debidas al trabajador a la terminación del contrato de trabajo, pues así lo ha expuesto reiteradamente la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral, siendo pertinente traer a colación el siguiente pronunciamiento:

“Para la Sala la condena a indemnización moratoria, no es ni automática ni exonerable. Para imponerla es necesario que en forma palmaria aparezca que el patrono particular u oficial, haya obrado de mala fe al no pagar a su trabajador a la terminación del contrato de trabajo lo que le adeuda por salarios y prestaciones por estos conceptos e indemnizaciones en su caso. Pero si se prueba que con razones atendibles no ha hecho ese pago, se coloca en el campo de la buena fe que lo exonera de la indemnización por mora.

Se ha insistido de manera uniforme en punto a predeterminar la causalidad de la indemnización moratoria en la mala fe y la temeridad del patrón al par que la jurisprudencia ha erigido la buena fe, que ampara inclusive el estado de duda razonable, como eximente de responsabilidad... ” (CSJ Cas. Laboral Sent. Jun.5/72)

*(...)En torno a **la indemnización moratoria por la mora en el pago de salarios, prestaciones e indemnizaciones, no procede en forma automática ni inexorable, sino que el juez debe auscultar las razones atendibles y excusables reveladoras de buena fe** y que en el presente caso, por terminación del contrato de trabajo, con fundamento en los Decretos 1064 y 1065 de 1999, mediante los cuales el Gobierno Nacional **ordenó la disolución y liquidación de la Caja Agraria**, ya se había definido el punto, no quedaba duda de que la demandada había obrado bajo el convencimiento cierto de que la terminación del contrato de trabajo estaba precedida por una justa causa consagrada en una disposición legal, de tal suerte que esa conducta de la demandada estuvo revestida de buena fe dado que en su momento se ajustó a preceptivas legales que le imponían su cumplimiento, por lo que la pretensión por indemnización moratoria no prospera (...)* (subrayado por el despacho)²

² Corte Suprema de Justicia, S.C.L., sentencia del 16 de junio de 2010, radicado 38317

Pues bien, conforme a lo anterior, advierte ésta colegiatura que en el presente asunto, el pago de las prestaciones sociales debidas a Carmen Imelda Sanabria Romero, no se cancelaron en la debida oportunidad, y tal circunstancia, contrario a lo resuelto por el a quo, es vista como presunción de actos de mala fe, pues era obligación haberle cancelado al trabajador las prestaciones sociales al momento de la terminación del contrato.

(No puede ser atendida como válida, la consideración hecha por la juez a quo, al manifestar que los demandados actuaron de buena fe, en el entendido que creían estar regidos bajo un contrato de prestación de servicios, pues el solo hecho de pactar dicho contrato, no es suficiente para alegar la buena fe, porque ella se debe determinar por la condiciones particulares en que se ejecutó la relación jurídica entre las partes.

El contrato de prestación de servicios es un acuerdo de voluntades, que versa sobre una obligación de hacer para la ejecución de labores en razón de la experiencia, capacitación y formación profesional de una persona en determinada materia, con la cual se acuerdan las respectivas labores profesionales. La autonomía e independencia del contratista desde el punto de vista técnico y científico, constituye el elemento esencial de este contrato. La vigencia del contrato es temporal y, por lo tanto, su duración debe ser por tiempo limitado y el indispensable para ejecutar el objeto contractual convenido.

Pero esta modalidad contractual para que exonere de la indemnización moratoria debe hacerse dentro de unas condiciones mínimas de razonabilidad, que lleve a las partes a una duda razonable que su relación no es un verdadero contrato de trabajo, sino que en verdad se quiso pactar una relación personal autónoma e independiente carente de cualquier subordinación en los términos del Art. 1 literal b de la ley 50/90; de lo contrario, solo bastaría pactar el contrato y predicar que se tenía el convencimiento de no estar obligado a reconocer y pagar salarios o prestaciones sociales, para situarse en el terreno de la buena fe, sin atender a la forma y condiciones en que se prestó el servicio.

En este proceso es más que evidente, que el empleador ejerció una abierta subordinación, de lo que no hay duda alguna, porque la actividad de la trabajadora fue netamente material, en oficios propios de la actividad mercantil de su empleador, con jornadas de trabajo superior a las máximas legales, impidiéndolo disfrutar de los días de descansos obligatorios, sometida a la vigilancia y supervisión de una administradora, situación que se prolongó por más de ocho años.....

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en el radicado 40273 de fecha 15 de febrero de dos mil once (2011), M.P. Dr. Carlos Ernesto Molina Monsalve, dijo:

*“./.../ es suficiente con lo considerado en la esfera casacional y lo dicho hasta este momento por la Corte actuando como Tribunal de instancia, debiéndose concluir que el vínculo contractual que unió a las partes lo fue de estirpe laboral dentro de los extremos determinados por el a quo; y en el punto específico de la sanción moratoria, tal como se señaló en la primera instancia, no es de recibo de un actuar de buena fe, que el ISS acuda a la modalidad de contrato de prestación de servicios, para **“disfrazar el desarrollo y ejecución de una verdadera relación laboral regida por un contrato de trabajo”, alegando una autonomía e independencia que no existe, a sabiendas que permanentemente ejercía una continuada subordinación o dependencia laboral sobre el trabajador demandante, que la Corte ha entendido como la “aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente”** (Sentencia del 1° de julio de 1994, radicado 6258).*

La sola presencia de los mencionados contratos de prestación de servicios, sin que concurren otras razones atendibles que justifiquen la conducta de la demandada, para haberse sustraído del pago de los

derechos salariales o prestaciones adeudados y no cancelados en tiempo, respecto de quien fue su trabajador subordinado, no es suficiente para tener por demostrada la convicción de la entidad bajo los postulados de la buena fe.

Así las cosas, en este asunto no hay razón atendible y valedera para exonerar al Instituto demandado del pago de la indemnización moratoria.”

“/.../como no se demostraron estas razones y justificaciones, como lo entiende la jurisprudencia, no puede predicarse que la empleadora obro de buena fe, razones suficientes, para revocar la absolución de los demandados frente a la indemnización moratoria consagrada en el artículo 65 del CST, para en su lugar condenar a la pasiva”/.../.

Como quiera que se condenara a los demandados al pago de la indemnización moratoria, se revocará la condena impuesta por la juez a quo referente a la indexación de las condenas concedida.

El artículo 15 de la Ley 100 de 1993 establece:

“Serán afiliados al sistema general de pensiones:

1. ***En forma Obligatoria: Todas aquellas personas vinculadas mediante contrato de trabajo”*** (Negrilla fuera del texto)

Conforme con la normativa en cita, todas las personas vinculadas a través de un contrato de trabajo deben estar afiliados a la seguridad social en pensiones, obligación que recae sobre el empleador, y como en el caso de autos quedó evidenciado que tal carga no se cumplió, habrá de confirmarse la sentencia en este sentido.(...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 24 Y 65 C.S.T.

: ARTÍCULO 15 LEY 100 DE 1993

: Sala de Casación Laboral Sentencia 38317 de 16 de julio de 2010

: Dr. GUSTAVO JOSÉ GNECCO MENDOZA

FECHA : 2012-06-20

PROCESO : ORDINARIO

PONENTE : Dr. JESÚS ARMANDO ZAMORA SUÁREZ

DEMANDANTE : CARMEN IMELDA SANABRIA ROMERO

DEMANDADO : FRANCIS ROBERT RINCÓN GUERRERO Y OTRA

RADICACIÓN : 11001310502920110066901

DECISIÓN : REVOCA Y ABSUELVE DEL PAGO DE INDEXACIÓN

Sala Penal

1. LINEA JURISPRUDENCIAL

Elaborada por el Magistrado Luis Fernando Ramirez Contreras

LÍNEA JURISPRUDENCIAL. La inobservancia del procedimiento de cadena de custodia: ¿problema de legalidad, o de eficacia persuasiva de la prueba?

21-02-07 Rad. 25920 M.P. Javier Zapata Ortiz

Eficacia persuasiva – Falso raciocinio.

“La cadena de custodia, la acreditación y la autenticación de una evidencia, objeto, elemento material probatorio, documento, etc., no condicionan –como si se tratase de un requisito de legalidad- la admisión de la prueba que con base en ellos se practicará en el juicio oral; ni interfiere necesariamente con su admisibilidad, decreto o práctica como pruebas autónomas. Tampoco se trata de un problema de pertinencia. De ahí que, en principio, no resulta apropiado discutir, ni siquiera en sede casacional, que un medio de prueba es ilegal y reclamar la regla de exclusión, sobre la base de cuestionar su cadena de custodia, acreditación o autenticidad.

Por el contrario, si llegare a admitirse una prueba respecto de la cual, posteriormente, en el debate oral se demuestran defectos en la cadena de custodia, indebida acreditación o se pone en tela de juicio su autenticidad, la verificación de estos aspectos no torna la prueba en ilegal ni la solución consiste en retirarla del acopio probatorio.

En cambio, los comprobados defectos de la cadena de custodia, acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio, podrían conspirar contra la eficacia, credibilidad o asignación de su mérito probatorio, aspectos éstos a los que tendrá que enlazar la crítica la parte contra la cual se aduce....”

**23-04-08 Rad. 29416 MP. Yesid Ramirez Bastidas
Legalidad – Falso Juicio de legalidad.**

“Atendiendo a la dogmática que rige los errores que se debaten en la violación indirecta de la ley sustancial, es preciso afirmar que las irregularidades -las falencias procedimentales comprobadas en la cadena de custodia- tienen como vía expedita de impugnación el error de derecho por falso juicio de legalidad, mas no la censura por afectación a los postulados de la sana crítica en orden a derribar su credibilidad y ausencia de poder de convicción.

Los ataques que en casación penal se efectúan por menoscabo de los postulados de la sana crítica referidos a la valoración de los medios de prueba, elementos materiales probatorios y evidencias físicas, parten de la base de la licitud o legalidad de aquellos con los que se han efectuado inferencias carentes de credibilidad por desconocimiento de máximas de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia.

En su contrario, las impugnaciones que tienen relación con las ilicitudes o ilegalidades predicadas de los medios de convicción en general, como es de procedencia casacional, deben transitar por el error de derecho por falso juicio de legalidad y no se pueden trasladar a los falsos juicios de raciocinio en orden a derribar su credibilidad, inducciones, deducciones o aspectos conclusivos pues ello resulta inapropiado y contradictorio.

Cuando no se trate de ilegalidades o de ilicitudes referidas al procedimiento de la cadena de custodia de elementos materiales y evidencia física, sino de cuestionar la equivocada apreciación y valoración pericial o de los juzgadores que se ha dado a aquellos con los cuales se han construido indebidas inferencias lógicas y de conclusión, es claro que se debe acudir a la vía del error de hecho por falso raciocinio, sendero de impugnación en el que encuentran cabida todos los menoscabos y afectaciones de trascendencia que se hubiesen dado a los postulados de la sana crítica por desconocimiento de máximas generales de experiencia, leyes de la lógica o de la ciencia.”

**19-02-09 Rad. 30598 MP. María del Rosario González
Eficacia Persuasiva – falso raciocinio.**

“Impera recordar que los yerros en el curso y respeto de los protocolos derivados de la denominada cadena de custodia no comportan la exclusión de la prueba, en cuanto no se trata de un asunto de legalidad del medio de convicción, sino de valoración y ponderación judicial del mismo, en cuanto puede verse afectado lo genuino, fidedigno y auténtico del elemento probatorio, de modo que aún en aquellos casos en los cuales se constate la ruptura efectiva de la cadena de custodia, no por ello debe automáticamente marginarse la prueba del acervo probatorio, sino que corresponde al juez verificar hasta qué punto y en qué medida, ello compromete la acreditación o autenticidad de la evidencia o elemento probatorio en punto de su credibilidad y potencial persuasivo.

De igual forma, es claro que tampoco la ruptura en la cadena de custodia supone necesariamente la inadmisión del elemento material probatorio, asunto diverso es que el juez pueda inadmitir la prueba, no por considerarla ilegal, pues como quedó visto no lo es, sino por carecer de fuerza demostrativa en cuanto atañe al thema probandum del diligenciamiento, al advertir falencias en su recolección, su producción o su autenticidad.

La cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad, según el cual, el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y debe contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

No sobra señalar que si la cadena de custodia fue establecida en procura de asegurar pruebas fidedignas y genuinas dentro del proceso, garantizando con ello los derechos no sólo del sindicado sino también de los demás intervinientes, es evidente que dicha teleología no permite transformarla en herramienta para obstaculizar el trámite o peor aún, en instrumento para conseguir la impunidad mediante la utilización irracional de las formalidades, siempre que, se

reitera, se preserve su razón de ser y se cumplan los cometidos garantistas que le dan sentido a su institucionalización por vía legislativa en el estatuto procesal penal.”

05-08-09 Rad. 31898 MP. Jorge Luis Quintero Milanés

Eficacia persuasiva – Falso raciocinio.

“Lo anterior por cuanto lo que el impugnante reprocha es que no hay certeza en cuanto a la cadena de custodia de la pistola, cuya existencia fue fijada a través de álbum fotográfico, es decir, que no se garantizó el principio de mismidad de la prueba, y que el sentenciador dio por acreditado ese elemento como consecuencia de la tergiversación de una estipulación.

Así planteado el reproche, resulta claro que el casacionista dirige su argumento a un terreno que se aparta de los fundamentos de la vía de censura seleccionada, para caer en los del falso raciocinio, pues las irregularidades en la cadena de custodia es asunto que tiene incidencia en el poder suasorio o credibilidad de la prueba. ...

Todo lo anterior conduce –una vez más- a afirmar que la censura que formula el casacionista, sobre la base de un falso juicio de identidad, versa en realidad sobre el poder suasorio concedido al informe balístico, lo cual abandona la senda de la vía de impugnación seleccionada para, en su lugar, entrar a disentir de la apreciación probatoria del fallador a través de un también mal formulado y desarrollado falso raciocinio, que no pasa de oponer la apreciación personal del libelista -fundada en supuestas inconsistencias probatorias- a la del sentenciador, pero sin acreditar en la apreciación judicial una violación evidente y trascendente a las reglas de la sana crítica.”

**14-04-10 Rad. 33691 MP. Sigigredo Espínosa Pérez
legalidad – falso juicio de legalidad.**

“Antes de abordar el caso específico, es pertinente reiterar que el procedimiento establecido para preservar la cadena de custodia, busca garantizar que el elemento utilizado por la Fiscalía para su hipótesis acusadora corresponda al hallado en la escena, que se haya mantenido en los pasos posteriores del devenir procesal y sobre el cual, si lo ameritaba, se realizaron determinados análisis científicos, pues respetándose su status quo se podrán derivar de él interpretaciones acerca de su relación con el hecho investigado, con la víctima, con el procesado, etc.

De esa manera, además de los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004 que reglamentan lo referido a la cadena de custodia, la Fiscalía General de la Nación en virtud del parágrafo del artículo 254 del citado estatuto, ha reglamentado aspectos relacionados con la preservación de las evidencias físicas y elementos materiales probatorios con el claro objetivo de asegurar su legalidad y autenticidad.

Por esa razón, el yerro basado en el desconocimiento de tal normatividad, debe plantearse en casación por la vía de la violación indirecta de la ley sustancial debido a error de derecho por falso juicio de legalidad, pues ~~ello conduciría a la exclusión de las evidencias físicas dada su ilegalidad.~~

**19-03-11 Rad. 35173 MP. María del Rosario González
Legalidad – falso juicio de legalidad.**

“En esta nueva oportunidad, luego de reexaminar el tema en cuestión, la Sala opta por señalar que, en realidad, las impugnaciones relacionadas con la violación de las reglas reguladoras de la cadena de custodia necesariamente deben dirigirse por vía del error de derecho por falso juicio de legalidad.

Lo anterior por resultar claro que la cadena de custodia pretende asegurar la evidencia física, a fin de evitar su alteración, modificación o falseamiento, todo lo cual queda comprendido dentro del principio de mismidad, según el cual el medio probatorio exhibido en los estrados judiciales debe ser el mismo y ha de contar con las mismas características, componentes y elementos esenciales del recogido en la escena del delito o en otros lugares en el curso de las pesquisas adelantadas por los investigadores.

En ese sentido, se tiene que las reglas destinadas a la preservación de la evidencia física tienen una indiscutible estirpe legal, pues ellas están establecidas en los artículos 254 a 266 de la Ley 906 de 2004, amén de que la Fiscalía General de la Nación en virtud del parágrafo del artículo 254 del citado estatuto, ha reglamentado aspectos relacionados con dicha materia, en aras de asegurar la legalidad y autenticidad de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas .

Si, en tales condiciones, el error de derecho por falso juicio de legalidad se presenta cuando el fallador asigna validez a un medio de prueba, a pesar de que en su producción y aducción se desconocen las reglas establecidas en la ley para el efecto, y también cuando el juzgador deja de apreciar algún elemento de convicción, por considerar erróneamente que en su recaudo se

desatendieron dichas reglas, no hay duda de que el quebranto de las normas reguladoras de la cadena de custodia configura un yerro de dicha naturaleza.

Siendo así la situación, imperioso resulta reconocer el acierto del demandante cuando acudió al falso juicio de legalidad en relación con los aspectos en los que el ataque se encamina a cuestionar anomalías en la cadena de custodia.”

31-11-1 Rad. 37298 MP. Julio Enrique Socha Slamanca **Eficacia persuasiva – falso raciocinio**

La cadena de custodia tiene como finalidad demostrar la autenticidad (aspecto que equivocadamente aludió la defensa como “requisito de mismidad”) de los elementos materiales probatorios y evidencia física (Ley 906 de 2004, artículo 254), o lo que es igual, evitar cualquier clase de alteración, daño, sustitución o contaminación de los mismos, luego la oportunidad para acreditar o cuestionar ese presupuesto es en el juicio propiamente dicho, esto es en el debate oral y público, de ahí que resulte anodina la tachada efectuada por el actor bajo el supuesto de que era obligación comprobar aquél requisito en el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria.

Pero además de lo anterior, es imperativo destacar que las probables irregularidades en la cadena de custodia no afectan la legalidad, sino que conducen a restar eficacia persuasiva al elemento material probatorio o a la evidencia física correspondiente, luego no impiden el decreto de la prueba ni su incorporación en el juicio, y la valoración acerca de la incidencia y consecuencias de los eventuales defectos que ostente aquélla debe hacerla el juzgador al momento de resolver la controversia en forma definitiva, con sujeción a los criterios previstos en el artículo 380 de la Codificación Penal Adjetiva.”

2. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

2.1. M. P. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110016000013 2011 05217 01 (18-05-12) PREACUERDOS: CONTENIDO - El Juez es quien califica jurídicamente los hechos - Al Juez se le deben exponer los hechos de manera completa para que la calificación sea ajustada a la ley.

“1. Contenido de un preacuerdo negociado. Estos [del art.350 CPP] son los preacuerdos que más propiamente deben llamarse *negociaciones*, pues implican el pronunciamiento de la justicia por una conducta menos gravosa que la realmente sucedida, de la que no se cuestiona que tuvo lugar como lo expone la Fiscalía, solamente que se conviene eliminar circunstancias agravantes o cargos, o se opta por una tipificación menos gravosa -siendo ésta legal, como en pocos casos puede suceder-.

Para que la justicia pueda aprobar una negociación de esa clase debe conocer sin lugar a dudas el suceso real, para verificar que la Fiscalía y la Defensa captaron fidedignamente la realidad, le dieron una calificación jurídica correcta y luego acordaron disminuirla en aplicación de uno de esos numerales. Eso es contrario a pretender que el Juez no sepa, porque se le ha ocultado o no se le ha hecho el relato de cómo sucedieron los hechos y deba impartirle aprobación al acuerdo “a ojo cerrado”. Esto es simplemente la aplicación de los aforismos *da mihi facta, dabo tibi ius*, “dame los hechos y te daré el derecho”: al juez se le deben dar todos los hechos, completos en todos sus aspectos, y el juez decidirá si la calificación jurídica original que proponen las partes es acertada, y si la calificación jurídica negociada es viable dentro del artículo 350, porque no se debe olvidar que *iura novit curia*, es el juez el que sabe el derecho, el que está obligado a conocerlo y pronunciarlo, y para ello puede recibir las propuestas –y solo propuestas- de las partes.

2. La variación de la calificación jurídica propuesta por la Fiscalía

Siendo entendido que las partes traen los hechos y pueden sugerir una calificación jurídica, y que es del juez la facultad de fijar finalmente la calificación en la sentencia, se desecha la creencia de que la calificación que haga la Fiscalía tiene algún carácter vinculante. Eso era válido en los sistemas de Ley 600 y anteriores, porque allí el Fiscal sí era un funcionario judicial, mientras aquí es solo y no menos pero no más que una de las partes.

Por lo tanto la imputación jurídica no tiene consecuencias trascendentales sino cuando es admitida por el Juez de conocimiento. El Juez de Control de Garantías, como jurista calificado que es, puede expresar alguna reserva u observación frente a la calificación que propone el Fiscal para que el Juez del conocimiento la tenga en cuenta, pero no tiene facultad para obligar o influir en el Fiscal para que la cambie en algún sentido porque eso implicaría dos situaciones

contrarias a la ley: que la defensa tiene dos funcionarios que coadyuvan en su contra, o que el Juez usurpa las funciones de la Fiscalía.

Así, si se propone una calificación jurídica que el imputado acepta y el Juez de Control de garantías no somete a observaciones, el Juez del conocimiento aún es el que *sabe el derecho*: el que puede declarar que, sin apartarse de los hechos, no se puede dar por válidamente acepta la calificación jurídica porque la encuentra errónea, y por lo tanto advertir al imputado por cuál calificación le dictará sentencia, para que ese imputado pueda ratificar su aceptación de cargos o prefiera ir a juicio.

Si el imputado no se allanó a los cargos y el Juez de control de Garantías no hizo observaciones, porque no le presentaron hechos que se las suscitara o porque los encontró acertados, nada se opone a que las partes acudan ante el Juez de Conocimiento con una propuesta de calificación en la que afirman que sí se refleja lo sucedido, y sobre ello puedan además llegar a un acuerdo con las consecuencias que correspondan.

3. Ausencia de descripción de la realidad fáctica

En el caso concreto la Juez del conocimiento expuso que no hubo una relación detallada de los hechos que permita considerar presente en sus diferentes elementos componentes la figura de la ira como efectivamente existente; ... la legalidad se vulnera cuando se omite un relato consistente de la realidad fáctica acaecida; la Fiscalía omitió describir las circunstancias que pudieran darle al juez del conocimiento la base suficiente para afirmar que no se ha soslayado el núcleo fáctico, como lo ordena la jurisprudencia constitucional (C.1260/05).

Esta Sala encuentra acertada la posición de la instancia en cuanto por lo menos debe exponerse la existencia de los pocos y precisos aspectos que se deben encontrar actualizados para construir el fenómeno diminuyente de la ira, como un acto de provocación grave e injusto, el que no se probó ni argumentó, una reacción del autor constitutiva del resultado típico, realizada bajo un estado anímico alterado, que no fue puesta de presente en la imputación, y una relación causal entre ambas, que tampoco se mostró en la audiencia, por lo cual no resulta aprobado el acuerdo.

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

2.2. M. P. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110016000055200800260 01 (07-03-12) NULIDAD DEL JUICIO POR CAMBIO DE JUECES - LIBERTAD DEL PROCESADO.

El artículo 454 del CPP, consagra el *principio de concentración* y dispone que el juicio oral debe ser objeto de repetición: "... igual procedimiento se realizará si en cualquier etapa del juicio oral se debe cambiar al juez...". (Negritas y subrayado fuera del texto).

En el caso sub examine, resulta evidente que el Juez que evacuó la actividad probatoria controvertida, esto es, las pruebas de cargo presentadas por la Fiscalía, no fue quien presidió la práctica probatoria adversarial en lo del restante curso del juicio oral.

No queda duda de que la sentencia fue objeto de motivación con base en apreciación probatoria total por parte de un Juez distinto a quien presidió el aporte probatorio de la Fiscalía que fue el único trascendental para el juicio de reproche jurídico proferido.

...

Se verifica que entre cada una de las anteriores sesiones y etapas, transcurrieron quince meses y hubo tres jueces en ellas, el último de los cuales sólo recibió dos estipulaciones que no aportaron ningún elemento importante para la decisión, lo que claramente evidencia que *los principios de inmediación y concentración* se encuentran gravemente vulnerados.

...

TRAYECTORIA JURISPRUDENCIAL

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha decantado el tema en el sentido de indicar que el cambio de Juez en la etapa de juicio no siempre es causal de nulidad porque se cuenta con los medios técnicos para preservar la actuación desarrollada; tal apreciación surge como una afirmación *a priori*, pero no resulta absoluta. A continuación se realizará un recuento de las decisiones adoptadas por la alta corporación sobre el punto, de donde se establecerá

que lo expuesto en la decisión de primera instancia no encuentra respaldo jurisprudencial y menos normativo.

En un primer momento se observa salvamento parcial de voto de cuatro de los Magistrados de la Sala de Casación Penal la Corte Suprema de Justicia en la sentencia 27336 del 17 de septiembre de 2007, doctores Augusto J. Ibáñez Guzmán, Sigifredo Espinosa Pérez, Julio Enrique Socha Salamanca y Javier Zapata Ortiz, que incuestionablemente plasmó la primacía y obligatoriedad de respetar los principios rectores de la *inmediación y concentración* en el sistema penal acusatorio,...

Posteriormente en sentencia 27192 del 30 de enero de 2008, M.P. Augusto J. Ibáñez, se puede extraer sin dificultad alguna de su lectura detallada, que los principios de la inmediación y concentración sí resultan fundamentales en la estructura del sistema penal acusatorio; incluso en dicho proceso no casó la sentencia, al indicar que el cambio de Juez que sufrió el proceso en su etapa de juicio no afectó los principios en cita, por cuanto el primer Juez de conocimiento solo evacuó un testimonio de la Fiscalía, el que no fuera utilizado como sustento o fundamento de la sentencia condenatoria emitida.

Si bien afirmó esa decisión de la Corte que dichos principios también se respetaban o salvaguardaban con la utilización de los medios técnicos dispuestos en la Ley 906, este concepto fue dirigido a la consideración de segunda instancia, donde la inmediación está relativizada, y realizó esta afirmación bajo el entendido de que se debía sopesar en cada caso particular su utilización en excepcionálísimas circunstancias, las que no se evidencian el caso sub examine. ...

Pero siguiendo con la línea jurisprudencial, en enero 20 de 2010 la Sala de Casación Penal, en fallos 32196 y 32556, -ya no en salvamento de voto- decantó aún más la problemática planteada, dando prevalencia a los principios de la inmediación y concentración en el sistema penal acusatorio, y admitiendo el cambio de Juez solo de manera excepcional, siempre y cuando dicha variación de funcionario no implicara que quien presidiera la actividad probatoria, fuera diferente al que emitiera el sentido del fallo, así fuese otro Juez quien procediera finalmente a emitir la sentencia que en derecho correspondiera, la que debía respetar el anuncio previamente expuesto por su antecesor. ...

Como la propia Corte indicó que estas dos decisiones al parecer fueron interpretadas erradamente por algunos jueces, tuvo que reiterar la posición de la excepcionalidad del cambio de Juez, en Sentencia 33989 del 9 de diciembre de 2010, M.P. Augusto J. Ibáñez, que en su parte pertinente reza:

7. La existencia de registros de audio y video –ya lo ha sostenido la Sala- no hace nugatorio el principio de inmediación, puesto que el juez debe percibir las pruebas directamente para poder adoptar una decisión más acorde con la realidad. Si bien son necesarios, en tanto serán la herramienta con que se cuenta en la segunda instancia y en sede de casación, no pueden convertirse en elementos con los cuales se adopte sentencia de primera instancia.

...

Sin duda alguna en el presente caso los principios rectores de la *concentración e inmediación* del proceso penal se violentan en desmedro de los intereses del acusado pues el Juez que presidió la totalidad de las pruebas de cargo, no es quien motivó la sentencia.

El *a quo* sostuvo que realizar nuevamente la etapa probatoria de la audiencia de juicio oral no resultaba necesario, por cuanto las pruebas recaudadas por su antecesor fueron el testimonio de la menor víctima en cámara Gesell, así como el de los *peritos*, *de las cuales lo importante no es observar la forma en que rinden la atestación sino las conclusiones científicas y técnicas que ofrezcan*, situación que en su sentir puede realizar con la verificación de los registros de audio y video, y respecto de lo narrado por la menor, en acatamiento a pronunciamientos de la Corte Constitucional, consideraba improcedente su repetición, para no revictimizarla.

Sin embargo, el Juez ni siquiera dio crédito a lo narrado por la menor en juicio ante otra Juez, ya que ella se retractó de lo inicialmente expuesto en la denuncia y ante los psicólogos que la valoraron, y en cambio sí procedió a dar crédito a lo expuesto, ante aquella Juez, por los

peritos psicólogos que entrevistaron a la menor, siendo sus conclusiones científicas sobre validez de la primera manifestación de la menor, las que fueron usadas como sustento de la sentencia condenatoria.

Resulta así evidente que la prueba que sirvió como fundamento para el fallo condenatorio, fue recaudada por Juez distinto a quien lo emitió, lo que sin duda vulnera los principios de inmediación y concentración del sistema penal vigente. ...

Los jueces deben tener en cuenta que la condena debe corresponder a una superación de la duda razonable, obtenida en un proceso dotado de garantías que se respeten efectivamente; entre ellas es esencial el principio del derecho a la confrontación del testigo en contra, que se refleja en el derecho a la controversia y contradicción cuya realidad se actualiza en el juicio oral.

MODIFICACIÓN DE PRÁCTICAS JUDICIALES

... la mayor fuente de violaciones a estos principios está en las malas prácticas o rutinas viciosas aplicadas por muchos jueces que al parecer no tuvieron una debida capacitación antes de asumir el sistema oral acusatorio, o no han asimilado que los principios de la Ley 906 son de mandatorio cumplimiento, y que no están en libertad para excepcionarlos ante el menor obstáculo que se pueda presentar en el ejercicio diario de la judicatura. A ello contribuyen muchas veces los Fiscales y los Defensores que no preparan oportunamente su práctica probatoria con la presencia de todos los declarantes que se han de escuchar, o la interposición de pretextos para aplazar, a su vez conniventemente aceptados por los jueces. Esa es una importante causa de las serias diferencias de carga laboral que se encuentra entre los diferentes juzgados homólogos, que debe ser atacada desde la raíz para que se puedan identificar las verdaderas causas de la congestión judicial y se las pueda enfrentar con adecuadas propuestas de solución, porque no están equivocadas las autoridades nacionales cuando afirman que no todas las causas de la congestión se resuelven con presupuesto para crear más juzgados, sino que a la vez se deben introducir mejores prácticas para hacer racionalmente adecuado el uso de los recursos y del talento jurídico disponible. ...

CONSECUENCIAS DE LA ANULACIÓN DEL JUICIO POR FALTA DE INMEDIACIÓN Y CONCENTRACIÓN

Ha sido comúnmente aceptado que en casos como este la nulidad no implica posibilidad alguna de libertad al acusado, ya que la instalación del juicio no quedaba cobijada por la anulación. Resulta necesario revisar ésta posición jurídica, luego de un profundo análisis de la línea jurisprudencial constitucional que se ha encargado del tema en comento, sopesada con los principios rectores del sistema penal con tendencia acusatoria que rige en la actualidad, de donde se llega a la conclusión de que la nulidad ordenada debe traer como consecuencia la libertad provisional del acusado.

...

Y debe entenderse que el legislador no se preocupó de dicha situación – *tiempo de duración del juicio* -, por cuanto resulta incontrovertible que bajo los principios rectores del sistema penal con tendencia acusatoria, entre ellos, los de *concentración e inmediación*, éste no sería un problema que debiera presentarse en la práctica del sistema acusatorio, tal y como fue concebido.

... Pero es el artículo 454 del CPP, el que se encargó del tema objeto de estudio, para señalar en su título *Suspensión de la audiencia de juicio oral*...

La patética realidad de hoy es que una vez instalado el juicio, su duración puede llegar a durar años, periodo en el que si el acusado se encuentra privado de su libertad nada puede hacer para garantizar su derecho a la libertad ya que, iniciado el juicio, la norma procesal penal no prevé una solución al problema. Sólo quedaría la causal del numeral 1º del artículo 317, esto es, cuando se determine que se ha purgado la totalidad de la pena que resulte posible imponer en caso de proferirse sentencia condenatoria.

Las suspensiones de las audiencias para continuar con el juicio deben suceder solamente por causas plenamente justificadas, no como la práctica lo muestra, que la Fiscalía no cuenta con la totalidad de las pruebas solicitadas y decretadas en audiencia preparatoria, ya sea porque sus declarantes no han comparecido, no han sido ubicados, los policías judiciales no se encuentran disponibles por estar en comisión, trasladados o en vacaciones, etc. Estas no

pueden ser aceptadas como “...situaciones sobrevinientes de manifiesta gravedad, y sin existir otra alternativa viable...”, que es lo que consagra el artículo 454 del CPP, como causal válida para la suspensión de un juicio.

VIGENCIA DE LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL SOBRE LA PRIVACIÓN PROVISIONAL DE LA LIBERTAD

Este es un tema del que se han ocupado tanto la jurisprudencia constitucional como la penal, desde largo tiempo atrás. En el sistema procesal penal anterior, hasta el de Ley 600, al que se atribuye ser menos garantista que el actual de tendencia acusatoria, el fallo C-846 del 27 de octubre de 1999, por ejemplo, determinó:

“Declarar EXEQUIBLE el inciso segundo del numeral 5 del artículo 415 del decreto 2700 de 1991 –Código de Procedimiento Penal-, tal y como fue modificado por el artículo 55 de la ley 81 de 1993, siempre y cuando se entienda que la causal por la cual se suspende la audiencia, debe ser razonable y estar plenamente justificada. Igualmente, debe señalarse que la iniciación de la audiencia pública, no interrumpe el término fijado en el inciso primero de ese mismo artículo.” (Negrilla y subrayado fuera del texto).

Nótese cómo es inveterada la posición del máximo órgano constitucional sobre la posibilidad de aceptar la suspensión de las audiencias de juicio, sin importar el sistema procesal penal en el que nos encontremos, siempre y cuando dichas suspensiones obedezcan a razones serias y plenamente justificadas, y de que no puede utilizarse una rutina engañosa para anular la causal de libertad en desmedro de las garantías fundamentales de los asociados.

Esta decisión jurisprudencial tiene valor de sentencia de constitucionalidad de obligatoria observancia.

...

APLICACIÓN AL CASO CONCRETO

En el presente caso el acusado lleva detenido VEINTICINCO (25) MESES –Enero 25 de 2010-, y el juicio oral se instaló a los cuatro meses, el 25 de mayo de 2010, el que duró en manos de la Juez inicial doce meses, sin que terminara la práctica probatoria de la Fiscalía.

El juicio oral duró DIECISIETE (17) MESES, situación que contradice sin duda alguna el analizado principio de concentración del que extensamente nos hemos ocupado, pero sumado a la declaratoria de nulidad que se adopta en ésta decisión, ante el cambio de Juez de Conocimiento, significa que el acusado debería soportar en prisión un nuevo período, lo que atentaría contra su dignidad humana, ya que prácticamente en caso de ser encontrado inocente del cargo imputado, habría pasado la mitad de la pena anteriormente impuesta –85 meses-, en prisión, lo que no se compadece con los conocidos pero poco aplicados principios *pro homine* y *favor rei*.

En consecuencia, se dispondrá la libertad provisional del acusado, para lo cual deberá suscribir diligencia de compromiso de cumplimiento de la orden de estar a derecho en el juicio, la que garantizará previa caución prendaria por dos salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Relatoria/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

2.3. M. P. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Radicación: 1100160000152011 10223 01 (26-04-12) FLAGRANCIA - Rebaja de pena por allanamiento - No procedencia de la excepción de inconstitucionalidad del párrafo del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 .

“Para resolver el recurso interpuesto resulta necesario abordar el estudio analizando dos aspectos fundamentales a tratar.

1. NO APLICACIÓN DE EXCEPCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD AL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 1453 DE 2011

Señala el recurrente que la modificación contenida en el artículo 57 de la Ley 1453 al artículo 301 del CPP es inconstitucional porque crea diferencias *odiosas* entre aquellos procesados que han sido capturados en situación de flagrancia, y quienes no lo han sido, lo que atenta, en su sentir, contra el derecho a la igualdad.

El párrafo del artículo 301 del CPP, introducido por esta ley, a su letra reza:

*La persona que incurra en las causales anteriores **solo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351** de la Ley 906 de 2004 (negritas y subrayado fuera del texto). ...*

Se sabe que dentro del poder de configuración legislativa, el Congreso de la República tiene la competencia para crear leyes, o derogar y modificar las preexistentes; el solo hecho de no considerar como acertada –o *justa*– una nueva norma, no es razón suficiente para tildarla de inconstitucional.

Es cierto que el legislador debe guardar respeto por conceptos jurídicos básicos –como el de *unidad de materia*, por ejemplo– para no desbordar su capacidad y competencia normativa. En el presente caso, la Ley 1453 fue promovida dentro de un objetivo propio de la política criminal como es tratar de disminuir los índices delincuenciales que registra la nación; por ello fue titulada como la *Ley de Seguridad Ciudadana*, de donde se colige que bajo la política criminal subyacente –aunque no sea generalmente compartida– no resulta extraño el incremento de penas para aquellas conductas delictuales de mayor ocurrencia e impacto social, ni la restricción de beneficios legales y administrativos a los procesados y condenados. Las discusiones sobre su acierto y pertinencia, válidas en toda democracia, no llevan a hacer inevitable la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad.

Es claro que el legislador ha hecho una distinción entre los capturados por orden previa y los capturados en flagrancia, de manera que hay dos grupos con características diferenciadoras bien establecidas. Si aceptan los cargos en la formulación de la imputación, a los primeros les concede una rebaja de pena de hasta la mitad; a los segundos les limita ese descuento a una cuarta parte de esa mitad. El legislador fundamenta esa distinción, según la exposición de motivos del [Proyecto de Ley 164 de 2010 Senado](#), que aparece publicada en la Gaceta del Congreso 737 del 05/10/2010³, en lo siguiente:

“h) Se modulan los beneficios en caso de flagrancia, pues en la actualidad si se aceptan cargos se puede acceder a la misma rebaja que cuando aquella no se presenta, lo cual es absurdo.”

También podría el legislador hacer distinción entre quienes son capturados y los que llegan a la audiencia de imputación con una simple citación, por ejemplo. Si ello es así, *prima facie* no resulta *caprichosa u odiosa* la decisión del legislador de introducir una rebaja de pena diferente por allanamiento a cargos del procesado cuando ha sido capturado en situación de flagrancia, pues es válido asignarles diferentes efectos a diferentes situaciones. Es ampliamente sabido que el principio de igualdad impone el trato igual a iguales y desigual a desiguales, lo que se mantiene con la nueva regulación.

A la aceptación de cargos tras una captura en flagrancia el legislador le puede asignar una grande rebaja de pena porque el Estado prefiere no asumir un gasto importante de recursos escasos que sí necesita dedicar a otros procesos. Pero también le puede asignar una pequeña rebaja de pena porque considera que el procesado no tiene manera de arriesgar exitosamente un juicio. Ambas regulaciones tienen una base plausible, aunque diferente; por ello, la asignación de rebaja es una opción política –entendiendo por política la dirección de la sociedad– y como en toda opción habrá quienes compartan unos argumentos y quienes defiendan otros; pero en nuestro Estado de Derecho la escogencia final y vinculante le está asignada al Congreso de la República.⁴

Cada ciudadano y aun cada funcionario judicial puede sustentar una diferente percepción sobre la conveniencia de la distinción entre esos dos grupos de capturados, y sobre los efectos que se le asignen a esa distinción; también pueden tener diferentes opiniones sobre la coherencia que la nueva ley guarde con el sistema procesal penal y punitivo vigente; pero el Juez debe atenerse en su decisión al orden jurídico promulgado como lo mandan la Constitución y la ley, a menos que surja una contradicción entre ésta y aquella que lleve aplicar la prevalencia de la norma de normas. Esa contradicción no puede ser cualquier diferencia, inconsistencia o percepción de despropósito, sino que debe surgir una clara y evidente vulneración de un mandato fundamental.

³ <http://www.secretariassenado.gov.co/gacetadelcongreso.htm>

⁴ Téngase en cuenta que el postulado de justicia premial es de orden legal, no constitucional; el único aspecto premial contenido en el artículo 250 superior es el de la posibilidad de concesión del principio de oportunidad. Ninguna mención se hace a las proporciones o progresividad de las rebajas de pena, de manera que éstas son creación legal, y por lo tanto el legislador ordinario puede modificarlas según el criterio que mejor encuentre viable en cada momento político.

La Sala no desconoce que la posible falta de previsión y de un cuidadoso estudio de las consecuencias de cada giro textual o gramatical de la ley, por parte del legislador, es la base para las múltiples interpretaciones que se vienen presentando al respecto; pero tampoco desconoce la Sala que al juez le está mandado aplicar la ley vigente y no puede pretender fungir como mejor legislador, cuando no es patente que éste ha transgredido el orden constitucional. Es decir, no todo error o inconsistencia en el texto legal vulnera la Constitución.

Si esa eventual transgresión verdaderamente se pudiera encontrar tras un profundo estudio de elaborada filigrana inferencial, será tema que en su momento habrá de ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte Constitucional, la que en ejercicio de sus funciones desarrollará el análisis de la norma y de los argumentos blandidos a favor y en contra, en caso de que sea acusada como inconstitucional. Por lo pronto, esta Sala no encuentra próspero ese argumento. ...”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

2.4. M. P. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO Rad. 110013104041 2012 00159 01 (16-05-12) DERECHOS DEPORTIVOS- Noción - Procedencia de la acción de tutela – El fútbol como actividad no sólo recreativa sino también profesional y mercantil - El caso Bosman – No puede haber derechos deportivos a favor del club empleador si no hay contrato de trabajo vigente.

“SITUACIÓN FÁCTICA.-

Señala el actor que en calidad de jugador de fútbol profesional suscribió un contrato laboral a término fijo con el **REAL CARTAGENA FÚTBOL CLUB**, por el período comprendido entre el 1º de enero de 2010 y el 31 de diciembre de 2012; el día 19 de diciembre de 2011 manifestó por escrito a ese club deportivo su decisión de dar por terminado el contrato de manera unilateral, debido al incumplimiento de las obligaciones laborales y legales por parte del empleador.

En respuesta a su comunicación, el 28 de diciembre siguiente el club le informó que no aceptaba la renuncia por no ser ciertos los hechos alegados y por tanto le indicó que su contrato se encontraba vigente hasta el 31 de diciembre de 2012.

Refiere que, con fundamento en la Sentencia C-320 de 1997 proferida por la Corte Constitucional, el 27 de enero de 2012 radicó un derecho de petición ante el club accionado solicitando la emisión del certificado de transferencia, para obtener la titularidad de sus derechos deportivos por no tener ya un contrato vigente con el club, sin que a la fecha de interposición de esta acción constitucional le haya sido expedido.

Aclara que mediante esta acción no persigue la aceptación de su renuncia ni el pago de la indemnización, sino única y exclusivamente que se le entregue el certificado de transferencia donde conste la titularidad de los derechos deportivos a su nombre para poder trabajar como jugador profesional de fútbol. (...)

5.1. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN.-

La Corte Constitucional ha dicho que en tratándose del debate sobre la titularidad de los derechos deportivos de jugadores que ya no tienen un contrato laboral con el club respectivo que se niega a entregarlos, esta acción constitucional resulta ser el instrumento expedito para cuestionar las diferencias surgidas con ocasión de esa negativa, atendiendo la situación de indefensión en que se encuentran los jugadores de fútbol y la poca idoneidad de los otros medios jurídicos ordinarios de que disponen para reivindicarlos y hacer cesar las causas que originaron esa vulneración de sus garantías fundamentales.

Las prácticas abusivas desplegadas por algunos clubes son una realidad del contexto deportivo nacional que refuerza la necesidad de intervención del juez de tutela, máxime cuando por la naturaleza del oficio y de la condición física del jugador, su vida útil es corta a nivel profesional y mantenerse en forma para la práctica deportiva le es vital; estos son motivos suficientes y válidos que permiten que en sede constitucional se examine el caso concreto.

5.2. EL FÚTBOL COMO ACTIVIDAD NO SÓLO DEPORTIVA SINO PROFESIONAL Y MERCANTIL. EL CASO BOSMAN Y LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EUROPEO. (...)

Esa fue la práctica de todos los clubes europeos y sudamericanos, la que les permitía percibir ingresos económicos en cualquier transferencia de un jugador, con o sin contrato de trabajo vigente. Los futbolistas tenían que contar con la buena voluntad de su club para cambiar de lugar o equipo de trabajo, aún sin la existencia de un vínculo jurídico que legitimara esta retención. Una vez el jugador estaba inscrito en un club de fútbol, perdía cualquier autonomía ligada a la libertad de trabajo.

Esa situación fue dando origen al denominado “derecho de retención”, institución a través de la cual se reguló el mercado de trabajo deportivo en toda Europa hasta la década de los 70; fue abolido con carácter general por el Real Decreto 318/81 y sólo dos años antes había desaparecido en el ámbito del fútbol a través de los denominados “acuerdos AFE-Clubs de 1979”. En Colombia rigió más tiempo que en otros países. Todo deportista, por vincularse con un club, quedaba sometido a ese derecho de retención, por el que, básicamente, se le impedía cambiar de equipo si no lo autorizaba su empresario; llegó incluso a compararse esa condición a la esclavitud, de modo que la abolición del derecho de retención es una consecuencia ineludible de la libertad de los trabajadores.⁵

En aquel contexto surgió el **Caso Bosman** que modificó el estado del fútbol en la Unión Europea y que ha trascendido a nivel mundial en lo que a los derechos deportivos de los futbolistas profesionales se refiere. **Jean Marc Bosman**, de nacionalidad belga, comenzó a trabajar como futbolista profesional en el Standard Lieja, club belga de Primera división, con el cual suscribió su primer contrato de trabajo como jugador profesional. Para el año 1988 fue traspasado, con la correspondiente compensación por su traspaso, del Standard Lieja al SA Royal Club Liégeois. El contrato con este último generalizaba el pago de un sueldo mensual bruto, además de primas y otros complementos, y expiraba el 30 de junio de 1990. (...) En abril de 1990 su actual club, el RC Liégeois, le propuso un nuevo contrato, rebajando su sueldo mensual al mínimo autorizado por la Federación belga. Bosman no aceptó la nueva propuesta y se inscribió en la lista para transferencias forzadas. Al no haber ningún equipo belga interesado, él contactó al SA Dunkerque, club francés de segunda división, y celebró un contrato que le garantizaba un sueldo mensual un poco menor al que devengaba pero mucho mayor al ofrecido para renovar con el club belga. El 27 de julio ya se habían puesto de acuerdo los clubes acerca de las condiciones de la transferencia temporal del jugador, incluso fijando la indemnización por la transferencia temporal.

Sin embargo, la negociación fracasó porque el RC Liégeois nunca solicitó el Certificado de Transferencia a la Federación belga, circunstancia que en forma directa impedía el desarrollo profesional del jugador, por lo que los dos contratos quedaron sin efecto; adicional a esto y de manera caprichosa el RC Liégeois suspendió a Bosman, impidiéndole jugar durante toda la temporada.

Empieza entonces una batalla jurídica y Bosman interpone una demanda ante el Tribunal (juzgado) de primera instancia de Lieja, el 8 de agosto de 1990(...) Al final, luego de muchos inconvenientes a lo largo del proceso, Bosman vio el premio a su perseverancia cuando el Tribunal de Justicia de la comunidad señaló que las prácticas manejadas en el esquema de transferencias de jugadores internacionales de fútbol estaba en contra de disposiciones contenidas en el Tratado de Roma, resultando como consecuencias las siguientes:

1. Si el jugador de Fútbol no tiene contrato de trabajo firmado con ningún club, podrá negociar un contrato de trabajo con el club que él quiera.
2. El pago de la compensación del club nuevo al antiguo no puede obstaculizar el libre desarrollo y la autodeterminación del jugador.
3. No podía haber cuotas de jugadores extranjeros en los equipos.
4. El principio de subsidiariedad, incluso en una interpretación amplia en el sentido de que la intervención de las autoridades comunitarias en el ámbito de la organización de las actividades deportivas deben limitarse a lo estrictamente necesario, no puede llevar a una situación en la

⁵ Miguel Cardenal Carro, 1995. Deporte Y Derecho. Las relaciones laborales en el deporte profesional.

que la libertad de las asociaciones privadas puedan adoptar reglamentaciones deportivas llevando al límite el ejercicio de los derechos conferidos a los particulares por el Tratado.
(...)

El artículo 34 de la Ley 181 de 1995, por medio de la cual se dictan disposiciones para el fomento del deporte, la recreación, el aprovechamiento del tiempo libre y la educación física, y se crea el Sistema Nacional del Deporte, establece la figura de los derechos deportivos en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 34. *Entiéndese por derechos deportivos de los jugadores o deportistas, la facultad **exclusiva** que tienen los Clubes Deportivos de registrar, inscribir o autorizar la actuación de un jugador cuya carta de transferencia le corresponde, conforme a las disposiciones de la federación respectiva...*”(Negrilla fuera del texto)

Esta norma, así como otros artículos de esa Ley 181, fueron objeto de examen de constitucionalidad, por lo que a través de sentencia C-320 de 1997, M.P. Alejandro Martínez Caballero, la Corte Constitucional declaró su exequibilidad bajo el entendido de que *“no puede haber derechos deportivos sin contrato de trabajo vigente, en los términos de esta sentencia.”*

Con fundamento en ello, se ha llegado a la conclusión de que el régimen legal relativo a los **derechos deportivos** establece que los futbolistas pueden tener su titularidad, y que, en los eventos en que termina la relación laboral entre el club y el deportista, el jugador los adquiere. De esta manera son respetadas las garantías fundamentales de los deportistas al trabajo, al libre desarrollo de la personalidad y a la posibilidad de escoger libremente profesión u oficio, entre otros.(...)

Conforme a esas preceptivas el contrato laboral suscrito entre un jugador de fútbol y el respectivo club deportivo puede darse por terminado de manera unilateral por justa causa y la controversia que se origine en relación con ello puede ser sometida a conocimiento de los organismos jurisdiccionales de la Federación Colombiana de Fútbol, es decir, no es obligatorio sino optativo acudir a esa jurisdicción deportiva; de manera que fácilmente se colige que eventualmente el juez ordinario laboral tiene la competencia, como en todo debate de esta naturaleza, para calificar si la causa alegada es justa o no y las respectivas consecuencias de ello, pues el finiquito de la relación laboral como tal opera desde el momento mismo en que el empleador o el trabajador expresan su voluntad de concluir unilateralmente el contrato y cesen, el primero en sus obligaciones patronales o el segundo en sus servicios, sin que sea necesario que alguna autoridad judicial o administrativa así lo declare.
(...)

Descendiendo al busilis de lo que nos ocupa, del examen de las diligencias establece esta Corporación que, en efecto, entre **Jorge Luis Barón Torres** y la **CORPORACIÓN DEPORTIVA REAL CARTAGENA** se suscribió un contrato individual de trabajo a término fijo, con fecha de iniciación 1º de enero de 2010 y de terminación el 31 de diciembre de 2012.

Mediante comunicación del 19 de diciembre de 2011, dirigida a Rodrigo Alejandro Rendón Ruiz, Presidente de ese club deportivo, el accionante presentó renuncia como jugador de fútbol de ese plantel a partir del 1º de enero de 2012 y dio por terminado por justa causa el contrato de trabajo⁶, alegando el incumplimiento en el pago de salarios.

Con respuesta del 28 de diciembre siguiente, el Presidente del **REAL CARTAGENA FÚTBOL CLUB S.A.** informó al actor que no aceptaba la finalización del contrato por no ser ciertos los hechos referidos por él y le reiteró la vigencia del contrato laboral hasta el 31 de diciembre de 2012.

De lo traído al plenario se observa claramente, contrario a las argumentaciones ofrecidas por el juez de primera instancia, que a partir del 19 de diciembre de 2011 la relación laboral entre **Jorge Luis Barón Torres** y el **REAL CARTAGENA FÚTBOL CLUB S.A.** terminó por renuncia de aquél, siendo irrelevante para la controversia que aquí se plantea si lo fue por justa causa o no imputable al empleador, pues, como bien afirma el recurrente en su escrito, en virtud de los artículos 25 y 26 Superiores nadie está obligado a permanecer al servicio de un patrono que no

⁶ Aunque en lenguaje del Derecho Laboral la renuncia implica siempre que no hay justa causa, se extrae del documento aportado al plenario que es una contradicción en que incurre el actor explicable por carecer del conocimiento jurídico sobre el particular.

desea como tal o cuando considera que las condiciones bajo las cuales se desempeña no son dignas y justas.

De ahí que no puede afirmarse que se encuentra vigente el contrato laboral porque el club accionado no aceptó los argumentos del jugador, cuando éste dejó de prestar sus servicios al plantel desde el mes de enero de 2012, no regresó a los entrenamientos y actualmente no devenga ningún salario por parte del empleador. De manera que no se cumplen en la realidad, ni siquiera, los tres elementos esenciales para predicar la existencia del contrato como tal, previstos en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo: actividad personal del trabajador, continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, y salario como retribución del servicio.

Aunque como ya se indicó no interesa para este Juez Constitucional si la causa alegada es justa o no, como lo que está de por medio son unas garantías fundamentales del accionante de cuya observancia depende su vida en condiciones dignas y el libre desarrollo de una actividad profesional que le permita proveerse recursos para su propio sostenimiento, habrá de recordar esta Colegiatura que es un hecho de conocimiento público que a fines del Torneo Futbolístico Nacional de 2011, varios equipos se encontraban en una fuerte crisis financiera que generó el incumplimiento de pagos a muchos jugadores. Uno de los clubes cuya situación era cada vez más preocupante era precisamente el **CLUB DEPORTIVO REAL CARTAGENA**, al punto que varios medios de comunicación del país registraron la renuncia de los jugadores por el constante incumplimiento de los pagos.(...)

En reiteradas oportunidades la Corte Constitucional ha manifestado que la obligación del pago de salario no es el único componente activo del derecho al trabajo, pues la impuntualidad en los pagos no sólo genera el incumplimiento, sino también va en desmedro del derecho al mínimo vital y al trabajo. En este sentido esa Corporación ha sostenido lo siguiente respecto de la vulneración del derecho al trabajo y el mínimo vital por el incumplimiento de los pagos⁷:

“1) Que exista un incumplimiento en el pago del salario al trabajador que por su parte ha cumplido con sus obligaciones laborales;

2) Que dicho incumplimiento comprometa el mínimo vital de la persona, esto se presume cuando: (i) el incumplimiento es prolongado o indefinido (la no satisfacción de este requisito lleva a que no se pueda presumir la afectación del mínimo vital, la cual deberá ser probada plenamente por el demandante para que proceda la acción de tutela); (ii) el incumplimiento es superior a dos meses, salvo que la persona reciba como contraprestación a su trabajo un salario mínimo.”

Bajo esas circunstancias y trasladando los postulados contenidos en la Sentencia C-320 de 1997 de la Corte Constitucional al *sub-examine*, no advierte la Sala que **Jorge Luis Barón Torres** haya actuado contra el principio de buena fe de raigambre constitucional al renunciar al plantel deportivo del que hacía parte, pues le asistían comprensibles motivos de orden económico para presentar su dimisión, como ya se sustentó con suficiencia. Tampoco está abusando de sus derechos fundamentales al concluir la relación laboral con el **CLUB DEPORTIVO REAL CARTAGENA**, ni ha dado lugar, o por lo menos no está probado dentro del plenario, a que por su propia culpa se haya causado el incumplimiento de las obligaciones por parte del club deportivo al que se encontraba vinculado.(...)

Frente a esos presupuestos, resulta sin duda alguna la conculcación de los derechos fundamentales al trabajo y a la libre escogencia de profesión u oficio del demandante, pues su desconocimiento le ha impedido ejercer libre y dignamente su profesión de futbolista en cualquier plantel deportivo y obtener de esa manera los recursos económicos que requiere para atender a su propia subsistencia. En consecuencia, resulta válido reconocer en cabeza de **Jorge Luis Barón Torres** sus derechos deportivos para que legítimamente pueda ejercer su actividad futbolística profesional, para lo cual el club deportivo accionado deberá liberarlo mediante la expedición del respectivo Certificado de Transferencia.”

Relatoria/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

2.5. RAMIREZ CONTRERAS LUIS FERNANDO SALVAMENTO DE VOTO PROVIDENCIA DEL DR. ALBERTO POVEDA PERDOMO -TUTELA RAD. 110012204000 20120087800 (18-

⁷ Sentencia T-454 de 2009. M. P. Juan Carlos Henao Pérez

04-12) DERECHO DE HABEAS DATA / DERECHO AL BUEN NOMBRE – En el nuevo sistema de consulta en línea de los antecedentes penales que lleva la Policía Nacional - Improcedencia de la orden a la Policía Nacional que no informar los antecedentes penales registrados / ANTECEDENTES PENALES – Finalidades.

“Con todo respeto por los planteamientos de la providencia mayoritaria, debo apartarme de ella por las siguientes razones:

1.- Si bien bajo la existencia del DAS esa entidad podía hacer una anotación en cada caso individual en el que por tutela se le ordenara presentar la información de una manera diferente a la que su sistema de información arrojará, hoy en día ese sistema de información no puede ser modificado para casos individuales porque es una base de datos de libre acceso a todas las personas que deseen inquirir por el status de otra, lo que sí implicaría el deber de la Policía Nacional de anular totalmente la información verídica sobre quiénes registran antecedente penal.

Esa base de datos corresponde al mandato constitucional el artículo 248, que podría ser modificado por el constituyente, o reglamentado por ley que no sea declarada inexecutable; mientras tanto es un mandato general de obligatoria observancia, y aunque pueda parecer demasiado gravoso o excesivo frente a conceptos como los del derecho al olvido o la caducidad de la información negativa, no por ello son necesariamente inconstitucionales, pues hay circunstancias en las que la Carta establece situaciones que no observan esos postulados; por ejemplo, la pérdida de la investidura que decreta el Consejo de Estado es de carácter vitalicio y aparece en los registros públicos correspondientes, sin posibilidad de que se reclame su caducidad.

2.- El cuerpo político de una sociedad puede imponerse como meta que una vez cumplida una pena no se deban seguir recibiendo consecuencias negativas del delito; pero también puede imponer que algunas consecuencias sí perduren, como cuando se adopta el principio de no repetición, que es el derecho al no olvido. Esas son decisiones políticas, por lo tanto para modificarlas se requiere una regulación general y abstracta por la autoridad competente, que no son los jueces.

3. La petición misma del accionante permite otear la necesidad de una regulación específica, pues no todas las condenas informan la misma clase antecedentes o de personalidad de su portador: es diferente mencionar los antecedentes por delitos sexuales contra menores que registrar la violación de derechos patrimoniales de autor por posesión para venta de algunos CD ilegítimos. Por ello no debe ser abstracta la opción de informarse sobre peligros concretos o de probable repetición.

4.- Es cierto que la ley prevé que no se debe discriminar a alguien por sus antecedentes una vez ha cumplido su condena, pero en el caso concreto no existe una efectiva discriminación contra el accionante que lo legitime para acudir a una protección de tutela. Sólo informa de un temor, una expectativa de que le pueda ser negado algún trabajo por razón de la información veraz y públicamente disponible sobre él. La acción de tutela no está instituida para contrarrestar simples expectativas de vulneración que no se pueden concretar en su origen o autor, ya sea autoridad pública o particular.

En el evento de que en una situación real identifique una conducta de persona o entidad determinada que vulnere uno de sus derechos fundamentales por esa razón, sí sería procedente que el juez constitucional interviniera para contrarrestar esa conducta.

5. Finalmente, en mi opinión la orden de tutela debe ser clara y específica, mientras que el texto como se está decidiendo deja a la Policía Nacional ante una *contradictio in adjecto*, una instrucción imposible de cumplir sin vulnerar alguna norma: le ordena que no genere una discriminación laboral que no está generando ni está en posición de evitar que terceros lo hagan, o que modifique unos contenidos de la base de datos que no puede modificar sin desconocer la verdad. Si la función de Policía en una sociedad es eminentemente la de prevención, el sistema de información de antecedentes es una herramienta esencial para cumplirla.”

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora

