



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 12 DE 15 DE JULIO DE 2012**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. Sala de Familia

“LA VÍCTIMA Y LOS PERJUDICADOS POR UN DELITO TIENEN INTERESES ADICIONALES A LA MERA REPARACIÓN PECUNIARIA. ALGUNOS DE SUS INTERESES HAN SIDO PROTEGIDOS POR LA CONSTITUCIÓN DE 1991 Y SE TRADUCEN EN TRES DERECHOS RELEVANTES PARA ANALIZAR LA NORMA DEMANDADA EN EL PRESENTE PROCESO: 1. EL DERECHO A LA VERDAD, ESTO ES, LA POSIBILIDAD DE CONOCER LO QUE SUCEDIÓ Y EN BUSCAR UNA COINCIDENCIA ENTRE LA VERDAD PROCESAL Y LA VERDAD REAL. ESTE DERECHO RESULTA PARTICULARMENTE IMPORTANTE FRENTE A GRAVES VIOLACIONES DE LOS DERECHOS HUMANOS. 2. EL DERECHO A QUE SE HAGA JUSTICIA EN EL CASO CONCRETO, ES DECIR, EL DERECHO A QUE NO HAYA IMPUNIDAD. 3. EL DERECHO A LA REPARACIÓN DEL DAÑO QUE SE LE HA CAUSADO A TRAVÉS DE UNA COMPENSACIÓN ECONÓMICA, QUE ES LA FORMA TRADICIONAL COMO SE HA RESARCIDO A LA VÍCTIMA DE UN DELITO”. (...)

Tema a resolver

Si en este caso debe reconocerse a los padres del niño J.D.O.R., y su hermano, como víctimas de los actos desplegados por el adolescente infractor O.S.C.V. en el incidente de reparación integral que se pretende adelantar.

a) Demanda

El día 13 de julio de 2012, como consta a folios 215 a 219 del expediente, la madre la víctima, menor J.D.O.R., mediante su representante de confianza interpuso el correspondiente incidente de reparación integral, para que se declarara como terceros civilmente responsables a los progenitores del adolescente infractor y por las conductas realizadas por éste, responsable de perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, y daño moral causados a los progenitores de la víctima y su hermano adolescente como consecuencia del fallo sancionatorio proferido. Se solicitó además, se requiriera a O.S.C.V. para que presente verbalmente a las víctimas perdón, arrepentimiento, disculpas y la promesa de no tomar represalias o volver a repetir estos hechos contra la víctima o cualquier otro ciudadano. (...)

b) Hechos

Según da cuenta el expediente (denuncia visible a folios 106 a 108 y escrito de acusación visible a folios 45 a 50), el día 15 de febrero del año 2011, la señora Marian Eugenia Ramos Cortés, presentó denuncia en contra del adolescente O.S.C.V. de 15 años de edad, informando que el 11 de febrero del año 2011, su hijo menor de edad J.D.O.R. de 6 años de edad, había sido víctima de abuso sexual por parte del denunciado, quien es vecino y vive en el piso superior de la residencia del ofendido, hechos de los que fue testigo el hermano mayor de la

víctima, B.D.O. de 12 años de edad, quien estando en la sala de la casa realizando tareas, escuchó ruidos extraños en la habitación donde se encontraban jugando J.D.O.R. y O.S.C.V., se acercó silenciosamente y verificó que O.S.C.V. tenía a su hermano sobre la cama acostado de lado, apretándolo contra su cuerpo, friccionando sus partes genitales en la parte trasera del cuerpo de su hermano, circunstancias que también relató el hermano de la víctima en la entrevista psicológica realizada el 28 de septiembre de 2011 en la Asociación Creemos en Ti, visible a folios 62 a 68.

El día 27 de marzo de 2012 (folio 142), se realizó **audiencia de lectura de fallo** en la que se decidió entre otras, declarar penalmente responsable a O.S.C.V. como AUTOR del delito de ACTOS SEXUALES CON MENOR DE 14 AÑOS, por lo que se le impuso la sanción de PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOCIALES A LA COMUNIDAD por el término de seis (6) meses a cumplir en la Asociación Cristiana de Jóvenes ACJ. Se ordenó igualmente al ICBF, que si aun no lo ha hecho, proceda a la vinculación inmediata de J.D.O.R (víctima) a la Asociación Creemos en Ti, para que reciba la atención psicológica terapéutica que requiera y hacer saber a los padres del niño que cuentan con 30 días siguientes a la ejecutoría del fallo para promover el Incidente de reparación si a bien lo tienen.

El día 13 de julio de 2012, como consta a folios 215 a 219 del expediente, la madre la víctima, menor J.D.O.R., mediante su representante de confianza interpuso el correspondiente incidente de reparación integral, para que se declarara como terceros civilmente responsables a los progenitores del adolescente infractor y por las conductas realizadas por éste, responsable de perjuicios materiales, lucro cesante y daño emergente, y daño moral causados a los progenitores de la víctima y su hermano adolescente como consecuencia del fallo sancionatorio proferido. Se solicitó además, se requiriera a O.S.C.V. para que presente verbalmente a las víctimas perdón, arrepentimiento, disculpas y la promesa de no tomar represalias o volver a repetir estos hechos contra la víctima o cualquier otro ciudadano.

El 22 de agosto de 2012, se llevó a cabo la **primera audiencia de trámite dentro del incidente**, en la cual el apoderado de confianza de los solicitantes aclaró, que su petición se basa en que el núcleo familiar de la víctima está conformado por padre, madre e hijos, que han estado pendientes para solucionar el tema de fondo, especialmente por la "*indignidad familiar*" que causó el hecho y han sido los que han sufragado todos los gastos del proceso, generándoles un daño emergente y un detrimento patrimonial por el cual deben ser reparados.

(...)

La Juez a quo precisó que en audiencias anteriores, durante la etapa de juzgamiento, se reconoció la calidad de víctima únicamente al niño J.D.O.R., representado por sus progenitores; que claramente la ley determina el concepto de víctima, estableciendo que víctima es aquella persona que directamente está perjudicada con el delito y en este caso, el asunto se enmarca en un delito de carácter sexual, el cual se denomina de resultado o de primera mano, por lo que solamente la persona afectada con el mismo puede ser tenido como víctima, sin que se pueda extender ese carácter a sus padres quienes lo representan en el proceso penal y promueven el incidente para que el niño sea reparado en los daños y perjuicios que directamente se le causaron. Además dijo, que directa o indirectamente los padres van a estar beneficiados con el resultado del incidente porque son los directos representantes legales de su hijo, y manejarán la indemnización que se le pueda reconocer.

Sobre el hermano de la víctima se dijo, que no se ve en la petición un sustento legal para acceder a tenerlo también como parte de la reparación, por lo que en

esas condiciones era necesario mantener la decisión ya tomada anteriormente por el Juzgado de reconocer únicamente como víctima a J.D.O.R, representado por sus dos padres en el incidente de reparación integral.

Por no estar de acuerdo con la anterior determinación, el apoderado de la víctima presentó recurso de apelación manifestando, que no está de acuerdo con la decisión tomada por cuanto jurisprudencialmente, el concepto de víctima se ha extendido a quienes son los perjudicados y en los delitos de contenido sexual, de resultado, es indudable que afecta a las personas que están alrededor de la víctima, en este caso los padres que representan a sus hijos.

Agregó que aquí se ve afectado el núcleo familiar, núcleo fundamental de la sociedad que debe ser salvaguardado y protegido; y frente al hermano de la víctima adujo que estuvo involucrado en diferentes circunstancias sicológicas porque presenció los hechos, causándole perjuicios sicológicos como consta en el proceso, por lo que debe ser tenido igualmente como víctima dentro del incidente.

Dijo además el apoderado, que el art 170 del Código de la Infancia y la Adolescencia, dice que los padres o representantes legales son solidariamente responsables y deben ser citados a acudir al incidente de reparación, por lo que no pueden ser invitados de piedra, y necesariamente deben jugar un papel activo en el incidente porque son los que finalmente llevan a cuestas la armonía e integridad de la familia.

(...)

c) Consideraciones

Procede entonces la Sala al estudio del problema jurídico anteriormente planteado así:

Según el art. 132 de la Ley 906 de 2004, son víctimas, “las personas naturales o jurídicas y demás sujetos de derechos que individual o colectivamente hayan sufrido algún daño como consecuencia del injusto.

“La condición de víctima se tiene con independencia de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al autor del injusto e independientemente de la existencia de una relación familiar con este”.

Sobre la norma anteriormente transcrita la Corte Constitucional conceptuó en sentencia C-516/07, en la que declaró la inexequibilidad de la expresión “directo” referida al daño como fuente de responsabilidad y correlativos derechos para la víctima, contendida en el inciso primero del artículo, que “Encuentra la Corte que si bien la norma examinada fundamenta la determinación de la calidad de víctima, en el padecimiento de un daño que surge como consecuencia de la conducta punible (injusto), lo cual resulta acertado, la calificación que el precepto introduce al daño - daño “directo” - como único generador de responsabilidad, restringe el alcance del concepto de víctima o perjudicado que ha acuñado la jurisprudencia constitucional. En el marco de la teoría de la responsabilidad por daño se ha considerado que para que el daño o el perjuicio⁷⁷ sea indemnizable debe tener ciertas condiciones de existencia. Esto es, que no basta que se produzca un menoscabo patrimonial o moral en cabeza de alguien para que este pueda ser exigible judicialmente en calidad de víctima, perjudicado o afectado. El daño reparable del que deriva la calidad de víctima o perjudicado debe reunir determinadas condiciones: debe ser cierto y la persona que reclama debe ser la misma que resultó perjudicada, aunque no tuviere la titularidad jurídica sobre el bien lesionado.

Igualmente sobre el concepto de víctima, la Corte Suprema de Justicia en fallo de 24 de noviembre de 2010, proceso 34993 expuso, con base en el art. 132 citado, que “**víctima es: a) la persona natural o jurídica; b) que individual o colectivamente; c) haya sufrido algún daño; d) como consecuencia del injusto.**

”(iii) Para la Corte Constitucional

”El Tribunal Constitucional en múltiples pronunciamientos ha establecido, con carácter de precedente:

”...son titulares de los derechos a la justicia, la verdad y la reparación las víctimas y perjudicados con el delito que hubiesen sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea la naturaleza de éste.”¹ (subrayas fuera de texto)

”Entonces, para dicha Corporación víctima es (a) quien ha resultado perjudicado o afectado con el delito (b) siempre que hubiese sufrido un daño real, concreto y específico, (c) no necesariamente de contenido patrimonial. En tal sentido, repárese la siguiente cita:

”Para acreditar la condición de víctima se requiere que haya un daño real, concreto y específico cualquiera que sea la naturaleza de éste, que legítimamente la participación de la víctima o de los perjudicados en el proceso penal para buscar la verdad y la justicia, el cual ha de ser apreciado por las autoridades judiciales en cada caso. Demostrada la calidad de víctima, o en general que la persona ha sufrido un daño real, concreto y específico, cualquiera sea la naturaleza de éste, está legitimada para constituirse en parte civil, y puede orientar su pretensión a obtener exclusivamente la realización de la justicia, y la búsqueda de la verdad, dejando de lado cualquier objetivo patrimonial”². (subrayas fuera de texto)

”Por tanto, el reconocimiento como víctima, según la Corte Constitucional, exige necesaria e indispensablemente la existencia y acreditación de un daño real, concreto y específico, cualquiera que sea su naturaleza.

Analizada la situación a la luz de la norma y la jurisprudencia anteriormente citadas encuentra esta Corporación, que deberá revocarse la providencia apelada, por cuanto es claro que los progenitores y el menor de edad hermano de J.D.O.R, deben tener también la calidad de víctimas en este proceso, ya que de la relación filial entre padres y hermano se presume que el daño causado en el integrante del grupo familiar, generó impacto emocional en los miembros de la familia, el que debe ser reparado y por otro lado, como consta en el expediente, tanto el menor de edad, víctima directa del hecho, como el hermano del mismo, quien presenció los actos cometidos por el adolescente infractor en la humanidad de J.D.O.R, han tenido que ser sometidos a terapias por los daños sicológicos causados, las que han causado erogaciones económicas a los progenitores que no hubieran tenido que soportar si los hechos no hubieran sucedido, daño emergente que al igual que el daño moral causado, deben ser reparados.

Así las cosas, se reconocerá a los señores Eugenia Ramos Cortés y Jhon Freddy Ortiz Novoa, padres de la víctima J.D.O.R, y al hermano de la misma, adolescente

¹ Cfr. Sentencias de la Corte Constitucional: C-516 de 11 de julio de 2007; C-370 de 2006; C-228 de 2002; C-578 de 2002.

² Corte Constitucional, sentencia C-516/07.

B.D.O.R., la calidad de víctimas en el incidente de reparación integral que está en curso, debiendo los mismos probar en el curso del incidente, la cuantía del perjuicio causado". (...)

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 168 inc. 2º y 170 CÓDIGO DE LA INFANCIA Y ADOLESCENCIA

: ARTÍCULOS 92 y 132 LEY 906 DE 2004

: ARTÍCULO 250 numeral 6º C.P.

: Sentencia C-516 DE 2010 y C-516/07

: C.S.J fallo de 24 de noviembre de 2010 proceso 34993

FECHA

: 2012-09-20

PROCESO

: ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS

PONENTE

: Dr. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ

ACUSADO

: O.S.C.V.

RADICACIÓN

: 110016000714201100462-02 (47)

DECISIÓN

: REVOCA

1.2. Sala Laboral

"Así lo estimó la Corte Constitucional en la sentencia C-449 de 2005, en los siguientes términos:

"EL ARTÍCULO 444 DEL CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO ESTABLECE QUE CONCLUIDA LA ETAPA DE ARREGLO DIRECTO, SIN QUE LAS PARTES HUBIESEN LOGRADO ACUERDO TOTAL SOBRE EL DIFERENDO LABORAL, LOS TRABAJADORES PODRÁN OPTAR POR ACUDIR A LA DECLARATORIA DE HUELGA O POR SOMETER SUS DIFERENCIAS A UN TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO. EL INCISO 4 DEL REFERIDO ARTÍCULO, LUEGO DE LA MODIFICACIÓN INTRODUCIDA POR EL ARTÍCULO 17 DE LA LEY 584 DE 2000, OBJETO DE DEMANDA, OTORGA LA FACULTAD A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES INTERESADAS O A LOS TRABAJADORES PARA QUE ANTES DE CELEBRARSE LA ASAMBLEA O ASAMBLEAS DEN AVISO A LAS AUTORIDADES DEL TRABAJO SOBRE LA CELEBRACIÓN DE LAS MISMAS CON EL FIN DE QUE PUEDAN PRESENCIAR Y COMPROBAR LA VOTACIÓN. "PARA LA DEMANDANTE LA FACULTAD DISCRECIONAL OTORGADA POR EL ARTÍCULO 17 ACUSADO Y NEGADA A LOS EMPLEADORES ES INCONSTITUCIONAL PUESTO QUE OTORGA UN TRATO DESIGUAL ENTRE EMPLEADORES Y TRABAJADORES, PRESUME LA MALA FE, DESCONOCE EL INTERÉS GENERAL Y VULNERA EL DERECHO DE ASOCIACIÓN SINDICAL, EL CUAL A SU JUICIO NO PUEDE SER ILIMITADO. AL RESPECTO DEBE PRECISAR LA CORTE QUE, CONTRARIO A LO QUE PARECE ENTENDER LA ACTORA, EL AVISO A LAS AUTORIDADES DEL TRABAJO DE QUE TRATA EL ARTÍCULO 17 NO ESTÁ RESTRINGIDO ÚNICAMENTE A LAS ORGANIZACIONES SINDICALES COMO TALES SINO QUE TAMBIÉN SE EXTIENDE A LOS TRABAJADORES INTERESADOS. (...)"

TEMA A RESOLVER

Verificar si el cese de actividades que adelanta el sindicato Sintraime en la empresa Fenoco es ilegal.

ANTECEDENTES

La empresa accionante a través de apoderado judicial promovió demanda contra **SINTRAIME**, a fin de que se declare que promueven una cesación ilegal y total de las actividades de FENOCO S.A. y que incurren injustificadamente en las prohibiciones contendidas en el literal e) del artículo 379 del Código Sustantivo del Trabajo, artículo 430 ibídem y literales a) y d) del artículo 65 de la Ley 50 de 1990 y, en consecuencia, se califique como ilegal la suspensión colectiva de actividades realizada por SINTRAIME a partir del 23 de julio de 2012 y hasta la fecha en que ésta se mantenga.

LOS HECHOS

FENOCO S.A. se dedica al desarrollo de actividades de transporte ferroviario tanto de personas de mercancías y de operación de vías férreas, conforme lo señala el certificado de existencia y representación legal de la Cámara de Comercio.

La Nación, mediante un contrato de concesión, permite que FENOCO utilice la vía férrea de propiedad del Estado para la prestación del servicio público esencial de transporte de personas y mercancías.

(...)

En el contrato de concesión se determina que el servicio de transporte prestado por FENOCO es un servicio público.

El Instituto Nacional de Concesiones INCO, mediante certificación INCO Nº 20093070019391 del 25 de febrero de 2009 determinó que el servicio prestado por FENOCO en la vía férrea cedida para su uso por el Estado es un servicio público.

(...)

Al interior de FENOCO existen dos organizaciones sindicales: el Sindicato de Base de Trabajadores de la Vía Férrea SINTRAVIFER, del cual hacen parte 255 trabajadores y, el sindicato SINTRAIME, al cual se encuentran afiliados 174, a los que deben adicionarse los 59 trabajadores que se encuentran afiliados a los dos sindicatos.

El sindicato mayoritario en FENOCO es SINTRAVIFER, por cuanto el mismo agrupa el 50.3% de la totalidad de los trabajadores, mientras que SINTRAIME agrupa tan solo al 37%.

FENOCO suscribió convención colectiva de trabajo con SINTRAVIFER el pasado 20 de diciembre de 2011, con vigencia entre el 1 de enero de 2012 y el 31 de diciembre de 2014, cuyos efectos se extendieron a la totalidad de los trabajadores de la compañía por tratarse de un sindicato mayoritario.

En la convención colectiva de trabajo se pactó, entre otras prerrogativas, el reconocimiento y pago de altos incrementos salariales para todos los trabajadores sin importar el cargo ocupado, el pago de una alta suma indemnizatoria en caso de terminación sin justa causa, el reconocimiento de permisos extralegales con el pago de generosos auxilios en cada caso, el pago de

auxilios de educación, alimentación, locación, transporte, tres primas extralegales, bonificaciones por pensión, préstamos para vivienda, etc.

SINTRAIME inició el conflicto colectivo al presentar pliego de peticiones el 30 de mayo de 2012.

La etapa de arreglo directo empezó el 13 de junio de 2012, y se extendió hasta el 2 de julio de 2012, sin embargo durante la misma, al decir de la empresa, no fue posible llegar a un acuerdo por causa de la actitud intransigente de SINTRAIME que impidió el diálogo amigable y pacífico entre las partes.

FENOCO convocó a SINTRAIME en 4 oportunidades, en las cuales se sostuvieron reuniones adicionales sin que las partes lograran llegar a un acuerdo.

Por ser SINTRAIME un sindicato minoritario, se encontraba en la obligación legal (artículo 444 del CST) de convocar la totalidad de los trabajadores a asamblea en la que se debía llevar a cabo el proceso de votación.

(...)

Los trabajadores de FENOCO que no se encuentran afiliados a SINTRAIME, preocupados porque la jornada de votación se desarrollara de manera legal, solicitaron al Ministerio del Trabajo la presencia de Inspectores de Trabajo en cada uno de los sitios de votación, las cuales fueron suscritas por los mismos y radicadas en los municipios de Bosconia, Santa Marta, Fundación, Sevilla y Chiriguaná.

Pese a la anterior solicitud, no se contó con la presencia de los Inspectores de trabajo, pues se presentaron múltiples situaciones propiciadas por SINTRAIME que impidieron que los funcionarios constataran desde el inicio hasta el final el proceso de votación.

Durante el proceso de votación se presentaron numerosas violaciones a derechos fundamentales de los trabajadores de FENOCO y se propició por parte del sindicato un clima de completo irrespeto a la Ley y a los Inspectores de Trabajo.

Con el cese de actividades, SINTRAIME incurre en la prohibición contenida en el literal a) del artículo 65 de la Ley 50 de 1990, literal d) del artículo 65 de la Ley 50 de 1990, artículo 430 del C.S.T. (subrogado por el Decreto Especial 753 de 1956) y el literal e) del artículo 379 del C.S.T. modificado por el artículo 7 de la Ley 584 de 2000.

(...)

SINTRAIME se ha negado de manera sistemática a suministrar al Ministerio de Trabajo el número exacto de votaciones que se efectuaron los días 12 y 13 de julio, así como los documentos que soportan la supuesta votación, tales como constancias de asistencia y voto, las actas levantadas al inicio y finalización de las jornadas de votación, control de urnas en las que se depositaron los votos de los trabajadores, las urnas en físico o por lo menos

evidencia de su existencia y registros, y constancias dejadas por el sindicato sobre el procedimiento efectuado.

En la contestación de una acción de tutela presentada por algunos trabajadores de FENOCO en la que actúa como coadyuvante FENOCO, el apoderado de SINTRAIME aceptó que “*En los sitios en donde tiene oficinas o actividades de operación, la organización sindical no llevó a cabo asambleas o no se instalaron puestos de votación por ser materialmente imposible, pues en donde ello ocurrió es porque SINTRAIME no tiene afiliados*”.

CONSIDERACIONES

En punto a establecer si el cese de actividades que adelanta el sindicato Sintraime en la empresa Fenoco es ilegal, la Sala estima que son varios los problemas jurídicos a resolver.

1. Establecer si en verdad la sociedad promotora del juicio desarrolla el objeto social de transporte público de personas, y en caso afirmativo, si esta actividad constituye un servicio público esencial y, por tanto, la huelga estaría proscrita en esta empresa, ello, conforme al artículo 56 de la Constitución Política.

2. Como quiera que Fenoco sostiene que el sindicato no cumplió con los requisitos legales para votar y declarar la huelga, esto es, que la mayoría de los trabajadores de la empresa no participó en la asamblea en la que se decidió entre tribunal de arbitramento y huelga, lo que debió ser así porque la organización sindical promotora del conflicto (Sintraime), no cuenta con la mayoría de los trabajadores de la empresa, razón por la cual, el Tribunal deberá establecer, con los medios probatorios arrimados al expediente, si efectivamente se dio o no cumplimiento a este requisito legal.

2.1. Necesidad de establecer sí la convocatoria se hizo en todos los municipios en donde Fenoco tiene trabajadores;

2.2. Si la presencia de funcionarios administrativos del trabajo en la asamblea de los trabajadores en la que decidan entre huelga y tribunal de arbitramento, es obligatoria.

2.3. Si los trabajadores no promotores del conflicto colectivo de trabajo, están legitimados para solicitar al Ministerio de Trabajo que presencien la votación para decidir entre huelga o tribunal de arbitramento.

(...)

DEL SERVICIO PÚBLICO ESENCIAL

Aborda la Sala, como primera medida, el tema del servicio público esencial, pues de llegar a la conclusión de que conforme a la Constitución Política y la ley, el objeto social de la sociedad accionante se encuentra clasificado así, el cese de actividades que adelanta el sindicato Sintraime, *per se*, caería en el terreno de la ilegalidad, con independencia de si la mayoría de los trabajadores de la empresa optó por la huelga, y si el procedimiento para llegar a esa instancia se ajusta a los términos previstos en la ley.

Conforme al artículo 56 de la Constitución Política, el ejercicio del derecho de huelga se garantiza en todas las actividades, excepto en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. El alcance de esta clase de servicios: públicos y, además esenciales, guarda estrecha relación con aquellas actividades, cuya interrupción “*podría poner en peligro la vida, la seguridad o la salud de la persona en toda o parte de las poblaciones*”, al decir de la Comisión de Libertad Sindical de la OIT, en la obra “*Libertad sindical y negociación colectiva*”, Oficina Internacional del Trabajo, 1994, párrafo 159, página 75.

Bien, desde la presentación de la demanda y de su adición, la sociedad accionante sostiene que su objeto social, servicio férreo de personas y carga, está considerado como servicio público esencial de acuerdo con la Ley 105 de 1993 y el artículo 5 de la Ley 336 de 1996, advirtiendo que cuando la Corte Suprema de Justicia concluyó que transportar carbón, no constituía un servicio público esencial, debe tenerse en cuenta que el objeto social ha mutado y, ahora, a través de empresas privadas, también transporta personas en el tramo Barrancabermeja – Puerto Berrío y Bogotá – Zipaquirá.

(...)

Se sigue de lo dicho y en armonía, con las citas legales y jurisprudenciales, que de las pruebas examinadas, la empresa Fenoco S.A., no tiene por objeto social la prestación del servicio público de pasajeros, pero que si en gracia de discusión se admitiera que lo hace a través de terceros (Turistrén), obsérvese que el objeto del contrato de uso del corredor férreo con esta empresa, es el de transportar personas con fines turísticos, circunstancia que desvanece cualquier consideración frente a la esencialidad en la prestación de este servicio, pues su parálisis en nada afecta o pone en riesgo la vida, la salud o la seguridad de la población usuaria de este servicio.

De otro lado y frente al transporte férreo de carga, la Sala acoge íntegramente el criterio expuesto por la H. Corte Suprema de Justicia en la sentencia 40428 del 3 de junio de 2009, en donde concluyó que este servicio no puede considerarse como un servicio público esencial.

Así se dijo:

-4-

“no puede afirmarse para el caso concreto que el transporte ferroviario de carga que ejecuta la sociedad FENOCO S. A., pueda considerarse como servicio público esencial, pues no aparece evidencia que con dicha actividad se esté procurando la protección de bienes o a la satisfacción de intereses o a la realización de valores, ligados con el respeto, vigencia, ejercicio y efectividad de los derechos fundamentales.”

Lo anterior se asevera, por cuanto para el sub-examine el transporte ferroviario de carga, tal como lo ejecuta la empresa demandante, no puede encuadrarse como una actividad que tenga naturaleza esencial en cuanto que asimismo sean esenciales los bienes e intereses que satisface, donde tales servicios no son más que

aquellas actividades industriales o mercantiles de las que se derivan prestaciones vitales o necesarias para la vida de la comunidad, teniendo en cuenta el resultado que con la actividad se oriente a obtener; para lo cual debe existir una marcada relación entre la esencialidad de los bienes y los intereses a satisfacer, para que se pueda hablar de un verdadero servicio público esencial, como bien se enseña en la jurisprudencia constitucional adoctrinada, no solo nacional sino extranjera, como por ejemplo en el fallo del STC- 26/1981, de julio 17, que al interpretar el inciso 2º del artículo 28 de la carta política española enseña que:

“Como bienes e intereses esenciales hay que considerar los derechos fundamentales, las libertades públicas y los bienes constitucionalmente protegidos.

Hay que considerar que lo esencial es el libre ejercicio de los derechos constitucionales y el libre disfrute de los bienes constitucionalmente protegidos, que, en el plano en el que ahora nos movemos, se traduce en la libertad de movimiento de las personas por el territorio nacional y en la distribución de las mercancías necesarias para la ordenada y organizada vida comunitaria. De esta manera no hay necesariamente un <transporte ferroviario esencial>. Sólo en aquellos casos en que la satisfacción de los mencionados bienes e intereses exija el funcionamiento del ferrocarril, podrá decirse que es éste esencial para aquel fin³.

SE DECLARÓ LA HUELGA POR LA ASAMBLEA GENERAL DE LOS TRABAJADORES EN LOS TÉRMINOS DE LEY?

(...)

Así las cosas, y puesto de presente que era menester que la mayoría absoluta de los trabajadores de la empresa debían participar en la decisión entre huelga o tribunal de arbitramento, procede la Sala a verificar si este presupuesto legal de manera objetiva se atendió en el sub examine:

A folios 984 a 1057, reposan documentos que dan cuenta de los siguientes hechos:

- a) Convocatoria general a todos los trabajadores de Fenoco, sindicalizados o no a Sintraime, para que participen en la votación por huelga o tribunal en los municipios de Santa Marta, Sevilla, Fundación, Bosconia, Chiriguaná y El Paso;
- b) Actas de inicio y cierre de las votaciones y de escrutinios en cada uno de los sitios de votación;
- c) Listado, firma y huella digital de los trabajadores de la empresa afiliados y no afiliados a Sintraime que ejercieron su derecho al voto y,
- d) La parte pertinente del acta de votación llevada a cabo durante los días 12 y 13 de julio de 2012, suscrita por los directivos de la

organización sindical Sintraime.

La prueba documental anterior, permite concluir que efectivamente se convocó a la totalidad de los trabajadores de la empresa Fenoco para que pudieran participar en la decisión entre huelga y tribunal de arbitramento y, que los escrutinios de la votación en cada uno de los puestos de votación en los municipios ya mencionados, acredita que la mayoría de los trabajadores optaron por la huelga, pues de los 314 que ejercieron el voto, 313 lo hicieron por la huelga y uno (1) por el tribunal de arbitramento, cifra esta que resulta suficiente para que la decisión por la huelga, EN PRINCIPIO Y DE MANERA OBJETIVA se ajuste a los parámetros del artículo 444 del CST, subrogado por el 61 de la Ley 50 de 1990, puesto que, sencillamente, corresponde a la mitad más de uno de los trabajadores de la empresa, que como ya quedó demostrado, era de 624, luego la mitad más uno corresponde a 313 trabajadores

En este orden de ideas la censura que hace el demandante sobre las actas y los listados de los sufragantes, no vienen al caso, ya que si presumía que alguno de esos votantes no eran trabajadores de Fenoco, bien pudo manifestarlo así en el momento del traslado probatorio, para que a su vez el sindicato en ejercicio de la carga dinámica de la prueba pudiera demostrar que sí eran trabajadores y/o afiliados.

No puede pretender aquél, que en su alegato y por vía de la sola manifestación se deslegitime de hecho el levantamiento de los listados que hizo el sindicato

CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA DE TODOS LOS TRABAJADORES

En efecto, no milita prueba (y correspondía al sindicato probarlo) respecto que aquella convocatoria se hubiera difundido lo suficientemente para que todos los trabajadores de la empresa pudieran participar en aquél evento democrático; pues si bien se trata de un sindicato minoritario y desde luego puede convocar a tal acto, los destinatarios de la misma, necesariamente son todos los trabajadores de la empresa, pues a estos afecta positiva o negativamente el derecho de huelga; como tal, son todos los llamados a ejercer su derecho de voto en tan trascendental decisión.

Si bien los testigos afirmaron genéricamente que se hizo la convocatoria, no especificaron los medios empleados para tal publicitación y, además, que ésta hubiese sido efectiva, a los cuales la Sala le otorga credibilidad, no obstante la tacha de la empresa, en tanto se trata de testigos directos y de excepción de los acontecimientos.

Concluye la Sala que el requisito de publicidad que debió acompañar a la convocatoria para que fuera eficaz, no resultó demostrado.

(...)

Adujo el sindicato que no lo hizo en todos los municipios, sino en aquellos, que según ellos, tenían el potencial de votantes que lo ameritaban y de acuerdo a las posibilidades logísticas y de existencia de afiliados al sindicato, así como de delegados sindicales en estos sitios. Tal decisión contraviene los principios democráticos que deben observar las organizaciones sindicales, en desarrollo de estos procesos en los que debe tomarse este tipo de decisiones.

Concluye el Tribunal que no instalar mesas de votación en todos los sitios en donde lo ordena la ley, cercenó el derecho a la participación democrática (votación) de la totalidad de la comunidad laboral, pues al cien por ciento de ésta, afecta como se dijo, positiva o negativamente la decisión de optar por la huelga.

No puede sostenerse el argumento relacionado con que no era posible hacerlo en todas las poblaciones, dada su precaria capacidad logística, pues bien pudo acudir a la totalidad de los trabajadores afiliados a Sintarime, para montar la infraestructura necesaria con tal fin. Pretermitió así un pilar fundamental de la participación democrática tendiente a la votación de la huelga.

LEGITIMACIÓN DE LOS NO SINDICALIZADOS PARA SOLICITAR LA VEEDURÍA DEL MINISTERIO DE TRABAJO.

En este orden de ideas, estando legitimados los trabajadores no sindicalizados para solicitar la presencia de las autoridades administrativas del trabajo para verificar o comprobar la votación, no le era lícito a Sintraime impedir el ejercicio de las funciones que la ley le otorga a aquellos funcionarios, sólo con el fin de garantizar la transparencia en las votaciones. Esta actitud se erige en otro factor descalificador y vulnerador de los derechos sustanciales de los trabajadores que, precisamente no les garantizó la transparencia en el evento democrático.

La conducta sindical no puede tomarse como desarrollo de la autonomía de este tipo de organismos, pues ésta no puede ir más allá de donde nacen los derechos de los no sindicalizados, en tanto éstos, podían dar aviso a las autoridades del trabajo, situación desconocida por Sintraime. Es de resaltar que el sindicato no era el único interesado en el conflicto.

También quedó demostrado por la pasiva al contestar la demanda y con la prueba testimonial, que no se cumplió a cabalidad con los términos establecidos en la convocatoria para votación por huelga o tribunal de arbitramento, pues en algunos municipios la jornada se hizo únicamente el día 12 de julio, no obstante que el llamamiento correspondía a los días 12 y 13 de julio, por ejemplo en las mesas de votación ubicadas en El Paso y Chiriguaná y, en otros, la votación culminó antes de la hora señalada para el cierre, por ejemplo, en Bosconia, Ciénaga, Fundación y Sevilla, circunstancias que adicionalmente impidieron el libre ejercicio del derecho al voto.

Finalmente, y en cuanto a que el cese de actividades no se limitó a la suspensión pacífica del trabajo, es un hecho que no está demostrado en el proceso. En efecto, las circunstancias descritas por la parte demandante de que un miembro del sindicato Sintraime, con un arma corto punzante cortó el cordel que sostenía las llaves de acceso a las bodegas de la empresa y la apropiación de las mismas, y que agredieron verbalmente al inspector de trabajo que hizo presencia en el punto de votación en Bosconia, no tienen la virtualidad de trocar en violento el cese de actividades.

Se concluye así, que la huelga no fue declarada por la asamblea de trabajadores en los términos legales, pues tal y como se explicó se incurrió en varias irregularidades sustantivas que permiten desconocer la legitimidad del acto

jurídico como tal, lo cual deviene en la declaratoria de ilegalidad del cese colectivo de trabajo". (...)

FUENTE NORMATIVA:	ARTÍCULOS 39, 53, 55, 56, y 93 C.P.
	: ARTÍCULOS 429, 430, 431, 444 ley 50/90 y 17 de la Ley 584 de 2000,
	: ARTÍCULOS 62 Ley 50/90, 446, 445, 450 y 451 C.P.L.
	: ARTÍCULO 129 ^a , adicionado por la ley 1210 de 2008
	: Sentencias C- 085 de 1995, C-797 de 2000 y C- 449 de 2005 C C
	: Sentencia N° 40428 del 23 de junio de 2009 Sala de Casación Laboral
	: C S.de J.
FECHA	: 2012-08-14
PROCESO	: CALIFICACIÓN DE SUSPENCIÓN O PARO COLECTIVO DE TRABAJO
PONENTE	: Dr. JORGE LUIS QUIROZ ALEMÁN
DEMANDANTE	: FENOCO S.A.
DEMANDADO	: SINTRAIME
RADICACIÓN	: 11001- 22-05-000-2012-00700-01
DECISIÓN	: DECLARA ILEGAL EL CESE DE ACTIVIDADES

SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ÉSTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. TAMAYO MEDINA CARLOS HÉCTOR Rad. 11001600001720110406901 (17-05-12) INIMPUTABILIDAD – Concepto – Responsabilidad, culpabilidad y dolo – No puede conllevar a la absolución – Trastorno mental transitorio por embriaguez – Aplicación del principio in dubio pro reo.

El presupuesto para aplicar una medida de seguridad, como se desprende del artículo 33 del C.P., es que el inimputable haya incurrido en una conducta típica y antijurídica, o dicho más sintéticamente, que haya cometido un injusto. Por su especial condición, entonces, al inimputable no se le puede hacer juicio de culpabilidad. De ahí que, acertadamente para el Tribunal, la doctrina conciba la inimputabilidad como incapacidad de culpabilidad. En ese sentido, pues, el inimputable es un incapaz, de modo un poco análogo a lo que ocurre con quien no ha adquirido la mayoría de edad.

Desde luego, puesto que el inimputable puede no comprender la ilicitud de su comportamiento, digamos por lo pronto que, en cierta forma, cabría afirmar que obra determinado por un error, tema que en derecho penal tiene una larga historia y evolución; empero, la perspectiva mayoritariamente acogida actualmente es la que lo clasifica entre error de tipo y error de prohibición. El primero, dicho brevemente, consiste en obrar desconociendo lo que se hace; el segundo, en actuar desconociendo la prohibición o ilicitud.

Ahora bien, el error de tipo está consagrado como eximente de responsabilidad en el artículo 32-10 (primera parte) del C.P., en el que se define como el obrar con error invencible de que no concurre en la conducta un hecho constitutivo de la descripción típica. Si el error fuere vencible, agrega la norma, la conducta será punible cuando la ley la hubiere previsto como culposa.

De otra parte, según el artículo 22 ídem, la conducta es dolosa cuando el agente conoce los hechos constitutivos de la infracción penal y quiere su realización.

Bien se ve, entonces, que el error de tipo, en el Código Penal Colombiano, es el revés del dolo. Y si el dolo es el elemento subjetivo del tipo en los delitos dolosos, como en efecto lo es, parece que no existiendo dolo, no hay tipicidad en tratándose de delitos que solo admiten la modalidad dolosa.

Bajo tal comprensión, el dolo sería un elemento con sede en la tipicidad, no en la culpabilidad, ubicación sobre la cual la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

El legislador del año 2000 (Ley 599) adoptó un concepto en algo finalista de la acción y, así, el dolo, la culpa y la preterintención pasaron al tipo a formar parte de la acción (el denominado tipo subjetivo), pero ese dolo que, se dice, el finalismo “trasladó” desde la culpabilidad hasta la tipicidad, comporta un dolo natural, “avalorado”, en cuanto se estructura solamente con el conocimiento y la voluntad, en tanto que la conciencia de la antijuridicidad “se quedó” en sede de culpabilidad como parte del juicio de reproche en que consiste ésta⁴.

Claro está, la jurisprudencia no ha sido radical en sostener que el dolo esté en la tipicidad, sino que admite también que pueda concebirse dentro de la culpabilidad, como lo indica el siguiente extracto:

Esté el dolo en el tipo, esté en la “culpabilidad” o esté en la acción, lo evidente es que cuando una persona sabe que aquello que hace está prohibido, y voluntariamente hacia allí dispone su conducta, actúa con dolo y, por tanto, merece reproche porque es imputable, se le podía exigir una conducta conforme con el derecho y obra con plena conciencia de ilicitud. Y ocurre lo mismo si se dice que una parte del dolo se halla en la acción típica y la otra en el juicio de reproche o “culpabilidad”. Al fin y al cabo 16/11/2012 la fórmula ya casi clásica aún tiene vigencia, pues no ha podido ser derruida: la persona es “culpable” cuando debiendo y pudiendo proceder de acuerdo con el derecho, no lo hace⁵.

Así, entendiendo el dolo como forma de culpabilidad, obviamente no tendría que hacérsele un tal juicio a un inimputable, como tampoco habría lugar a predicar que su ausencia implique atipicidad en los delitos dolosos, por lo que, entendido así el dolo, resultaría por completo inaceptable la tesis de la absolución, pregonada en este caso por el defensor.

Mas asumiendo el dolo como elemento de la tipicidad, tampoco puede concluirse que el acusado deba ser absuelto. En efecto, si el error consiste en la discordancia entre la realidad y el entendimiento, quien se halle privado de éste no puede ser juzgado en términos de error o acierto, lo que significa que el inimputable queda excluido del juicio sobre si su conducta fue o no dolosa.

Conveniente es resaltar que tanto la verdad como el error se hallan en el juicio, operación imposible sin la intervención del entendimiento, de donde se extrae que quien carezca de éste se encuentra fuera de la posibilidad de incurrir en error.

(...)

Con todo, suponiendo que el comportamiento de un inimputable pueda valorarse como erróneo o acertado, lo cierto es que la incomprendición de una conducta ilícita por inmadurez psicológica, trastorno mental, diversidad sociocultural o estados similares no puede catalogarse como error de tipo y, por ende, como carente de dolo --ni como error de prohibición--, precisamente porque la ley ha dispuesto que en esos eventos hay inimputabilidad, de lo que se sigue que el error de tipo (como también el error de prohibición) debe ser determinado por causas diferentes a las que permiten calificar a una persona como inimputable, quien, reiterase, por las razones expuestas, tiene que sustraerse al juicio orientado a establecer si la conducta fue o no dolosa.

⁴ C.S.J.-Sala Penal, auto 01/07/09, rad. 31.763.

⁵ C.S.J.-Sala Penal, sent. 08/10/03, rad. 19.972, reiterada en la sentencia 04/02/09, rad. 27.845.

En ese orden de ideas, pues, a partir de las premisas contenidas en la sentencia apelada, que son las aducidas por el defensor, no tiene cabida la absolución.

(...)

...De suerte que el problema se reduce a dilucidar si realmente el estado de alicoramiento que, para el momento de los hechos, padecía el acusado, le generó o no un trastorno mental que le impidiera comprender la ilicitud de su comportamiento o determinarse de acuerdo con esa comprensión...

(...)

Por supuesto, hay episodios que conducen a rechazar la hipótesis de que el acusado haya obrado sin comprender la ilicitud de su conducta o de determinarse conforme a esa comprensión...

Empero, la acción de haberse ocultado en el baño del segundo piso antes de ingresar al cuarto de la víctima y taparle a ésta la boca, como ella lo refirió, en realidad son actos divergentes con el trastorno mental dictaminado por el médico psiquiatra.

No obstante, hay que tener en cuenta que, según el testimonio de ÉDISON LÓPEZ BENAVIDES, el procesado ni siquiera conocía con anterioridad el conjunto residencial donde vivía o vive la menor agredida, lo que impide pensar que aquél haya podido preconcebir el hecho cometido.

Por otro lado, a juzgar por la experiencia, ninguna persona en condiciones normales entraría en una casa a cometer un delito sexual con una niña, en el segundo nivel, viendo que en el primero estaban dos personas adultas, que fácilmente podían darse cuenta de lo ocurrido....

(...)

Sin embargo, confundido el enjuiciado de casa o no, la verdad es que siendo inconcebible, acorde con la experiencia, que una persona se haya aventurado a cometer semejante acto en las condiciones referidas, el Tribunal debe reconocer, al menos como hipótesis probable, que el enjuiciado padeció un trastorno mental transitorio que le impidió comprender la ilicitud de la conducta o determinarse de acuerdo con esa comprensión, como lo conceptuó el médico psiquiatra, lo que al mismo tiempo obliga a admitir como dudoso que el acusado haya gozado de su condición de imputable para el momento de la comisión de los hechos, duda que ha de resolverse a su favor.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.2. M. P. TAMAYO MEDINA CARLOS HÉCTOR Rad. 11001600001720110889801 (14-03-12) FLAGRANCIA - Rebaja de pena por allanamiento - Inaplicación por inconstitucionalidad del artículo 57 de la ley 1453 de 2011 – Única rebaja, con independencia del momento procesal en que se acepte la responsabilidad, viola el valor *justicia* y los principios de igualdad y proporcionalidad – JUSTICIA – Como valor constituye un principio constitucional.

“De otra parte, en los casos de aceptación de responsabilidad (sea por allanamiento unilateral a cargos o a través de un preacuerdo), lo que explica la considerable rebaja de pena con la que se beneficia el imputado es el desgaste de actividad judicial que aquél le evita al Estado, como que lo uno y lo otro son las contraprestaciones por la terminación anticipada del proceso facilitada por el procesado. De ahí que lo justo, razonable y equitativo es que, como lo destacara la Corte Suprema de Justicia, la terminación abreviada del proceso “implica para el imputado o acusado, según el momento procesal en que la aceptación se

presente, una sustancial rebaja de pena⁶. De manera que, tal cual lo resaltara la Corte Constitucional en la sentencia T-091 de 2006, “el tratamiento punitivo más benigno es directamente proporcional al mayor ahorro en recursos investigativos del Estado”, de donde se sigue que, según los dictados mismos de la justicia, entre más pronto el imputado acepte su responsabilidad, debe concedérsele un mayor descuento punitivo, como lo reguló originariamente la Ley 906 de 2004.

En consecuencia, para la Sala Mayoritaria, es claro que una única rebaja de pena con independencia del momento procesal en que el acusado acepte su responsabilidad viola, al menos, la noción esencial de justicia y los principios de igualdad y proporcionalidad.

En función de la sustentación de dicha tesis, parte el Tribunal de la premisa según la cual el derecho no es un objeto en sí y que, por ende, no puede autojustificarse. Antes bien, el derecho es un objeto cultural al servicio de ciertos valores, como el de la paz, el orden, la seguridad jurídica, etc. Mas dentro de estos valores, el superior es el de la justicia. Así lo declaran, entre otros, Gustavo Radbruch, Arthur Kaufmann, Luis Legaz y Lacambra, Giorgio Del Vecchio, Luis Recaséns Siches, Ralf Dreier, etc. El valor supremo del derecho es la justicia, mantiene Kaufmann⁷; el derecho existe en tanto que nace con la mira de realizar la justicia, escribe Legaz y Lacambra⁸; el principal criterio ideal del derecho es la justicia, dirá Recaséns Siches⁹; y, aunque expresado de diversos modos, lo mismo sostendrán otros iusfilósofos.

(...)

Pasando al ordenamiento jurídico colombiano, en el preámbulo de la Constitución quedó consignado el valor *justicia* como uno de los principios que guio el proceso constituyente de 1991; y, de acuerdo con la sentencia C- 479/92 de la Corte Constitucional, “el preámbulo goza de poder vinculante en cuanto sustento del orden que la Carta instaura y, por tanto, toda norma –sea de índole legislativo o de otro nivel–, que desconozca cualquiera de los fines en él señalados, lesiona la Constitución porque traiciona sus principios”.

En perfecta congruencia con el preámbulo, en el artículo 2, inc. 1º de la Constitución, dentro de los fines esenciales del Estado, figura el de asegurar la vigencia de un orden justo, al tiempo que en su artículo 230, inc. 2º se consagra que la equidad y los principios generales del derecho, entre otros, son criterios auxiliares de la actividad judicial.

En consecuencia, es claro que el valor *justicia* fue elevado a principio constitucional por el constituyente de 1991, con signo normativo, y por ende, con poder de invalidar normas infraconstitucionales contrarias a dicho valor, cuyo estatus superior lo ha reconocido reiteradamente la Corte Constitucional¹⁰.

(...)

Como ha quedado visto, no parece que exista una fórmula universalmente aceptada para definir *la justicia*. Es más: desde el punto de vista del uso teórico de la razón, tan imposible es decir qué sea *la justicia*, como obtener el conocimiento de *la cosa en sí*. En efecto, *la justicia*, en tanto valor absoluto, viene a ser un incondicionado, mientras que el conocimiento humano es siempre condicionado. Pues, entre otras limitantes, como arriba se indicara, están el tiempo y el espacio,

⁶ Ídem, sent. 29/06/06, rad. 24529.

⁷ KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, Bogotá D.C., edit. Universidad Externado de Colombia, 1999, P. 291.

⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*, 5^a edición, Barcelona (España), edit. Bosch S.A., 1979, P. 350.

⁹ RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*, 12^a edición, México, edit. Porrúa, 1997, P. 479.

¹⁰ C. Cont., sentencias T-006/92, T-406/92, C-479/92, T-532/92, C-543/92, T-597/92, C-486/93, T-230/94, C-383/99, C-690/96, etc.

formas puras de la intuición sensible más allá de las cuales no puede haber conocimiento, sin que ello signifique que carezca de sentido el que, mediante el uso práctico de la razón, el hombre se represente lo que debe ser, esto es, los ideales, que son los postulados de la razón a partir de los cuales es posible juzgar y aproximarnos cada día más a la perfección.

Empero, lo cierto es que, en términos generales, la justicia tiene que ver con tratamiento igual a lo igual y desigual a lo desigual, máxima que se consolidó por lo menos a partir de Aristóteles, quien advirtiera: “Por ejemplo, parece que igualdad es lo justo, y lo es, pero no para todos, sino para los iguales; y lo desigual parece que es justo, y ciertamente lo es, pero no para todos, sino para los desiguales”¹¹.

De suerte que, desde Aristóteles, el núcleo de la justicia ha sido la idea de igualdad¹². Y, para instituirla, hay que prescindir de lo individual o particular y llevar los casos singulares a categorías genéricas. Así, la igualdad es abstracción de desigualdad; y ésta, a su vez, abstracción de igualdad. El aserto lo explica con suma claridad Luis Legaz y Lacambra: “Los elementos de la justicia son la *proporcionalidad*, la *igualdad* y la *alteridad*”¹³. Ahora, dado que el derecho pretende realizar una cierta justicia, tales elementos van a aparecer en el derecho. Por esa razón, el citado iusfilósofo agrega: “*El Derecho es siempre alteridad y siempre una cierta proporcionalidad y una cierta igualdad, y por eso es, ontológicamente, una cierta justicia*”¹⁴.

Más adelante hace notar: “Pero para establecer esta igualdad hay que proceder con esquematismo, hay que reducir los casos singulares a tipos genéricos, para encontrar lo idéntico a través de lo singular. Aplicar una medida igual a los casos A, B y C, significa despojar a estos casos de sus características singulares y diferenciales, para quedarse con lo que es idéntico en ellos”¹⁵.

En suma, la justicia implica la proporcionalidad, y ésta la igualdad, para cuya realización se hace necesario llevar los supuestos de hecho singulares a regulaciones genéricas, que es justamente el papel desempeñado por la ley, en tanto fórmula general y abstracta.

No obstante, al hacer el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 una única rebaja de pena, sin establecer ninguna variación según la fase procesal en la que el imputado acepte la responsabilidad, innegablemente el precepto legal resulta violatorio del valor *justicia* y de los principios de igualdad y proporcionalidad o prohibición de exceso. Este último, no expresamente positivizado en la Constitución, pero sí implícitamente contenido en ella, como lo ha puesto de relieve la Corte Constitucional¹⁶.

En consecuencia, indiscutiblemente, el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 luce violatorio, por lo menos, del preámbulo y de los artículos 2º y 13 de la Constitución. Pues, pese a que dependiendo del momento en que el imputado acepte los cargos se produce un mayor o menor ahorro de actividad judicial, la norma, según la interpretación hecha por la Corte Suprema de Justicia, concede la misma rebaja de pena en todos los eventos. Es decir, en definitiva, resulta tratando situaciones desiguales de modo igual, quebrantando de esa forma el valor *justicia* y los principios de igualdad y proporcionalidad, al no reconocer tal desigualdad fáctica.”

¹¹ ARISTÓTELES, *Política*, 1280^a.

¹² ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edit. Alianza, 1129b

¹³ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Op. cit., P. 345-346.

¹⁴ Ibid., P. 346.

¹⁵ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Op. cit. P. 351.

¹⁶ C.Const., sent. C-070/96.

1.3. M. P. TAMAYO MEDINA CARLOS HÉCTOR Rad.
11001310400820090028402

(20-03-12) VIOLACIÓN DE DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR – Quienes son titulares de los derechos de autor – La autorización para reproducir obras sobre las que se tienen derechos de autor no necesariamente tiene que darla el titular de los derechos, sino que también puede emitirse por sociedades de gestión colectiva de derechos de autor.

“Por su parte, a voces del artículo 4º ídem, son titulares de los derechos de autor, entre otros, el autor de la obra y el artista, intérprete o ejecutante, sobre su interpretación o ejecución.

(...)

No es entonces el registro de las obras el acto constitutivo de los derechos de autor, el cual, al tenor del artículo 4º de la Ley 44 de 1993, tiene por objeto dar publicidad al derecho de los titulares y a los actos que transfieran o cambien ese dominio y dar garantía de autenticidad y seguridad a los títulos, actos y documentos. En cambio, lo que otorga el derecho de autor es cualquiera de los hechos arriba indicados.

Desde luego, por razón de la presunción consagrada en el artículo 4º del Decreto 460 de 1995, quien aparezca registrado como autor de una obra se presume que lo es.

Por lo tanto, respecto a la composición de los temas musicales, cabe presumir que el autor era el señor MELQUISEDEC URBINA. No obstante, como en seguida se verá, él no fue víctima de violación de los derechos de autor por parte de los acusados, lo que equivale a decir, en otras palabras, que éstos no cometieron ese delito.

En efecto, el artículo 10 de la Ley 44 de 1993 establece que los titulares de derechos de autor y derechos conexos podrán formar sociedades de gestión colectiva de derechos de autor y derechos conexos, sin ánimo de lucro con personería jurídica, para la defensa de sus intereses.

Dichas sociedades, acorde con lo dispuesto en el artículo 13, numerales 2, 3 y 4 ídem, tienen las siguientes atribuciones:

1. Negociar con los usuarios las condiciones de las autorizaciones para la realización de actos comprendidos en los derechos que administran y la remuneración correspondiente, y otorgar esas autorizaciones, en los términos de los mandatos que éstos le confieran y sin desconocer las limitaciones impuestas por la ley.
2. Negociar con terceros el importe de la contraprestación equitativa que corresponde cuando éstos ejercen el recaudo del derecho a tales contraprestaciones.
3. Recaudar y distribuir a sus socios, las remuneraciones provenientes de los derechos que le correspondan. Para el ejercicio de esta atribución las asociaciones serán consideradas como mandatarias de sus asociados por el simple acto de afiliación a las mismas.

En ese orden de ideas, la autorización para reproducir las obras sobre las que se tienen derechos de autor no necesariamente tiene que darla el titular de los derechos, sino que también puede emitirse por las mencionadas sociedades.

(...)

Empero, como se extrae de la prueba documental y lo expuso el mismo denunciante, el señor MELQUISEDEC URBINA estaba afiliado a SAYCO, ente que, de acuerdo con el artículo 1º de sus estatutos, es **una sociedad de gestión colectiva de derecho de autor, sin ánimo de lucro.**

Así mismo, según el literal i) del artículo 5º de los estatutos de SAYCO, le corresponde a dicha sociedad conceder o negar la autorización a los usuarios para utilizar las obras de sus socios y las que por delegación se le encomienden por entidades similares extranjeras y editoras musicales, nacionales o extranjeras, con las que existan convenios o contratos.

En consecuencia, habiendo obtenido los procesados la autorización de SAYCO para reproducir las obras a las que se ha hecho referencia, no puede afirmarse que concurra el elemento normativo *sin autorización previa y expresa del titular*, contenido en el tipo penal descrito en el artículo 271-1 del C.P., de donde se sigue que la conducta a ellos atribuida es atípica, a tal punto que, inclusive, la Fiscalía, en la vista pública, solicitó la absolución.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

1.4. M. P. TAMAYO MEDINA CARLOS HÉCTOR Rad. 11001600004920101410601 (14-06-12) CONGRUENCIA – Entre la acusación y la sentencia – Entre la imputación y la sentencia – En los preacuerdos - Agravantes tanto genéricas como específicas no precisadas en la formulación de la imputación o en el preacuerdo, una vez el imputado acepte su responsabilidad, no pueden reclamarse ni el juez las puede tener en cuenta en la sentencia.

“En conclusión, entonces, la congruencia que exige la ley, en general, es entre la sentencia y la acusación, no entre aquélla y la formulación de la imputación. Por supuesto, cierto es que desde la imputación deben precisarse con toda claridad los cargos tanto desde el punto de vista fáctico como jurídico, tal como lo indicó la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia desde la sentencia del 20 de octubre de 2005, dictada dentro de la radicación N° 24026. Empero, ello no implica que en la acusación no se puedan modificar los cargos desde la perspectiva jurídica, en cualquier sentido, como quiera que el art. 339 ídem establece que la Fiscalía, en la audiencia de acusación, puede adicionar el escrito de acusación.

Claro está, la jurisprudencia ha advertido lo siguiente: “Para la Sala, la imputación se constituye en condicionante fáctico de la acusación, de ahí que deba mediar relación de correspondencia entre tales actos. Los hechos serán inmodificables, pues si bien han de serle imputados al sujeto con su connotación jurídica, no podrá la acusación abarcar hechos nuevos”¹⁷.

En tal virtud, siendo indispensable que haya congruencia entre la sentencia y la acusación y entre ésta y la imputación en cuanto a los hechos, en últimas, bien puede afirmarse que, indirectamente, debe haber congruencia fáctica entre la sentencia y la formulación de imputación.

Sin embargo, obviamente, cuando se opta por alguna de las formas de terminación anticipada del proceso, la congruencia de la sentencia tendrá que ser con el contenido del acta en la que conste el allanamiento unilateral a cargos o el preacuerdo suscrito entre la Fiscalía y el imputado, puesto que en estos casos no hay acusación en sentido estricto.

¹⁷ CSJ- Sala Penal, sent. 28/11/07, Rad. 27.518, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

Por consiguiente, agravantes tanto genéricas como específicas que no se hayan precisado en la formulación de la imputación o a la hora de celebrar un preacuerdo, una vez el imputado acepte su responsabilidad, ya no pueden reclamarse ni el juez las puede tener en cuenta a la hora de dictar sentencia. Sobre el particular, la jurisprudencia tiene dicho:

Así, cuando se está en frente de las formas extraordinarias o anticipadas de terminación del proceso, conviene la Sala en reiterar que excluido el desconocimiento o quebranto de las garantías fundamentales, el principio de congruencia opera de manera absoluta y rígida, es decir, el funcionario judicial debe condenar de acuerdo con los cargos contenidos en el acta respectiva, bien sea la que contiene el allanamiento unilateral por parte del procesado, o la que señala los términos del acuerdo o de la negociación concertada entre éste y la Fiscalía en cuanto permita el proferimiento del fallo (art. 351, num. 4º de la ley 906)¹⁸.

En una oportunidad anterior la misma Corte ya había resaltado que si la aceptación de los cargos se produce dentro de todas las condiciones legales, “...el juez **no tiene otra opción que dictar sentencia siendo fiel al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación**”¹⁹.

En ese orden de ideas, habiéndose el imputado allanado a cargos como autor o partícipe de un cierto delito, el juez no puede improbarlo aduciendo que se omitió enrostrar una circunstancia de agravación como la contemplada en el art. 247-4 del C.P. –que tiene que ver con la comisión de una estafa relacionada con contratos de seguros o con transacciones sobre vehículos automotores-- o que se trata de un concurso homogéneo –como parece entenderlo el *a quo*–, sino que debe limitarse a dictar sentencia de conformidad con tal imputación, salvo que, por supuesto, advierta el desconocimiento de garantías fundamentales.

En consecuencia, más allá de que concurra o no la susodicha agravante y que se trate de un concurso o no, lo cierto es que, excluida la vulneración de garantías fundamentales, debe procederse a dictar sentencia conforme al marco fáctico y jurídico fijado en la audiencia de imputación.

Por supuesto, indiscutiblemente la formulación de imputación, al igual que todas las actuaciones judiciales, debe subordinarse al principio de legalidad, a tal punto que, como lo ha advertido la Corte Suprema de Justicia y lo ha reiterado esta Sala, “de comprobarse que la adecuación típica fractura el principio de legalidad, no es posible oponer la manifestación libre y voluntaria del indiciado”²⁰, aspecto que obviamente debe controlar el juez del conocimiento.

De suerte que, si, pongamos por caso, el imputado se allana a cargos por una conducta atípica o por un delito agravado siendo realmente simple o por un delito consumado habiendo quedado apenas en la modalidad de tentativa, etc., dado el carácter prevalente de los derechos constitucionales fundamentales (artículo 5º de la Constitución), en esas hipótesis no se podría dictar sentencia, sino que habría que improbar el allanamiento a cargos o ajustar la sentencia acorde con la tipificación correcta.

Empero, cuando la situación es a la inversa, como acontece en el presente caso, juzga la Sala que, por las razones arriba indicadas y el principio de lealtad procesal, debe dictarse sentencia de conformidad con los cargos formulados y

¹⁸ Ídem, sent. 28/02/07, rad. 26087, M.P. Marina Pulido de Barón.

¹⁹ Ídem, sent. 20/10/05, rad. 24026, M.P. Mauro Solarte Portilla.

²⁰ C.S.J.-Sala Penal, sents. 15/07/08, rad. 28872, y 08/07/09, rad. 31.280.

aceptados por el imputado, a quien no se le puede cargar las consecuencias de los errores en los que eventualmente incurran los funcionarios judiciales.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

ÓSCAR MAESTRE PALMERA
Presidente

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora