



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 15 DE 15 DE SEPTIEMBRE DE 2012

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1.1
Sala de Familia

“EL ESTADO, DESDE SU POSICIÓN DE GARANTE Y CORRESPONSABLE DE DERECHOS PRIVILEGIADOS COMO LOS QUE AQUÍ SE VENTILAN, ESTÁ OBLIGADO A EJERCER ESTRUCTIVA VIGILANCIA EN EL TRÁMITE DE ADOPCIÓN Y EN ESA TAREA, DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA CONCUERDAN EN AFIRMAR QUE EL PRINCIPIO DE “INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” DEBE GOBERNAR TODO PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y JUDICIAL CONCERNIENTE A TALES DERECHOS. ASÍ LO ORDENA EL ARTÍCULO 44 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA Y ACATA EL ARTÍCULO 8° DEL CÓDIGO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA, AL DEFINIRLE COMO “EL IMPERATIVO QUE OBLIGA A TODAS LAS PERSONAS A GARANTIZAR LA SATISFACCIÓN INTEGRAL Y SIMULTÁNEA DE TODOS SUS DERECHOS HUMANOS, QUE SON UNIVERSALES, PREVALENTES E INTERDEPENDIENTES.” (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si existe idoneidad moral para adoptar por parte del padre extranjero.

a) La Demanda

A través de apoderado judicial, el señor STEVEN THOMAS POHL y la señora MARÍA ELIZABETH FELIZZOLA ORREGO, quienes tienen nacionalidad estadounidense y colombiana respectivamente, presentaron demanda de adopción respecto de la niña JUBETH JURANY RUBIANO RICO, para que una vez surtido el trámite legal, se acojan las siguientes pretensiones:

1-. Se decrete a favor de los esposos **STEVEN THOMAS POHL y MARÍA ELIZABETH FELIZZOLA ORREGO**, la adopción plena de la niña **JUBETH JURANY RUBIANO RICO** nacida en Bogotá D. C., el día dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y cinco (1995).

2-. Disponer en la respectiva sentencia que la menor **JUBETH JURANY** en adelante llevará el apellido del padre, seguido del de la madre adoptantes, es decir, **JUBETH JURANY POHL FELIZZOLA**.

3-. Notificar y correr traslado de la demanda y del auto admisorio de la misma al señor Defensor de Familia respectivo.

4-. Ordenar a la Registraduría Nacional del Estado Civil – Dirección Nacional del Registro Civil - Notaría Sesenta y Una del Círculo de Bogotá, tomar nota en el Registro Civil de Nacimiento de la niña.

(...)

b) Los Hechos

1- El señor **STEVEN THOMAS POHL** de nacionalidad estadounidense y la señora **MARÍA ELIZABETH FELIZZOLA ORREGO** de nacionalidad colombiana, contrajeron matrimonio en el condado de Marin, California, Estados Unidos de America, el día veintitrés (23) de agosto de mil novecientos noventa y siete (1997).

2-. La menor de edad **JUBIETH JURANY RUBIANO RICO** de nacionalidad colombiana, nació en la ciudad de Bogotá D. C., el dieciocho (18) de febrero de mil novecientos noventa y nueve (1999).

3-. Mediante Resolución No. 024 del dieciséis (16) de febrero de dos mil siete (2007), el ICBF declaró a la menor de edad, en estado de abandono, decisión que posteriormente fue homologada por el Juzgado Veintiuno de Familia de Bogotá D. C., en fallo del dieciséis (16) de febrero de dos mil siete (2007).

4.- Los esposos **POHL, FELIZZOLA**, han decidido adoptar a la menor de edad y están dispuestos a brindar el apoyo necesario para permitir su normal desarrollo.

La instancia culminó con sentencia del doce (12) de diciembre de dos mil once (2011), por medio de la cual se denegaron las pretensiones de la demanda, en consideración a una constancia de antecedentes por violencia intrafamiliar, con condena a tres años, decretada en contra del señor **STEVEN THOMAS POHL**, circunstancia que según el juicio judicial de primera instancia, desacredita la certificación de idoneidad expedida por la Oficina de Asuntos de la Infancia – Departamento de los Estados Unidos de America, puesto que no augura buenos resultado con la adopción para la niña. En auto de la misma fecha el Juzgado negó la solicitud que hiciera la Defensora de Familia dirigida a incorporar pruebas relacionadas con el cuestionamiento a la referida certificación.

Inconformes con la decisión de primera instancia, los demandantes impugnan sus fundamentos y acusan al efecto desconocimiento del debido proceso en cuanto fue desestimada la solicitud de pruebas de la señora Defensora de Familia relacionadas con los antecedentes tomados en consideración para emitir el concepto favorable de idoneidad para la adopción.

c) Consideraciones

De entre las medidas de protección previstas por el legislador para los niños, niñas y adolescentes, la adopción tiene por objeto satisfacer el Derecho Fundamental de aquellos a tener una familia y ser protegidos por ella. Se trata de un procedimiento por medio de la cual se establece de manera irrevocable una relación de parentesco – paterno o materno filial entre personas que biológicamente no la tienen por naturaleza.

Dos consecuencias devienen entonces de la figura jurídica, la primera en relación con el parentesco civil que se crea entre el adoptante y el hijo adoptivo; la segunda, es la inclusión del adoptivo a la familia adoptante con todas las consecuencias jurídicas, en ese sentido la H. Corte Constitucional ha dicho que *“El fin de la adopción no es solamente la transmisión del apellido y el patrimonio, sino el establecimiento de una verdadera familia, como la que existe entre los unidos por lazos de sangre, con todos los derechos y los deberes que ello comporta. En virtud de la adopción, el adoptante se obliga a cuidar y asistir al hijo*

adoptivo, a educarlo, apoyarlo y amarlo y proveerlo de todas las condiciones necesarias para que crezca en un ambiente de bienestar, afecto y de solidaridad”¹

El Estado, desde su posición de garante y corresponsable de derechos privilegiados como los que aquí se ventilan, está obligado a ejercer estricta vigilancia en el trámite de adopción y en esa tarea, doctrina y jurisprudencia concuerdan en afirmar que el principio de *“interés superior del niño”* debe gobernar todo procedimiento administrativo y judicial concerniente a tales derechos. Así lo ordena el artículo 44 de la Constitución Política y acata el artículo 8° del Código de de la Infancia y la Adolescencia, al definirle como *“el imperativo que obliga a todas las personas a garantizar la satisfacción integral y simultánea de todos sus Derechos Humanos, que son universales, prevalentes e interdependientes.”*,

Se suma a lo anterior en Bloque de Constitucionalidad, las normas de la Convención Sobre los Derechos del Niño, adoptada en Colombia mediante la Ley 12 de 1991, al establecer en su artículo 3° que *“en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”*; en igual sentido el Convenio relativo a la protección del niño y de cooperación en materia de adopción internacional aprobado en Colombia mediante la Ley 265 del 25 de enero de 1996, que se arroga como objetivo esencial, *“establecer garantías para que las adopciones internacionales tengan lugar en consideraciones al interés superior del niño y al respecto a los derechos fundamentales que le reconoce el Derecho internacional.”*

En procura del anunciado fin, el artículo 68 del Código de la Infancia y la Adolescencia determina que *“Podrá adoptar, quien siendo capaz, haya cumplido 25 años de edad tenga al menos 15 años más que el adoptable, y garantice idoneidad física, mental moral y social suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente...”*; requisitos cuya verificación compete en principio al Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y al Juez de la causa, con arreglo al procedimiento previsto en el artículo 107 de la misma codificación.

Estos requisitos se definen y reglamentan con detalle en la Resolución 3748 de 2010 del ICBF, por la cual se aprobó el Lineamiento Técnico del Programa de Adopciones, así:

“Idoneidad Física. La idoneidad física se describe como la salud física que la persona/cónyuges/compañeros permanentes solicitantes deben tener para el establecimiento de una buena y estable relación afectiva padre-hijo. El estado de salud debe corresponder a una situación aceptable, que no conlleve discapacidad seria, supervivencia corta o cualquier otro obstáculo serio para la relación padre-hijo...”

“Idoneidad Mental. La Idoneidad Mental es entendida como los rasgos de personalidad que indiquen funcionamiento adaptativo, salud mental, la estabilidad emocional y afectiva, capacidad para establecer y mantener vínculos para relacionarse adecuadamente consigo mismo, con los otros y con el entorno, para ofrecer un hogar seguro y proporcionar un ambiente psicológico que posibilite al niño, niña o adolescente un desarrollo equilibrado.”

“La idoneidad mental se verificará con entrevistas psicológicas y psiquiátricas (Anexo 4 Modelo de Informe Psicológico) y valoración de trabajo social. En el

¹ Corte Constitucional, Sentencia del 7 de julio de 1999, M. P. Carlos Gaviria Díaz.

ámbito psicológico existen múltiples métodos para medir y evaluar la personalidad y sus variaciones de individuo a individuo, una parte de las cuales tiene como herramienta fundamental la estadística básica y algunas técnicas psicométricas especializadas. Es importante que el profesional en Psicología cuente con pruebas adecuadamente adaptadas, validadas y estandarizadas que permitan unos resultados válidos y confiables.”

Idoneidad Moral. Está referida a la noción de moral social o moral pública y no a la imposición de sistemas particulares normativos de la conducta en el terreno de la ética. Esta se basa en la moral que conocemos y vivimos en nuestro medio (País) y es aceptada como norma ética de convivencia.

Al Estado pluralista no le son indiferentes los antecedentes de comportamiento de quien pretende hacerse cargo de un niño, niña o adolescente, en calidad de padre o madre del mismo. El principio del interés superior que preside todo proceso en el que estén involucrados los niños, niñas o adolescente, impone al legislador asumir medidas que garanticen la efectividad de dicho principio.

La ley, a través de estas exigencias, pretende lograr que quien adopta sea en realidad alguien que esté en posibilidad de ofrecer al niño, niña y adolescente las mayores garantías en cuanto a su desarrollo armónico, y en este sentido, una persona que presenta antecedentes de un comportamiento acorde con la moral social, asegura al Estado en mejor forma que la educación del niño, niña y adolescente se llevará a cabo de conformidad con dichos criterios éticos, lo cual, sin duda, redundará en la adaptabilidad del niño, niña y adolescente al entorno social y en la posibilidad de llevar un proyecto de vida armónico con el de los demás. Por el contrario, la adopción de un niño, niña y adolescente a quien desenvuelve su proyecto vital en condiciones morales socialmente cuestionadas, como en ambientes donde es usual el alcoholismo, la drogadicción, la prostitución, la delincuencia, el irrespeto en cualquier forma a la dignidad humana, etc., pone al niño, niña y adolescente en peligro de no lograr el desarrollo adecuado de su personalidad y de imposibilitar su convivencia pacífica y armónica dentro del entorno sociocultural en el cual está insertado.

Por consiguiente, la evaluación sobre la idoneidad moral de quien pretende adoptar, no puede ser hecha desde la perspectiva de sus personales convicciones áticas o religiosas sino desde aquellas otras que conforman la noción de moral pública o social.

Por tanto, no hay idoneidad moral en los siguientes casos:

- La persona/cónyuges/compañeros permanentes que tenga(n) problemas de alcoholismo o drogadicción.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales tales como: acceso carnal violento, acto sexual violento, acceso carnal o acto sexual abusivo con menor de 14 años o incapaz.
- La persona/cónyuges/compañeros permanentes haya(n) tenido condenas por delitos contra la libertad individual tales como: inducción a la prostitución, constreñimiento a la prostitución, estímulo a la prostitución de menores, pornografía con menores, utilización o facilitación de medios de comunicación para ofrecer servicios sexuales de menores, trata de personas.

- *La persona/cónyuges/compañeros permanentes no provea(n) alimentos a sus hijos biológicos y/o adoptivos.*
- *La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes de violencia intrafamiliar.*
- *La persona/cónyuges/compañeros permanentes tenga(n) antecedentes penales y, habiendo cumplido la condena, se establezca que puedan implicar riesgo para el adoptable.*
- *La persona/cónyuges/compañeros permanentes que hayan incurrido en la vulneración de los derechos de protección de los niños, niñas y adolescentes, previstos en el artículo 20 de la Ley 1098 de 2006.*

Esta idoneidad se establece con el estudio de las condiciones psicosociales y el certificado de antecedentes judiciales (penales) y con otro tipo de certificaciones como historia de contravenciones o infracciones menores.

Idoneidad social. *Entendida como el conjunto de relaciones positivas tanto intrafamiliares como con el entorno de los solicitantes, condiciones socioeconómicas y culturales garantistas en las cuales el niño, niña o adolescente, podrá construir su identidad personal, social y cultural.”.* (Subraya fuera de texto).

(...)

Los documentos revisados hasta aquí avalan sin duda la idoneidad física y moral de los demandantes, por tanto, la viabilidad de la adopción solicitada por el señor y la señora POHL, y aun cuando el juez de primera instancia advirtió en su fallo sobre la constancia de antecedentes con condena de tres años emitida en contra del solicitante, señor **STEVEN THOMAS POHL**, tal circunstancia se desvirtúa con prueba posteriormente incorporada a la actuación.

En efecto, según la copia del fallo proferido el 11 de Octubre de 2007, por el Tribunal de California, Condado de Placer, permite establecer a su respecto, que *“habiendo sido exonerado antes de la terminación del periodo de libertad condicional, la declaración previa del demandado de no oposición a las imputaciones se reitera, una declaración de no culpabilidad se introduce y se destina la No Conformidad en este proceso. Excepto para lo estipulado en el presente, se le informa al citado Demandado por el presente que se libera de todas las sanciones y las incapacidades jurídicas resultantes de la infracción por la que fue declarado culpable previamente...”*

De esta manera, con la declaración de *“no culpabilidad”*, pierde vigencia la circunstancia, que a juicio de la primera instancia, desacredita la certificación de idoneidad moral expedida por la Oficina de Asuntos de la Infancia – Departamento de los Estados Unidos de America, pues por otra parte, si bien no es un asunto intrascendente, no necesariamente descalifica moralmente como padre a una persona por el hecho de registrar antecedentes por conducir con exceso de velocidad.

(...)

Para la Sala, esa necesidad de protección, afecto y pertenencia al grupo familiar, expresada por **JUBETH JURANY RUBIANO**, representa su interés superior, entendiendo que será un proceso de integración paulatino y quizá no exento de dificultades en el que se espera que los padres, desde su capacidad generosa y

desinteresada de amarle, logren colmar sus carencias afectivas y ser el soporte moral para lograr su formación integral.

En este contexto, la negativa a decretar la adopción de la niña en primera instancia obedece a que el Juzgado no tomó pleno conocimiento de pruebas relevantes a la hora de valorar la idoneidad moral de los demandantes en adopción, de hacerlo sabría que de la imputación por ese delito en contra del señor POHL, fue exonerado en su totalidad y de eso da cuenta el certificado de antecedentes penales expedido por el FBI, documento no valorado con detenimiento.

Por lo que se trae dicho, la decisión impugnada no atiende al interés superior de la niña y habrá de revocarse en su integridad, para en su lugar, decretar la adopción de JUBETH JURANY RUBIANO RICO, y entregarla a quienes en adelante serán sus padres adoptivos, STEVEN THOMAS POHL y MARÍA ELIZABETH FELIZZOLA, con todas las consecuencias jurídica propias de la constitución del vínculo filial civil”. (...)

FUENTE NORMATIVA	: ARTÍCULO 3° LEY 12 DE 1991 CONVENCIÓN DERECHOS DEL NIÑO
	: ARTÍCULOS 8°, 68 Y 126 REGLA 5° C. I. y A.
	: ARTÍCULO 44 C. P.
	: ARTÍCULO 20 LEY 1098 DE 2006
	: RESOLUCIÓN 3748 DE 2010 ICBF
FECHA	: 2012-05-31
PROCESO	: ADOPCIÓN (APELACIÓN SENTENCIA)
PONENTE	: Dra. LUCÍA JOSEFINA HERRERA LÓPEZ
DEMANDANTE	: STEVEN THOMAS POHL
DECISIÓN	: REVOCA

1.2.1.

Sala Laboral

“AHORA BIEN; DEMOSTRADA COMO SE ENCUENTRA LA PRESTACIÓN PERSONAL DEL SERVICIO POR PARTE DE LA ACTORA Y SU REMUNERACIÓN A CARGO DE INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, TODA VEZ QUE FUERON ELEMENTOS NO CONTROVERTIDOS POR LA ENTIDAD Y CONFIRMADOS CON LOS DOCUMENTOS Y TESTIMONIOS RECAUDADOS, ENSEÑA EL ARTÍCULO 20 IBÍDEM QUE “EL CONTRATO DE TRABAJO SE PRESUME ENTRE QUIEN PRESTA CUALQUIER TIPO DE SERVICIO PERSONAL Y QUIEN LO RECIBE O APROVECHA” Y QUE “CORRESPONDE A ESTE ÚLTIMO DESTRUIR LA PRESUNCIÓN”, RAZÓN POR LA CUAL, SE INVIERTE LA CARGA DE LA PRUEBA AL DEMANDADO PESANDO SOBRE ÉL LA RESPONSABILIDAD DE DESVIRTUARLA A TRAVÉS DE LOS MEDIOS PROBATORIOS A SU ALCANCE”.(...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en verificar si la relación laboral entre las partes fue contrato de trabajo o contrato de prestación de servicios

a) La demanda

La señora OLGA CECILIA BELTRÁN BALCEROS convocó al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES, para que mediante los trámites propios del proceso ordinario previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo, se condene a la demandada a reconocer y pagar el auxilio de cesantías; intereses a la cesantía; primas de servicio; vacaciones causadas; horas extras; dominicales trabajados; indemnización moratoria; reajuste de salarios; incrementos adicionales; bonificación por prima de convención; auxilio de alimentación;

indemnización por despido; prima técnica; nivelación salarial; indexación de sumas adeudadas y cualquier derecho extralegal o legal con base en las facultades extra y ultra petita. Finalmente peticiona la condena en costas.

b) Los hechos

La señora OLGA CECILIA BELTRÁN BALCEROS se vinculó con la entidad demandada, bajo la figura de la celebración de contratos sucesivos de prestación de servicios, entre el 5 de junio de 1998 y el 30 de junio de 2003, para desempeñar el cargo de auxiliar de servicios asistenciales, que también desarrollaban servidores de planta de la entidad.

Las labores desempeñadas por la activa fueron ejecutadas en cumplimiento de un horario de trabajo que también cumplían los trabajadores de planta de la entidad, labores que hacía bajo la supervisión y subordinación de jefes inmediatos, atendiendo órdenes permanentes escritas y verbales, además con la situación particular de que no podía ausentarse en forma transitoria de su sitio de trabajo, ya que tenía que solicitar permisos y obtener la autorización de sus jefes inmediatos, devengando como último salario mensual, la suma de \$509.595.

Agrega que al terminar la relación contractual, la demandada dejó de cancelarle los valores por concepto de prestaciones sociales, compensación de vacaciones, trabajo suplementario, reajuste e incrementos adicionales de salarios, bonificación por prima de convención, auxilio de alimentación, prima técnica, nivelación de salarios, indemnización moratoria y por despido.

Clausurado el debate probatorio, en virtud de lo previsto por el Acuerdo PSAA08-4434 del 9 de enero de 2008, el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Descongestión de Bogotá, profirió sentencia el 24 de octubre de 2008². La parte resolutive dice textualmente:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES...de todas y cada una de las pretensiones de la demandada (sic) interpuesta por la señora OLGA CECILIA BELTRAN (sic) BALCEROS...

SEGUNDO: EXCEPCIONES: Teniendo en cuenta que la sentencia es absolutoria, por simple economía procesal el Despacho se abstiene de entrar en el estudio de las propuestas con la contestación de la demanda.

TERCERO: COSTAS. Correrán a cargo de la parte demandante en esta instancia. Tásense.

CUARTO: Si no fuere apelada la presente sentencia CONSÚLTESE la misma con la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de Bogotá...”

Como la parte actora no interpuso recurso de apelación, el expediente fue enviado en el grado jurisdiccional de consulta, y luego del trámite constitucional ejercitado por la parte actora para la concesión de aquél, esta Corporación, en virtud de orden de tutela dispuso admitir el estudio del expediente en esa calidad. Así las cosas, procede la Sala a efectuar las siguientes,

c) Consideraciones

Dado el antagonismo de las partes sobre la forma de vinculación que las ataba, y constituir ello la pretensión principal de la acción a fin de obtener la declaración de

² Cfr, fls 132/146

la existencia de contrato de trabajo, se entrará a dilucidar la existencia de aquél, con sujeción a la normatividad aplicable al asunto.

De acuerdo con lo establecido por el artículo 2º del Decreto 2127 de 1945, para que se configure la existencia del contrato de trabajo se requiere la concurrencia de tres elementos:

1. La actividad personal o prestación del servicio, que implica de quien reclama la existencia del contrato, demostrar que la actividad o servicio lo realizaba por sí mismo, sin que este presupuesto implique que la labor no pueda ser cumplida por el trabajador con la colaboración de ayudantes, siempre y cuando no falte su actividad personal como obligado de realizarla.

2. La dependencia o continuada subordinación, entendida como la facultad que tiene el empleador de exigirle al trabajador el cumplimiento de ordenes en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, facultad que debe mantenerse por el tiempo de duración del contrato.

En desarrollo de este elemento, propio e identificable de la naturaleza del contrato de trabajo, es importante determinar sin ningún tipo de duda, que aquella subordinación o dependencia debe ser continua en el contrato de trabajo, aunque no es indispensable que el trabajador esté en forma continua o inmediata bajo el reiterado y activo ordenamiento del empleador, sino que basta la simple posibilidad de que pueda impartirle dichas órdenes.

3. Existencia de salario, concepto que tiene como único fin retribuir la prestación del servicio, o contraprestación correspondiente a la prestación de la labor, el cual tiene un carácter retributivo y oneroso.

Ahora bien; demostrada como se encuentra la prestación personal del servicio por parte de la actora y su remuneración a cargo de Instituto de Seguros Sociales, toda vez que fueron elementos no controvertidos por la entidad y confirmados con los documentos y testimonios recaudados, enseña el artículo 20 ibídem que *“el contrato de trabajo se presume entre quien presta cualquier tipo de servicio personal y quien lo recibe o aprovecha”* y que *“corresponde a este último destruir la presunción”*, razón por la cual, se invierte la carga de la prueba al demandado pesando sobre él la responsabilidad de desvirtuarla a través de los medios probatorios a su alcance.

Así mismo, ha indicado la jurisprudencia que aquella presunción no se desvirtúa con la simple exhibición de los contratos de tipo comercial, civil, o incluso de naturaleza administrativa suscritos entre las partes, ya que corresponde a la demandada, profundizar en la demostración de la inexistencia del elemento de subordinación que caracteriza el contrato de trabajo, pues nunca se encuentra en gracia de discusión el contenido y la autenticidad de los documentos que dejan entrever las formalidades con que se surtió la vinculación, tales como ofertas de servicios, actas de liquidación de contratos, pólizas de cumplimiento, etc.; sin embargo, en sí mismos esos documentos por virtud del principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades, no pueden dar cuenta de la forma como se ejecutó la labor; de ahí que la Sala se tenga que remitir a algunos apartes de la sentencia C-665 de 1998³, que aunque haga referencia al tema de los trabajadores particulares, también sus argumentos resultan igualmente aplicables al tema de la carga de la prueba en materia de la subordinación para el empleador público:

³ M.P. Dr. Hernando Herrera Vergara.

“...La presunción acerca de que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de esa naturaleza implica un traslado de la carga de la prueba al empresario. **El empleador, para desvirtuar la presunción, debe acreditar ante el juez que en verdad lo que existe es un contrato civil o comercial y la prestación de servicios no regidos por las normas de trabajo, sin que para ese efecto probatorio sea suficiente la sola exhibición del contrato correspondiente.** Será el juez, con fundamento en el principio constitucional de la primacía de la realidad sobre las formalidades establecidas por los sujetos de las relaciones laborales, quien examine el conjunto de los hechos, por los diferentes medios probatorios, para verificar que ello es así y que, en consecuencia, queda desvirtuada la presunción...” (Negrilla fuera del original).

De manera que los lineamientos trazados por la jurisprudencia de la Máxima Corporación sumados a las probanzas del proceso, evidencian que los contratos de prestación de servicios se ejecutaron en las instalaciones de la entidad y con apego a un horario previamente impuesto, circunstancia que claramente pregona la existencia del elemento de subordinación y permite concluir que la modalidad contractual de prestación de servicios realmente mutó en la de un contrato de trabajo.

(...)

Así las cosas, indudablemente se encuentran verificados los tres elementos que estructuran el contrato de trabajo, debiéndose declarar su existencia en acatamiento de lo establecido por el artículo 3° del Decreto 2127 de 1945, pues *“no deja de serlo por virtud del nombre que se le dé, ni de las condiciones peculiares del patrono, ya sea persona jurídica o natural; ni de las modalidades de la labor; ni del tiempo que en su ejecución se invierta; ni del sitio en donde se realice, así sea el domicilio del trabajador; ni de la naturaleza de la remuneración, ya en dinero, ya en especie o ya en simple enseñanza; ni del sistema de pago; ni de otras circunstancias cualesquiera”*.

Finalmente, y para declarar la existencia del contrato de trabajo que salió a la luz en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, debe decirse que por la naturaleza de la entidad Empresa Industrial y Comercial del Estado y con referencia al artículo 5 de la Ley 3135 de 1968, es posible su declaración, en la medida que por regla general los servidores de estas entidades son trabajadores oficiales con excepción de quienes desarrollen funciones de dirección, confianza y manejo quienes se regirán por las normas propias para los empleados públicos. En ese orden, es claro entonces, que el cargo desempeñado de la demandante no corresponde a esta última clasificación, y por ende el juez laboral puede definir el conflicto y con base en las probanzas del informativo declarar la existencia de la relación laboral, tal como quedó explicado en los párrafos que anteceden.

Acorde con lo anteriormente explicado, se impone en consecuencia la revocatoria de la providencia consultada, **para declarar la existencia de tres (3) contratos de trabajo:** i) el primero entre el 5 de junio de 1998 y el 4 de septiembre del mismo año, con un último salario mensual de \$417.750; ii) el segundo entre el 12 de abril de 1999 y el 30 de septiembre de 2001, con un salario final de \$480.750 y; iii) el tercer y último contrato, entre el 13 de diciembre de 2001 y el 30 de junio de 2003 con un salario de \$509.595.

Ahora; para efectos de establecer las respectivas condenas, previamente se hace necesario estudiar la excepción de prescripción que fue propuesta por la

demandada. A ese respecto, es necesario tener en cuenta que obra en el expediente petición de fecha 22 de junio de 2006⁴ dirigida al presidente de la pasiva para agotar el procedimiento administrativo, del cual se desprende que dicha petición se dirigió a reclamar el pago de las prestaciones sociales y demás indemnizaciones, que son los mismos conceptos que se reclaman con la demanda. En ese sentido, se entiende que los derechos prestacionales que se liquidarán son los que se causaron del 30 de junio de 2003 en adelante, pues los anteriores están prescritos; lo que significa que los únicos derechos laborales que se pueden hacer exigibles en el presente caso, son los del último contrato de trabajo, pues de los contratos anteriores, no obra en el expediente escrito alguno del que se pueda extraer reclamación ante el empleador”. (...)

FUENTE NORMATIVA :	ARTÍCULOS 2° Y 3° DECRETO 2127 DE 1945
	: ARTÍCULO 1° LEY 6° DE 1945
	: ARTÍCULO 5° LEY 3135 DE 1968
	: ARTÍCULOS 177, 305 Y 306 DEL C.P.C.
	: ARTÍCULO 145 C.P.L.
	: LEY 80 DE 1993
	: Sentencias C-665 de 1998, del 2 de junio de 2009 radicado
	: 33710 , del 17 de mayo de 2011 radicado 38182 de la Corte
	: Suprema de Justicia Sala laboral,
FECHA	: 2012-08-24
PROCESO	: ORDINARIO (Consulta de Sentencia)
PONENTE	: Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
DEMANDANTE	: OLGA CECILIA BELTRÁN BALSEROS
DEMANDADO	: INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
RADICACIÓN	: 11-001-31-05-004-2006-01165-01
DECISIÓN	: REVOCA

1.1.2

“ES DEBER ENTONCES DEL JUZGADOR DE INSTANCIA, UTILIZAR LOS MECANISMOS PARA QUE NO CONTINÚE ESTE PROCESO CON EL VICIO QUE CON CLARIDAD SE HA REITERADO, PUES ES TAL AUTORIDAD, LA ÚNICA COMPETENTE EN ESTE MOMENTO PARA PROCEDER DE CONFORMIDAD; Y DE IGUAL FORMA, ES DEBER DE ESTA SALA EL HACER LA ADVERTENCIA QUE AHORA SE PRESENTA, PUES AL OBSERVAR YERROS FRENTE A LOS QUE, ANTES QUE AVANCE MÁS EL TRAMITE PROCESAL, SE PUEDEN ADOPTAR MEDIDAS DE SANEAMIENTO, NO HACE NADA DIFERENTE A DAR APLICACIÓN A LOS PRINCIPIOS DE ECONOMÍA PROCESAL Y SUPREMACÍA DEL DERECHO SUSTANCIAL SOBRE LAS FORMAS, VELANDO PORQUE EL DILIGENCIAMIENTO SE ADELANTE DE MANERA TAL, QUE EN EL MOMENTO OPORTUNO, SE RESUELVA EFECTIVAMENTE, DE FONDO, LA LITIS PLANTEADA, DISPENSANDO ASÍ LA JUSTICIA QUE RECLAMAN LAS PARTES”. (...)

El problema jurídico a resolver por la Sala se centra en ¿cuál es el trámite procesal que debe darse a la demanda que le dio origen a este proceso? Controversia frente a la cual, el aquo consideró que dicho trámite debe ser el correspondiente al proceso ordinario laboral, en tanto que el recurrente manifiesta que debe ser el proceso especial de fuero sindical.

a) Demanda

⁴ Cfr fl 9.

Oídas y analizadas las alegaciones, el Tribunal, en los términos acordados por la Sala de Decisión, procede a la elaboración del acta correspondiente en donde consigna los razonamientos de la decisión, con fundamento en el artículo 6° de la Ley 1149 de 2007, y en seguida procedemos en forma oral a proferir la siguiente **PROVIDENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante contra el auto emitido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta ciudad, el 25 de abril de 2012⁵, por medio del cual se declaró la nulidad del auto de fecha 10 de abril de 2012⁶, que admitió la demanda como de fuero sindical, y en su lugar profirió el auto admitiendo dicha demanda para ser tramitada por la vía ordinaria.

b) Hechos

Inconforme con la decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación; el primero le fue resuelto desfavorablemente, circunstancia ante la cual le fue concedido el segundo. Como sustento de la controversia planteada, señaló el recurrente lo siguiente⁷:

“Su Señoría, interpongo recurso de reposición y en subsidio de apelación contra su decisión, toda vez que los demandantes, sí ostentan la calidad de aforados, tienen la calidad de fuero sindical, por ser miembros de la Junta Directiva y este es un mandato superior, de conformidad con la Constitución Nacional. El señor Jaime Buitrago, de conformidad con la certificación que se adjunta, del Ministerio de la Protección Social - Su Señoría, no sé en que folio obra en el expediente -, simplemente me remito a que es la Coordinadora del Grupo de Archivo Sindical, certifica que revisado el cardex de archivo sindical, aparece inscrita y vigente la organización sindical denominada SINTRAMERCK, Sindicato de Trabajadores de la Empresa MERCK S.A. – SINTRAMERCK, de primer grado, con acta de constitución 025 del 2011, del 26 de septiembre, con domicilio en Bogotá, Departamento de Cundinamarca; que la última Junta Directiva de la citada organización sindical que se encuentra en el expediente, es la depositada a las 10:30 A.M., mediante constancia de depósito número __25 del 26 de septiembre del 2011, emanada de Jorge Alberto Ortiz Bernal, Inspector de Trabajo de la Dirección Territorial de Soacha, la que quedó de la siguiente manera: Jaime Buitrago Mora, presidente; Luis Alfredo Castro Camacho, vicepresidente; Nidya Elizabeth Arandia Torres, secretaria general; Frank Medina Montañez, Fiscal; Marielly Sánchez, tesorera; Nidia Vargas, primer suplente; Rafael Acosta, segundo suplente; Pablo Suarez, tercer suplente; Nohemy Marin, quinto suplente; Yaneth Triviño, Comisión de reclamos; Leandro Rappi, Comisión de reclamos. En este orden de ideas, Su Señoría, si bien es cierto que conjuntamente ostentan los demandantes la calidad de aforados por el fuero circunstancial producto de la negociación, debe primar Su Señoría, en mi criterio, la calidad de aforados, por ser miembros de la Junta Directiva y el Comité de Reclamos, en acatamiento de la disposición constitucional; igualmente Su Señoría, en la demanda, las pretensiones hacen alusión al reintegro o reinstalación de las personas protegidas por el fuero sindical y subsidiariamente a ello nos lleva, en las pretensiones yo solicito que, con sus facultades ultra petita y extra petita, esto en consideración a que soy conciente de que los dos procedimientos son diferentes; el del fuero sindical como procedimiento especial, y el del fuero circunstancial como procedimiento ordinario, por tal razón yo expreso en mis pretensiones que Su Señoría con dichas facultades ultra petita y extra petita, se pronuncie en torno a las demás pericones que a partir de este numeral estoy invocando”

c) Consideraciones

Entrando entonces al análisis del caso concreto, se tiene que el auto recurrido, mediante el cual se decidió sobre una nulidad procesal, se encuentra entre los expresamente enlistados como susceptibles de recurso de apelación, tal como lo consagra el numeral 6° del artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, y en razón a este presupuesto procesal se entrará al estudio de la alzada. (...)

⁵ Cfr, fl 97a, CD archivo de audio rac 24:00.

⁶ Cfr. Fl 86

⁷ Cfr. CD audio. F. 65 minuto 26:08.

Para resolver la litis así planteada, es menester volcar detenidamente la atención en el contenido de la demanda, pues es de los hechos y pretensiones allí planteados, y del sentido que en su conjunto ofrezcan, que debe establecerse qué tipo de trámite es el que corresponde adelantar.

Llevando a cabo el análisis anunciado, se observa que las pretensiones contenidas en la demanda⁸, incluyen unas correspondientes a un proceso ordinario y otras a uno de fuero sindical; en efecto, las pretensiones numeradas como 2 y 3, se refieren específicamente al proceso especial por medio del cual se persigue la protección de ciertas garantías derivadas del alegado fuero, en tanto que las demás pretensiones, se relacionan con un proceso ordinario, a través del cuál se solicita la declaratoria de ilegalidad de una actuación, por un lado, y la protección de garantías que derivan no del fuero sindical propiamente dicho, sino del fuero circunstancial que se genera con ocasión de la existencia de un conflicto colectivo de trabajo.

Otro tanto ocurre con la exposición de los hechos que en la demanda se incluyen, en donde se narra una serie extensiva de sucesos, algunos verdaderamente intrascendentes, pero que en todo caso, generan una mezcla confusa entre aquellos que se refieren al sustento de las pretensiones que se relacionan con un fuero circunstancial, y el correspondiente a las pretensiones del fuero sindical, que, para este último caso, se pueden encontrar en los señalados bajo los numerales 2, 25, 29, 31 31 y 32.

Conforme a lo anteriormente expuesto, se hace evidente que a lo largo de toda la demanda, se hace una inapropiada combinación de hechos y pretensiones que corresponden a procesos totalmente diferentes y que, por tanto, no pueden ser conocidas bajo el mismo trámite, mientras se sostenga el diferente origen que tienen tales pretensiones, esto es, el fuero circunstancial y la declaratoria de ilegalidad de un acto, por un lado, y el fuero sindical, por otro.
(...)

Conforme a lo ya considerado, es claro que en estricto sentido, no se puede afirmar válidamente que el trámite que debe darse a la demanda objeto de análisis sea de manera excluyente el ordinario o el de fuero sindical, puesto que existen hechos y pretensiones correspondientes a uno y otro proceso, de manera que, como consecuente lógico formal, tampoco se puede afirmar válidamente que existe un trámite diferente al que legalmente debe darse, cuando se elige uno u otro camino, pues, en efecto, unas pretensiones podrían tramitarse por la vía ordinaria y otras por la del fuero sindical.

No obstante lo anterior, es forzoso para la Sala interpretar el sentido de la demanda en todo su contexto, para dilucidar el proceso que en realidad pretende adelantar el demandante, que, aunado a lo manifestado en el respectivo recurso, permite concluir que sus solicitudes se enderezan principalmente a obtener la protección de las garantías derivadas del fuero sindical, tal como se desprende del contenido de su alegato inicial, teniendo en cuenta además la primacía que se da a esa clase de proceso, como herramienta fundamental para la protección del derecho fundamental de asociación; por lo que se impone la revocatoria del auto apelado; mediante el cual el Fallador de primera instancia, anulo el auto admisorio inicial de fecha 10 de abril de 2012 y dispuso adelantar el trámite conforme al proceso ordinario.

Es importante para la Sala precisar que su competencia se encuentra restringida al objeto de la apelación, de conformidad con lo establecido en el artículo 6 A del CPT

⁸ Cfr. 8-18

y SS, por lo que se encuentra obligada a hacer un pronunciamiento en punto de la nulidad declarada por el fallador de primera instancia, aunado al hecho que el auto por medio del cual se admite una demanda no está dentro de los enlistados en el artículo 29 de la Ley 712 de 2001, que reformó el artículo 65 del Código Procesal del Trabajo, como susceptibles de apelación, razones por las cuales no es posible hacer un pronunciamiento frente a dicha decisión; sin embargo, lo anterior no es óbice resaltar, en concordancia con lo que se ha manifestado hasta aquí, que la aquo se encuentra en la obligación de sanear este proceso, de enderezar desde ya el curso del mismo, ante la evidencia de la mixtura de hechos y pretensiones que respectan a procesos de diversa naturaleza dentro de la jurisdicción ordinaria laboral, y es por ello que se le conmina para que, en ejercicio de los poderes que como director del proceso le asisten, adopte las medidas necesarias para que se incluyan dentro del diligenciamiento, únicamente los hechos y pretensiones concernientes al proceso de que se trata, evitando así la declaratoria de futuras nuevas nulidades o el proferir decisiones inhibitorias.

Conforme a lo ya considerado, es claro que en estricto sentido, no se puede afirmar válidamente que el trámite que debe darse a la demanda objeto de análisis sea de manera excluyente el ordinario o el de fuero sindical, puesto que existen hechos y pretensiones correspondientes a uno y otro proceso, de manera que, como consecuente lógico formal, tampoco se puede afirmar válidamente que existe un trámite diferente al que legalmente debe darse, cuando se elige uno u otro camino, pues, en efecto, unas pretensiones podrían tramitarse por la vía ordinaria y otras por la del fuero sindical.

No obstante lo anterior, es forzoso para la Sala interpretar el sentido de la demanda en todo su contexto, para dilucidar el proceso que en realidad pretende adelantar el demandante, que, aunado a lo manifestado en el respectivo recurso, permite concluir que sus solicitudes se enderezan principalmente a obtener la protección de las garantías derivadas del fuero sindical, tal como se desprende del contenido de su alegato inicial, teniendo en cuenta además la primacía que se da a esa clase de proceso, como herramienta fundamental para la protección del derecho fundamental de asociación; por lo que se impone la revocatoria del auto apelado; mediante el cual el Fallador de primera instancia, anulo el auto admisorio inicial de fecha 10 de abril de 2012 y dispuso adelantar el trámite conforme al proceso ordinario.

Es deber entonces del Juzgador de Instancia, utilizar los mecanismos para que no continúe este proceso con el vicio que con claridad se ha reiterado, pues es tal autoridad, la única competente en este momento para proceder de conformidad; y de igual forma, es deber de esta Sala el hacer la advertencia que ahora se presenta, pues al observar yerros frente a los que, antes que avance más el trámite procesal, se pueden adoptar medidas de saneamiento, no hace nada diferente a dar aplicación a los principios de economía procesal y supremacía del derecho sustancial sobre las formas, velando porque el diligenciamiento se adelante de manera tal, que en el momento oportuno, se resuelva efectivamente, de fondo, la litis planteada, dispensando así la justicia que reclaman las partes.

De conformidad con lo anterior, se revocará el auto apelado, para que continúe con el trámite asignado en el momento de admitir la demanda por primera vez, conminando a la Juez de Primer Grado para que adopte las medidas de saneamiento requeridas, de conformidad con lo aquí expuesto”. (...)

FUENTE NORMATIVA : LEY 1507 de 2012

: ARTÍCULOS 6° LEY 1149 DE 2007

: ARTÍCULO 29 NUM. 6° LEY 712 DE 2001

: ARTÍCULO 65, 82 Y 117 C.P.T Y S.S.

: ARTÍCULO 140 CAUSAL 4° C.P.C.

FECHA : 2012-07-31
PROCESO : ORDINARIO (Apelación Auto)
PONENTE : Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
ACCIONANTE : SINTRAMERCK
ACCIONADO : MERCK S.A.
RADICACIÓN : 11-001-31-05-031-2012-00256-01
DECISIÓN : REVOCA EL AUTO RECURRIDO

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 ésta⁹.

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 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 hace¹⁰.

Así, entendiendo el dolo como forma de culpabilidad, obviamente no tendría que hacersele 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.

(...)

⁹ C.S.J.-Sala Penal, auto 01/07/09, rad. 31.763.

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

Con todo, suponiendo que el comportamiento de un inimputable pueda valorarse como erróneo o acertado, lo cierto es que la incomprensión 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.

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 absolucón.

(...)

...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 pena”¹¹. 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 Kaufmann¹²; el derecho existe en tanto que nace con la mira de realizar la justicia, escribe Legaz y Lacambra¹³; el principal criterio ideal del derecho es la justicia, dirá Recaséns Siches¹⁴; 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

¹¹ Ídem, sent. 29/06/06, rad. 24529.

¹² KAUFMANN, Arthur. *Filosofía del derecho*, Bogotá D.C., edit. Universidad Externado de Colombia, 1999, P. 291.

¹³ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. *Filosofía del derecho*, 5ª edición, Barcelona (España), edit. Bosch S.A., 1979, P. 350.

¹⁴ RECASÉNS SICHES, Luis. *Filosofía del derecho*, 12ª edición, México, edit. Porrúa, 1997, P. 479.

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. 1° 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. 2° 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 Constitucional¹⁵.

(...)

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, 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”¹⁶.

De suerte que, desde Aristóteles, el núcleo de la justicia ha sido la idea de igualdad¹⁷. Y, para instituir la, 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*”¹⁸. 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*”¹⁹.

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”²⁰.

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 Constitucional²¹.

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 2° 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.”

Relatoría/consulta/2012/Providencias incluidas en los boletines

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 4° 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 4° 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.

¹⁵ 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.

¹⁶ ARISTÓTELES, *Política*, 1280ª.

¹⁷ ARISTÓTELES, *Ética a Nicómaco*, edit. Alianza, 1129b

¹⁸ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Op. cit., P. 345-346.

¹⁹ Ibid., P. 346.

²⁰ LEGAZ Y LACAMBRA, Luis. Op. cit. P. 351.

²¹ C.Const., sent. C-070/96.

Desde luego, por razón de la presunción consagrada en el artículo 4° 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 1° 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 5° 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 aquella 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”²².

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.

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,

²² CSJ- Sala Penal, sent. 28/11/07, Rad. 27.518, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

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)²³.

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**”²⁴.

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”²⁵, 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 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

²³ Ídem, sent. 28/02/07, rad. 26087, M.P. Marina Pulido de Barón.

²⁴ Ídem, sent. 20/10/05, rad. 24026, M.P. Mauro Solarte Portilla.

²⁵ C.S.J.-Sala Penal, sents. 15/07/08, rad. 28872, y 08/07/09, rad. 31.280.