



RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETIN 017 DE 15 DE OCTUBRE DE 2011

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1 Sala Civil

1.1.1

QUIEN INICIE O VAYA A INICIAR UNA ACCIÓN POR INFRACCIÓN MARCARIA, PODRÁ PEDIR A LA AUTORIDAD NACIONAL COMPETENTE, QUE ORDENE MEDIDAS CAUTELARES INMEDIATAS CON EL FIN DE IMPEDIR LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN” A SU TURNO, EL ARTÍCULO 247, *EJÚSDEM*, PREVÉ QUE “UNA MEDIDA CAUTELAR SÓLO SE ORDENARÁ CUANDO QUIEN LA PIDE ACREDITE SU LEGITIMACIÓN PARA ACTUAR, LA EXISTENCIA DEL DERECHO INFRINGIDO Y PRESENTE PRUEBAS **QUE PERMITAN PRESUMIR RAZONABLEMENTE LA COMISIÓN DE LA INFRACCIÓN O SU INMINENCIA**”.

Vale la pena recordar, además, que de antaño la cautela se ha asumido como un mecanismo procesal instrumental, apto para proteger, de manera provisional, y mientras se dirima el respectivo litigio, la integridad del derecho sustancial materia de controversia. Dichas medidas de protección encuentran justificación en el *fumus boni iuris*, figura que se traduce en la existencia de un derecho radicado en cabeza del demandante que, prima facie, lleva a la conclusión al juez que, de no discutirse dicha apariencia, el derecho invocado es verosímil y factible. Desde luego, la decisión sobre el decreto de una medida cautelar no debe ser vista como un pronunciamiento anticipado sobre lo que pudiera constituir el tema de fondo a dirimir con la correspondiente sentencia, sino apenas como una dilucidación, en los albores del proceso, sobre la viabilidad de disponer la protección provisional de los derechos del demandante para la eventualidad en que saliere victorioso. Entonces, toda consideración respecto del asunto de fondo extraña a la decisión sobre la cautela, puesto que el momento procesal propicio para ello es la sentencia de mérito.

Sobre estos particulares, ha sostenido el Tribunal Andino de Justicia, que en “el caso de las acciones por infracción de los derechos de propiedad industrial, la norma comunitaria dispone que la tutela cautelar puede tener por objeto impedir la consumación de la infracción o de sus efectos, obtener o conservar pruebas, y garantizar la efectividad de la tutela de mérito (artículo 245)”; que “la obtención de la tutela cautelar exige a quien la solicite la carga de presentar una situación que, a la luz de los elementos de prueba disponibles prima facie, permita al juez considerar como verosímil y probable la existencia del derecho que se invoca (fumus boni iuris), y reconocer la presencia del riesgo a que podría quedar expuesta la efectividad de la sentencia de mérito, a causa del retardo en su pronunciamiento (periculum in mora)”, y que “el examen de estos requisitos de admisibilidad de la cautela, así como de los otros que se establezcan, conduce pues a un juicio de probabilidad y no de certeza que, por tanto, no prejuzga en torno a la concesión de la tutela de mérito” (subrayado fuera de texto, interpretación prejudicial 96-IP, de septiembre 22 de 2004, citada en auto del Tribunal Superior de Bogotá, de fecha 7 de abril de 2008, exp. 2007 00251 01).

En el asunto que se examina, las solicitantes hicieron consistir la infracción marcaria cuya provisional acreditación pudiera servir de soporte a las cautelas por ellas solicitadas, en las identidades y semejanzas que existirían entre las marcas mixtas de las cuales son titulares según registros de la Superintendencia de Industria y Comercio ya aludidos, y algunos productos que Croydon Colombia S.A. comercializa en sus puntos de venta con la marca “Sperry Top-Sider”, con lo que, de acuerdo con lo sostenido por los



demandantes, se configuró una imitación de marcas y se vulneraron las normas contempladas en los literales a, c y d del artículo 155 de la Decisión 486 de 2000.

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 153 (INCISO 1°) 245 Y 247 (inciso 1°) DE LA DECISIÓN 486 DE 2000 DE LA COMUNIDAD ANDINA DE LAS NACIONES

FECHA : 2011-11-02

PROCESO : MEDIDAS CAUTELARES (POR INFRACCIÓN MARCARIA)

PONENTE : DR. OSCAR FERNANDO YAYA PEÑA

DEMANDANTE : SPERRY TOP-SIDER LLC Y SPERRY TOP SIDER INC.

DEMANDADO : CROYDON COLOMBIA S. A.

RADICACIÓN : 110013103008 2011 00360 01

1.2 Sala de Familia

1.2.1

EL INCUMPLIMIENTO INJUSTIFICADO DE LOS DEBERES DE PADRE POR PARTE DEL DEMANDADO, NO CONDUCE A LA PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD, SOLAMENTE SE CONFIGURA LA SUSPENSIÓN DE LA MISMA,

Se centra el problema jurídico en establecer si opera en contra del demandado la privación de los derechos de la patria potestad sobre el menor. En el presente asunto, se culpa al demandado por incurrir en la causal prevista en el numeral 2° del artículo 315 del C. Civil, esto es, ***“Por haber abandonado al hijo”***.

“Cuando la situación no es del todo atribuible al padre, quien además, en todo caso y a pesar de que no ha sido voluntariamente, ha contribuido con los alimentos de su hijo, de donde se desprende que el abandono no ha sido absoluto, circunstancias que en concepto de esta Sala, hacen entonces que no proceda privación de los derechos de patria potestad, pero sí la suspensión de los mismos. Sobre el punto precisa la Sala, que en sentencia de fecha 25 de mayo del año 2006, la Corte Suprema de Justicia al hablar de la privación de la patria potestad recordó (consideraciones aplicables igualmente a la suspensión de la patria potestad), que la situación del padre o madre frente al hijo debe ser analizada individual y objetivamente en cada caso concreto, y que ***“ni siquiera el incumplimiento injustificado de los deberes de padre, conduce per se a la privación de la patria potestad, pues al efecto se requiere que el abandono sea absoluto y que obedezca a su propio querer... No se trata, entonces de predicar un juicio de valor, de más o menos, sobre la responsabilidad que le atañe al padre, ni de establecer cuánto aportó para la educación y bienestar material del infante, sino de comprobar, de manera irrefragable que éste se desatendió totalmente de estos menesteres”***. No obstante lo anterior advierte esta Corporación, que la situación de abandono a la que el padre ha sometido a su hijo, no se debe totalmente a su mera voluntad, sino que en tal circunstancia también ha influido la mala comunicación que sostienen los padres por la situación personal vivida entre ellos, lo que ha llevado a que también el niño sufra las consecuencias de no poder ser visto por su padre, además por cuanto el menor se encuentra fuera del país desde el mes de diciembre del año 2009, por lo que se repite, la situación no es del todo atribuible al padre, quien además, en todo caso y a pesar de que no ha sido voluntariamente, ha contribuido con los alimentos de su hijo, de donde se desprende que el abandono no ha sido absoluto, circunstancias que en concepto de esta Sala, hacen entonces que no proceda privación de los derechos de patria potestad, pero sí la suspensión de los mismos”.

FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULO 315 DEL CÓDIGO CIVIL

: ARTÍCULO 432 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

FECHA : 2011-12-04

PROCESO : PRIVACIÓN DE LOS DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD



PONENTE : DR. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ
DEMANDANTE : MÓNICA ALEJANDRA MOLANO LÓPEZ
DEMANDADO : CARLOS FERNANDO MESA ORJUELA
RADICACIÓN 1100131100|122004-00804-01

1.2.2.

SE DECRETARÁ LA SUSPENSIÓN DEL EJERCICIO DE LOS DERECHOS DE LA PATRIA POTESTAD CUANDO EL INCUMPLIMIENTO DEL DEMANDADO FRENTE A SUS DEBERES DE PADRE NO HAYA SIDO ABSOLUTO.

En el presente caso, como ya se mencionó, existen múltiples pruebas sobre el incumplimiento de los deberes del padre. Pero no existen sin embargo pruebas que permitan razonablemente concluir que se produjo un abandono absoluto en los términos exigidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia... En suma, si bien no parece que se hubiere satisfecho plenamente la obligación de cuidar, asistir y proteger a la menor desde el punto de vista físico, psicológico, afectivo, intelectual, ético, social y que se hubiere promovido plenamente en el ejercicio y goce efectivo de sus derechos, también es cierto que no parece demostrado el abandono¹..El artículo 44 de la Constitución establece la obligación de la familia, la sociedad y el Estado de asistir y proteger al niño y a la niña para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Según esta norma, es obligación de todos garantizar el derecho a la vida, a la integridad física, a la salud y a la seguridad social, a una alimentación equilibrada, a su nombre y nacionalidad, a tener una familia y no ser separados de ella, al cuidado y amor, a la educación y la cultura, la recreación, a la libre expresión de su opinión y al desarrollo armónico e integral. En desarrollo de esta norma constitucional, el legislador ha establecido una serie de derechos más específicos y deberes concretos que deben ser garantizados por el Estado. En particular, para los efectos del presente caso, no sobra recordar que este deber compromete especialmente a los jueces constitucionales.

se revocará el numeral primero de la parte resolutive de la sentencia de primera instancia, para en su lugar, decretar la suspensión del ejercicio de los derechos de patria potestad que el señor Eduardo Andrés Ospina Castro tiene frente a su hija Lina Paola Ospina Amorochó, teniendo en cuenta además el interés superior de la involucrada, quien tiene derecho a que su padre, tal como lo dejó ver en su recurso de apelación, tenga la oportunidad de mejorar su posición frente a sus responsabilidades morales y afectivas.

**FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULOS 288 y 315 DEL C. C. REFORMADO LEY 75 DE 1968
: ARTÍCULO 306 CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL**

**FECHA : 2011-09-03
PROCESO : PRIVACIÓN DE LA PATRIA POTESTAD
PONENTE : DR. JAIME HUMBERTO ARAQUE GONZÁLEZ
DEMANDANTE : EDNA RUTH AMOROCHO GARCÍA
DEMANDADO : EDUARDO ANDRÉS OSPINA CASTRO
RADICACIÓN : 11001311002-2007-00266-01**

1.3 Sala Laboral

¿CUÁNDO ESTÁN COBIJADOS LOS TRABAJADORES SINDICALIZADOS POR EL FUERO CIRCUNSTANCIAL?

El tribunal Superior de Bogotá ha ratificado que todo conflicto colectivo de trabajo que esté vigente y sea desarrollado con sujeción a los trámites y términos legales, tiene la virtud de generar a favor de los trabajadores la protección contra los despidos injustos conocida como fuero circunstancial, resaltando que es el acatamiento estricto y cabal de los periodos y términos del conflicto lo que atrae el mencionado amparo legal, en la medida que el vencimiento injustificado de los mismos comporta la cesación de la protección.

En su pronunciamiento, el Tribunal aplicó el precedente jurisprudencial contenido en la Sentencia número 23843 proferida por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia el 16 de marzo de 2005 con ponencia del Magistrado doctor Gustavo José Genecco Mendoza, en cuanto señaló que, debido a que la



duración de los distintos periodos a los que está sometido el conflicto colectivo, no obedece al antojo y gusto de las partes, ni al simple capricho de las autoridades del trabajo, la garantía denominada fuero circunstancial que surge con la presentación de un pliego de peticiones al empleador, cesa una vez vencidos los términos legales del conflicto, independientemente de que se hubiese firmado el pacto o convención colectiva, o que haya quedado en firme el laudo arbitral.

**FUENTE NORMATIVA: ARTÍCULO 432 Y SIGUIENTES DEL C. S. T.
: ARTÍCULO 26 DEL DECRETO 2351 DE 1965**

FECHA : 2011-07-22
PROCESO : FUERO CIRCUNSTANCIAL ORDINARIO LABORAL
PONENTE : DR. LORENZO TORRES RUSSY
DEMANDANTE : JUAN CARLOS CABRERA Y OTROS
DEMANDADO : HELICÓPTEROS NACIONALES DE COLOMBIA HELICOL SAS.
RADICACIÓN : 110013110001420090064 01

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RODRIGUEZ ROA LUIS MARIANO Rad. 11001600001520100068701 (20-09-11) PRUEBA DE REFERENCIA – Inadmisibilidad: Por ejercicio del derecho constitucional a no ser obligado a declarar contra un ascendiente

“Todo lo anterior fue igualmente consignado en el informe de captura suscrito por el testigo e introducido por él durante la audiencia pública.² Para determinar la excepcional admisibilidad de la porción de este testimonio –y la prueba documental mencionada- que constituye prueba de referencia, es decir, lo que la presunta víctima y su hermano le manifestaron al uniformado, resulta imperativo establecer si concurre en este caso alguna de las causales del artículo 438 del C.P.P., ya reseñadas.

Al respecto, se tiene que los dos menores comparecieron a la audiencia pública, pero se acogieron a la excepción constitucional al deber de declarar en contra de su padre, por lo que no se les escuchó durante el juicio. Tal circunstancia no hace parte de las expresamente consagradas en el artículo mencionado, ni puede equipararse a un evento similar al secuestro o desaparición, fundamentalmente porque los deponentes sí estuvieron disponibles, solo que no quisieron declarar, y ello no obedece a una situación de fuerza mayor que no pueda ser racionalmente superada.³

En un caso similar, en el que “*los testigos sí estuvieron disponibles y lo que ocurrió es que amparados en un derecho, se abstuvieron de rendir declaración*”, concretamente, “*se ampararon en el derecho constitucional y legal que los exonera de declarar en su contra* [del acusado]” –resalto propio-, la Corte decidió excluir las entrevistas y declaraciones de aquellas personas, que habían sido incorporadas a la actuación en calidad de pruebas de referencia.⁴ Para arribar a tal conclusión, rememoró una providencia anterior en la que había estudiado los antecedentes normativos de tal figura, así:

“El proyecto original del Código de Procedimiento Penal Colombiano, convertido en ley 906 de 2004, acogía como forma de regulación de la prueba de referencia la tesis de la cláusula general excluyente, alternada con una compleja lista de excepciones categóricas de admisibilidad, agrupadas en tres categorías: (i) casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible, (ii) casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible, y (iii) casos de admisibilidad en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba⁵.”

Del primer grupo, que es el que interesa para el estudio que la Sala viene realizando, hacían parte las siguientes excepciones: a) Rehúsa rendir testimonio a pesar de ser compelido para ello por el Juez; b) Se encuentra eximida de prestar la declaración en razón de un privilegio, salvo el secreto profesional; c) Manifiesta bajo juramento que ha perdido la memoria sobre los hechos y es corroborada pericialmente dicha afirmación; d) Se encuentra en un lugar desconocido, inaccesible, o en el exterior; e) Es víctima de un delito de secuestro, desaparición forzada o evento similar; f) Padece una grave enfermedad que le impide declarar; g) Ha fallecido; h) Si la declaración se hizo en condiciones tales que habría de suponer que se encontraba en peligro inminente de muerte, ya sea por enfermedad, accidente, intento de suicidio, o por actos del acusado; i) Si la declaración se hizo en manifiesta oposición al interés de naturaleza económica, familiar, social, legal, o penal del autor.

El texto finalmente sometido a debate en el Congreso y que se convirtió en norma positiva, suprimió todas las excepciones incluidas dentro del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante se hallaba disponible; conservó del grupo de las excepciones establecidas en virtud de la existencia de garantías circunstanciales de confiabilidad de la prueba únicamente las declaraciones registradas en escritos de pasada memoria o archivos históricos; y mantuvo las excepciones relacionadas en los literales c), e), f) y g) del grupo correspondiente a los casos de admisibilidad cuando el declarante no se hallaba disponible⁶.” –Resalto fuera del texto original.–

Si dentro del proyecto original estaba incluida como causal de procedibilidad excepcional de la prueba de referencia, el que la declaración no se produjera en la instancia pertinente, es decir, el juicio oral, por causa del ejercicio de un privilegio o derecho

² Fl. 89 de la carpeta.

³ Sentencia 27.477 del 6 de marzo de 2008, reiterada en la sentencia 30.598 del 19 de febrero de 2009.

⁴ Sentencia 32.829 del 17 de marzo de 2010, M.P. Sigifredo Espinosa Pérez. En este pronunciamiento, la Corte concluyó que “[n]o es, como lo entendió el fiscal del conocimiento y lo avalaron los falladores, que el ejercicio de un derecho constitucional y legal, como lo es la exención del deber de declarar, habilite la admisión excepcional de la prueba de referencia, pues, no es una de las hipótesis que expresamente consagra el artículo 438 de la Ley 906 de 2004, ni puede catalogarse como un “evento similar” al secuestro o la desaparición forzada”. –Resalta la Sala–.

⁵ Proyecto de ley estatutaria número 01 de 20 de julio de 2003, artículo 470. Gaceta del Congreso 339 de 23 de julio de 2003, página 49.

⁶ Sentencia 25.920 del 21 de febrero de 2007.



constitucional, -como ocurre en este caso-, pero fue finalmente excluida del texto aprobado, es evidente que darle tal alcance contravendría la voluntad del Legislador. En consecuencia, lo que el oficial Rodríguez Romero escuchó de parte de la presunta víctima y su hermano respecto de los hechos por los que se procede, debe ser excluido de la valoración probatoria, dado que constituye prueba de referencia que en este caso resulta inadmisibile.

En razón de lo anterior, solamente es posible tener en cuenta el contenido restante de su declaración y el informe que elaboró, que corresponde a lo personalmente percibido por él: que el 29 de enero de 2010, cerca de las 3:40 p.m., al acudir al lugar de los hechos, **César Nelson Gómez** y la presunta víctima se encontraban en el comedor de la residencia, vestidos, junto con S (hermano de aquella) y otra menor; y aunque la esposa del hoy acusado no estaba presente, arribó al sitio poco después, por la llamada que hizo el oficial. Finalmente, que el ciudadano en mención fue capturado y es la misma persona que compareció a este proceso como acusado. Conviene destacar que el uniformado no mencionó ningún detalle sobre el estado de ánimo, las reacciones meta-lingüísticas u otra circunstancia análoga, respecto de los implicados en los acontecimientos.

No cabe duda alguna de que lo demostrado con este testimonio no hace referencia a los hechos por los que se procede ni a la responsabilidad del acusado, pues nada de lo que percibió el deponente es indicativo de alguno de estos dos ítems.

(...)

En consecuencia, comoquiera que ninguno de los testigos presenciales rindió testimonio durante la audiencia pública, y vista la improcedencia de aceptar sus versiones previas como pruebas de referencia, solamente se cuenta con el testimonio directo del policial que capturó al procesado, que no presencié ningún hecho indicativo de la comisión del delito *sub judice*; el peritaje del legista que no arrojó ningún resultado concluyente; y el de la psicóloga, que avaló la credibilidad de la menor, conclusión que presenta serias dudas como acaba de exponerse, y que en todo caso no puede contrastarse con el dicho de la menor, por no contar con éste, dadas las razones mencionadas.

En tales condiciones, al no existir prueba suficiente que lleve a la Colegiatura al conocimiento más allá de toda duda sobre la configuración de la conducta punible atribuida a **César Nelson Gómez**, se impone la aplicación del principio *in dubio pro reo*, y consecuentemente, la confirmación de la sentencia absolutoria.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

1.2. M. P. RODRIGUEZ ROA LUIS MARIANO Rad. 11001400402920060006501 (16-06-11) JUEZ DE EJECUCIÓN DE PENAS – Puede redosificar la pena en caso de omisión o error sustancial en que haya incurrido el juez de la causa / DEBIDO PROCESO – Operador judicial debe procurar el restablecimiento oportuno en caso de violaciones al principio de legalidad de la pena.

“1°. La cuantía del punible de hurto se concluyó era por la suma de cincuenta mil pesos y por ende el condenado era merecedor de la atenuante punitiva prevista en el artículo 268 del código penal, sin que se probaran las circunstancias previstas en la norma que impidieran al juez de la causa hacer su reconocimiento.

De igual modo, la reparación a la víctima se cumplió a plenitud en los términos del artículo 269 *ibidem* y no en el mes de enero del presente año como lo aduce el Juez 12 de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad apoyado en una consignación que por la misma suma se hizo el 26 de enero de 2011 pero con designio de que se concediera la prisión domiciliaria que fue igualmente negada. Luego, por la indemnización efectuada desde el comienzo de la investigación, el infractor era igualmente merecedor de la rebaja de pena allí señalada.

Así lo rubricaba el hecho de que al procesado se le hubiera otorgado el beneficio de libertad provisional con fundamento en la reparación integral a la víctima (artículo 365, numeral 7° del código instrumental), lo cual ratificó la fiscal investigadora en la resolución de acusación.

La Juez 29 Penal Municipal en el fallo de condena desconoció por completo esta realidad procesal, y carente de sentido y *sindéresis* de justicia que causa perplejidad, impuso al procesado por un delito contra el patrimonio económico por la nimia suma de **\$50.000**, una pena de **56 meses de prisión**. Condena que cobró ejecutoria en esa instancia, al no impugnar siquiera la sentencia la estudiante del consultorio jurídico que fungió como defensora de oficio.

2°. Frente a esta realidad procesal, asiste total razón al actual representante judicial del condenado, cuando hace ver al Juez 12 de Ejecución de Penas la existencia de tamañas omisiones violatorias del principio de legalidad de la pena y del debido proceso que lo llevan a solicitar la enmienda de rigor, ajustando la pena a lo que en derecho corresponde.

Aduce el *a quo* la carencia de competencia legal para “reformular la sentencia” que goza del sello de cosa juzgada. Ello es cierto, pero como bien lo replica el apelante en su escrito de sustentación, él no demandó tal extralimitación, sino la redosificación de la pena con base en la omisión sustancial establecida, aspecto sobre el que debe precisar la Sala que si en el marco de la legislación procedimental penal en verdad no existe normatividad que facilite o haga expedita la solución del impase que se presenta, considera la misma que por estar en juego derechos fundamentales del condenado como el de la legalidad de la pena y el debido proceso que trascienden en su libertad, la rectificación de la pena debe hacerse con sujeción a la aplicación directa de los artículos 29 y 85 de la Constitución Política, norma última que expresamente señala “*Son de aplicación inmediata los derechos consagrados en los artículos (...) 29...*”.

De otra parte, no se concibe que siendo falencia atribuible a la judicatura no pueda ella misma enmendarla de manera pronta y cumplida. En otros términos, no se puede exigir a quien ha sido agraviado con una situación tal, que para alcanzar la



efectividad de sus derechos que le han sido desconocidos, tenga que acudir y alcanzar un fallo de la acción de tutela, como suele verse en materia de salud para la entrega de un medicamento o prestación de un servicio médico al que se tiene derecho.

Bien se sabe que a partir de la Constitución Política de 1991, la categoría de los derechos fundamentales entre los cuales se encuentra el debido proceso (artículo 29) y su forma propia de la legalidad de la pena, ocupan posición prevalente frente al ordenamiento legal por ser inherentes a la persona y sus atributos de dignidad humana, y por ende vinculan a los operadores judiciales cuando tienen que decidir en situaciones de contención entre la Constitución y la Ley, no estando por demás recordar que los jueces en el ejercicio de servir al más elevado interés público que es el de administrar justicia, son garantes de los derechos de las personas (artículos 2º y 228 ibídem) en los asuntos sometidos a su conocimiento y por ende deben velar por su protección o restablecimiento inmediato cuando son menoscabados, máxime siendo fundamentales. No sin razón la Corte Constitucional en su pedagogía tiene señalado:

“Este artículo (85 C.P.) enumera los derechos que no requieren de previo desarrollo legislativo o de algún tipo de reglamentación legal o administrativa para su eficacia directa y que no contemplan condiciones para su ejercicio en el tiempo, de modo que son exigibles en forma directa e inmediata. En realidad la especificidad de estos derechos es un fenómeno de tiempo: el hombre llega a ellos de manera directa, sin necesidad de la mediación de un desarrollo legislativo. Es pues, un criterio residual para los efectos que nos ocupan. Para que el artículo 85 de la Constitución no sea inocuo, debe leerse como una norma que no condiciona a la mediatización de una ley, la aplicación de los derechos allí enumerados.” (Corte Constitucional Sentencia C-581/2001. Jaime Araujo Rentería.) -Subrayado fuera de texto-

En este orden de ideas, frente a la situación *sui generis* materializada en el presente asunto, huelga decir, el error grosero y grave en que se incurrió en la dosificación de la pena por el juez de la causa, respecto a los aludidos derechos de disminución punitiva que por ley era acreedor el entonces procesado pero inexplicablemente le fueron desconocidos en la sentencia, impera al ejecutor de la pena enmendarlo con amparo en la aplicación directa del artículo 29 de la Constitución Política y dada su condición de garante de los derechos fundamentales en el marco de la ejecución de la pena y que son vigentes frente al poder de persecución del Estado.

Consecuente con estas reflexiones procede la Sala a hacer la redosificación de la pena...”

Relatoría/consulta/2011/Ley 600 /Autos

1.3. M. P. RODRIGUEZ ROA LUIS MARIANO Rad. 11001310402320090031801 (05-09-11) VIOLACIÓN A LOS DERECHOS PATRIMONIALES DE AUTOR – Antijuridicidad material: Debe acreditarse que persona natural o jurídica es la titular de los derechos que se estiman vulnerados y en qué medida se vieron menoscabados o puestos en peligro.



“3.1. La vulneración del bien jurídico tutelado, sea en lesión directa o en la puesta en peligro de los derechos patrimoniales de autor, igual como se exige en los delitos contra el patrimonio económico, se verifica a partir de la acreditación de la existencia real de ese derecho, de quién es su titular y las condiciones de su vínculo con la obra artística, literaria o científica, porque como se verá a continuación, los derechos de autor no se menoscaban sólo respecto del autor de la obra, sino también de quienes a su valor se han transferido o cedido esos derechos, sea por contrato u otro negocio jurídico y por lo cual es menester identificar e individualizar la titularidad personal que dispense no sólo gozar de sus atributos sino salir en su defensa cuando son desconocidos o menoscabados.

Sobre el particular, el artículo 4º de la Ley 23 de 1982 que en el país protege los derechos patrimoniales de autor, expresa que son titulares de ellos y su nexo de legitimidad: a) El autor de su obra; b) el artista, interprete o ejecutante sobre su interpretación o ejecución; c) el productor sobre su fonograma; d) el organismo de radiodifusión sobre su emisión; e) los causahabientes a título singular o universal de los titulares anteriormente citados; f) la persona natural o jurídica que por virtud de contrato obtenga por su cuenta y riesgo la producción de una obra científica, literaria o artística, realizada por uno o varios autores en las condiciones previstas en el artículo 20 de esta ley que hace relación a honorarios y conservación de derechos de los titulares.

Por ninguna parte de la presente actuación procesal se acredita en cabeza de qué persona natural o jurídica (autor, productor del material audiovisual, contratista, causahabiente, etc.) se produjo la afectación de sus derechos patrimoniales y en qué condiciones se materializó su menoscabo o se pusieron en peligro. Tan sólo se da cuenta que al acusado Oscar Eduardo Baquero, en su tienda de alquiler de audiovisuales, junto a los legítimos se le encontraron 60 películas del formato VHS de títulos diferentes, que en su examen se estableció eran de industria clandestina, pero la investigación omitió establecer si diferenciándose las películas en su denominación sus derechos de propiedad eran de una o varias personas en orden a graduar su desmedro y relevancia jurídica.

El mismo dictamen pericial que se produjo recuerda que según el artículo 14 de la mencionada ley 23, señala: “Toda persona natural o jurídica para fijar, distribuir, vender, **alquilar** o utilizar **un videograma** está obligada a obtener autorización previa y expresa del titular o de su representante legal” -Negrilla fuera de texto-. Aquí se desconoce, se itera, en qué persona titular, industria, casa comercial o representante se arraiga la legitimidad de la totalidad de los videogramas incautados que desautorizara su comercialización, tanto al momento en que el acusado dice las adquirió en la zona comercial de San Andresito, como en la destinación que dice haberles dado de alquilarlas en el local de su negocio.

De otra parte y en la hipótesis que las películas plagiadas correspondieran a un titular del derecho, y en la premisa de que la violación del tipo penal no es de lesión sino de peligro, impera precisar con la aplicación del referido principio de lesividad cuál fue su dimensión y alcance, el desvalor de la conducta, expresado, de un lado, en el ánimo de lucro del procesado y de otro, si ese material videográfico gozaba de la entidad y virtualidad de atentar verdaderamente contra el patrimonio económico inmerso en los derechos de autor supuestamente defraudados.

En el plano de la lesividad del bien jurídico, estima el Colegiado que no se puede dejar de lado el fenómeno al que de continuo se ve enfrentada la judicatura y que ha dado lugar a importantes pronunciamientos jurisprudenciales, en particular cuando las conductas tienen un menor grado de connotación jurídica y social que devienen en resultados de bagatela en tanto la afectación del derecho tutelado es ninguna o insignificante y que no deben ser objeto de sanción penal por el solo hecho de contrariar el precepto normativo del tipo penal.

Algunas de esas conductas son las del comercio informal con la venta y compra de obras artísticas literarias o científicas en pequeña escala, de la cual sus protagonistas apenas derivan su manutención y en una actividad que consideran es su fuente de trabajo. A este respecto ha dicho la Corte en sede constitucional:

“[...] **no es cierto [...] que todas las actividades deben penalizarse**, ya que en virtud del principio de intervención mínima la actuación punitiva del Estado, que restringe el campo de la libertad y que mediante la pena priva de derechos fundamentales o condiciona su ejercicio, por una parte, debe ser el último de los recursos (última ratio) de los que el mismo tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos y, por otra parte, **debe ser lo menos gravoso posible para los derechos individuales, mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen**. Ello significa que:

i) El derecho penal sólo es aplicable cuando para la protección de los bienes jurídicos se han puesto en práctica otras medidas no represivas, que pueden ser, por ejemplo, de carácter laboral, administrativo o mercantil, y ellas han resultado insuficientes; por tanto, sería desproporcionado e inadecuado comenzar con una protección a través del derecho penal.



ii) El Estado debe graduar la intervención sancionadora administrativa y penal, de modo que siempre que sea posible alcanzar el amparo del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la administración debe preferir ésta a la penal, por ser menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o menos peligrosas.

Ello permite señalar el carácter subsidiario del derecho penal frente a los demás instrumentos del ordenamiento jurídico y, así mismo, su carácter fragmentario, en cuanto no tutela todos los ataques a los bienes jurídicos relevantes, sino únicamente los más graves o más peligrosos”⁷.-Resaltado no literal.-

(...)

3.2. En este orden de ideas y como se dijo antes, suponiendo en el *sub lite* la existencia de un titular de los derechos de autor respecto de los videocasetes plagiados, no se percibe que los mismos atentaran seriamente contra ese bien jurídico, por lo menos para la época en que se produjo su incautación en la que se dice estaban destinados a su alquiler. Así se infiere del mismo dictamen pericial recaudado en la investigación que sobre la estructura física y funcionamiento de los casetes anota:

“[...A simple vista, se denota una presentación burda en cada una de las cintas de video y se detectan notables diferencias entre formatos piratas y originales. Por lo general estas películas no traen cabezote correspondiente a la apertura o inicio de la filmación y presentan interferencias en la imagen, por ser éstas defectuosas, además de no tener nitidez, color y sonidos adecuados de una cinta original, se presenta además un aumento y disminución de volumen en toda la video cinta al ser vista en el equipo para VHS....]” -Resaltado de la Sala-⁸

De este concepto se desprende al menos que las videocintas acusaban defectos esenciales en sus aspectos de nitidez, color y sonido, permitiendo colegir que su comercialización o explotación económica tenía que ser restringida y consecuentemente la capacidad de riesgo y su virtualidad de daño al bien jurídico tutelado era mínimo por no decir inocuo en su modalidad de alquiler a la que el procesado en su indagatoria dijo estaban destinados.

4º. **Resumiendo.** De la limitada investigación no se acredita qué persona natural o jurídica era la titular de los derechos de autor que se plantean vulnerados, cuáles eran éstos y en qué grado o medida se vieron menoscabados o puestos en peligro.

De otra parte, la incautación de los casetes al acusado Oscar Eduardo Baquero, acorde con las directrices jurisprudenciales atrás reseñadas, no se produjo en una actividad que racional y jurídicamente amerite una sanción penal, sobre todo que al rigor del artículo 11 de la codificación penal la conducta que se le reprocha carezca de desvalor jurídico de resultado, considerada además la precaria idoneidad del elemento material incautado.

En conclusión, sin antijuridicidad decae la concepción del delito (*nullum crimen, nulla poena, sine injuria*) y es el propio fallo impugnado el que en este aspecto tácita y contradictoriamente admite la intrascendencia jurídica de la conducta al no encontrar en el proceso la causación de perjuicio alguno base de indemnización “...no demostrándose la causación de perjuicio alguno a ningún particular, en consecuencia el Despacho no condenará en este sentido”, y el Tribunal no puede auspiciar una sentencia de condena edificada en tamaña falencia que desconoce el contenido de orden económico que subyace en la defraudación de los derechos patrimoniales de autor.”

Relatoría/consulta/2011/Ley 600/Sentencias

JORGE DEL CARMEN RODRÍGUEZ CÁRDENAS
LINDA ANGULO GARCÍA

Presidente

Relatora

ALBERTO POVEDA PERDOMO

NOHORA

Vicepresidente

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
USCÁTEGUI LARA

Presidente

DORA ELSA

Relatora

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-356 de 2003.

⁸ Fl. 51 Cd. 1