



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 04 DE 18 DE MARZO DE 2011**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1 Sala Civil

1.1.1

RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA. CARACTER CONTRACTUAL O EXTRA CONTRACTUAL.

«2.1. Tipificación de la responsabilidad pretendida.

Para la Sala es claro que las pretensiones no podían salir adelante en el presente caso, ya en la óptica de la responsabilidad contractual ora en la hipótesis extracontractual, por las razones que se explicitarán al hacer referencia al consentimiento informado (infra, § 2.2).

2.1.1. *En cuanto a la responsabilidad civil médica se ha planteado que puede ser contractual o extracontractual.*

2.1.1.1. *De manera que, quien suplique la declaratoria de responsabilidad contractual debe acreditar como presupuestos: (a) la existencia de un contrato, “... o de una obligación negocial surgida entre las partes”¹, (b) que el demandante haya cumplido, o cuando menos, haya estado dispuesto a hacerlo, y (c) que el demandado haya incumplido, total o parcialmente, lo que se infiere de una interpretación armónica de las normas contenidas en los artículos 1496, 1546, 1602, 1603, 1604 y 1609 del Código Civil.*

Entonces, la responsabilidad civil médica será contractual toda vez que la relación surja de un acuerdo de voluntades, mediante el cual se cree un negocio jurídico que bien puede tomar la forma de un mandato, arrendamiento de servicios, contrato de obra, contrato de trabajo, o un contrato de prestación de servicios, entre otros².

2.1.1.2. *Por otro lado, son elementos que estructuran la responsabilidad extracontractual, entendiendo por tal la que no se origina en un contrato “o de una obligación negocial surgida entre las partes”: (a) un hecho atribuible a una persona, (b) un factor de imputación, que puede ser subjetivo u objetivo, según el caso, (c) el daño y (d) la relación de causalidad, igualmente objetiva.*

2.1.1.3. *La jurisprudencia civil ha considerado que, al margen de la causa contractual o extracontractual de la pretensión indemnizatoria, es preciso demostrar la culpa del médico en la prestación de su servicio profesional³, pues “ciertamente, el acto médico y quirúrgico muchas veces comporta un riesgo, pero éste, al contrario de lo que sucede con la mayoría de las conductas que la jurisprudencia ha signado como actividades peligrosas en consideración al potencial riesgo que generan y al estado de indefensión en que se colocan los asociados, tiene fundamentos éticos, científicos y de solidaridad que lo justifican y lo proponen ontológica y razonablemente necesario para el bienestar del paciente, y si se quiere legalmente imperativo para quien ha sido capacitado como profesional de la medicina, no sólo por el principio de solidaridad social que como deber ciudadano impone el artículo 95 de la Constitución, sino particularmente, por las implicaciones humanísticas que le son inherentes”, al ejercicio de la medicina, como*

¹ Cfr., entre otras, C. S. J., Sent. Cas. Civ., 10-12-1999, exp. # 5277, M. P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Igualmente ha puntualizado la Corte que para fijar la relación negocial, si es menester, el Juzgador debe acudir a las reglas de interpretación de los contratos.

² C. S. J., Sent. Cas. Civ., 26-11-1986, M. P.: Dr. Héctor Gómez Uribe, oportunidad en que la Corte sostuvo que “es verdad incuestionable que la responsabilidad de los médicos es contractual, cuando las obligaciones que ellos asumen frente a sus pacientes se originan en el contrato de servicios profesionales, siendo aplicables, por tanto, las normas del título XII del libro 4º del CC, sobre efectos de las obligaciones y no las relativas a la responsabilidad extracontractual por el delito o la culpa de quien causa daño a otro”. Cfr., C. S. J., Sent. Cas. Civ., 19-12-2005, exp. # 05001-31-03-000-1996-05497-01, M. P.: Dr. Pedro Octavio Munar Cadena.

³ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 30-01-2001, exp. # 5507, M. P.: Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

especialmente lo consagra el artículo 1º párrafo 1º de la Ley 23 de 1981” (énfasis con sublínea fuera del texto).

2.1.1.4. En reciente oportunidad, avanzando en el criterio, el precedente civil aclaró que el principio de relatividad negocial, según el cual el negocio jurídico sólo vincula a quienes son parte de él (C. C., artículos 1494, 1495, 1502, 1506, 1507 y 1602⁴), no puede llegar al punto de impedir la reparación del daño inmotivado. Efectivamente, precisó esto la Corte en los siguientes términos:

“No obstante, es pertinente memorar que la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss.; cas. civ. 31 mayo 1938, XLVI, p. 572 ss.; 25 de noviembre de 1938, XLVII, 411; 5 de marzo de 1940, un. 1953, p. 118; 2 de septiembre de 1941, LII, 33; 25 de febrero de 1942, LIII; SNG, 14 de marzo de 1942, XII, 937; 21 de septiembre de 1944, LVII, 598; 31 de julio de 1949, XLIX, 625; 4 de agosto de 1950, LXVII, 764; 20 de abril de 1954, LXXVII, 375; 2 de mayo de 1970, CXXXIV, 124; cas. civ. 11 de mayo de 1970, nums. 2326 a 2328, pp. 123 ss.; cas. civ. sentencia del 1º de octubre de 1987, CLXXXVIII, pp. 243 ss.; cas. civ. de 28 de junio de 1989 – reiterada en cas. civ. de 27 de junio de 1990; 15 de abril de 1997, exp. 4422; cas. civ. 31 de julio de 2000 [SC-118-2000], exp. 5774; 30 de enero de 2001, exp. 5507; cas. civ. 4 de abril de 2001, [SC-065-2001], exp. 6436; cas. civ. de 12 de agosto de 2002; 31 de marzo de 2003. Exp. 7142; 15 de octubre de 2004, exp. 6199; sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 1998-00650-01; 18 de octubre de 2005, exp. 14491; 19 de diciembre de 2005, exp. 1996-5497-01; 22 de marzo de 2007, exp. 05001-3103-000-1997-5125-01), ni las críticas (C. CASTRONOVO, *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*, in *Europa e dir. privato*, 2004, 69; Id., *La nuova responsabilità civile*³, Milano, 2006, 555; P.G. MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, Padova, 1989, 19 ss.; G. VISINTINI, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, voce dell’Enc. giur. Treccani, Roma, 1991, § 1; ID., *Trattato breve della responsabilità civile*, 2ª ed., Cedam, Padua, 1999, pp. 197 ss.; id. *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, 158; R. SACCO, *Concorso delle azioni contrattuale ed extracontrattuale*, in G. Visintini (a cura di) *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984, p. 158) y futuro de la distinción (GIARDINA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, in *Riv. critica dir. privato*, 1987, 79 y ss.; Geneviève VINEY, *Tratado de derecho civil, Introducción a la responsabilidad*, trad. es. F. Montoya M., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2007, no. 245, pp. 524 ss.: “(...) nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil”), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección “no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante” (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones de conformidad jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405). (énfasis con sublínea, el resto de la cita del original)”⁶.

En conclusión, el título de imputación es asunto teórico que en nada incide si, en el caso concreto, el daño es imputable al médico; y es precisamente lo que no sucede en el asunto sub lite, porque si bien la parte recurrente censura a la Jueza a quo por haber analizado las súplicas en la óptica de la responsabilidad negocial, lo cierto es que no existe nexos causal entre la conducta de

⁴ Cfr., entre otros, ESCOBAR Sanín, Gabriel, “Negocios Civiles y Comerciales”, tomo II, *Teoría General de los Contratos*, s. I., Díké, 1ª ed., 1994, pp. 253 y 254, § 534. TAMAYO Lombana, Alberto, “Manual de obligaciones”, Bogotá, Temis, 5ª ed., 1997, pp. 259 a 266.

Cfr., entre otras, C. S. J., Sent. Cas. Civ., 15-12-2005, exp. # 2000-00050-01, M. P.: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar, Sent. Cas. Civ., 20-10-2005, exp. # 1996-01289-03, M. P.: Dr. César Julio Valencia Copete; acerca de la excepción al mismo en cuanto al seguro de responsabilidad civil, Cfr., Sent. Cas. Civ., 10-02-2005, exp. # 7614, M. P.: Dr. Jaime Alberto Arrubla Paucar; de 10-12-1999, exp. # 5277, M. P.: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, acerca de la extensión de los efectos de las cláusulas previstas en un contrato a otro; de 26-04-1995, exp. # 4193, M. P.: Dr. Héctor Marín Naranjo, sobre la relatividad negocial y subsecuente inoponibilidad cuando el mandatario celebra negocios sin poder para ello; y de 10-03-1995, exp. # 4478, M. P.: Dr. Pedro Lafont Pianetta, a propósito de la relación de este principio con las figuras de “representación”, “mandato” y “simulación”.

⁵ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 4-05-2009, exp. # 05001-3103-002-2002-00099-01, citada.

los demandados, considerada contractual o extracontractualmente, y dentro de ésta última, subjetiva u objetivamente, como se verá más adelante.»

CONSENTIMIENTO INFORMADO. No está sometido a solemnidad alguna en el ámbito probatorio aunque legalmente requiere esencialmente ser garantía de la autodeterminación del paciente en el sentido de ser personal, consciente, ilustrado y completo, con las advertencias que le permitan resolver dentro de sus conocimientos la ecuación riesgo-beneficio.

«2.2. El consentimiento informado.

2.2.1. Sobre este punto, se precisa que en la demanda el apoderado de los demandantes alegó que las autorizaciones para intervención quirúrgica y procedimientos anestésicos que aportó al libelo genitor (fls. 28 y 29, C. 1) son falsas porque la señora Gloria Herrera, madre de la paciente, no estuvo presente en ese momento ni las suscribió; tímidamente adujo que el consentimiento debió ser **cualificado**⁶, y al sustentar la alzada sólo enfatizó en este último aspecto, pero no tiene razón ni en lo uno ni en lo otro, por lo siguiente:

2.2.2. De acuerdo con el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, “el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados. Pedirá su consentimiento para aplicar los tratamientos médicos, y quirúrgicos que considere indispensables y que puedan afectarlo física o síquicamente, salvo en los casos en que ello no fuere posible, y le explicará al paciente o a sus responsables de tales consecuencias anticipadamente” (se enfatiza con sublínea).

El consentimiento se define como la declaración de voluntad sobre un objeto (C. C., artículo 1517), como modo de querer de los seres racionales que, cuando desean un determinado fin, desean también los medios oportunos, para alcanzarlo, aun contando con la debilidad en la praxis.

Este consentimiento, en el campo médico es uno de los principales elementos del contrato de prestación de servicios médicos, dicha anuencia debe darse a través de un acto de declaración de voluntad; por tanto, debe cumplir ciertas características, además de las genéricas relativas a la **capacidad, ausencia de vicios, objeto y causa lícitos** (artículo 1502 ejúsdem), otras específicas, que se concretan en que sea **personal; consciente, informado o ilustrado**, que debe reflejar el deseo del paciente “... y no simplemente una adhesión a la decisión médica ya tomada; la información debe ser dada en términos de fácil comprensión, teniendo en cuenta el nivel cultural del paciente y su efectiva capacidad de discernir entre los beneficios y los riesgos de aquello que se le describe y propone”⁷; **actual; manifiesto**, en tanto que “exige una coincidencia con la forma oral o escrita en que puede ser otorgado”⁸; **libre; completo; gratuito; receptivo y solicitado**.

La Corte Suprema de Justicia puntualizó que la carga de acreditar que el consentimiento otorgado por el paciente fue informado o ilustrado no se agota en la etapa anterior a la intervención quirúrgica sino que puede extenderse al período posterior, es decir, durante la ejecución del negocio, requisito trascendental al acto médico; con ocasión de un caso donde la censorsa era una paciente que se quejaba de cicatrices posteriores a un procedimiento estético y diferencia en el tamaño de las mamas. Apuntó especialmente la Sala de Casación Civil sobre el consentimiento informado:

“No se trata, ni de lejos, de un mero formalismo, como quiera que los negocios jurídicos de esta especie -y así el acto médico obrase exclusivamente en cumplimiento de un deber legal-, recae nada más ni nada menos que sobre la vida, la salud y la integridad corporal de las personas, por manera que el carácter venal que de suyo caracteriza los contratos bilaterales, onerosos y conmutativos de derecho privado, en este escenario se ve, por fortuna, superado por el humanístico que es propio de la actividad médica. Más que un mercado o una clientela que cultivar, los posibles usuarios de los servicios médicos, incluyendo los meramente estéticos o de embellecimiento, son ampliamente acreedores de un trato acorde con la naturaleza humana, de modo que la obtención de su consentimiento para la práctica de un acto médico exige el que, en línea de principio, se le haga cabalmente conocedor de todas las circunstancias relevantes que puedan rodear la actuación del médico, obviamente en la medida en que este las conozca o deba conocerlas.

Trasladado al caso concreto lo recién consignado, es de suponer que la aquiescencia de la paciente a que fuera intervenida por el demandado, como a la postre aconteció, hacía indispensable que este último la hubiera ilustrado, en detalle, acerca de la forma como serían acometidas las cirugías, los cortes o incisiones que ellas imponían, la notoriedad de las huellas

⁶ Fundamento fáctico décimo cuarto (fl. 45, C. 1).

⁷ FERNÁNDEZ M., Mónica Lucía, “La responsabilidad médica. Problemas actuales”, Bogotá, D.C., Grupo Editorial Ibañez, Biblioteca de Tesis Doctorales # 4, 2008, pág. 185.

⁸ *Ibidem*.

o cicatrices que dejarían las mismas, la imposibilidad de evitarlas, la afectación que ello hubiera podido generar, externamente en su cuerpo, lo atinente al proceso de recuperación y sus posibles complicaciones, etc., confrontándolo con otras alternativas que la ciencia médica pudiera ofrecer para ese entonces. No podría accederse, entonces, a la voluntad de la paciente, con la escueta promesa de un posible o repentino embellecimiento, no garantizado por lo que en materia de estética corporal humana ofreciera la ciencia médica del momento, pues amén de que con ello se abriría paso a un verdadero tráfico de ilusiones, se desconocería que en principio, dependiendo del contenido del negocio jurídico, es de resultado la obligación del cirujano adquirida en esos términos, a la vez que ello sería privilegiar el ánimo mercantilista en las actividades de este linaje, cohonestando con los insanos propósitos de quienes, asumiendo un rol que luce más cercano al de simples mercaderes de la medicina, que al preclaro ejercicio de su profesión, quisieran aprovecharse de aquellas personas que, por convicción propia o por que [sic] su albedrío ha sido nublado por los mandatos a veces caprichosos de la moda, o porque no, por razón de la publicidad poco fiable, tienen como deseo, ilusión o expectativa convertir o adecuar su silueta a lo que, dentro de un ambiente de marcado consumismo, aquella hace recomendable, con frecuencia a costa, inclusive, de su salud y estabilidad emocional. (énfasis agregado con sublínea)”⁹.

De manera que esta es una regla esencial de la profesión médica que el precedente civil considera aplicable aún cuando el acto médico se produjese en cumplimiento de un deber legal, contrario a la doctrina que lo considera inaplicable en casos de tratamientos obligatorios y atención de urgencia¹⁰, y su ausencia compromete la responsabilidad del profesional aun “... independientemente de la correcta ejecución técnica de la intervención”¹¹.

Este tipo de aquiescencia es consensual, pues se perfecciona con el acuerdo de voluntades del médico y paciente, sin que la Ley exija solemnidad alguna para su existencia, validez o prueba. En este sentido, cualquier tipo de documento que se suscriba tiene carácter “ad probationem”, empero en intervenciones o tratamientos médicos en que corra riesgo la vida del paciente se hace inminente que el consentimiento sea expreso y sea consignado por escrito, amén de que la práctica médica ha optado por esto, dada la eventualidad de verse involucrado el galeno en reclamaciones judiciales de reparación, en lo que algunos llaman “medicina defensiva”¹².

Finalmente, es claro que la presencia o no del consentimiento suficientemente informado debe ser evaluada de acuerdo con las particularidades del caso concreto, como lo resalta un autorizado tratadista nacional, la eficacia del consentimiento debe evaluarse “atendiendo las circunstancias propias del evento y las particularidades del paciente, en cuando [sic] a su nivel de formación, edad, etc.”¹³.»

FUENTE NORMATIVA : CONSTITUCIÓN PÓLITICA, ARTÍCULO 95	
	: LEY 23 DE 1981, ARTÍCULO 15
	: LEY 23 DE 1981, ARTÍCULO 81
	: ARTÍCULO 1494 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1495 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1502 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1506 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1507 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1517 DEL C.C.
	: ARTÍCULO 1602 DEL C.C.
FECHA	: 2010-08-30
PROCESO	: ORDINARIO
PONENTE	: Dra. JULIA MARIA BOTERO LARARTE
DEMANDANTE	: ANDRÉS FRANCISCO LA TORRE TAYLOR, en nombre y representación propios, y de JERÓNIMO LA TORRE BALAGUERA.
DEMANDADO	: AMARIS JIMÉNEZ CIRUGÍA Y ESTÉTICA E.U. (ahora CIRUQUÁLITAS S.A.S.), HUGO YESID BALAGUERA HERRERA y FREDY ALBERTO PINTO BORDA.
RADICACIÓN	: 11001310302020060062501

Examinar el documento 

⁹ C. S. J., Sent. Cas. Civ., 19-12-2005, exp. # 05001-31-03-000-1996-05497-01, citada.
¹⁰ FERNÁNDEZ M., Mónica Lucía, Op. Cit., pág. 185.
¹¹ *Ibidem*, pág. 188.
¹² *Ibidem*, pág. 186.
¹³ ARRUBLA Paucar, Jaime Alberto, “Contratos mercantiles. Contratos contemporáneos”, tomo IV, Medellín, Diké, 2009, 2ª ed., pág. 50 (El contrato de servicios médicos).

1.2. Sala de Familia

1.2.1

PORCIÓN CONYUGAL. EN TRATÁNDOSE DE SUCESIÓN DONDE EXISTAN DESCENDIENTES SU MONTO CORRESPONDE A LA LEGÍTIMA RIGUROSA QUE PERTENECE A UN HIJO.

«Sobre la naturaleza jurídica de la porción conyugal, dijo la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de octubre de 1954:

“La porción conyugal es una prestación sui generis de carácter alimentario o indemnizatorio, establecido por la ley en favor del viudo o viuda que carece de lo necesario para atender a su congrua subsistencia y que grava la sucesión del cónyuge premuerto”

El artículo 1236 del Código Civil, consagra que el monto de la porción conyugal es “... la cuarta parte de los bienes de la persona difunta, en todos los órdenes de sucesión, menos en el de los descendientes.

“Habiendo tales descendientes, el viudo o viuda será contado entre los hijos, y recibirá como porción conyugal la legítima rigurosa de un hijo”. (Subrayado fuera de texto).

Igualmente, frente al tema ha dicho la doctrina que: “EL CONYUGE SOBREVIVIENTE EN EL PRIMER ORDEN.- Esta persona puede tener bienes propios, derecho de gananciales y de alimentos, los cuales son perfectamente compatibles y acumulables, ya que lo uno no tiene nada que ver con lo otro ni con su cuantía. También puede tener un cuarto derecho, llamado de porción conyugal que equivale a la legítima rigurosa de un hijo (la parte correspondiente de la mitad legítima), para lo cual basta computarlo en la mitad legítima como un hijo más (no participa ni de la cuarta de mejoras, ni de la de libre disposición). (Anteriormente legislación precedente), la porción conyugal del primer orden no era la legítima rigurosa de cualquier hijo, sino la correspondiente a la de un hijo legítimo.” (Derecho de sucesiones, Tomo III, Teórico y práctico, Ediciones Librería del Profesional, pág. 82, doctor Pedro Lafont Pianetta)

Aplicando los anteriores conceptos al caso concreto, la Sala llega a la conclusión que la providencia apelada, debe ser confirmada, por cuanto se observa que la partidora liquidó en debida forma a la cónyuge CARMEN YOLANDA RAMÍREZ MONTES, su porción conyugal, que en su caso, equivale sólo a una legítima rigurosa de un hijo, por cuanto la herencia del causante JOSÉ TIBERIO RIAÑO RICA URTE, corresponde repartirse entre sus descendientes.

El artículo 1242 del Código Civil, consagra: “Cuarta de libre disposición y mejoras. La mitad de los bienes, previas las deducciones de que habla el artículo 1016 y las agregaciones indicadas en los artículos 1243 a 1245, se dividen por cabezas o estipes entre los respectivos legítimos, según el orden y reglas de la sucesión intestada; lo que cupiere a cada uno en esta división es su legítima rigurosa.

“No habiendo descendientes, ni hijos naturales por sí o representados, con derecho a suceder, la mitad restante es la porción de bienes de que el testador ha podido disponer a su arbitrio.

“Habiéndolos, la masa de bienes, previas las referidas deducciones y agregaciones, se divide en cuatro partes: dos de ellas o sea la mitad del acervo, para las legítimas rigurosas; otra cuarta, para las mejoras con que el testador haya querido favorecer a uno o más de sus descendientes legítimos, o hijos naturales, o descendientes legítimos de éstos, sean o no legítimos; y otra cuarta de que ha podido disponer a su arbitrio.” (Subrayado y negrita fuera de texto)

No existe duda que la partidora liquidó en debida forma a la cónyuge, el monto de su porción conyugal, porque tomó como base la mitad del acervo herencial, que es la parte de la herencia que la ley destinó para las legítimas rigurosas -art. 1239 del C.C.- que en este caso, equivale a la suma de \$35.000.000.00 por cuanto el acervo herencial asciende a \$70.000.000.00 –fls. 108 al 111 cdno ppal-, ya que para liquidar la porción conyugal, no se puede tener en cuenta, como lo pretende la recurrente, las otras dos cuotas partes de la herencia, que corresponden a la cuarta de libre disposición y de mejoras.

Es así, como al dividir la mitad del acervo herencial que asciende a \$35.000.000.00, en catorce partes iguales, porque son trece herederos reconocidos y la cónyuge sobreviviente, arroja una suma de \$2.500.000.00, que corresponde al monto que debe cancelarse a cada asignatario por concepto de legítima rigurosa, y el valor a liquidar a la cónyuge por su porción conyugal, tal como lo plasmó el partidador en su trabajo.»

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 1016 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1236 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1239 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1242 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1243 DEL C.C.**

: ARTÍCULO 1245 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1398 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1391 DEL C.C.
: ARTÍCULO 1394 DEL C.C.

FECHA : 2011-02-04
PROCESO : LIQUIDACIÓN DE SUCESIÓN
PONENTE : Dr. IVÁN ALFREDO FAJARDO BERNAL
CAUSANTE : JOSÉ TIBERIO RIAÑO RICAURTE
RADICACIÓN : 11001311002020040072202

Examinar el documento 

1.3. Sala Laboral

1.3.1

CAPACIDAD PARA SER PARTE.

PODER GENERAL OTORGADO POR ESCRITURA PÚBLICA E INSCRITA ANTE LA CÁMARA DE COMERCIO, EN EL FOLIO DE MATRÍCULA MERCANTIL DE LA REPRESENTADA, MANTIENE SU VIGENCIA HASTA TANTO NO SE VERIFIQUE LA INSCRIPCIÓN DE LA REVOCATORIA.

«Revisadas las documentales obrantes en el expediente remitido a esta Corporación para desatar la alzada, evidencia la Sala que, contrario a lo afirmado por el recurrente, el doctor Julio Cesar Quintero Latorre si tiene facultad para actuar en representación de la empresa demandante.

*En efecto, obra a folio 13 a 15 del plenario, Escritura Pública N° 933 otorgada ante la Notaría Sesenta y Tres (63) del Círculo de Bogotá el día 15 de diciembre de 1998, mediante la cual el doctor FERNANDO CARRIZOSA RASCH – ISLA, **actuando como representante legal de la EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A.** confiere poder general, amplio y suficiente al doctor JULIO CESAR QUINTERO LATORRE, para que en su nombre y representación ejecute algunos actos y contratos atinentes a los bienes, obligaciones y derechos de la mencionada empresa, entre otros: a) la representación de la entidad ante cualquier Corporación, entidad, funcionario o empleado de la Rama Ejecutiva, judicial y legislativa, en cualquier actuación, petición, diligencia o proceso; y g) otorgar poderes especiales a otros abogados para que lo representen ante cualquier Corporación, entidad, funcionario o empleado de la rama ejecutiva, judicial y legislativa en cualquier actuación, diligencia o proceso sea como demandante, demandado o como coadyuvante de cualquiera de las partes, para iniciar o seguir hasta su terminación los procesos, actos, diligencias o actuaciones respectivas. (folio 13 anverso y 14).*

Escritura pública que, se evidencia del Certificado de Existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, fue debidamente inscrita y registrada el día 29 de diciembre de 1998 bajo el N° 5589 del Libro V, ante dicha entidad (folio 2 a 12), sin que se haya inscrito en dicho certificado una posterior revocatoria del poder general otorgado mediante la Escritura Pública referida.

Recuérdese que las funciones del registro mercantil que compete a las Cámaras de Comercio son de publicidad, saneatorias, autenticadoras, de veracidad y constitutivas; y en virtud de ésta última, solo se es representante legal, revisor fiscal o administrador de la sociedad cuando el acto de nombramiento se registra, y se actúa como tal, mientras se mantenga dicha inscripción. Por ende, si en el Certificado de existencia y representación legal o inscripción de documentos emitido por dicha entidad, aún se encuentra inscrita la Escritura Pública N° 933 de 1998 por medio de la cual se otorga poder general al doctor JULIO CESAR QUINTERO LATORRE para actuar en representación de la demandante, sin que se hubiese registrado e inscrito la revocatoria de dicho mandato, es evidente que el doctor Quintero Latorre aún continúa actuando como representante legal de la Empresa de Energía de Bogotá en virtud, precisamente de dicho poder.

Debe recordarse que de conformidad con la legislación comercial, la existencia y representación de las sociedades se acredita con certificación de la cámara de comercio, como lo prevé el artículo 117 del Código de Comercio:

“Artículo 117: La existencia de la sociedad y las cláusulas del contrato se probarán con certificación de la cámara de comercio del domicilio principal, en la que constará el número, fecha y notaría de la escritura de constitución y de las reformas del contrato, si las hubiere; el certificado expresará, además, la fecha y el número

de la providencia por la cual se le concedió permiso de funcionamiento, y en todo caso la constancia de que la sociedad no se halla disuelta.

Para probar la representación de una sociedad bastará la certificación de la cámara respectiva, con indicación del nombre de los representantes, de las facultades conferidas a cada uno de ellos en el contrato y de las limitaciones acordadas a dichas facultades, en su caso.”

Y agrega el artículo 30 del Código de Comercio que: “Toda inscripción se probará con certificado expedido por la respectiva cámara de comercio o mediante inspección judicial practicada en el registro mercantil.”

Por tanto, para establecer quien ostenta la representación legal de una sociedad, basta con acudir al certificado que al respecto expida la cámara de comercio, en el que se registran tanto las designaciones, nombramientos y mandatos otorgados así como la revocatoria de los mismos; y en consecuencia, si en el presente caso, el certificado de cámara de comercio aportado en original a folios 2 a 12 da cuenta que en el registro mercantil fue inscrito el poder general otorgado al doctor JULIO CESAR QUINTERO LATORRE mediante Escritura Pública, para actuar en representación judicial de la Empresa de Energía de Bogotá, y en dicho certificado no obra registro alguno de revocatoria de dicho mandato, es claro que el doctor Quintero Latorre mantiene la representación de la empresa referida en los términos en que fue conferido.

Adviértase que quienes fungen como representantes de una sociedad, conservan dicha calidad mientras no se inscriba en el registro mercantil su revocatoria. El artículo 164 del Código de Comercio, lo explica:

“Artículo 164 Código de Comercio: Las personas inscritas en la cámara de comercio del domicilio social como representantes de una sociedad, así como sus revisores fiscales, conservarán tal carácter para todos los efectos legales, mientras no se cancele dicha inscripción mediante el registro de un nuevo nombramiento o elección. La simple confirmación o reelección de las personas ya inscritas no requerirá nueva inscripción.”

En consecuencia, siendo que al doctor JULIO CESAR QUINTERO LATORRE le fue conferido poder general para actuar en representación judicial de la Empresa de Energía de Bogotá, que dicho mandato fue inscrito en el registro mercantil de la Cámara de Comercio sin que se evidencie del certificado de existencia y representación legal expedido por ésta entidad, la posterior cancelación de esta inscripción, es evidente que el doctor Quintero Latorre tiene facultades de representación de la empresa demandante en los términos del poder conferido, entre las cuales se encuentra, como ya se indicó, la de otorgar poderes especiales a otros abogados para que lo representen judicialmente como demandante, que fue precisamente el mandato que ejerció al otorgar poder al abogado SANTIAGO ARBOLEDA PERDOMO para que inicie y lleve hasta su terminación proceso ordinario laboral contra el ISS y contra el señor GUSTAVO CARDENAS GONZÁLEZ (folio 1) y posteriormente ampliar o adicionar dicho poder confiriendo facultades para incoar nuevas pretensiones en contra de estas dos personas (folio 60), por lo que ningún reparo ofrece a esta Sala el proceder del doctor JULIO CESAR QUINTERO LATORRE y del A quo, evidenciado en autos.

No sobra advertir que respecto de los documentos que sustentan las facultades de representación otorgadas al doctor Quintero Latorre, recae una presunción de autenticidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 252 CPC, pues el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio es un documento publico que por tanto, se presume auténtico mientras no se compruebe lo contrario mediante tacha de falsedad, y la Escritura Pública N° 933 otorgada el 15 de diciembre de 1998es un documento privado que se considera auténtico por haber sido inscrito en un registro público como lo es el registro mercantil. (artículo 252 CPC).

Así entonces, demostradas las calidades de representante de la empresa demandada, a través de la Escritura Pública mediante la cual se otorgaron las mismas al doctor Julio Cesar Quintero Latorre y del certificado de existencia y representación legal expedido por la cámara de comercio, documento auténtico que de conformidad con las disposiciones legales antes citadas, constituye la prueba de dicha representación, la Sala encuentra ajustadas a derechos las actuaciones adelantadas por este mandatario, así como las decisiones que al respecto adoptó el Aquo y que ahora son objeto de reproche por parte del accionado Gustavo González, por lo que no queda más a la Sala que confirmar la decisión impugnada.»

**FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 30 DEL C.CO.
: ARTÍCULO 117 DEL C.CO.
: ARTÍCULO 164 DEL C.CO.
: ARTÍCULO 252 DEL C.P.C.**

**FECHA : 2011-01-28
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dr. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS**

DEMANDANTE : EMPRESA DE ENERGÍA DE BOGOTÁ S.A. ESP
DEMANDANTE : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Y
GUSTAVO CARDENAS GONZÁLEZ
RADICACIÓN : 110010500920100046501

Examinar el documento 

1.3.2

RÉGIMEN DE TRANSICIÓN.

PENSIÓN DE JUBILACIÓN PREVISTA EN LEY 71 DE 1988 EXIGE NO SOLO LA EDAD Y LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO SINO LA COTIZACIÓN EFECTIVA, AÚN DISCONTINUA Y ACUMULADA, CORRESPONDIENTE A VEINTE AÑOS.

«...como quiera que en la alzada el actor deprecia la aplicación del régimen pensional contemplado en la ley 71 de 1988 y en virtud de ser beneficiario del régimen de transición contemplado en la ley 100 de 1993, pasa la Sala a estudiar los presupuestos previstos en tal disposición.

El artículo 7° de la ley 71 de 1988, establece:

“artículo 7.- . A partir de la vigencia de la presente ley, los empleados oficiales y trabajadores que acrediten veinte (20) años de aportes sufragados en cualquier tiempo y acumulados en una o varias de las entidades de previsión social que hagan sus veces, del orden nacional, departamental, municipal, intendencial, comisarial o distrital y en el Instituto de los Seguros Sociales, tendrán derecho a una pensión de jubilación siempre que cumplan sesenta (60) años de edad o más si es varón y cincuenta y cinco (55) años o más si es mujer.

El Gobierno Nacional reglamentará los términos y condiciones para el reconocimiento y pago de esta prestación y determinará las cuotas partes que correspondan a las entidades involucradas.”

Por tanto, y pese a que del documento de identidad del demandante se colige que el señor EUGENIO DIAZ CAICEDO cumplió la edad exigida en la norma transcrita el 6 de mayo de 2008, no puede ordenarse el reconocimiento pensional con fundamento en dicho régimen, habida cuenta que no acredita el otro requisito establecido por dicha disposición, esto es, un total de 20 años de aportes, que bien podían ser efectuados, como lo señala la norma tanto en el sector oficial a través de las cajas de previsión social o en el ISS.

Conforme se desprende de las pruebas documentales aportadas y en especial de lo informado en el reporte de semanas de cotización, y las Resoluciones N° 037295 del 27 de agosto de 2008 y N° 011046 del 27 de abril de 2010 (folio 4 a 12 y 26 - 27), evidencia la Sala que el demandante demostró un tiempo de servicios en sector público no cotizado al ISS (Ministerio de Defensa Nacional), equivalente a 1088 días, esto es 3 años 8 días (156 semanas); y 5946 días cotizados al ISS, esto es, 16 años, 6 meses y 6 días (850 semanas), tiempos que sumados no permiten acreditar los 20 años de aportes requeridos, pues como la misma norma transcrita lo contempla, se requieren 20 años de aportes no de tiempo de servicios no cotizados, por lo que solamente podría tenerse en cuenta el tiempo cotizado al ISS, por cuanto el tiempo servido al Ministerio de Defensa Nacional no fue cotizado, como esa misma entidad lo certifica a folio 25; y así, el tiempo cotizado al ISS resulta insuficiente para acceder a la pensión reglada por la ley 71 de 1988.»

PENSIÓN DE VEJEZ.

AUMENTO GRADUAL DEL NÚMERO MÍNIMO DE SEMANAS DE COTIZACIÓN IMPIDE QUE UNA PERSONA QUE EN UN MOMENTO CUMPLE EL NÚMERO DE SEMANAS PERO NO LA EDAD, CON ESE MISMO NÚMERO DE SEMANAS ADQUIERA ESTATUS PENSIONAL CUANDO CUMPLA EL REQUISITO DE EDAD.

“Aunque la Sala comparte las apreciaciones del recurrente en cuanto a que la seguridad social es un derecho fundamental que se eleva a rango constitucional en la Constitución de 1991 y que el Estado debe garantizar; ello no impide que el legislador establezca ciertos requisitos para que las personas puedan acceder a derechos prestacionales derivados de la seguridad social, como sería en este evento, el derecho a la pensión de vejez, y que solamente proceda el reconocimiento de tal pensión, con el lleno de la totalidad de requisitos, en este caso, edad y tiempo de servicios o semanas de cotización, requisitos legales que no puede desconocer el operador judicial.

Por ende, teniendo en cuenta que el demandante no acredita el cumplimiento de los requisitos para pensión de vejez previstos en el artículo 33 de la ley 100 de 1993 invocado como fundamento de la demanda, como quiera que en razón a la edad del actor, debe aplicarse la modificación introducida por el artículo 9 de la ley 797 de 2003 en cuanto al aumento gradual en el número mínimo de semanas de cotización, y que no puede predicarse un derecho adquirido a la pensión de vejez con antelación al 1 de enero de 2005 para evitar así la aplicación de la reforma prevista por el artículo 9 de la ley 797 de 2003, por no contar con los requisitos de tiempo y edad antes de dicha fecha (enero 1 de 2005); y que además, siendo beneficiaria de la transición prevista en el artículo 36 de la ley 100 de 1993, el señor Eugenio Díaz Caicedo no cumple los requisitos de pensión de vejez establecidos en los diferentes regímenes pensionales anteriores, no resulta procedente el reconocimiento pensional solicitado.

En consecuencia, no evidenciado el cumplimiento del requisito de semanas de cotización o tiempo de servicios, previsto tanto en los regímenes anteriores de los que sería beneficiaria en virtud del régimen de transición, ni tampoco de las semanas de cotización exigidas por la actual norma de seguridad social que regula la pensión de vejez (artículo 33 ley 100 de 1993 modificado por el artículo 9 de la ley 100 de 1993), debe la Sala confirmar la decisión absolutoria impugnada, pues no existe fundamento fáctico ni jurídico para acceder a la pretensión principal del accionante”.

**FUENTE NORMATIVA : LEY 100 DE 1993, ARTÍCULO 9°
: LEY 712 DE 2001, ARTÍCULO 4°
: LEY 797 DE 2003, ARTÍCULO 33**

**FECHA : 2011-03-11
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : Dr. EDUARDO CARVAJALINO CONTRERAS
DEMANDANTE : EUGENIO DIAZ CAICEDO
DEMANDADO : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES
RADICACIÓN : 11001310501020100071401**

Examinar el documento 

1.4 Sala Penal

Boletín informativo 010 de 18 de marzo de 2011

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RODRÍGUEZ CÁRDENAS JORGE DEL CARMEN – Rad. 110016000027200702774 01 (14-03-11) INASISTENCIA ALIMENTARIA – Aplicabilidad en materia penal de la presunción legal respecto a la capacidad económica del obligado – Carga de la prueba

“Si bien es claro que la carga de la prueba corresponde al Ente Acusador como titular de la acción penal, no lo es menos que, en tratándose de casos específicos como en el delito de INASISTENCIA ALIMENTARIA cometido contra niños, niñas y adolescentes, dicha carga probatoria se invierte en la medida en que procede la presunción legal respecto de la capacidad económica de los obligados a suministrar alimentos a sus descendientes, es decir, que estos, cuando menos, perciben el salario mínimo legal mensual vigente, correspondiendo por tanto a la parte contra la cual se activa el órgano judicial, desvirtuar dicha presunción.

“Sobre este tema ha puntualizado la Corte Constitucional:

‘Por su naturaleza, señala entonces la Corte, las presunciones legales liberan a la parte beneficiada por ellas de la carga de demostrar el hecho que se presume, correspondiendo al afectado por la misma, demostrar la inexistencia o no ocurrencia de los hechos presumidos. Por ello se pregunta si “la distribución de las cargas procesales que se produce en virtud de la existencia de una determinada presunción legal, lesiona los derechos a la igualdad y al debido proceso – en particular el derecho de defensa y la presunción de inocencia – de la parte procesal que resulta finalmente afectada por la presunción”. Sobre este particular el Tribunal observa que “la existencia de las presunciones legales no compromete, en principio, el derecho al debido proceso¹⁴”, al estar justificadas y ser razonables, al construirse con el objeto de proteger bienes jurídicos particularmente importantes y de “promover relaciones procesales más equitativas”. Es decir que, antes que ir en contra de la Constitución, las presunciones legales tienden “a corregir la desigualdad material que existe entre las partes respecto del acceso a la prueba y a proteger la parte que se encuentra en situación de indefensión o de debilidad manifiesta”

¹⁴ Sobre la legitimidad constitucional de las presunciones, señala entre otras, las sentencias C-015/93; C-109/95; C-540/95; C-238/97; C-622/97; C-665/98.

(...)

‘Aplica igualmente el test de proporcionalidad sobre la medida a fin de determinar si la misma no apareja un desequilibrio excesivo entre las partes procesales, con afectación del núcleo esencial de los derechos que componen el debido proceso. A tales efectos, observa que la presunción legal consagrada en la parte final del artículo 155 del Código del Menor, “persigue que la cuota alimentaria se fije, por lo menos, con relación al salario mínimo legal”. Una presunción que protege a la parte más débil de la relación procesal - el menor- “de la carga de demostrar que quien se encuentra legal y constitucionalmente obligado a sostenerlo y educarlo devenga, al menos, el salario mínimo legal”. Con ello se corrige, dijo la Corte, “la desigualdad material entre las partes respecto de la prueba” y, se “evita que un eventual deudor de mala fe, pueda evadir sus más elementales obligaciones ocultando o disminuyendo una parte de su patrimonio”. Además, desde la perspectiva material o sustantiva, “la presunción estudiada se orienta a hacer efectiva la ineludible responsabilidad constitucional que tienen los padres respecto de los hijos, especialmente, en cuanto respecta a la obligación de cuidarlos, sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos¹⁵’

(...)

“Ahora bien, además de lo anterior, es decir, el deber judicial del procesado por alimentos de demostrar la no concurrencia de la presunción legal respecto de la capacidad económica para cumplir con la obligación alimentaria, es claro que también le corresponde acreditar la justa causa como factor determinante de tal sustracción.

“Resulta ilógico, desde el ámbito de protección de los derechos fundamentales, en especial el de la prevalencia de los derechos de los menores, que se imponga a las víctimas en este tipo de delitos la carga de probar que sus progenitores cuentan con la capacidad económica para prodigar el apoyo material que estas necesitan, tal y como erradamente lo argumenta el *a-quo* en este asunto para exonerar de responsabilidad al procesado bajo la premisa de no haberse demostrado por parte de la Fiscalía su capacidad económica.

“Por el contrario, acreditado como se encuentra que el procesado se ha sustraído de la obligación alimentaria, conforme se señaló precedentemente, esto es, con el Registro civil de nacimiento de la menor M. E. D. G. por medio de la cual queda plenamente probado que el procesado GONZALO DUARTE ORTIZ es su padre, los testimonios de DIANA FERNANDA GARNICA SÁNCHEZ madre de la víctima y querellante en este asunto, de ROSALBA RINCÓN CASTILLO amiga de la quejosa desde 20 años atrás, y de LILIA LORENA SARMIENTO SÁNCHEZ tía de la menor afectada, de las cuales, en lo fundamental se evidencia el conocimiento que el procesado tenía del nacimiento de su hija, y se denota la total desatención al que ésta fue sometida por parte de su progenitor, así como de las actas de conciliación de fechas 4 de diciembre de 2006 y 13 de marzo de 2008 por medio de las cuales queda probado no solo el conocimiento que el acusado tenía de un proceso en su contra por INASISTENCIA ALIMENTARIA, sino que además se denota el desinterés por cumplir con sus compromisos alimentarios a pesar de haber sido requerido para ello, y con la declaración de la propia víctima M. E. D. G. en cámara de Gesell, en la que ésta señala que su padre jamás le ha colaborado en su vida para su manutención y cuidado personal y afectivo, correspondía a GONZALO DUARTE ORTIZ el deber de acudir al proceso abierto en su contra y aportar los medios de convicción suficientes para demostrar, no solo la ausencia de capacidad económica, sino también, la justificación de tal hecho. Sin embargo nada de ello se hizo en este caso.

“Resáltese que no se juzga solamente el hecho de no brindar un apoyo económico, sino, además, la total desatención tanto afectiva, como emocional, componentes fundamentales de la obligación alimentaria, y para cuyo cumplimiento no se hace necesario contar con un ingreso económico sino que basta con el hecho de asumir con responsabilidad la obligación surgida con el simple nacimiento de la menor.

(...)

“Asumir una posición jurídica como la plasmada en la sentencia recurrida, sería convertir en una burla la protección especial establecida por el legislador respecto de los menores, en tanto se traduciría casi que en un imposible pretender que en casos en que el padre o madre demandados perciban ingresos, por ejemplo, por actividades económicas informales, el menor tuviera que demostrar tal situación.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

¹⁵ Según el inciso 5º del artículo 42 de la Carta “La pareja tiene derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, y deberá sostenerlos y educarlos mientras sean menores o impedidos”. Así mismo tanto el Código Civil como el Código del Menor, establecen la obligación de los padres de otorgar alimento, vivienda, vestido, educación, salud y recreación a sus hijos menores o incapaces.

1.2. M. P. RODRÍGUEZ CÁRDENAS JORGE DEL CARMEN – Rad. 110016000049201003397 01 (01-02-11) CONCIERTO PARA DELINQUIR – Elementos constitutivos – Diferencias con la coparticipación – Permanencia de la actividad criminal.

“Conforme a lo planteado durante la audiencia de argumentación oral, se extrae que el problema jurídico que ocupará la atención de esta Sala de Decisión, será determinar si, tal y como lo plantea el representante de las víctimas, existe mérito suficiente que justifique la revocatoria de la decisión de primera instancia de decretar la preclusión respecto del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR o si, por el contrario, ésta determinación es ajustada a derecho.

(...)

“El concierto para delinquir exige tres elementos constitutivos esenciales: el primero la existencia de una organización que con carácter permanente tenga como objetivo lesionar intereses o bienes jurídicos indeterminados; el segundo que los miembros de dicha organización lo sean en virtud de un acuerdo de voluntades que los une para alcanzar dicho objetivo; y el tercero que la expectativa de la realización de las actividades que se proponen sus miembros, ponga en peligro o alteren la seguridad pública.¹⁶

“Al respecto ha precisado la Corte Suprema de Justicia:

(...)

‘Condición esencial para la configuración de esta especie delictiva es, por tanto, la creación de una asociación u organización para violar la ley penal, estructura que presupone, a su vez, la confluencia de varios elementos, (i) un número plural de personas, (ii) un acuerdo de voluntades que convoque a los asociados alrededor del mismo (sic) fin, y (iii) la proyección de la organización en el tiempo con carácter de permanencia.’

‘Estas particularidades de la conducta típica han hecho que la doctrina y la jurisprudencia definan el concierto para delinquir como un delito de sujeto activo plural, de carácter autónomo y conducta permanente, en virtud de que, (i) sólo puede ser realizada por un número plural de personas, (ii) se consuma por el sólo hecho de la pertenencia a la organización, con independencia de los delitos cometidos en desarrollo de su objetivo, y (iii) existe mientras perdure el pacto.’¹⁷

(...)

“Es decir, la conducta punible de CONCIERTO PARA DELINQUIR, consiste en la concertación entre varias personas para cometer varios delitos, y se distingue de la coparticipación criminal por cuanto esta supone un delito en concreto, realmente existente (consumado o tentado), mientras que aquel se agota con la simple intención delictiva, lo que conlleva a que los partícipes en el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, sean sancionados por el solo hecho de participar en la asociación criminosa.

“Además, la coautoría o coparticipación es una asociación ocasional para cometer uno o más delitos determinados, en tanto que el concierto para delinquir tiene carácter permanente, tendiente a desplegar una serie indeterminada de delitos.

(...)

“De la descripción fáctica y probatoria mencionada por la Fiscalía Delegada desde las audiencias preliminares, se puede inferir razonablemente que el despliegue delictivo perpetrado por HÉCTOR ENRIQUE PALACIOS PALACIOS y JOSÉ ÉLMER MOSQUERA CÓRDOBA, correspondió en verdad no a un acuerdo ocasional, sino a una concertación criminal previa y permanente, de lo que fácilmente podría desprenderse no una simple COAUTORÍA en los delitos contra el orden económico y social, el patrimonio económico y la fe pública, sino además, la materialidad del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR.

“En efecto, la configuración o no de los elementos normativos que caracterizan el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR, en especial el relativo a la permanencia de la actividad criminal, y que lo diferencian, en esencia, de la simple coparticipación delictiva, conforme los elementos materiales probatorios aportados por la Fiscalía y la descripción fáctica que de la conducta se ha plasmado por el Ente Acusador, permiten inferir razonablemente que el tipo penal contra la seguridad pública sí pudo haber sido vulnerado por parte de los procesados, dado que se trató al parecer de una empresa criminal, perfectamente organizada, con distribución del trabajo delictual,

¹⁶ Sentencia C-241/97 Corte Constitucional

¹⁷ Cfr. C.S. J. Única instancia 17089, 25 de junio de 2002. Casación 19712, septiembre 23 de 2003. Extradición 22626, junio 22 de 2005. Casación 28362, julio 15 de 2008, entre otras.

con vocación de permanencia, independiente de que ésta, por intervención de las autoridades tan solo hubiere funcionado 5 días.

“Recuérdese que para la configuración del delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR no se requiere que el despliegue delictivo perdure en el tiempo, basta con el solo acuerdo previo para la comisión de delitos, aunque los mismos no logren ejecutarse. Por ello, el argumento tomado como base para la decisión de primera instancia, y expuesto por los representantes de la defensa en sus planteamientos como no recurrente es errado, al indicar que no se materializa el delito de CONCIERTO PARA DELINQUIR dado que la empresa criminal solo duró 5 días.

“Tampoco se puede considerar como válido el planteamiento expuesto por el apoderado judicial del procesado JOSÉ ÉLMER MOSQUERA CÓRDOBA al indicar que no se agota la conducta punible antes señalada, debido a que los delitos cometidos lo fueron contra el patrimonio económico, el orden económico y social, la fe pública y no contra la seguridad pública, argumento totalmente equivocado en tanto no se exige tal condición. Lo que se sanciona como punible es precisamente el hecho de atentarse contra la seguridad pública por la simple concertación de organizaciones criminales para afectar ilícitamente a la ciudadanía en general a través de la comisión de delitos de cualquier orden, de forma sistemática y con vocación de permanencia, indistintamente de los bienes jurídicos que finalmente resultaren además vulnerados con el despliegue delictuoso que se materialice por parte de aquellos que se han concertado previamente para tal fin.

“Por todo ello, no puede la Fiscalía, de una manera ligera, y sin ahondar debidamente en los antecedentes que rodearon los hechos por los cuales fueron capturados los procesados, la forma como se desarrolló de manera organizada, con división del trabajo criminal, con una planificación previa, así como de la cantidad de sujetos activos que participaron en la misma, el número elevado de víctimas y la ejecución en diversos momentos de los demás delitos, abandonarse la persecución penal por la vía de la preclusión, bajo argumentos que no se soportan en fundamentos que justifiquen la aplicación de esta forma de terminación del proceso.”

Relatoría/consulta/201/Acusatorio /Sentencias

1.3. M. P. RODRÍGUEZ CÁRDENAS JORGE DEL CARMEN – Rad. 110016000015200803861 01 (16-03-11) ENTREVISTAS JUDICIALES EFECTUADAS DURANTE LA INVESTIGACIÓN – Diferencias con las entrevistas psicológicas con fines periciales – Quien efectúa la entrevista psicológica no tiene obligación alguna de poner de presente al entrevistado las excepciones constitucionales a su deber de declarar.

“Con base en los argumentos planteados por la defensa en su sustentación oral, se tiene que el problema jurídico a resolver será establecer si en el presente asunto se configura alguna causal que amerite la exclusión de la entrevista psicológica practicada al menor J. S. D. A. por ilegalidad en su práctica conforme lo reclama el apelante.

“Debe señalarse entonces, que el representante de la defensa considera la existencia de una ilegalidad en el trámite de la entrevista psicológica en mención, en tanto durante la misma no se le pusieron de presente al declarante las excepciones constitucionales a su deber de declarar, debido a que el procesado es su hermano medio por parte de madre.

“Tales excepciones se encuentra consagradas en el artículo 385 de la ley 906 de 2004,...

(...)
“Bajo la teleología de dicha norma, es evidente que tal excepción se predica de aquellos testimonios practicados ante el juez como única autoridad judicial bajo los lineamientos del sistema penal acusatorio y, por analogía, de aquellas entrevistas judiciales efectuadas durante la fase de investigación por el Ente Acusador y por los servidores de policía judicial en desarrollo del plan metodológico.

“Ahora bien, a efectos de dar respuesta al problema jurídico propuesto por la defensa, es necesario precisar que existen marcadas diferencias entre las entrevistas judiciales y las entrevistas psicológicas, en tratándose específicamente para el presente asunto, de procesos en los cuales son víctimas del delito los niños, niñas y adolescentes.

(...)
“Bajo tal perspectiva, lo que se denota en la pretensión de la defensa es una clara confusión normativa y conceptual acerca de la naturaleza diversa de las entrevistas psicológicas con fines periciales, de las entrevistas judiciales de que trata el artículo 206 de la ley 906 de 2004, revelándose un grado de imprecisión acerca del carácter jurídico, fines de los mismos y la forma en que pueden ser utilizados durante la investigación y el juzgamiento.

“Conforme al tenor de esta norma se tiene que:

‘Cuando la policía judicial, en desarrollo de su actividad, considere fundadamente que una persona fue víctima o testigo presencial de un delito o que tiene alguna información útil para la indagación o investigación que adelanta, realizará entrevista con ella y, si fuere del caso, le dará la protección necesaria.

‘La entrevista se efectuará observando las reglas técnicas pertinentes y se emplearán los medios idóneos para registrar los resultados del acto investigativo.

‘Sin perjuicio de lo anterior, el investigador deberá al menos dejar constancia de sus observaciones en el cuaderno de notas, en relación con el resultado de la entrevista’.

“Así, se tiene entonces que son los servidores con funciones de Policía Judicial quienes se encuentran legalmente facultados y encargados de llevar a cabo estas entrevistas, cuyo fin es recoger *“información útil para la indagación o investigación que adelanta”*. Es decir, se reitera, es la policía judicial la autorizada para practicarlas, siendo excluidos de tal labor los peritos. Además, la materia sobre la que versan las entrevistas judiciales corresponde al conocimiento que tiene el entrevistado sobre los hechos materia de investigación y que son relevantes para la misma, sin que puedan considerarse como exámenes técnicos, científicos, artísticos o especializados de los que pueda emerger posteriormente el concepto de un perito.

“Mientras que las entrevistas psicológicas, practicadas por un profesional de esta área de la ciencia, especializado en el tema forense, tienen como finalidad la interacción con la fuente, en este caso humana, a efectos de realizar un análisis acerca de algunas vivencias, la forma de percibir los hechos, el entorno y las relaciones con otros sujetos, las impresiones que dejó en ella, el manejo de sus facultades superiores y su conducta, todo ello a través de un diálogo especializado, que se desarrolla a manera de entrevista con la utilización de técnicas y protocolos aceptados por la comunidad científica para ese propósito.

“Como se observa, son palmarias las diferencias entre entrevista judicial y entrevista pericial psicológica, tanto desde la perspectiva material, es decir, la forma como se realizan, como de su connotación jurídica, no siendo entonces viable establecer una analogía entre el documento en que la policía judicial recoge las entrevistas efectuadas a víctimas o testigos presenciales de los hechos, al informe base de opinión que elabora el psicólogo exponiendo el objeto del análisis, la técnica y protocolo utilizados, el desarrollo de la entrevista, la discusión sobre el asunto, las respectivas conclusiones y sugerencias, en tanto su naturaleza, objeto y fines son diversos, a más que responden a preceptos diferentes, máxime cuando los exámenes de los expertos también deben someterse a las reglas o metodologías propias de su especialidad y a estándares internacionales o universales de aceptación.

“Se reitera, las entrevistas practicadas por los funcionarios de Policía Judicial tienen como finalidad recabar información que pueda resultar útil a la investigación penal, y pueden ser utilizadas para impugnar la credibilidad de un declarante durante la audiencia de juicio oral, o como prueba de referencia en los casos establecidos en el artículo 438 de la ley 906 de 2004, mientras que las entrevistas psicológicas, tienen como razón de ser el servir de fundamento para el informe base de la opinión pericial con fines probatorios que conduzcan al profesional a la emisión de un concepto desde la óptica de su especialidad, siendo por ello indispensable que quien practica la pericia comparezca al juicio y sustente de forma oral su análisis, técnica utilizada y las conclusiones obtenidas, sometiéndose al respectivo contradictorio de las partes.

“Precisado lo anterior, considera esta Sala de Decisión que la entrevista psicológica realizada por la psicóloga del C. T. I. YANETH TOVAR, practicada al menor J. S. D. A. con el fin de realizar valoración psicológica al mismo, no puede confundirse de ninguna manera con una entrevista llevada a cabo por autoridades con funciones de policía judicial, habida consideración que responde a lo normado en los artículos 405, 406, 413, 414 y 415 del CPP, y no a lo previsto en el artículo 206 de la obra procedimental penal y, por ello, resulta desacertado pretender su exclusión por ilegalidad en su práctica, en tanto las exigencias contenidas en el artículo 150 de la ley 1098 de 2006 – Código de la infancia y de la adolescencia –, lo son exclusivamente para estas últimas, es decir, las entrevistas judiciales a menores de edad ya sea como víctimas del delito o como testigos de los hechos, y para el desarrollo de los interrogatorios y contrainterrogatorios, sin que pueda resultar exigible para los fines de las entrevistas periciales a menores de edad la comparecencia del Defensor de Familia, o la advertencia acerca de las excepciones al deber de declarar consagradas en el artículo 385 de la ley 906 de 2004.

“Deber constitucional y legal que surge solo en la medida en que se trate de la práctica de una prueba testimonial propiamente dicha conforme los lineamientos del sistema penal acusatorio, esto es, la realizada en desarrollo de la audiencia de juicio oral en la que técnicamente sí se producen pruebas, siendo allí el momento en el cual el juez está en la obligación de advertir a quien rinde testimonio judicial de las consecuencias que de ello pueden derivarse, y de la posibilidad de no declarar contra sí mismo o contra sus parientes dentro de los grados de afinidad, consanguinidad o civil establecidos en el artículo 385 del Código de Procedimiento Penal, sin que tal situación sea predicable de los actos propios del desarrollo de las entrevistas psicológicas conforme viene de verse.”

1.4. M. P. RODRÍGUEZ CÁRDENAS JORGE DEL CARMEN – Rad. 110016000714 200903288 02 (21-10-10) CAPTURA EN FLAGRANCIA – No constituye por sí misma una prueba - Cuando se pretende aducir como evidencia demostrativa en el juicio oral, su incorporación debe sujetarse a las previsiones legales.

“De ello, entonces, es preciso señalar que debe existir una relación directa y necesaria entre el sorprendimiento de la persona y su captura, para pregonar la flagrancia que justifique la privación de la libertad sin la exigencia de orden judicial previa, lo que debe ser valorado por el juez con función de control de garantías al efectuar el control posterior de la captura, análisis que se efectúa en ese momento procesal con base en las evidencias físicas y elementos materiales probatorios obtenidos hasta entonces. Sin embargo, como se verá a continuación, para considerar las circunstancias en que se produjo la captura, como una evidencia procesal durante la etapa de juzgamiento, no basta con acudir a la legalización que sobre ella hubiere efectuado el juez de control de garantías.

“El principio de permanencia de la prueba, consagrado en el ordenamiento procedimental regulado en la ley 600 de 2000, permitía la consideración en la etapa de juzgamiento de pruebas incorporadas a la actuación durante la fase de instrucción. Empero, con la entrada en vigencia de la ley 906 de 2004, este principio tuvo que ceder necesariamente ante el de inmediación de la prueba consagrado en el artículo 16 de dicha normal.

(...)

“Por ello, y en punto específico de la declaratoria de flagrancia dada por la Juez de Control de Garantías en la audiencia de legalización de la captura, debe precisarse que tal decisión no ingresa *per se* al juicio oral como prueba, ni se torna en incontrovertible, en tanto que las audiencias preliminares, como se señala en el artículo 153 del Código de Procedimiento Penal de 2004, tienen finalidades específicas, y si bien en ellas se pueden pedir y practicar algunas pruebas (como las anticipadas), éstas no son la prueba misma, ni lo que en ellas se declara ingresa por ese sólo hecho como tal juicio, toda vez que únicamente sirven para adoptar determinaciones propias de la fase de investigación.

“Así, entonces, cuando se pretende aducir la captura en flagrancia como evidencia demostrativa en juicio oral, debe sujetarse la Fiscalía o la Defensa a las disposiciones correspondientes a su incorporación.

(...)

“Queda entonces la pregunta. ¿Es posible, con el acopio probatorio señalar que los menores M.R.G. y E.A.G.C. formaron parte del grupo que perpetró el delito de HURTO investigado, a pesar de que la víctima no compareció a juicio oral? La cadena de indicios en su contra es contundente y permite resolver de forma afirmativa este interrogante.

“Así, se tiene que los menores fueron capturados en flagrancia por la Policía Nacional, a pocos metros del lugar de los hechos, en compañía de otros dos sujetos uno de los cuales aceptó su responsabilidad, en poder de los elementos hurtados y del arma blanca utilizada, lo que sumado al indicio de huida al notar la presencia de los uniformados permiten inferir lógica y razonablemente que son coautores del hecho.

“Pretender señalar que sin el reconocimiento directo de la víctima en audiencia de juicio oral hacia los ejecutores del hecho, cuando se trata de testigo único del mismo impide la demostración de responsabilidad, como lo indica el a-quo, sería el equivalente a pregonar que en los casos de Homicidio consumado, cuando el único testigo del delito es el occiso, no podría demostrarse la responsabilidad de el o los autores.

“En este caso, la deducción que se obtiene luego de analizar la cadena de indicios probados por la Fiscalía a través de la prueba testimonial y documental, es que los acusados, en compañía de dos sujetos más, participaron en la ejecución criminal de desapoderamiento de sus bienes que sufrió la víctima. No de otra manera puede explicarse por qué motivo:

(...)

“Y es que tampoco puede indicarse que por el hecho de que los declarantes hagan alusión en audiencia de juicio oral a lo consignado en los respectivos informes policiales respecto de lo que en su momento les indicó la víctima sobre lo ocurrido, pueda entenderse que se trata de prueba de referencia, en tanto estos se limitan únicamente a exponer los hechos sobre los cuales ellos tuvieron percepción directa, es decir, sobre la forma como la señora D. R. se les acerca pidiendo su ayuda, llorando, compungida y les señala que cuatro personas que se encuentran al otro lado de la vía la acababan de hurtar. Y ello es así, toda vez que en manera alguna los deponentes declararon sobre detalles del hecho mismo, del cual no tuvieron conocimiento directo, dado que cuando llegaron al lugar recién acababa de ocurrir el ilícito. Pero esto no les impide referir las circunstancias temporo-modales de la persecución y captura de los ejecutores del hecho señalados por la víctima, de lo que sí fueron perceptores y actores directos.

(...)

“Valga la pena aclarar, que si bien es cierto como se analizó precedentemente, la captura en flagrancia por sí misma no constituye prueba en el sistema penal acusatorio, cuando se lleva a juicio oral a

quienes participaron en dicho procedimiento a efectos de controvertir sus dichos, así como el contenido de los informes por estos presentados, como ocurrió en el presente asunto, sí se constituye en prueba que deberá ser valorada por el juez del conocimiento conforme las reglas de la sana crítica.”

Relatoría/consulta/2010/Adolescentes /Sentencias

2. CORTE CONSTITUCIONAL – SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD

2.1. SENTENCIA C-185/11 del 16 de marzo de 2011 M.P. Dr. Humberto Antonio Sierra Porto. Norma revisada: numeral 4 del artículo 38A del Código Penal, adicionado por el artículo 50 de la Ley 1142 de 2007.

Se declaró **CONDICIONALMENTE EXEQUIBLE** la norma acusada, en el entendido que en caso de demostrarse ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad la insolvencia actual del condenado, el no pago previo de la multa no impedirá la concesión del subrogado de la vigilancia electrónica.

La Corte concluyó que si un condenado satisface los requerimientos objetivos y subjetivos de la política criminal y penitenciaria, pero su condición económica no le permite acceder a esa prerrogativa al no poder pagar la multa, dicha exigencia carece de justificación constitucional desde el punto de vista del derecho a la igualdad. Por consiguiente, el numeral 4) del artículo 38 A del Código Penal se ajusta a la Constitución, como desarrollo razonable de la potestad del legislador en el diseño de la política criminal, pero no, en el caso del condenado que carece de recursos para pagar la multa. En consecuencia la disposición legal demandada fue declarada exequible de manera condicionada, excluyendo la aplicación de la exigencia prevista en la misma, cuando el condenado demuestre ante el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad su insolvencia económica.

Aclaraciones de voto de los magistrados MARÍA VICTORIA CALLE CORREA y GABRIEL EDUARDO MENDOZA MARTELO

Véase Comunicado de la Corte Constitucional No. 11 del 16 de marzo de 2011.

Preparado por la Relatora de Sala Penal y aprobado por presidente y vicepresidente de la misma Sala.

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Presidente del Tribunal

ALIRIO CORREAL BELTRÁN
Relator del Tribunal