

ÍNDICE ALFABÉTICO DE JURISPRUDENCIA:

ACCESO ILEGAL O PRESTACIÓN ILEGAL DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES -La prestación no autorizada del servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida y de larga distancia no fue despenalizada por las sentencias C-379 de 2000 y 311 de 2002 de la Corte Constitucional. **Página 62.**

ACCESO ILEGAL O PRESTACIÓN ILEGAL DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES – No es posible hablar de error de tipo o de prohibición cuando los acusados tienen la capacidad de comprender la validez del sentido prohibitivo de la norma. **Página 62.**

ACCIÓN DE HABEAS CORPUS – No es procedente cuando la tardanza en el comienzo del juicio oral es consecuencia de las maniobras dilatorias de la defensa. **Página 7.**

ACCIÓN DE HABEAS CORPUS – No reemplaza los recursos ordinarios. **Página 7.**

ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL – El punto de partida del término prescriptivo lo constituye, frente al asegurado, el momento en el cual la víctima formula la petición judicial o extrajudicial. **Página 28.**

ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS – Su vigencia no puede ser superior a cinco años. **Página 58.**

APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Por la semejanza de la figura de la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 con la figura del allanamiento a los cargos de la Ley 906 de 2004. **Página 54.**

AUTO QUE DECIDE NO EXCLUIR UNA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL – Sólo es susceptible del recurso de reposición. **Página 79.**

COMISARÍAS DE FAMILIA – Están legitimadas para promover, por medio de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la violencia intrafamiliar. **Página 14.**

CONTRATO DE TRABAJO – Al trabajador le basta con demostrar la prestación personal del servicio. **Página 38.**

CONTRATO DE TRABAJO – El juez no puede presumir los extremos temporales de la relación laboral apoyándose en una interpretación más favorable al trabajador. **Página 41.**

CONTRATO A TÉRMINO FIJO Y CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO – Requisitos y diferencias. **Página 44.**

CONTRATO DE TRABAJO POR DURACIÓN DE LA OBRA – Es necesario determinar la obra o la naturaleza de la labor contratada. **Página 44.**

CONVENCIÓN COLECTIVA – Quien pretende beneficiarse de ella debe aportar al proceso su texto con la respectiva nota de depósito.

DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN – No es necesario que el daño sea en extremo significativo. **Página 28.**

DESPIDO INJUSTO – La terminación de la obra o labor contratada no está consagrada por la legislación laboral colombiana como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. **Página 44.**

DIVORCIO – El juez, independientemente de la causal alegada, para efectos de los alimentos, debe considerar la culpabilidad del cónyuge en la ruptura de la unidad familiar. **Página 23.**

EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN JUDICIAL DE PERSONA NATURAL COMERCIANTE – Al no aceptar la constancia de las obligaciones fiscales tomada de la página electrónica de la DIAN. [Página 26.](#)

EXCESO RITUAL MANIFIESTO” EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN JUDICIAL DE PERSONA NATURAL COMERCIANTE – La Ley 1116 de 2006 no exige que la cesación de pagos se demuestre con todos los acreedores relacionados por el interesado. [Página 26.](#)

EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN EL RECURSO DE QUEJA – El error del juzgado al omitir la fijación del aviso de expedición de las copias no puede ser atribuido a la parte que actuó de manera diligente. [Página 20.](#)

INASITENCIA ALIMENTARIA – En él se descarta, dada su condición de conducta de ejecución permanente, la aplicación del principio de favorabilidad. [Página 74.](#)

INASISTENCIA ALIMENTARIA – Si la conducta ha sido cometida en varios lugares, la competencia se determina por el lugar donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación. [Página 69.](#)

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO – Es incompatible con la pensión de jubilación. [Página 48.](#)

LEY 54 DE 1990 – Sus efectos retrospectivos benefician también a las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo. [Página 3.](#)

NULIDAD – El juez, al emitir sentencia anticipada, debe pronunciarse frente a todos los cargos que fueron aceptados por los procesados. [Página 54.](#)

NULIDAD EN TUTELA – Por la no vinculación de tercero con interés legítimo. [Página 51.](#)

NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN No es motivo para declararla la omisión del juez en advertir a las partes sobre las sanciones que acarrea el no asistir a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. [Página 34.](#)

NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACIÓN – Para suceder por representación es imprescindible tener vocación hereditaria respecto del causante. [Página 36.](#)

NULIDAD POR LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – No hay lugar a su declaración cuando las víctimas no logran demostrar de qué manera la supuesta irregularidad afecta sus intereses. [Página 88.](#)

PERJUICIOS MORALES – El juez goza de arbitrio ponderado en la determinación de su cuantía. [Página 28.](#)

PERSONAS JURÍDICAS – No responden por el hecho de sus dependientes cuando estos incurren en conductas fraudulentas y dolosas que no guardan relación ni correspondencia con sus funciones. [Página 9.](#)

REBAJA DE PENA POR ALLANAMIENTO EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA - El juez dispone de “otras medidas adecuadas” distintas de la excepción de inconstitucionalidad para resolver el problema de determinación de la pena allí precisado. [Página 60.](#)

REBAJA DE PENA POR ALLANAMIENTO EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA – La reforma introducida por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 no es contraria al debido proceso ni viola el principio de igualdad. [Página 71.](#)

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO – La evaluación del trabajo y la conducta son exigibles también a los internos bajo el régimen de prisión domiciliaria. [Página 86.](#)

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO – La vinculación laboral de los internos no puede ser con una empresa privada. [Página 86.](#)

RÉGIMEN DE LA UNIÓN MARITAL Y DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES – Se aplica también a las parejas del mismo sexo. [Página 3.](#)

SANCIÓN MORATORIA – No existe buena fe en el patrono cuando, desde un comienzo, sabe que el vínculo del trabajador no es de naturaleza civil. **Página 38.**

SENTENCIA C-075 DE 2007 – Sus efectos no son retroactivos. **Página 3.**

VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO – La multa impuesta al incumplir una medida de protección en los casos de violencia intrafamiliar, al no ser una deuda de naturaleza civil, puede ser convertida en arresto. **Página 14.**

VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN – Como la pluralidad de sujetos hacer parte de la estructura del concierto para delinquir, no es posible agravar dicha conducta por el hecho de obrar en coparticipación criminal. **Página 54.**

SALA CIVIL-FAMILIA:

RÉGIMEN DE LA UNIÓN MARITAL Y DE LA SOCIEDAD PATRIMONIAL ENTRE COMPAÑEROS PERMANENTES – Se aplica también a las parejas del mismo sexo/**SENTENCIA C-075 DE 2007** – Sus efectos no son retroactivos/**LEY 54 DE 1990** – Sus efectos retrospectivos benefician también a las uniones maritales de hecho entre parejas del mismo sexo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 13, 16 y 42; Ley 54 de 1990 y Ley 979 de 2005.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 2000-00591-01 del 28 de octubre de 2005, 2005-00997-01 del 12 de agosto de 2011, 2003-01261-01 del 12 de diciembre de 2011 y 2007-00425-01 del 13 de diciembre de 2011; Corte Constitucional, sentencias C-075 de 2007 y T-389 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Importa adelantar que el punto central materia de controversia es de derecho en cuanto el recurso se orienta a establecer que no hay norma jurídica que permita la declaración de existencia de la unión marital de hecho y sociedad patrimonial entre compañeros permanentes del mismo sexo; amén de plantear que las controversias en torno a los bienes que conforman el haber de la comunidad de bienes deben ventilarse en este proceso declarativo. En todo caso, el recurso parte de admitir la existencia de una comunidad de vida permanente y singular y hasta se dice, *“comparto los argumentos de la a-quo para declarar la existencia de la sociedad patrimonial entre los señores Valencia Pulgarín y Rojas Prado,...”* –folio 23 cdno. del Tribunal-, con lo cual se lleva la discusión al campo puramente jurídico.

En este sentido, la mentada Ley 54 de 1.990 modificada por la Ley 979 de 2005, señala como supuestos para la declaración de existencia de la Unión Marital de Hecho, la acreditación de: I) Unión marital, es decir, establecimiento de una vida en común, con trazas características de matrimonio, compartiendo todas las circunstancias de la vida, incluyendo por supuesto el don de los cuerpos; II) Diferencia de sexo, pues así lo manda el artículo 1º cuando reza *“un hombre y una mujer”*; III) Permanente, es decir, perdurable en el tiempo en la medida en que no se

trate de una unión pasajera o fugaz; y IV) Singular, por cuanto debe ser única, no paralela con otra de similares características.

Por su parte, el artículo 2º. del *corpus juris* en comento estatuye los requisitos para que en la unión marital de hecho, se genere la sociedad patrimonial entre compañeros, a saber: I) Prolongación de la unión marital de hecho por dos años como mínimo; II) No concurrencia de impedimento matrimonial en los miembros de la pareja; y, III) Si obrare impedimento matrimonial ocasionado por vínculo nupcial anterior de uno o ambos miembros de la pareja, que la sociedad conyugal consecuencia de ese acto, esté disuelta, al menos un año antes a la fecha en que se inició la unión marital de hecho.

Pero las cosas no han parado allí, por cuanto la fuerza incontenible y arrasadora de los acontecimientos que bullen en una comunidad, generan cambios en la forma de pensar y concebir las instituciones, siendo así, como partiendo de fundantes postulados constitucionales como el de igualdad ante la ley, dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, el derecho a formar una familia –arts. 13, 16 y 42, C.N.-, hoy la Ley 54 de 1990, en principio dictada con el claro propósito de regular las relaciones extramatrimoniales de parejas heterosexuales, mirada bajo el prisma de la Carta Política, también se aplica a las parejas homosexuales, pues el órgano de cierre de la justicia constitucional, a propósito de la acción de inconstitucionalidad intentada en relación con los términos “*hombre y mujer*” contenidos en los artículos 1º y 2º de la nombrada ley, los cuales consagran la unión marital de hecho y la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, determinó en la sentencia C-075 de 2007 declarar exequible la Ley en cita, “*en el entendido que el régimen de protección en ella contenido se aplica también a las parejas homosexuales.*”...

(...)Lo que viene de decirse significa que hoy el régimen tanto de la unión marital de hecho como de la sociedad patrimonial entre compañeros se aplica también a las parejas del mismo sexo que reúnan y demuestren los supuestos de hecho contenidos en los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, puesto que así quedó establecido a partir de la sentencia de constitucionalidad condicionada C-075 de 2007- emitida por el estamento que en nuestro orden jurídico guarda de la supremacía e integridad de la Carta Política.

Ante este panorama jurídico, no es predicable -como lo hace el recurrente-, la existencia de un vacío legal, o lo que es igual, la inexistencia de una norma o fórmula que permita solemnizar las uniones de parejas del mismo sexo, puesto que la ausencia reguladora de éste último fenómeno, que en efecto se presentaba, fue suplida por la decisión integradora de la Corte Constitucional al declarar exequibles los artículos 1º y 2º de la Ley 54 de 1990, pero bajo el condicionamiento que su régimen se aplicara a las parejas homosexuales, de tal suerte que la vía para proteger los derechos de éstas, que es la que echa de menos la alzada, es la misma que tienen las parejas de sexos iguales, es decir, la citada la Ley, la cual, no solo consagra el procedimiento para su establecimiento o declaración, judicial o extrajudicial, sino también el trámite para su disolución y liquidación. Desconocer tan clara determinación, que por haber sido producida en sede de acción de constitucionalidad tiene efectos erga omnes es ir en contravía de toda una tendencia social, constitucional y legal.

De allí que cuando la a quo declaró la existencia de la sociedad patrimonial entre los compañeros permanentes OSVALDO VALENCIA PULGARÍN y CARLOS ALFONSO ROJAS PRADO, no actuó por fuera del orden constitucional y legal, sino por el contrario, apoyada en una disposición de ley, que hoy puede ser invocada por las parejas de personas de sexo idéntico.

Sí debe decirse que siendo la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes efecto de la unión marital de hecho, constituye un verdadero e insostenible contrasentido negar la declaración de la última y afirmar la primera, razón por la cual se hace imperioso revocar el numeral 1º de la sentencia recurrida, dado que aunque no fue materia de apelación, por su inescindible relación con la resolución del numeral 2º así se impone, sin que se incurra en una reformatio in pejus. Así las cosas, la unión marital de hecho ciertamente no queda declarada por cuanto en el estado actual la norma no lo permite, pero tampoco se niega su existencia para no desdejar su consecuencia, es decir, la sociedad patrimonial entre compañeros.

Sin embargo, el planteamiento suscita interés por cuanto antes de la fecha de emisión de la sentencia C-075 de 2007 –febrero 7-, ciertamente no era posible que las parejas homosexuales acudieran a la Ley 54 de 1990 en procura de sus beneficios; y en el presente caso se pidió declarar la unión marital de hecho y consecuente sociedad patrimonial entre compañeros permanentes desde el mes de noviembre de 2004 –o sea, antes de la vigencia de la sentencia integradora mencionada- hasta el 10 de septiembre de 2009, accediéndose a la pretensión en cuanto a la sociedad de bienes en el período indicado. Esta circunstancia de haberse iniciado la unión marital antes del proferimiento de la sentencia de constitucionalidad condicionada impone realizar dos consideraciones adicionales en orden a la solución de este caso a saber: La primera, atinente a los efectos ex nunc o ex tunc de las sentencias de la Corte Constitucional; y la segunda, relacionada con la anterior, alusiva a los efectos retrospectivos de una disposición legal.

En cuanto a lo primero, basta con invocar el contenido del artículo 45 de la Ley 270 de 1996, Estatutaria de la Administración de Justicia, según el cual: “Las sentencias que profiera la Corte Constitucional sobre los actos sujetos a su control en los términos del artículo 241 de la Constitución Política, tienen efectos hacia el futuro a menos que la Corte resuelva lo contrario”; así mismo, que la Corte Constitucional en la sentencia C-075 de 2007 no resolvió entregarle efectos hacia el pasado a esa decisión, por ello es fácil concluir que sus consecuencias son de aplicación hacia el futuro, es decir, no son retroactivas.

Y en lo que atiene a lo segundo, es de apreciar que por regla general las disposiciones normativas son irretroactivas, o sea, no se pueden aplicar a hechos o situaciones cristalizadas en el pasado, por cuanto ello apareja desconocer valores imperantes en nuestro ordenamiento como el de la buena fe, confianza legítima y seguridad jurídica. En palabras de la Corte Constitucional se, “procura que las nuevas regulaciones normativas respeten situaciones que se han consolidado jurídicamente en pasado, lo cual trae como consecuencia la limitación de las normas de derecho para retrotraer sus efectos con el fin de alterar eventos cuyos resultados jurídicos se dieron antes de su vigencia. No obstante, como se dijo, el alcance de esta prohibición consiste en que no se pueden presumir los efectos retroactivos, aunque, si pueden establecerse de manera expresa.”.

Pero la irretroactividad no se opone a los efectos retrospectivos de una disposición de ley, que consiste en que la nueva norma cobije situaciones jurídicas iniciadas antes de su vigencia, pero en curso cuando ésta comienza su vida jurídica. Sobre el punto dijo la Corte Constitucional en la sentencia acabada de citar, “Luego, aquello que dispone una norma jurídica debe cumplirse de inmediato, hacia el futuro y con la posibilidad de afectar situaciones que se han originado en el pasado (retrospectividad), es decir, situaciones jurídicas en curso al momento de entrada en vigencia de la norma. Este efecto temporal, coincide con la noción de los efectos temporales de actos jurídicos, denominados efectos ex nunc. Éstos suponen justamente, efectos inmediatos, hacia el futuro y vinculantes para situaciones jurídicas originadas en el pasado y en curso.”.

En materia de unión marital de hecho y a propósito de la vigencia de la Ley 54 de 1990 de cara a este tipo de acoples iniciados antes de su vigencia, la Corte Suprema de Justicia aplicó en sus primeras decisiones, de forma absoluta el principio de la irretroactividad de la ley, considerando que esta normativa solo regulaba las uniones que se crearan desde la entrada al torrente jurídico de la citada norma, es decir, desde el 1º. de enero de 1991. Sin embargo, en reiterados pronunciamientos posteriores determinó hacer operar la regla de la retrospectividad, permitiendo que se acogieran a ella las parejas que iniciaron comunidad de vida antes de la vigencia de la ley y se mantuvieron después de la misma. Se expresó así el órgano vértice de la justicia ordinaria:

un nuevo análisis de esta problemática conduce a la Corte a modificar su aludida doctrina, para concluir que la Ley 54 de 1990 sí aplica a las uniones maritales que, surgidas con anterioridad a su promulgación, continuaron desarrollándose sin solución de continuidad durante su vigencia –no así a las que para ese momento ya habían fenecido-, por manera que para los efectos de la conformación de la sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, debe tenerse en cuenta la totalidad del tiempo que ellos convivieron, incluido, por supuesto, el anterior al 31 de diciembre de 1990, en el obvio entendido que se verifiquen todos los presupuestos requeridos por la normatividad patria”.

Mutatis mutandi y como según lo reza el principio, donde existe idéntica razón debe aplicarse la misma disposición, en el presente caso, teniendo en cuenta que la unión marital de hecho entre los señores OSVALDO VALENCIA PULGARÍN y CARLOS ALFONSO ROJAS PRADO –q.p.d.- se inicio, conforme quedó establecido sin discusión, en el mes de noviembre de 2004, valga apuntar, antes de la emisión de la sentencia integradora C-075 de 7 de febrero de 2007, pero se prolongó luego de su vigencia, no queda la menor duda que en aplicación de la regla de la retrospectividad, calificó en el molde normativo de la Ley 54 de 1990. Luego entonces, desde esta perspectiva tampoco tiene razón el recurrente.

Así que por este rubro no se lograron socavar las bases de la sentencia de primer grado.

De otro lado, en lo que respecta a la otra censura consistente en no haberse apreciado en conjunto la prueba testimonial, así como que, “tampoco auscultó la juez, como era su deber, de si los bienes que se disputan fueron adquiridos y en

qué forma por la pareja durante la convivencia. No se comprobó que tal pareja tuviese capacidad de endeudamiento para adquirir, que tuvieran un trabajo estable, profesión u oficio definido que proporcionará estabilidad económica.” –folio 15 cdno. del Tribunal-, argumento que procura demostrar que los bienes que estaban en cabeza del causante pertenecen a otra persona, y con relación al cual la operadora judicial de primer grado estimó que ello debe definirse en la etapa liquidatoria de la sociedad patrimonial, debe decirse que ningún hiato inferencial percibe la Sala en esa consideración, por cuanto cierto resulta que el proceso declarativo agota sus fines en la sentencia que termina diciendo la existencia de la unión marital de hecho y consecuente sociedad patrimonial entre compañeros permanentes, reservando para la fase de liquidación de ésta última las controversias que tengan que ver con los bienes que conformen el haber de esa comunidad disuelta y en trance de liquidación, trámite que tiene el mismo rito de liquidación de las sociedades conyugales –art. 7º Ley 54 de 1990-.

De tal manera que asuntos atinentes a si un bien es propio o social, recompensas, subrogaciones, exclusión de bienes de terceros del haber social, etc., son ajenos al proceso declarativo de declaración de existencia de la unión marital de hecho, y sí propios del estadio liquidatorio, puesto que es allá y no antes en donde la ley tiene previsto determinar el haber de la sociedad patrimonial entre compañeros, en una fase trascendental de esta rituación cual es la de inventarios y avalúos, que es la base real de la liquidación. De este modo, resulta inoportuno y prematuro suscitar una controversia en materia de bienes en el proceso ordinario declarativo que no puede ir más allá de constatar el estado de liquidación de la sociedad de bienes y ordenar su liquidación.

En consecuencia, la sentencia habrá de ser confirmada sin condena en costas en segunda instancia por no aparecer causadas.

Sentencia de 2ª instancia (2010-00013-01) del 12 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: confirma la providencia apelada.

ACCIÓN DE HABEAS CORPUS – No reemplaza los recursos ordinarios/ACCIÓN DE HABEAS CORPUS – No es procedente cuando la tardanza en el comienzo del juicio oral es consecuencia de las maniobras dilatorias de la defensa.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 3º; Ley 1095 de 2006.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 32791 del 06 de octubre de 2009, ponencia del magistrado Yesid Ramírez Bastidas, 33279 del 18 de diciembre de 2009, ponencia del magistrado Javier Zapata Ortiz y 35354 del 12 de noviembre de 2010, ponencia del magistrado Sigifredo Espinosa Pérez; Sala Penal del Tribunal Superior de Buga, decisión del 02 de febrero de 2012, con ponencia de la magistrada Martha Liliana Bertín Gallego.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

En el caso bajo estudio, se evidencia del estudio del diligenciamiento que al ciudadano italiano, señor MANOLO PIERONY, la fiscalía le acusa formalmente por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes (Art. 376 del C.P. modificado por la ley 1453 de 2011), luego de ser capturado el 8 de julio de 2011 en flagrancia en la zona de control de pasajeros para vuelos internacionales del aeropuerto Alfonso Bonilla de la ciudad de Palmira. Posteriormente el 1 de diciembre de 2011, ante el JUZGADO SEGUNDO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE BUGA se llevó a cabo la audiencia de formulación de acusación, sin que para las 9:00 am del día de ayer, 19 de abril de 2012, se hubiere dado inicio a la audiencia de juicio oral.

Con fundamento en lo anterior, su defensor el día 18 de abril de 2012 solicitó audiencia de libertad por vencimiento de términos, petición que le fue despachada desfavorablemente por el JUZGADO TERCERO PENAL MUNICIPAL CON FUNCIONES DE CONTROL DE GARANTÍAS, tras considerar que los 120 días para dar inicio a la audiencia de juzgamiento debían duplicarse por tratarse de un delito competencia de un Juzgado Penal del Circuito Especializado, siendo el correspondiente término 240 días y habiendo solo transcurrido 139 de ellos. Contra dicha decisión el abogado defensor se abstuvo de formular recurso alguno.

Siendo ello así, a consideración de la suscrita magistrada, la presente acción de habeas corpus se torna improcedente por falta del requisito de subsidiariedad, en consideración a que el abogado omitió hacer uso de los recursos a su alcance al no interponer la correspondiente apelación contra la decisión que había sido desfavorable a los intereses de su prohijado, circunstancia ésta que por si sola selló la suerte adversa de esta acción constitucional, cuyo objeto no es reemplazar los recursos ordinarios.

Al efecto debe precisarse que la petición de libertad que eleva el abogado del accionante con base en el numeral 5º del artículo 317 del Código de Procedimiento Penal, por tratarse de una de las causales generales de libertad, es de competencia del Juez Ordinario y no de este Juez Constitucional, y en caso que la misma sea resuelta desfavorablemente, las partes tienen a su alcance los recursos ordinarios. Recuérdesse como acertadamente lo precisó la Sala de Casación penal de la H. Corte Suprema de Justicia, que la acción de habeas corpus no puede “...reemplazar los recursos ordinarios de reposición y apelación establecidos como mecanismos legales idóneos para impugnar las decisiones que interfieren el derecho a la libertad personal”; de suerte que si el defensor del accionante decidió deliberadamente abstenerse de acudir por vía de alzada al superior jerárquico, de paso frustró el buen suceso de la acción que aquí formuló, la cual habrá de ser denegada por improcedente.

Finalmente debe aclararse que no fue necesario entrevistar al accionante, dado que de la inspección judicial practicada a la actuación seguida en su contra se pudo verificar de manera objetiva que la privación de la libertad fue legal, toda vez que la captura fue en flagrancia, se legalizó en audiencia y no se observó irregularidad alguna; además en el trámite posterior se ha observado el debido proceso y la tardanza en la instalación del juicio oral, como se establece de las consideraciones trazadas por la Sala Penal de este Tribunal al conocer en apelación de este proceso, ha obedecido a las prácticas dilatorias llevadas a cabo por el abogado defensor,

quien tozudamente ha pretendido nulitar la actuación pese a las fundadas razones aducidas por el juzgado de conocimiento.

Acción de *habeas corpus* (HC-42-12) del 20 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz Decisión: niega la protección solicitada.

PERSONAS JURÍDICAS – No responden por el hecho de sus dependientes cuando estos incurren en conductas fraudulentas y dolosas que no guardan relación ni correspondencia con sus funciones.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2347 a 2349; Código de Comercio, artículo 731.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 3573 del 20 de mayo de 1993, ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss, 4637 del 15 de marzo de 1996, con ponencia de Carlos Esteban Jaramillo Schloss y 04733 del 06 de julio de 2006, con ponencia de César Julio Valencia Copete.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)No existe halo de duda, respecto a que la señora EVA GONZALEZ TURBAY DE ISAZA, al momento de la emisión del multicitado instrumento cambial, fungía como dependiente de la entidad ahora demanda, en calidad de tesorera, pues el cúmulo de pruebas y la propia manifestación de la señora GONZALEZ vertida en su diligencia de injurada con ocasión de la investigación penal seguida en su contra así lo devela, situación que per se la ubica como responsable de la conducta desplegada en ejercicio de sus funciones, y que de contera traslada a su empleador, como responsable directo de las actuaciones de sus dependientes.

Puestas de este modo las cosas, y en la precisión que la atribución de responsabilidad en cabeza de su empleador, no puede provenir por la falta de vigilancia o cuidado, ora porque obró por fuera de las funciones encomendadas; porque como viene de verse, aquella es directa, la conclusión que en principio se impondría sería la de que la entidad está llamada a responder por la conducta ilícita de su agente, empero, y por ello anotamos en principio, ello no opera de manera automática o casi que objetivamente, ya que como se pincelara ut supra, serán las particularidades de cada caso concreto las que den base para un examen flexible y prolijo de la etiología del daño y de la subsecuente responsabilidad de la entidad, ya que en cita doctrinal muy bien traída por la Jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia se dijo que:

“...la identificación del criterio de imputación de la responsabilidad en el riesgo de empresa conduce a valorar con largueza la subsistencia en concreto del nexo entre el hecho ilícito dañoso y el ejercicio de las incumbencias del agente, que juega sobre el plano de la etiología del daño. El abuso de las funciones no excluye que el ilícito haya sido cometido por el agente en el ejercicio de las incumbencias confiadas, pues para los fines de la imputación de responsabilidad del empleador

es suficiente que el agente haya sacado provecho o que la relación haya favorecido el comportamiento lesivo” y que:

“...la distribución y reconstrucción en abstracto de la conexión entre el hecho ilícito y las incumbencias del agente en términos de ocasionalidad, aun constituyendo una útil referencia conceptual, revela la amplia discrecionalidad de que goza el intérprete cada vez que se encuentre en presencia de situaciones equívocas. La decisión acerca de si el abuso del agente aleja su conducta de las funciones como para exonerar al banco de responsabilidad, en último análisis, es confiada a la sensibilidad del intérprete, hundiendo sus raíces en la equidad del juicio, según un criterio de valoración estrictamente casuístico”.

Avanzando entonces en la puesta al descubierto de la forma como se desencadenan los hechos, memorase que singular interés revisten las copias de la sentencia penal proferida contra la tesorera de “Coopercol”, con ocasión de la investigación adelantada en su contra, en tanto que de ella se extrae, que la emisión del cheque número CH692398 de la cuenta corriente No. 84240012483 del Banco de Colombia Oficina Principal de Buenaventura, por valor de \$86.000.000.00, girado a favor del señor MARIO RIVERA SANCHEZ, tuvo su génesis en un préstamo de carácter personal que aquella le solicitó, y, que respaldó en garantía de pago con el enunciado título valor, en el cual no tuvo injerencia la entidad cooperativa, ya que tal como diera en manifestar el propio demandante, en su diligencia de interrogatorio de parte, el no se reunió con la Cooperativa o directivos para hacer el préstamo, porque a quien le entregó el dinero, en su residencia, fue a la señora GONZALEZ DE ISAZA, quien a su turno le entregó el cheque que le fuera devuelto cuando ella entró en problemas con Coopercol.

Situación reafirmada por los asertos de MARINO BERNARDO CAICEDO VALENZUELA, PEDRO PABLO QUIÑONEZ, PORFIRIO MINOTA , PEDRO SEGUNDO CAICEDO y CARLOS MARCELIANO RIOFRIO, quienes en calidad de miembros del Consejo de Administración de “Coopercol”, al unísono expusieron, que la entidad nunca autorizó a EVA GONZALEZ para realizar créditos con el señor MARIO RIVERA a favor de Coopercol, ya que el ordenador del gasto es el gerente, quien previa aprobación del Consejo era la persona encargada de recibir o conseguir recursos, además, que a cuyo seno nunca llegó una solicitud de crédito a nombre de MARIO RIVERA; añadiendo que los cheques girados debían contar con la firma de la tesorera, del gerente y los respectivos sellos de los que adolecía el emitido; exponiendo inclusive, el segundo de los citados, que no existía constancia en las actas del Consejo de Administración del ingreso de los dineros facilitados por el señor RIVERA, con todo que por la emisión de dicho cheque aquella fue a la cárcel, porque todo obedeció a un negocio personal que tenía montado causándole daño a la Cooperativa.

Tan prístino es el hecho de que el giro del enunciado cheque provino de una actividad personal de la tesorera, que así lo determinó la competente justicia penal, al sentenciar que: “El caso de los señores MARIO RIVERA, CESAR AUGUSTO RIASCOS, se constituyen en hechos que indican la indiscutible existencia de comportamientos irregulares desplegados por la señora EVA GONZALEZ DE ISAZA, con afectación directa al patrimonio de la Cooperativa COOPERCOL, los que no son otros que aquellos en los cuales aparece falsificada la firma del señor gerente. En

otros términos ha de entenderse que no solamente fueron estos dos casos aislados los que resultan cuestionables en cabeza de GONZALEZ ISAZA (sic), sino que igualmente deben tomarse como censurables también aquellos en los que se plantea la adulteración de la firma. A pesar de que la señora EVA GONZALEZ se muestra ajena en aquellos eventos en los cuales aparece falsificada la firma del gerente, lo cierto es que resulta clara su participación en los plurales comportamientos, los que al igual que en los casos de los señores RICASCOS y RIVERA no se realizaron con fines benéficos para la entidad cooperativa como lo plantea la procesada en su defensa material, sino para beneficio propio, lo que permite evidenciar en los multicitados hechos un grave indicio de motivación o móvil...”.

Considérese también que ninguno de los asertos de los testificales allegados a instancias de la parte actora, dio cuenta de una situación contraria, ya que el análisis conjunto de sus deposiciones permite colegir, que el entramado negocial origen del instrumento cambial cuyo recaudo se pretende merced a ésta vía ordinaria, lo fue entre el señor RIVERA SANCHEZ y la señora GONZALES DE ISAZA, pues las personas que se encargaban de llevar los recibos a la precitada, y a su turno recibir el dinero, develan, que en dicha gestión no intervino otra persona distinta, a la prenombrada, en calidad de empleada de Coopercol, y aunque MARINO DE JESUS VARGAS, trata de poner en evidencia que el señor RIVERA SANCHEZ, hizo el comentario que había prestado un dinero a COOPERCOL, lo cierto es que su manifestación robustece la tesis, en punto de que el dinero facilitado a la señora GONZALEZ, fue de un negocio personal entre aquellos, que por cierto era más rentable que un granero que tenía por aquella época.

Y es evidente que fue un negocio personal, porque no existe asiento contable del ingreso de sumas de dinero a la Cooperativa facilitadas por parte de dicho ciudadano, como de manera unánime expusieron los miembros del consejo de Administración del ente Cooperativo, tanto que no existía ninguna acta en tal sentido.

Repárese además, que según se otea en las copias de la pluricitada sentencia penal, la conducta desplegada por la tesorera de Coopercol, no fue un acto insular en el ejercicio de sus funciones, tanto que no sólo fue investigada y condenada por la emisión irregular del multicitado documento de deber, sino también por el giro de otros cheques, cuya génesis no fue otra que negocios de carácter personal con quienes le facilitaban dinero para rentarlo a intereses muy llamativos, ofreciendo como garantía de pago de dichas sumas cheques de la entidad donde laboraba, cuya emisión no le resultaba difícil por el cargo que desempeñaba.

No obstante que el giro del título valor a favor de RIVERA SANCHEZ, como ampliamente quedó demostrado fue irregular, de ello no se sigue per se, como trata de hacer ver el recurrente, con apoyo en la cita doctrinal del tratadista Bernardo Trujillo Calle, que por dicha circunstancia y por la validez del cheque desde el ángulo del derecho externo que rige las relaciones cambiarias entre tenedor y las personas naturales que lo firmaron, se deba predicar la responsabilidad civil de COOPERCOL, en orden al pago perseguido, en razón a que si bien la responsabilidad fincada en cabeza de las personas jurídicas por el hecho de sus dependientes es directa, no se puede soslayar, que atendidas las circunstancias particulares del caso, si el señor RIVERA SANCHEZ, conocía que la tesorera obraba en ejercicio de sus funciones, pero ejecutando una acción por fuera de los objetivos del empleador, -pues en el préstamo de dinero no intervino ninguna

persona distinta de La Cooperativa que la tesorera- aquel no está llamado a responder.

Así se sostiene porque ilustra muy bien esta conclusión el ejemplo traído por el tratadista JAVIER TAMAYO JARAMILLO, a propósito de la exoneración de responsabilidad de la persona jurídica, que por su pertinencia se reproduce in integrum:

“
En nuestro ejercicio profesional conocimos de un caso en que el gerente de una sucursal bancaria, durante el ejercicio de sus funciones y aprovechando sus relaciones y el andamiaje del banco, servía de intermediario en la venta ilícita de moneda extranjera entre terceros, situación ésta que era conocida por el comprador de las divisas. Este último resultó estafado con unos cheques sin fondos totalmente ajenos a las operaciones del banco y, posteriormente, demandó a esta entidad crediticia argumentando que su gerente, en ejercicio de sus funciones, había servido de intermediario en el negocio origen de la estafa. En tales circunstancias era claro que la entidad demandada no era responsable, pues el comprador sabía que ese negocio era ajeno al empleador”

Es más, en asunto que resulta analogizable con el que aquí se debate, expuso la Corte Suprema de Justicia:

“...Dentro del caso que ocupa la atención de la Sala es evidente que los agentes del entonces Banco del Comercio desplegaron una conducta fraudulenta y dolosa, que por razones obvias, no guardó estricta relación ni correspondencia con las funciones que eran de su incumbencia, en tanto que, en sentido contrario, ella representó una manifiesta vulneración o desconocimiento de las mismas, por decir lo menos, habiéndose realizado en su propio beneficio e interés, en atención a propósitos completamente diferentes a los de la empresa con que estaban vinculados.

Frente a este panorama, ha de afirmar esta Corporación que la actuación dolosa del agente, aun cuando desborde el marco de las funciones e instrucciones respectivas o llegue a desarrollarse en contraposición o con desviación de los intereses o finalidades de la empresa, no siempre ni forzosamente excluye o descarta la posibilidad de que las consecuencias nocivas de semejante comportamiento puedan generar responsabilidad directa a cargo de la persona jurídica con la que existe un vínculo de subordinación, desde luego, en la medida en que dicha conducta siga teniendo alguna conexión o ligamento significativo, que pueda ser calificado como de ocasionalidad necesaria respecto de las mencionadas funciones...”

De lo hasta aquí consignado se desprende, que la Cooperativa Coopercol, NO puede estar llamada a responder civilmente por el hecho de su dependiente atendiendo a un mero concepto organicista de la responsabilidad de las personas jurídicas, como advera el opugnante, ya que como quedará consignado ut supra, la responsabilidad directa en que incurren las personas jurídicas, con ocasión del ejercicio de las funciones de sus dependientes, bien puede relevarse cuando median circunstancias, tales como incurrir en conductas fraudulentas y dolosas, que por donde se miren, no guardaron parafraseando a la Corte una “estricta

relación ni correspondencia con las funciones que eran de su incumbencia”, y antes por el contrario, fueron el fiel reflejo de una clara vulneración o desconocimiento de las mismas, probado que está que se ejecutaron en pro de asegurar y obtener un beneficio de carácter personal y con fines diferentes a los de la entidad a la que se encontraba vinculada, razón que por cierto fue la detonante de su desvinculación laboral por la cantidad de desafueros que se cometieron en idéntico sentido.

En adición a lo expuesto, es de decir, que el conocimiento de la persona afectada en punto de la conducta en que estaba incurriendo la señora GONZALEZ DE ISAZA, a quien en calidad de comerciante, no le resultaba difícil percatarse que si facilitaba el dinero en su residencia, y si le enviaba recibos y se le entrega dinero de manera soterrada, era porque dicho entramado era a espaldas de la entidad donde laboraba.

Y tan a espaldas lo fue, que justamente por ello, y porque la implicada incurrió en actuaciones de idéntica naturaleza, que aquellas dieron lugar a la respectiva investigación penal, por la que fue condenada por haber estafado al señor RIVERA SANCHEZ y por falsedad en documento privado.

Además, deviene irrefragable, que entre el señor RIVERA SANCHEZ y la Cooperativa Multiactiva de Trabajadores Portuarios COOPERCOL, no medió ninguna relación legal ni contractual, que diera lugar a la emisión del tan mencionado cheque; pues en definitiva dicha entidad no le solicitó ningún préstamo que la tornare obligada a responder civilmente como deudora de suma alguna de dinero, como atinadamente concluyó el juzgador de primer grado, máxime que la conducta de la tesorera provino de una voluntad dolosa, pues a sabiendas de que el cheque que emitía no cumplía con las formalidades legales lo expidió con el protervo interés de obtener un crédito del le iba a reportar provecho para sí, en un muy rentable negocio, que según lo diera en expresar, MARINO DE JESUS VARGAS, dependiente de RIVERA SANCHEZ, era más lucrativo que las utilidades, que se obtenían en el granero que por aquella época tenía en la ciudad de Buenaventura.

A manera de epílogo, la Sala concluye que la no mediación de negociación alguna entre Cooperativa y Mario Rivera Sánchez, permite advenir, que siendo aquella ajena al objeto social de la compañía, no está llamada a responder civilmente por el solo prurito de ser la empleadora de la indelicada tesorera, porque la responsabilidad directa del empleador se desvanece ante un evento tan categórico como lo fue la conducta abiertamente dolosa de la funcionaria, quien aprovechando el cargo y rol que desempeñaba atrajo a multitud de incautos recaudando recursos como si fuesen para la compañía, y lo peor respaldándolos con cheques espurios, incurriendo en una defraudación que según da cuenta la investigación penal lindó por el orden de los mil doscientos millones de pesos moneda legal (\$1.200.000.000.oo), defraudación, en la que existió conveniencia entre el ahora demandante con la señora GONZALEZ.

En efecto, no se concibe con mediana lógica que un personaje avieso en negocios, considerare que comprometía la responsabilidad de la Cooperativa, porque a quien le facilitaba el dinero era a la tesorera, pues elemental resulta, que si una persona natural iba a rentar una suma considerable de dinero, \$86.000.000.oo, lo

mínimo era tratar con el gerente o algún órgano directivo de la entidad, tomando la precaución de entregar el numerario en sus instalaciones y no en su propia residencia, aspecto que deja relucir el carácter privado y personal de la negociación; además, tampoco deviene ortodoxo que los recibos que se cruzaban entre la tesorera y aquel, así como las entregas de dinero, se efectuaran en forma sigilosa con sobres cerrados, que en momento alguno pasaron a figurar en la contabilidad de la Cooperativa, como para afirmar que debiera responder por el pago del dinero, en la forma propuesta por el libelista, sobre todo si la víctima sabía y conocía que quien ejecutaba la acción dañina lo hacía por fuera de los objetivos del empleador, recordando el viejo aforismo que reza, que nadie puede alegar su propia torpeza, y porque como lo tiene sentado la doctrina que: “cuando la víctima sabe que el dependiente, pese a que actúa en el ejercicio de sus funciones, ejecuta la acción dañina por fuera de los objetivos del empleador, éste no responde”.

Con pie en lo expuesto, y en la precisión de que la atribución de responsabilidad a las personas jurídicas por los hechos de sus dependientes es directa, la sentencia de primera instancia deberá ser confirmada en su integridad.

Sentencia de 2ª instancia (2008-00136-02) del 23 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: confirma la providencia apelada.

COMISARÍAS DE FAMILIA – Están legitimadas para promover, por medio de la acción de tutela, la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de la violencia intrafamiliar/VÍA DE HECHO POR DEFECTO SUSTANTIVO – La multa impuesta al incumplir una medida de protección en los casos de violencia intrafamiliar, al no ser una deuda de naturaleza civil, puede ser convertida en arresto.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2591 de 1991, artículo 10; Ley 294 de 1996, artículos 5 y 7; Decreto 4799 de 2011; artículo 6; Ley 575 de 2000; Decreto 652 de 2001; Ley 1257 de 2008.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencias C-628 de 1996, C-194 de 2005, t-4006 de 2005 y T-301 de 2009.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)La Comisaria de Familia interpone la presente acción de tutela agenciando los derechos de las víctimas en los siguientes casos de violencia intrafamiliar:

- Denuncia instaurada por el adolescente DARWIN ANDRÉS MARROQUIN contra JOSÉ FERNANDO MARROQUIN, -providencia de fecha 19 de julio de 2011-.
- Denuncia instaurada por YURLAY LÓPEZ GARCÍA en nombre propio y en representación de los menores BRANDON STIVEN LÓPEZ GARCÍA y LUÍS FERNANDO VALENCIA LÓPEZ contra JORGE LEONARDO RUA ACEVEDO- providencia de fecha agosto 18 de 2011-

- Denuncia instaurada por ESTELA YOHANNA GONZÁLEZ COLLAZOS contra MANUEL ANTONIO BUENO TABIMA –providencia de fecha agosto 16 de 2011-.
- Requerimiento de medida de arresto impuesta al señor JAIME ANDRÉS GIRALDO RAMÍREZ –providencia de julio 21 de 2011-.
- Denuncia instaurada por la señora MARIA YOLANDA GRANADA MUÑOZ contra el señor ALEXANDER LUGO NIETO – providencia de fecha 19 de julio de 2011-.
- Denuncia instaurada por la señora AMPARO VILLADA BERRIO contra el señor FERNANDO VALDES, -providencia de julio 19 de 2011-.
- Requerimiento de arresto impuesta al señor LEONARDO CATAÑO VALENCIA – noviembre 10 de 2011-.
- Denuncia instaurada por GLORIA PATRICIA RAMÍREZ MARTÍNEZ contra el señor CARLOS ALBERTO CAICEDO MORENO – providencia de julio 21 de 2011-.

Para resolver el primer problema jurídico, es necesario traer a colación el artículo 10 del Decreto 2591 de 1991 que reglamentó la acción de tutela consagrada en el artículo 86 de la Carta Política, señala:

“Artículo 10. Legitimidad e interés. La acción de tutela podrá ser ejercida, en todo momento y lugar, por cualquier persona vulnerada o amenazada en uno de sus derechos fundamentales, quien actuará por sí misma o a través de representante. Los poderes se presumirán auténticos.

“También se pueden agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa. Cuando tal circunstancia ocurra, deberá manifestarse en la solicitud.

“También podrán ejercerla el Defensor del Pueblo y los personeros municipales.”
(Se subraya)

El precepto anterior establece, como es natural, que la demanda de tutela debe presentarse por la persona que considera vulnerados o amenazados sus derechos constitucionales Fundamentales, directamente o a través de su representante. Además, de manera excepcional contempla la posibilidad de agenciar derechos ajenos cuando el titular de los mismos no esté en condiciones de promover su propia defensa, caso en el cual, habrá de manifestarse esa imposibilidad en la correspondiente solicitud y deberá probarse al menos sumariamente.

En el presente caso, si bien la COMISARIA DE FAMILIA no es afectada directa por las decisiones de la JUEZ SEGUNDA DE FAMILIA DE CARTAGO, encuentra la Sala que le asiste legitimidad para instaurar la presente acción atendiendo el artículo 17 de la Ley 294 de 1996 que reza: “El funcionario que expidió la orden de protección mantendrá la competencia para la ejecución y el cumplimiento de las medidas de protección”, y los principios orientadores para la interpretación y aplicación de dicha normatividad, entre los que se destaca la: a) Primacía de los derechos fundamentales y reconocimiento de la Familia como institución básica de la sociedad; y d) La oportuna y eficaz protección especial a aquellas personas que en el contexto de una familia sean o puedan llegar a ser víctimas, en cualquier forma,

de daño físico o síquico, amenaza, maltrato, agravio, ofensa, tortura, ultraje, por causa del comportamiento de otro integrante de la unidad familiar...”.

Así pues, la COMISARIA DE FAMILIA es el organismo garante en la protección de los derechos fundamentales de las víctimas de violencia intrafamiliar, más aún cuando en algunos de los casos traídos a colación se encuentran involucrados menores de edad, sobre los cuales no aflora duda respecto al mayor arraigo de la legitimación para la defensa de sus intereses.

Claro lo anterior, siguiendo la acertada línea jurisprudencial que sobre la materia ha trazado la Corte Constitucional, debe examinarse en primer lugar, si se encuentran presentes las causales de procedencia general o previa, es decir, aquellas que se orientan a asegurar los principios de SUBSIDIARIEDAD e INMEDIATEZ característicos de la acción de tutela.

Dicho examen, sin embargo, resulta fallido, toda vez que observa la Sala que en este asunto la acción de tutela se torna IMPROCEDENTE, por cuanto si bien el principio de subsidiariedad se encuentra acreditado, por cuanto las decisiones que se atacan –revocatoria conversión sanción de multa en arresto- no cuentan con recurso alguno, no ocurre lo propio en cuanto al principio de INMEDIATEZ.

En efecto, salta a la vista que las providencias motivo de inconformidad tienen como fechas: 16, 19 y 21 de julio; 18 y 16 de agosto de 2011, es decir, que han pasado más de seis meses entre las decisiones que se cuestionan y la data de la formulación de la demanda de tutela (11 de abril de 2012).

Puestas de este modo las cosas, si la acción de tutela no se interpone dentro de un tiempo razonable, se le aplica el principio por medio del cual la demora en el ejercicio de los medios judiciales para el reconocimiento de derechos no puede alegarse para beneficio propio, más aún cuando existen intereses de terceros, como es el caso de las personas que se hicieron acreedoras a la sanción.

Destáquese que las providencias que se fustigan como constitutivas de vía de hecho, por ende violatorias del debido proceso, así como de la garantía del derecho a la igualdad y a la seguridad jurídica, que no cumplen con los requisitos de procedibilidad general de la acción tuitiva, tocan con las proferidas en las fechas reseñadas ut supra, dentro de las cuales no se encuentra inmersa la de 10 de noviembre del año próximo pasado, relacionada con el caso de la denuncia instaurada por ALBA YURY TORO PUERTA contra LEONARDO CATAÑO VALENCIA, la que de un simple cotejo entre la fecha de decisión y la de formulación de la tutela no merece reparo en cuanto al cumplimiento de los requisitos de SUBSIDIARIEDAD e INMEDIATEZ, por lo que allanado el camino en cuanto respecta a la legitimación en causa de la comisaría de familia para impetrar el amparo constitucional, será respecto a esta determinación que se procederá a estudiar de fondo la presente acción de tutela.

Superado entonces el estudio de los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela, se ocupará ahora la Sala de indagar por la ocurrencia o no de defectos concretos en la providencia judicial atacada, esto es de definir si estamos en presencia o no de algún requisito de procedencia especial que autorice la

concesión del amparo deprecado por la parte actora, ante la vulneración de sus derechos fundamentales.

Para dicho examen de utilidad resulta importante recordar, en palabras de la propia Corte Constitucional, el estado actual de esas causales específicas de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, denominadas así: defecto sustantivo, defecto fáctico, defecto orgánico y defecto procedimental, destacando que como el sustrato fáctico que subyace a la acción constitucional apunta esencialmente a fustigar la presencia de una vía de hecho en la providencia adiada a 10 de noviembre de 2011, será en dicha dirección que se abordará el examen del asunto.

Aplicadas las anteriores premisas al caso bajo estudio, encuentra esta Sala que tras examinar la providencia que se ataca como constitutiva de vía de hecho, al romperse advierte la procedencia de la guarda extraordinaria, por la potísima razón que se pasa a consignar.

La violencia intrafamiliar ha sido definida por la Honorable Corte Constitucional como: “todo daño o maltrato físico, psíquico o sexual, trato cruel, intimidatorio o degradante, amenaza, agravio, ofensa o cualquier otra forma de agresión, producida entre miembros de una familia, llámese cónyuge o compañero permanente, padre o madre, aunque no convivan bajo el mismo techo, ascendientes o descendientes de éstos incluyendo hijos adoptivos, y en general todas las personas que de manera permanente se hallaren integrados a la unidad doméstica”.

Para evitar que se produzcan episodios de violencia dentro de los núcleos familiares que pueda afectar no solo a la pareja misma, sino su entorno que en algunos de los casos está conformado por menores de edad, se creó la ley 294 de 1996, la cual ha sido objeto de múltiples modificaciones y regulaciones por parte de la ley 575 de 2000, decreto 652 de 2001, ley 1257 de 2008 y decreto 4799 de 2011.

La norma ítem, esto es, la ley 294 de 1996 establece en su artículo 5º las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, las cuales en caso de ser incumplidas por el agresor son sancionadas de la siguiente manera: “a) por la primera vez, multa de dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales, convertibles en arresto, la cual debe consignarse dentro de los cinco (05) días siguientes a su imposición. La conversión en arresto se adoptará de plano mediante auto que solo tendrá recursos de reposición, a razón de tres (03) días por cada salario mínimo; b) si el incumplimiento de las medidas de protección se repitiere en el plazo de dos años, la sanción de arresto entre treinta (30) y cuarenta y cinco (45) días”.

En el criterio interpretativo de la juez accionada, las deudas civiles no son susceptibles de convertirse en arresto, por lo que insta a la COMISARIA DE FAMILIA para que los cobros de las multas impuestas como medidas de protección en asuntos de violencia intrafamiliar se realicen de forma coactiva. Sobre este punto, considera la Sala, que la norma en comento es clara cuando establece que la sanción pecuniaria es convertible en arresto, no porque se trate de una deuda civil, sino porque hace parte de la integralidad de la sanción.

Respecto a las multas convertibles en arresto, el Máximo Organo de Control Constitucional ha sentenciado que: “la conversión así ordenada, es una pena supletoria ante el incumplimiento de la pena principal impuesta. La pena pecuniaria -la multa- es convertida o transformada por el legislador en desarrollo del principio de legalidad de la sanción, en una pena privativa de la libertad -el arresto-, habida cuenta del incumplimiento de la primera por quien ha sido condenado por la justicia penal. Su fundamento jurídico reside entonces, esencialmente en el incumplimiento del condenado a cumplir con la pena principal impuesta y en la necesidad social de evitar la impunidad de las conductas delictivas”.

Criterio reiterado en sentencia C-194 de 2005, al establecer:

“Y tan cierto es que la multa no es una deuda que la Corte Constitucional, al definir el alcance del artículo 28 de la Constitución Política, ha señalado que cuando la Carta prescribe que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas”, aquella lo hace en relación con los créditos civiles y no con los que dimanen de la conducta delictiva del individuo, por lo cual es perfectamente posible que la multa se convierta en arresto o, lo que es lo mismo, que el derecho a la libertad personal se vea condicionado por el cumplimiento de la obligación dineraria constitutiva de multa”.

Epílogo de la anterior línea jurisprudencial es, que el arresto por una deuda civil comporta una situación diametralmente diferente a la conversión de una multa en arresto, por cuanto la teleología de la imposición de esta última opción es garantizar que la conducta reprochada no quede en la impunidad, ya que en este caso, la actuación de la juez accionada conlleva que la Comisaria de Familia no pueda cumplir con las funciones signadas por la ley en punto de ejecución y cumplimiento de las sanciones por desobediencia de las medidas de protección, dejando en total desprotección a las víctimas de la violencia, haciendo totalmente nugatorias las medidas en buena hora entronizadas por el legislador frente a un fenómeno tan visible de nuestra sociedad Colombiana.

Frente a dicho escenario fáctico, la decisión que se fustiga como violatoria del derecho fundamental al debido proceso, violatoria del principio de igualdad, de la seguridad jurídica, no luce motivada con apego a la normatividad que regula la materia, pues si como expone la funcionaria accionada, la revocatoria de la sanción de arresto obedece a la aplicación de los principios que inspiran la aplicación e interpretación de la Ley 294 de 1996, tal como se pincelara párrafos atrás, se considera que antes que estar en armonía con aquellos, se obró de espaldas, si se repara que las medidas de protección que se adopten al seno de los asuntos de violencia intrafamiliar están enderezadas a evitar cualquier forma de agresión en una amplia acepción, cuya causa sea el comportamiento de otro integrante de la unidad familiar.

Este asunto inclusive adquiere un mayor acento, con la legislación sobreviniente contenida en el Decreto 4799 de 2001, en donde ofreciendo mayor ilustración sobre el tema, el artículo 6º estableció que: “De conformidad con lo previsto en los artículos 7º y 11º de la ley 294 de 1996, modificados por los artículos 4º y 6º de la ley 575 de 2000, en caso de incumplimiento de las medidas de protección definitivas o provisionales, se adelantarán las siguientes acciones: a) las multas se consignarán en las tesorerías distritales o municipales, con destino a un fondo cuenta especial

que deberá ser creado por cada entidad territorial, de conformidad con las normas jurídicas, para cubrir costos de los centros o programas de asistencia legal o de salud para las mujeres víctimas de violencia; b) El arresto procederá a solicitud del Comisario de Familia y será decretado por el Juez de Familia, o en su defecto, por el Juez Civil Municipal o Promiscuo Municipal, quien deberá ordenarlo en la forma prevista en el artículo 11 de la ley 575 de 2000 en concordancia con el artículo 12 del Decreto 652 de 2001 y disponer su cumplimiento, comunicando a la Policía Nacional para que proceda a la aprehensión de quien lo incumplió, y al posterior confinamiento en establecimiento de reclusión, sin que sea posible sustituirlo por arresto domiciliario”.

Preceptiva ésta que a todas luces decanta la procedencia de la sanción de arresto en el evento del incumplimiento de las medidas de protección, de donde se sigue, que no por la salvaguarda al derecho fundamental de la libertad personal, -cuya valía por supuesto no se desconoce, para asuntos tan sensibles como los que regula la ley 294 de 1996, Ley 575 de 2000, Ley 1257 de 2008, Decreto 4799 de 2011-, el incumplimiento de las medidas de protección en casos de violencia intrafamiliar, impida la conversión de la multa en arresto, ya que es totalmente viable cuando por vez primera se desatiende la medida la multa entre dos (2) y diez (10) salarios mínimos legales mensuales, convertibles en arresto, como en forma prístina lo consagra el literal a) del artículo 4 de la Ley 575 de 2000, por lo que tampoco se hace menester como aduce la funcionaria accionada que se adelante un segundo desacato para allí si imponer el arresto de 30 a 45 días, medida que en su sentir no deja sin facultades a la Comisaria de Familia para proteger a las víctimas de violencia intrafamiliar.

La colegiatura considera que la imposición de la sanción de arresto referenciada por la Juez accionada, sí que luce desproporcionada por lo drástico de sus términos, con todo que la decisión que se ataca vía constitucional, es la de incumplimiento por vez primera, y, en la que a tono con lo esbozado no se tomó en cuenta, que la multa es perfectamente conmutable o convertible en arresto dentro de los precisos lindes allí estipulados, ya que como viene de verse si la multa no obedece al incumplimiento de una obligación civil, existía todo el aval legal para proceder de conformidad, máxime que como se consignara la COMISARIA DE FAMILIA, conserva la competencia para la ejecución y cumplimiento de las medidas de protección, sobre todo si en medio del drama familiar están afectados menores de edad, como acaece en el sub judice, en donde existe informe psicológico que da cuenta de la afectación emocional del niño DAYRON CATAÑO TORO, a partir de los hechos de violencia intrafamiliar propiciada por su padre (folio 19 expediente 0211 de 2010 demandante ALBA YULY TORO PUERTA demandado LEONARDO CATAÑO VALENCIA).

En este orden de ideas, la acción de tutela tiene vocación de prosperidad, toda vez que la actuación de la funcionaria accionada es constitutiva de vía de hecho por defecto sustantivo, al no aplicar como se puntualizó el claro sentido de la norma bajo análisis, por lo que de contera se dejará sin efecto el auto de fecha 10 de noviembre de 2011 proferido dentro de la denuncia instaurada por ALBA YURI TORO PUERTA, para que la Juez Segunda de Familia de Cartago, proceda a proferir providencia debidamente motivada, de acuerdo a las consideraciones que anteceden.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00080-00) del 24 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: concede la protección solicitada.

EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN EL RECURSO DE QUEJA – El error del juzgado al omitir la fijación del aviso de expedición de las copias no puede ser atribuido a la parte que actuó de manera diligente.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 378.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-1306 de 2001.

TESIS LA DECISIÓN:

Para establecer si la vulneración denunciada acaeció, y por ende proveer lo que corresponda alrededor del amparo constitucional bajo estudio, pertinente se torna plasmar una reseña de la actuación procesal que tiene relación directa con la queja tutelar.

En el decurso del proceso de ejecución atrás mencionado, la parte demandante [aquí accionante] interpuso recurso de reposición contra el auto del 11-01-2011 proferido por el Juzgado Cuarto Civil Municipal de Palmira, mediante el cual se ordenó distribuir el producto del remate *“entre los acreedores de acuerdo con la prelación de ley”*.

Por interlocutorio No. 555 del 22-02-2011 el aludido despacho judicial decidió no revocar la providencia impugnada.

Contra el anterior auto la aquí accionante interpuso recurso de reposición y en subsidio apelación *“...en lo que tiene que ver con el envío de los dineros que se encuentran a su disposición producto del remate del bien inmueble dado en garantía hipotecaria, en su totalidad, al Juzgado Tercero Laboral del Circuito de Palmira, dando aplicación al artículo 542 del C.P.C....”* (folio 195 fte. cdo. 1 del expediente original contentivo del proceso ejecutivo).

Por auto del 25-04-2011 el juzgado decidió *“...NEGAR por improcedente el anterior recurso de reposición (...) toda vez que el auto que decide sobre la reposición no es susceptible de ningún recurso...”*. Y en cuanto a la apelación subsidiariamente interpuesta negó concederla *“...toda vez que no se hizo en momento oportuno...”* (folio 198 fte. cdo. ib.).

Contra ésta ultima determinación [no conceder la apelación] la accionante interpuso recurso de reposición, y subsidiariamente solicitó la expedición de copias para recurrir en queja ante el superior (folios 199 y 200 cdo. ib.).

Mediante providencia interlocutoria #1926 del 01-08-2011 el juzgado se sostuvo en su determinación de no conceder la alzada, y dispuso expedir copias de *“...la totalidad del presente cuaderno incluida ésta providencia...”*, agregando que *“...si no se aportan las expensas necesarias en el término de cinco días el recurso serpa declarado desierto...”* (folio 202 cdo. ib.).

La recurrente [aquí accionante] suministró oportunamente “...*las expensas necesarias para la expedición de las copias...*”, según constancia secretarial de fecha 9 de agosto de 2011 obrante a folio 201 del cuaderno ib.

Sin que por parte del juzgado *a-quo* se fijase EL AVISO DE EXPEDICION DE COPIAS de que trata el inciso 5 del artículo 378 del C. de P: Civil, el 7 de septiembre de 2011 el secretario de ese despacho entregó las multicitadas copias al apoderado de la recurrente [ver constancia secretarial a folio 205 fte. cdo. ib.], quien dentro de los cinco días hábiles siguientes, es decir, oportunamente, formuló el recurso de queja ante el Juzgado Civil del Circuito -reparto- de Palmira (ver, folios 205 y 206 cdo. ib.).

Por auto del 17 de noviembre de 2011 [folio 211 fte. y vto. cdo. ib.] el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO, al advertir la ausencia del AVISO atrás mencionado, concluyó que lo pertinente era requerir al juzgado *a-quo* para que “...*a través de su secretaría...*” dejara constancia acerca de “...*la fijación del aviso...*”, toda vez que, destacó, sin esa información no era posible establecer si las copias fueron retiradas por la recurrente en el término prescrito por el inciso 5 del artículo 378 del C.P.C., es decir, “...*dentro de los tres días siguientes al aviso de su expedición por parte del Secretario, en la forma establecida en el artículo 108...*”.

El Juzgado *a-quo*, al recibir el requerimiento anterior, contrario a informar a su superior lo sucedido [a saber, que había omitido fijar el tantas veces citado aviso], procedió a fijar el aviso, lo cual ocurrió el 18 de enero de 2012 como si eso fuera lo que había dispuesto el *ad-quem*, (ver, folios 214, 215 y 216 cdo. ib.). Y el 25-01-2012, en vez de remitir la actuación al superior, que era lo que correspondía, decidió entregar a la recurrente las mismas copias que ésta había obtenido y sufragado desde la oportunidad anterior, “...*para los efectos a que haya lugar...*” (folio 217 fte. cdo. ib.).

Es entonces donde al presentar la recurrente las copias al juzgado competente para decidir la queja [CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE PALMIRA], se profirió el auto de fecha 07-02-2012 que suscita la queja tutelar *sub-discussio*, en el cual el aludido juzgado decidió declarar INADMISIBLE el recurso de queja en cuestión, y dispuso devolver lo actuado al juzgado *a-quo*.

Fincóse esa decisión en la consideración según la cual la recurrente retiró las copias por fuera del término de tres días que tenía para ello, los cuales contabilizó a partir del día siguiente al de fijación del aviso. Concluyó, así, que esos tres días fueron “...*el 20, 23 y 24 de la citada mensualidad...*”, al paso que la recurrente las retiró de la secretaría del juzgado *a-quo* “...*el día 25 de enero (..) circunstancia que denota sin lugar a dudas, que el lapso para retirarlas, a dicha fecha, ya había precluido...*” (folio 221 fte. cdo. ib.).

El relato cronológico de los hechos sucedidos al interior del proceso en el cual se denuncia vulneración revelan que a pesar de la omisión en que incurrió el Juzgado Civil Municipal durante el trámite que antecedió a la formulación del recurso de queja [no fijación del aviso de expedición de copias], la recurrente oportunamente sufragó las expensas correspondientes y retiró las copias cuando ese despacho se las entregó [ver constancia de fecha 07-09-2011 glosada a folio 203 fte. cdo. ib.]; e igualmente formuló el recurso de queja ante el superior dentro del término de ley [cinco días siguientes a la entrega de las copias].

O sea, cumplió con todas las cargas procesales y pecuniarias que el ordenamiento le impone. De ahí que descargar sobre ella los efectos de la omisión en que incurrió el juzgado de primera instancia, bajo el excesivamente formalista argumento de que

cuando ese despacho corrigió su desbarro [entre otras cosas, no fue eso lo que el juez de la queja ordenó] aquella retiró nuevamente las copias un día después del término de tres días siguientes a la fijación del aviso [cuando, véase la paradoja, esas copias no solo habían sido retiradas oportunamente por ella en su momento, sino que el juez de la queja jamás ordenó que el recurso de queja debía nuevamente interponerse], tipifica, en sentir de ésta Sala, la causal específica de “*exceso ritual manifiesto*” que -bien sabido es- allana el camino a la protección constitucional incoada, toda vez que la aplicación de las reglas de carácter procedimental no puede llegar a un grado de rigor tal que se sacrifique el goce de los derechos sustanciales; con mayor razón cuando con ellos se compromete un derecho fundamental.

Ha dicho el órgano de cierre constitucional, en efecto, que

“...el juez que haga prevalecer el derecho procesal sobre el sustancial, especialmente cuando este último llega a tener la connotación de fundamental, ignora claramente el artículo 228 de la Carta Política que traza como parámetro de la administración de justicia la prevalencia del derecho sustancial sobre las formas.

(...) si el derecho procesal se torna en obstáculo para la efectiva realización de un derecho sustancial reconocido expresamente por el juez, mal haría éste en darle prevalencia a las formas haciendo nugatorio un derecho del cual es titular quien acude a la administración de justicia y desnaturalizando a su vez las normas procesales cuya clara finalidad es ser medio para la efectiva realización del derecho material (art. 228).”

Agregó al órgano de cierre constitucional, en el pronunciamiento acabado de citar, que se vulnera el derecho al debido proceso “*por exceso ritual manifiesto*” en una providencia judicial cuando por causa de la aplicación literal de una norma procesal se produce una “*...renuncia consciente de la verdad jurídica objetiva evidente en los hechos, por extremo rigor en la aplicación de las normas procesales...*”

En el presente caso, reitera la Sala, se verifica el precedente constitucional citado, pues al declarar inadmisibles los recursos de queja tantas veces mencionado, el juzgado accionado se apartó conscientemente de una realidad objetiva: la de que (i) la recurrente cumplió cabal y oportunamente las cargas procesales y económicas que le incumbían para que su recurso fuese tramitado y decidido; y (ii) que la omisión en que incurrió el juzgado de primera instancia [CUARTO CIVIL MUNICIPAL DE PALMIRA] no tiene porqué repercutir contra la parte que actuó diligentemente. Tanto menos si, como enantes se dejó destacado, ese despacho –sin que su superior así lo hubiese dispuesto- decidió por sí y ante sí corregir su dislate, con lo que sin razón plausible alguna obligó a dicha recurrente a volver a hacer lo que ya había hecho.

Lo anterior, desde luego, como resultante de una aplicación distorsionada, que supera incluso el concepto de “*excesivo rigor*”, del artículo 378 del C. de P. Civil, lo cual tradujo el desconocimiento del derecho fundamental al debido proceso de la señora YULI VALENCIA VILLADA.

En tales condiciones, y puesto que la afectada interpuso infructuosamente el único recurso [reposición] que procedía contra la decisión que suscita su agravio, se impone dispensar el amparo constitucional por ella incoado.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00088-00) del 02 de mayo de 2012, con ponencia del Dr. Felipe Francisco Borda Caicedo. Decisión: tutela el derecho al debido proceso. Nota: con salvamento de voto de la Dra. María Patricia Balanta Medina.

DIVORCIO – El juez, independientemente de la causal alegada, para efectos de los alimentos, debe considerar la culpabilidad del cónyuge en la ruptura de la unidad familiar.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 154, numeral 8; Código de Procedimiento Civil, artículo 444.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia C-600 de 2000.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De la recensión que viene de hacerse es claro que el punto concreto de controversia y por consiguiente materia de decisión por la Sala, es el tema de la declaración de culpabilidad en el divorcio para el sostenimiento de la obligación alimentaria a cargo del demandante y a favor de la demandada, puesto que el asunto del divorcio, por la causal 8ª, artículo 154 del C.C., definido quedó en primera instancia, sin reparo de los antagonistas procesales, luego entonces intangible en esta instancia resulta.

En efecto, el Juez de primer grado decretó el divorcio –cesación de efectos civiles de matrimonio católico- por la causal ya aludida, es decir por la separación de cuerpos de hecho de los consortes GIL- GARCÉS; sin embargo soslayó conscientemente la declaración de culpabilidad y la regulación del cuota alimentaria, asido de la condición objetiva de la causal de divorcio probada, esto es, la separación de cuerpos de hecho por más de dos años y la ausencia de demanda de reconvencción.

Esa determinación judicial habrá de ser infirmada, pues no comulga la Sala con ella, ni con el razonamiento sobre el cual está edificada, como pasa a explicarse.

Como en multitud de oportunidades lo ha señalado esta Sala, evidentemente la causa de divorcio enlistada en el numeral 8., artículo 6º, Ley 25 de 1992, modificatorio del artículo 154 del C.C. que hace relación a la separación judicial o de hecho que perdure más de dos años, es de aquellas denominadas por la doctrina especializada, causal remedio, bajo la fundamental consideración que lo que hace es salirle al paso a una situación de quiebre matrimonial irreversible, atendiendo a que un distanciamiento marital de esas características es indicativo de un estado de cosas que no ameritan la continuidad de esa relación legal.

De igual manera, es punto pacífico en el concierto jurídico nacional que la causal en tratativa es objetiva, porque, es suficiente demostrar la separación física por el espacio temporario señalado en la norma –dos años- para conseguir la consecuencia jurídica, esto es, el divorcio, sin que sea esfuerzo del extremo, ni laborío del funcionario judicial auscultar en la responsabilidad o inocencia de los cónyuges en el quiebre de la unidad familiar, tema que en el ámbito de otras causales es determinante para efectos de establecer la legitimación en la causa con arreglo a lo previsto en el artículo 156 del C.C, en virtud del cual, “El divorcio solo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motivan...”, porque:

Como la convivencia de la pareja que se une en vínculo matrimonial, no puede ser coaccionada -como se dijo- resulta constitucional que probada la interrupción de la vida en común se declare el divorcio, así el demandado se oponga, porque su condición de cónyuge inocente no le otorga el derecho a disponer de la vida del otro -artículo 5° C.P.-. De tal manera que cuando uno de los cónyuges demuestra la interrupción de la vida en común procede la declaración de divorcio porque un vínculo que objetivamente ha demostrado su inviabilidad, no puede, invocando el artículo 42 de la Constitución Nacional, mantenerse vigente debido a que es precisamente esta disposición la que promueve el respeto, la unidad y armonía de la familia y estas condiciones solo se presentan cuando a la pareja la une el vínculo estable de afecto mutuo.-

Sin embargo, se tiene sentado que la característica objetiva de la causal invocada para el divorcio, no clausura la posibilidad para considerar los aspectos patrimoniales derivados de tal determinación, como los atinentes a donaciones y alimentos, por ejemplo. En atención a ello, si esos temas se deben definir, tarea es analizar el comportamiento marital y la responsabilidad que le asista a cada esposo en el colapso de la unidad familiar, para que a partir de allí se genere la correspondiente cascada de consecuencias jurídicas.

En materia de alimentos el señalamiento de ellos a cargo de un cónyuge y correlativamente a favor de otro, estriba en el concepto de culpa en el divorcio o separación de cuerpos, según lo dispone el numeral 4º, artículo 411 del C.C., norma que manda realizar esta especie de juicio cuando de regular alimentación se trata.

Y en el proceso de divorcio el artículo 444 del C.P.C. le impone al juez decidir en la sentencia de manera oficiosa, valga decir, sin pretensión de parte, además, sobre el cuidado personal de los hijos, patria potestad, alimentos de los hijos y alimentos entre cónyuges, es que, “Al respecto basta examinar con el apropiado cuidado el artículo 444 citado, en sus numerales 4 –letras a) y d)- y 5, recordando que son órdenes para el juzgador de modo que así no fuere pretensiones formuladas, debe proveer sin que ante dicho mandato la sentencia sea ultra petita ni extra petita.” –negrillas de la Sala-

Entonces, independientemente a la causal enrostrada para pedir el divorcio -porque la norma no distingue-, corresponde al juez proveer sobre ese tema, y de allí se sigue que la objetividad de la causal no impide, ni desplaza tal proferimiento, imponiendo en

tal caso el deber entonces de auscultar sobre la responsabilidad en la culminación del vínculo y consiguientemente la declaración de cónyuge culpable y cónyuge inocente.

En términos de la Corte Constitucional en la providencia líneas atrás recordadas:

De tal manera que si la causa de divorcio tiene consecuencias patrimoniales, vinculadas con la culpabilidad de las partes, así el demandante opte por invocar una causal objetiva para acceder a la disolución del vínculo, el consorte demandado está en su derecho al exigir que se evalúe la responsabilidad del demandante en la interrupción de la vida en común. Empero, al parecer de la Corte este derecho no lo desconoce la norma en comento, puesto que no por el hecho de establecer una causal objetiva el juez debe hacer caso omiso de la culpabilidad alegada por el demandado, cuando otras disposiciones lo obligan a establecer los efectos patrimoniales de la disolución acorde con la culpabilidad de las partes y por cuanto el estatuto procesal civil diferencia, por el trámite, la invocación del divorcio por mutuo acuerdo -jurisdicción voluntaria- y el divorcio por las otras causales sujeto al procedimiento abreviado -artículo 427 C. de P.C.-. Además cuando hay contención se admite la reconvencción -Artículo 433 del C. de P.C.- y el juez está obligado a resolver respecto de la disolución del vínculo y del monto de la pensión alimentaria que uno de los cónyuges deba al otro -artículo 444 C.P.C.-, asunto que - como se dijo-, se deriva de la culpabilidad de los cónyuges en la causa que dio origen al divorcio. –negrillas no son del texto original-.

De allí pues que descaminó el Juez de primer grado al abstenerse de arrostrar el tema alimentario con base en la naturaleza objetiva de la causal invocada para el divorcio.

Entonces, de cara la Sala a la solicitud elevada por la demandada al contestar la demanda en torno a la regulación de la cuota alimentaria, lo primero que debe decantarse es la culpabilidad en el divorcio; y al arrostrar esta arista, revisando el material probatorio recaudado en el proceso, a fe que halla probado que quien con su comportamiento determinó el finiquito de la unidad familiar, sin duda, fue el demandante TITO GIL MONTAÑO, puesto que incluso joven la relación de pareja, frecuente y continuamente abandonó a su esposa e hijos y estableció relaciones maritales con otras mujeres, incluso se dice que contrajo otro matrimonio y ciertamente obra a folios 119 un acta eclesiástica de matrimonio celebrado el 30 de septiembre de 1962 entre el actor y la señora MARÍA BÁRBARA BUITRAGO RAMÍREZ, con quien se le ha atribuido vida marital, documento - no fue redargüido de falso- que si bien no acredita su estado civil de casado, por lo menos demuestra la celebración de ese rito católico.

La anterior aserción se finca también en los contestes y unísonos testimonios de los hijos de la pareja - FREDDY MONTAÑO GARCÉS, HENRY MONTAÑO GARCÉS y NANCY MONTAÑO GARCÉS-, quienes a pesar de poner de presente los valores que les inculcó su padre y cierta resistencia a que ellos se divorcien legalmente, narran cómo durante gran parte de su niñez fueron asistidos por su madre, porque el señor GIL MONTAÑO pese a tener una buena condición económica, se sustraía sistemáticamente el cumplimiento de sus obligaciones y se alejaba de su hogar, correspondiéndole a la señora GARCÉS asumir la carga filiar. Por modo pues que,

está demostrada la culpabilidad del demandante en el divorcio y así habrá de declararse para los efectos de lo que aquí interesa.

Ya en lo que respecta al derecho de alimentos de la demandada, debe decirse que también están probados los supuestos para mantenerla, dado que el alimentante tiene capacidad económica por cuanto disfruta de una pensión de jubilación y no registra obligaciones distintas a su propia subsistencia que lo graven; en tanto que la alimentaria es una persona mayor adulta que se aproxima a los 70 años de existencia y no tiene bienes o ingresos de los cuales pueda derivar su sustento, situación que evidencia la necesidad. Ahora, como la cuota acordada por los contendientes en el proceso de aumento adelantado en el mismo Juzgado Segundo de Familia de Buenaventura, no fue fundadamente cuestionada por ninguno de los extremos, considera la Sala ajustado a la ley mantenerla.

En tales condiciones, habrá de adicionarse la sentencia recurrida para proveer en torno a los alimentos en decisión que comporta la declaración de culpabilidad.

Sentencia de 2ª instancia (014234) del 09 de mayo de 2012, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: adiciona la sentencia apelada en lo relativo a los alimentos.

EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN JUDICIAL DE PERSONA NATURAL COMERCIANTE – Al no aceptar la constancia de las obligaciones fiscales tomada de la página electrónica de la DIAN/EXCESO RITUAL MANIFIESTO EN PROCESO DE REORGANIZACIÓN JUDICIAL DE PERSONA NATURAL COMERCIANTE – La Ley 1116 de 2006 no exige que la cesación de pagos se demuestre con todos los acreedores relacionados por el interesado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1116 de 2006, artículo 9, numeral 1º.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-264 de 2009; Tribunal Superior de Buga, tutela del 05 de julio de 2011, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el asunto que ocupa la atención de la Sala, se tiene que la accionante promovió ante el Juzgado Segundo Civil del Circuito de Palmira, proceso de reorganización judicial, en su calidad de persona natural comerciante, ante lo cual la autoridad jurisdiccional accionada la requirió para que acreditara la correspondiente cesación de pagos, certificado de paz y salvo de obligaciones fiscales expedido por la DIAN y el Municipio de esa ciudad, de conformidad con la Ley 1116 de 2006 –Fs. 39 y s.s.-.

Ante esa determinación, la apoderada de la quejosa arrimó constancias sobre las obligaciones fiscales, especialmente de la DIAN a través de documento impreso de la *websíte* de esa entidad, y las de la de mora expedida por tres de sus acreedores

–una persona natural y dos compañías financieras-. Seguidamente, mediante providencia del 23 de febrero pasado, la juez enjuiciada resolvió rechazar la solicitud de marras, considerando que no se había allegado la certificación de la institución aduanera, desestimando el documento impreso contentivo de la consulta virtual sobre ese particular, señalando igualmente que la constancia sobre la cesación de los pagos debía comprender a todos los acreedores, más no tres, de los siete relacionados –Fs. 47-, amén que fueron presentadas, una en original, y dos escaneadas.

Contra la anterior decisión, la actora formuló recurso de reposición alegando que el art. 10 de la Ley 1116 de 2006 no exigía el número de constancias sobre cesación de pagos que exigía la juzgadora, y que, el documento sobre la obligación fiscal, fue producido directamente por la DIAN, aunado que arrimó la respectiva certificación proferida por el Jefe de Cobranzas de tal entidad –F. 50-.

Frente al anterior recurso, la Jueza Segunda Civil del Circuito de Palmira se pronunció desfavorablemente, por demás en forma lacónica, insistiendo que de conformidad con las directrices de la Superintendencia Financiera y una decisión en sede de tutela proferida por este Tribunal, la accionante debió aportar la certificación producida por la DIAN –F. 51-.

La recensión que viene de hacerse permite concluir a la Sala que en verdad la Juez accionada al rechazar la solicitud reorganización judicial de persona natural comerciante, incurrió en una vía de hecho procedimental por exceso ritual manifiesto, si se tiene en cuenta que, si bien es cierto la Ley 1116 de 2006 exige para la admisión de la petición en mientes que el concursado no tenga a cargo obligaciones vencidas a favor de las autoridades fiscales por retenciones, también lo es que, la norma en comento no señala expresamente el medio probatorio en particular para la acreditación de dicha circunstancia. En ese orden, a juicio de la Corporación la constancia de consulta extraída de la *website* de la DIAN que informó “...no hay saldos calculados de obligaciones asociadas” -F. 41-, por parte de señora OLGA PATRICIA BURBANO MUÑOZ es completamente válida, pues ella da cuenta de la exigencia requerida por el Legislador. Más aún, cuando hoy las nuevas tecnologías han agilizado todo tipo de trámites ante la administración pública. No es ajeno a la realidad, que en varias ocasiones las gestiones producidas por las entidades estatales como privadas se cargan para su consulta a través de la Internet, como por ejemplo, las operaciones bancarias y los concursos de méritos para ocupar vacantes, lo concerniente a los antecedentes penales, disciplinarios, fiscales etc. De suerte que la exigencia sobre ese particular por parte del Juzgado accionando, es una muestra de apego extremo a la normatividad, que desemboca por supuesto en un exceso ritual manifestó, más gravoso y preocupante aún, cuando la juez cuestionada echó de menos la certificación producida por la DIAN que fue allegada en ocasión al recurso de reposición contra la decisión que se ataca en sede de tutela.

Y es que la vía de hecho por defecto procedimental no sólo se observa en ese proceder, sino al concluir, de guisa abiertamente errónea, que el art. 9 num. 1º de la Ley 1116 de 2006, forzosamente exigía que la cesación de pagos se demostraba con todos los acreedores que relacione el interesado, cuando la norma en mención lo que realmente señala es: *“El deudor estará en cesación de pagos cuando: incumpla por más de noventa (90) días de dos (2) o más obligaciones a favor de dos (2) o más acreedores...”*

Finalmente, debe destacar la Sala que la providencia producida por este Tribunal que sirvió de apoyo para la decisión de la Juez accionada, en el sentido de que la certificación de la DIAN era un requisito obligatorio, no procede aplicarla en el evento *sub-xámine*, habida consideración que en esa oportunidad la Colegiatura lo que reprochó fue la intención del concursado de sustraerse tal exigencia bajo el pretexto de que no tenía trabajadores o empleados a su servicio, supuestos de hecho muy distantes al que ahora llama la atención del Despacho.

En tal virtud, ante el cúmulo de desbarros cometidos por la Juez accionada, uno de ellos que configuró un exceso ritual manifiesto al rechazar la demanda de marras, no queda otro camino que acceder al amparo deprecado para dejar sin efecto la decisión confutada en sede constitucional, ordenándole a la operadora judicial que proceda al estudio de la demanda, haciendo abstracción del requisito tratado por esta Sala.

En cuanto a la morosidad en las decisiones emitidas por el Juzgado accionado, evidencia la Sala que la presunta vulneración al debido proceso por esa circunstancia, se encuentra superada como quiera que finalmente se emitieran, además de que se dispuso la correspondiente investigación disciplinaria, sin perjuicio de que la interesada promueva la respectiva denuncia.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00094-00) del 14 de mayo de 2012, con ponencia del Dr. Orlando Quintero García. Decisión: tutela el derecho al debido proceso.

PERJUICIOS MORALES – El juez goza de arbitrio ponderado en la determinación de su cuantía/DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN – No es necesario que el daño sea en extremo significativo/ACCIÓN DERIVADA DEL CONTRATO DE SEGURO DE RESPONSABILIDAD CIVIL – El punto de partida del término prescriptivo lo constituye, frente al asegurado, el momento en el cual la víctima formula la petición judicial o extrajudicial.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículos 2341 a 2356; Código de Comercio, artículos 1081 y 1131; Código de Procedimiento Civil, artículos 177 y 306.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, decisiones 1998-04690-01 del 29 de junio de 2007, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, del 18 de septiembre de 2009, con ponencia de William Namén Vargas y 2005-00611-01 del 26 de agosto de 2010, con ponencia de la magistrada Ruth Marina Díaz Rueda; Corte Constitucional, sentencia C-916 de 2002; Tribunal Superior de Buga, Sala Civil-Familia, decisión 15588 de 2011, con ponencia del magistrado Felipe Francisco Borda Caicedo.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Respecto a la tasación de los perjuicios morales, que en sentir del actor debieron tasarse por un valor más elevado, debe precisarse que “El daño moral, en sentido lato, está circunscrito a la lesión de la esfera sentimental y afectiva del sujeto, “que corresponde a la órbita subjetiva, íntima o interna del individuo”, de tal manera que no es posible establecer su cuantificación de forma matemática y exacta, dejando al arbitrio del juez, según las particularidades del caso, los criterios subjetivos de la reparación integral. Por ello la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha establecido que “ni en la jurisdicción civil ni en la jurisdicción contencioso administrativa existe una disposición legal que restrinja la discrecionalidad del juez para decidir la reparación de perjuicios morales”. De tal manera que “En el empeño de encarar directamente el asunto, la Sala precisa que, para la valoración del quantum del daño moral en materia civil, estima apropiada la determinación de su cuantía en el marco fáctico de circunstancias, condiciones de modo, tiempo y lugar de los hechos, situación o posición de la víctima y de los perjudicados, intensidad de la lesión a los sentimientos, dolor, aflicción o pesadumbre y demás factores incidentes conforme al arbitrio judicial ponderado del fallador”.

Descendiendo al caso a estudio, no encuentra la Colegiatura que el valor estimado por el juez de primera instancia, sea lejano a la realidad, si se tiene en cuenta que, si bien existe una lesión física que puede afectar el fuero interno y las emociones de la señora NARLY ROCIO PONCE, esta situación no reviste una gravedad de tal magnitud que justifique indemnizar por el tope máximo que ha reconocido la jurisprudencia, máxime cuando existe un concepto psicológico en el que consta que “la paciente ha superado las secuelas emocionales del accidente y ha logrado continuar con sus rutinas habituales. Paciente colaboradora con la entrevista, se relaciona con entrevistadora, no se evidencian síntomas psicóticos, no ideas suicidas ni homicidas en sesión. No se evidencia sintomatología depresiva”. De tal manera, que si bien el accidente pudo ocasionar dolor, angustia, desasosiego en la demandante, no llegó al punto de soportar una lesión que pudiera afectar su movilidad, entre otras trágicas situaciones que pudieran presentarse.

Ahora bien, en lo que respecta al monto de los perjuicios morales señalados a la víctima, cumple decir, que la tasación efectuada por el juzgador de primer grado, no sólo se ubica dentro de los precisos lindes trazados por nuestro máximo organismo de cierre ordinario, para otorgar indemnizaciones por daños similares a los fallados en asuntos parecidos, quien, atendidas las particularidades del caso, sobre el específico punto ha señalado una suma orientadora de cuarenta millones de pesos (\$40.000.000.00), siendo el factor económico utilizado el peso y no el salario mínimo como lo estableció el a quo; sino que además, la suma la suma reconocida - 50 salarios mínimos legales vigentes- para la demandante, teniendo en cuenta que para la época de la sentencia el salario mínimo era de \$535.600.00, la indemnización equivale a la suma de \$26.780.000, dicho valor se encuentra dentro de la variante establecida por la alta Corporación.

A lo que cabe añadir, que como inclusive la condena impuesta fue por valor superior al deprecado en el libelo, si se repara que lo solicitado por dicho rubro fue un monto equivalente a \$25.000.000.00, mal se puede pretender vía de apelación una condena mayor, la que por cierto, por efecto del principio de la reformatio in pejus, y tratándose de apelante único no se podrá reformar en peor. Colofón, no

existe fundamento alguno en el actual estadio procesal para revisar la susodicha cuantía de la condena.

Decantados los dos problemas jurídicos propuestos, procede la Sala a resolver el tercer problema jurídico, en punto de que en sentir de la demandante, el a quo debió reconocer el daño denominado a la vida de relación y no el daño emergente fisiológico como en efecto se hizo, siendo ésta última figura obsoleta jurisprudencialmente.

Nótese que el juez de primera instancia valoró como daño emergente fisiológico las futuras intervenciones quirúrgicas para restablecer la lesión causada, lo cual de acuerdo a lo probado dentro del proceso, ascendía a la suma de \$23.500.000, pero solo se reconoció \$20.000.000 por el límite de la pretensión. No encuentra la Sala razonable la inconformidad del actor, pues si bien puede tratarse de un daño emergente futuro, es una indemnización favorable a la demandante, por lo que sería incoherente su revocatoria.

El daño a la vida de relación, ha sido reconocido por la jurisprudencia por unas notas características, compendiadas en el siguiente extracto:

“(…) el daño a la vida de relación se distingue por las siguientes características o particularidades: a) tiene naturaleza extrapatrimonial o inmaterial, en tanto que incide o se proyecta sobre intereses, derechos o bienes cuya apreciación es económicamente inasible, por lo que no es dable efectuar una mensura que alcance a reparar en términos absolutos la intensidad del daño causado; b) adquiere trascendencia o se refleja sobre la esfera externa del individuo, situación que también lo diferencia del perjuicio moral propiamente dicho; c) en las situaciones de la vida práctica o en el desenvolvimiento que el afectado tiene en el entorno personal, familiar o social se manifiesta en impedimentos, exigencias, dificultades, privaciones, vicisitudes, limitaciones o alteraciones, temporales o definitivas, de mayor o menor grado, que él debe soportar o padecer, las cuales, en todo caso, no poseen un significado o contenido monetario, productivo o económico; d) no sólo puede tener origen en lesiones o trastornos de tipo físico, corporal o psíquico, sino también en la afectación de otros bienes intangibles de la personalidad o derechos fundamentales, e incluso en la de otro tipo de intereses legítimos; e) según las circunstancias de cada caso, puede ser sufrido por la víctima directa de la lesión o por terceros que igualmente resulten afectados, como, verbigracia, el cónyuge, el compañero o la compañera permanente, los parientes cercanos o los amigos, o por aquélla y éstos; f) su reconocimiento persigue una finalidad marcadamente satisfactoria, enderezada a atemperar, lenificar o aminorar, en cuanto sea factible, los efectos negativos que de él se derivan; y g) es una noción que debe ser entendida dentro de los precisos límites y perfiles enunciados, como un daño autónomo que se refleja en la afectación de la actividad social no patrimonial de la persona, vista en sentido amplio, sin que pueda pensarse que se trata de una categoría que absorbe, excluye o descarta el reconocimiento de otras clases de daño - patrimonial o extrapatrimonial - que posean alcance y contenido disímil, ni confundirlo con éstos, como si se tratara de una inaceptable amalgama de conceptos, puesto que una indebida interpretación conduciría a que no pudiera cumplirse con la reparación integral ordenada por la ley y la equidad, como infortunadamente ha ocurrido

en algunos casos, en franco desmedro de los derechos que en todo momento han de asistir a las víctimas”. (hacer cita al pie)

Descendiendo las anteriores premisas al caso bajo estudio, de cara a los medios probatorios recabados, se halla, que a consecuencia de la lesión sufrida por la señora NARLY ROCIO PONCE, se presentó una alteración significativa de su entorno exterior e interior, referida como expusieron los deponentes a que por su estado físico y cicatrices en las piernas ya no puede usar vestidos como cualquier mujer, ni asistir a los paseos propios de una región costera como es la población de Buenaventura, es más, como adujera la actora, por su estado inclusive se separó de su compañero, particularidades que conjugadas ponen al descubierto, a contrario sensu de lo averado por el funcionario de primer grado, que aquella sí se afectó en su vida de relación, que si bien no lo fue de una manera altamente significativa, puesto que puede caminar, trabajar, relacionarse con los demás, sí en su esfera de mujer, que ya no podrá lucir prendas propias para damas, ni conseguir una pareja de manera fácil, y obviamente porque tendrá que limitarse de asistir a piscinas, playas o baños públicos, situación que debe dar base para imponer condena por dicho concepto, aunque no por la suma deprecada por el actor, sino en un monto estimado de \$10.000.000.00, tomando como referente que de acuerdo al dictamen del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses se pudo determinar, las secuelas médico legales se pueden minimizar con la práctica de cirugías, en orden a mejorar la calidad de vida de la paciente.

Epílogo de lo dicho, y frente al reconocimiento del daño a la vida de relación se modificará el fallo impugnado, como se dispondrá en la resolutive de ésta decisión. Con relación a que el quantum de la liquidación de perjuicios señalados a favor de la menor hija de la afectada directa no corresponde a la magnitud del daño físico de su madre, la Sala es del parecer, que aquella no obedece o se mide por la lesión de la víctima sino por la afectación de quien tuvo que afrontar el dolor del padecimiento de su consanguínea, ora por las limitaciones que aquella situación ofreció, o ya las dificultades propias que desencadenó el insuceso, y si ello es así, no se encuentra razón alguna que de mérito para modificar el referido quantum a un monto superior, y porque con independencia de que el rubro fijado se pueda compartir o no, lo cierto es, que por efecto del principio de la reformatio in pejus, el juzgador de segundo grado se encuentra limitado para efectuar un ordenamiento distinto.

Finalmente, corresponde a la Sala determinar si operó el fenómeno de la prescripción respecto al contrato de seguro de responsabilidad civil celebrado entre la COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES DE RISARALDA y SEGUROS LA EQUIDAD.

Arguye la aseguradora que se configuró la prescripción de las acciones originadas del contrato de seguro, toda vez que el término prescriptivo ordinario empezó a correr desde la fecha que dio derecho a la reclamación, esto es, 11 de agosto de 2005, por lo que a la calenda en que se notificó del llamamiento en garantía habían transcurrido dos años y tres meses.

El A quo al momento de analizar la prescripción, acoge el argumento expuesto por la llamada en garantía, en aplicación al artículo 1081 del Código de Comercio que establece: “La prescripción de las acciones que se derivan del contrato de seguro

o de las disposiciones que lo rigen podrá ser ordinaria o extraordinaria. La prescripción ordinaria será de dos años y empezará a correr desde el momento en que el interesado haya tenido o debido tener conocimiento del hecho que da base a la acción. La prescripción extraordinaria será de cinco años, correrá contra toda clase de personas y empezará a contarse desde el momento en que nace el respectivo derecho. Estos términos no pueden ser modificados por las partes”.

No obstante, observa la Sala, que el entendido de dicha norma, no es el ofrecido por el fallador de primer grado, si se memora que de conformidad con lo puntualizado por la Jurisprudencia de nuestro máximo órgano de cierre ordinario, de fecha 29 de junio de 2009, aquel cómputo prescriptivo guarda relación cuando quien ejercita la acción es la víctima de manera directa contra la compañía aseguradora, que no es el caso, porque aquella dirigió la demanda contra el señor PINEDA TORO y LA COOPERATIVA DE TRANSPORTADORES RISARALDA LTDA, pues en el sub lite quien acciona contra la aseguradora por vía de llamamiento en garantía fue la empresa asegurada en antes citada, para cuyo efecto el conteo del término declinativo, debe apreciarse bajo los lindes del artículo 1131 del Código de Comercio, con la reforma introducida por el artículo 86 de la Ley 45 de 1990, el cual precisando el punto de partida del cómputo de los términos de prescripción, indica de manera categórica que aquel lo constituye “...frente al asegurado...” el momento en el cual “...la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial...”.

Huelga decir, que en idéntico sentido se ha pronunciado una de las Salas de Decisión Civil de esta Corporación al sentenciar: “... preciso resulta puntualizar que si bien es cierto -como lo plantea la impugnación- tal afirmación fue efectuada por la Corte en el aludido fallo pero refiriéndose al evento de la ACCION DIRECTA de la víctima contra la empresa aseguradora (hipótesis que no es la que el presente proceso exterioriza, pues quien aquí accionó contra la aseguradora -por vía de llamamiento en garantía- FUE LA EMPRESA DE TRANSPORTES ASEGURADA, y no las víctimas), no es menos verdad que tomando precisamente pié en las luminosas motivaciones de dicho fallo se impone concluir que de conformidad con el nuevo texto del artículo 1131 del Código de Comercio (con la reforma introducida por la Ley 45 de 1990), en el presente caso, en el que, se insiste, la acción derivada del contrato de seguro de responsabilidad civil no ha sido ejercida por las víctimas contra la aseguradora (acción directa) sino por la empresa de transportes ASEGURADA contra ésta, independientemente de si aquí operan las dos modalidades de prescripción extintiva consagradas en el artículo 1081 de la misma obra [la ordinaria, de dos años, o la extraordinaria, de cinco años], o solo una de ellas [la ordinaria, según la censura], es indiscutible que -en una u otra modalidad prescriptiva- el percutor o punto de partida del término prescriptivo lo constituye “...frente al asegurado...” el momento en el cual “...la víctima le formula la petición judicial o extrajudicial...”; y es paladino, según consta en los autos, que la reclamación judicial efectuada por las víctimas (demandantes) AL ASEGURADO [COOPERATIVA PROYECCION] acació el 24-01-2000 (cuando a su representante legal le fue notificado el auto admisorio de la demanda de fecha 28-10-1999), en tanto que a la empresa aseguradora [MAPRE SEGUROS GENERALES DE COLOMBIA S.A.] le fue notificado el llamamiento en garantía el 07-06- 2001, bastando entonces parangonar ambas datas para concluir que ni dos, ni cinco años, transcurrieron entrambas, lo cual desnuda la sinrazón de la censura de la tantas veces citada aseguradora respecto del despacho desfavorable que de la excepción de prescripción por ella propuesta se efectuó en el fallo de primera

instancia, pues bien ordinaria, ora extraordinaria, en el presente caso no transcurrió ninguno de los términos (dos y cinco años, respectivamente) consagrado en el artículo 1081 del Código de Comercio para su configuración...”.

Repárese entonces para el caso y tal como informan los autos, aún tomando como cimiento de la reclamación de las víctimas el llamamiento a conciliación extrajudicial a la Cooperativa de Transportadores de Risaralda Ltda, acaecida el 26 de octubre de 2006, que no la fecha de la presentación de la demanda o reclamación judicial de 16 de marzo de 2007, es palmario que a la data en que operó la notificación del llamamiento en garantía a la aseguradora 19 de noviembre del año 2007, no habían transcurrido ni los dos ni los cinco años en uno y otro caso de la acción ordinaria ni extraordinaria, singularidad que devela la improsperidad del referido exceptivo a la manera como concluyó el a quo.

Ahora como a consecuencia obvia de la declaratoria de la prescripción invocada por la llamada en garantía, el juzgador de primer grado se abstuvo de considerar los restantes medios de defensa, imperativo se aviene examinar las restantes excepciones, así dicho aspecto no haya sido objeto de impugnación, a riesgo de incurrir en decisiones incongruentes por no fallar todos los asuntos sometidos a la litis (artículo 306 C. P.C).

En orden a dicho designio, se abordará el estudio de los exceptivos enrostrados en el orden propuesto en el escrito de contestación al llamamiento, iniciando por la denominada LIMITE DEL AMPARO, COBERTURAS Y DE INEXISTENCIA DE LA OBLIGACION POR AGOTAMIENTO DE LA COBERTURA, cimentada en que la aseguradora en el eventual caso de demostrar la responsabilidad del asegurado, solo estaría obligada a cancelar hasta el límite del valor asegurado menos los deducibles. Frente a ésta defensa cumple decir, que no existe objeción en punto de que si el contrato de seguro tiene un cuerpo de condiciones generales, en donde se acuerda entre otros, el monto de las indemnizaciones a cubrir, las respectivas coberturas, exclusiones, deducibles, etc, deviene incontestable, que el cubrimiento que deba realizar, acreditada la responsabilidad del llamante en garantía como acaeció en el sub lite, no puede extenderse más allá del monto máximo estipulado por lesiones personales o muerte de una persona, esto es, por la suma de cuarenta millones de pesos moneda legal (\$40.000.000.oo), con el correspondiente deducible de un salario mínimo legal.

Respecto a la excepción rotulada como LA CONFIGURACION DE EXCLUSION DE AMPAROS Y RIESGOS NO AMPARADOS, tras aducir, que conforme a la cláusula 2 del contrato denominada EXCLUSIONES, no se cubrirían los perjuicios morales y lucro cesante, frente a la cual, nada expuso la parte demandante ni la sociedad que llamó en garantía, acotase, que no se necesita ahondar en mayores racionios de tipo fáctico o jurídico para advenir, que si el contrato de seguro contempla unas exclusiones o amparos debidamente aceptados por el asegurador, mal se puede entrar a desconocer su articulado a fin de obtener unas indemnizaciones diferentes a las contempladas en el aludido contrato, de donde se sigue, que si efectivamente como se avista las exclusiones de la póliza AA000559, refieren a las enunciadas por la llamada en garantía, será en dicho norte que se debe ordenar la indemnización que le corresponda realizar.

En lo que toca con la defensa de la CARGA DE LA PRUEBA, con fundamento en el artículo 1077 del Código de Comercio, íntimamente relacionada con la excepción de la FALTA DE DEMOSTRACION DE RESPONSABILIDAD DEL ASEGURADO Y CUANTIA DE LOS PERJUICIOS SUFRIDOS, por las razones consignadas en párrafos anteriores se halla, que al estar demostrada la ocurrencia del hecho y del daño, así como la cuantía de los perjuicios, y que ésta derivó del actuar imprudente del conductor del tracto camión que arrolló a la señora NARLY ROCIO PONCE hacia el mes de agosto del año 2005, no se abriga duda respecto a que acreditados dichos aspectos, la entidad aseguradora deberá entrar a responder por su llamante, conforme a los lineamientos de las condiciones generales de la póliza de seguros.

Desde otra arista, no se revela un exceso en las pretensiones de la actora, pues atendidas las lesiones padecidas, apenas connatural deprecar las condenas enunciadas a título indemnizatorio, mismas que han sido despachadas no con criterios o racionios antojadizos del juez de instancia, sino derivados de una ponderación racional, conforme a los medios de prueba recabados y, atendiendo a un prudente arbitrio júdicis, en lo que hace a la tasación de los perjuicios morales, particularidad que sirve para afirmar que ésta excepción no estaría llamada a buen suceso, como tampoco lo está la générica o innominada.

Finalmente en lo que respecta a la excepción de la ausencia de demostración del agotamiento del SOAT, del caso es puntualizar, que si incumbe a las partes demostrar los supuestos de hecho que alegan conforme lo normado por el artículo 177 del C. de P.C., mal puede pretender realizar una interversión de la carga probatoria, trasladándola al actor; y, si bien para el caso, del solo repaso de la documental de la atención médica y hospitalaria se atisba que no todo el monto que a título de daño emergente se efectuó por la demandante, pues de los gastos varios fueron cubiertos por el SOAT, ASEGURADORA SURAMERICANA, o el FOSYGA, lo cierto es, que la eventual disminución que por dicho aspecto podría realizarse, es una situación que no puede dar lugar a una reforma en peor, porque como se ha expuesto estamos en presencia de una apelación desatada por apelante único. Colofón la excepción no prospera.

Sentencia de 2ª instancia (2007-00008-00) del 22 de mayo de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: revoca el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia apelada y el literal f) del numeral 1º, declara probadas y no probadas algunas de las excepciones propuestas y confirma en lo restante.

NULIDAD POR INDEBIDA NOTIFICACIÓN - No es motivo para declararla la omisión del juez en advertir a las partes sobre las sanciones que acarrea el no asistir a la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código de Procedimiento Civil, artículo 101; Ley 446 de 1998, artículo 103.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, auto del 19 de septiembre de 1996, con ponencia de Jorge Antonio Castillo Rugeles.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Estriba en determinar la existencia de una vía de hecho en la actuación adelantada por el Juez Promiscuo Municipal de Trujillo (Valle) dentro del proceso abreviado (Nulidad de Escritura) propuesto por Jesús María Ángel y otros, contra el accionante, en cuanto, el juez no advirtió en el auto que fijó fecha para la audiencia del art. 101 del CPC, las consecuencias de la inasistencia de alguna de las partes, por lo que en sentir del actor, se incurrió en una indebida notificación de la providencia.

(...) Como el sustrato fáctico que subyace a la acción constitucional apunta esencialmente a develar la presencia de una vía de hecho, en cuanto el juez no advirtió en el auto que fijó fecha para la audiencia del art. 101 del CPC, las consecuencias de la inasistencia de alguna de las partes, por lo que en sentir del actor, se incurrió en una indebida notificación de la providencia.

Examinado el caso bajo estudio, encuentra esta Sala que tras examinar el proveído que se fustiga como constitutiva de vía de hecho, al rompe se advierte la improcedencia de la guarda extraordinaria, por las razones que se pasa a consignar.

La omisión del juez, en advertir las sanciones que acarrea no asistir a la audiencia del artículo 101 del CPC, es reputada por el accionante como una indebida notificación de la providencia, lo que apareja la nulidad de la actuación, toda vez que las partes no tuvieron conocimiento de dichas consecuencias.

No obstante, encuentra la Sala, que si bien el artículo 103 de la Ley 446 de 1998 en el numeral quinto establece que *“En el auto que señale fecha para la audiencia, se prevendrá a las partes sobre las consecuencias que acarrea su inasistencia”*, la falencia en que se pueda incurrir tras no consignar dichos términos sacramentales, no despunta en indebida notificación, ya que el acto por medio del cual se dio a conocer la providencia, propiamente dicho, no ostenta irregularidad alguna, si se advierte que, el juez accionado lo notificó por medio de estado del 08 de marzo de 2011, atemperándose a lo que puntualmente ha consignado la jurisprudencia, respecto a la forma como debe operar la notificación del auto que fija fecha para la audiencia del art. 101 del CPC *“(…) la Corte encuentra la forma en que fue notificada de tal decisión por la autoridad judicial accionada, esto es por estado, no es contraria a disposición legal alguna, pues las normas que regulan la notificación de providencias no consagran que la que fija fecha para la realización o continuación de la audiencia requiera de un tipo específico de notificación o comunicación”*.

El sentido claro de la forma como debe surtirse la notificación del referido auto, se erige en razón suficiente para que no se predique una irregularidad en este sentido, y mucho menos podría hablarse de una nulidad, cuando la situación no encaja en las taxativas causales de nulidad descritas en el artículo 140 del CPC, afirmación que también tiene sustento en la doctrina, al decir: *“En suma, el auto que cita para la audiencia del art. 101, es decir que señala día y hora, únicamente se debe notificar por estado”*

Así las cosas, la desnudada falencia en que se incurrió en el auto que señaló fecha y hora para la audiencia del art. 101 del CPC, no se puede apreciar bajo el tamiz de una indebida notificación, por ser esta una figura totalmente independiente al contenido de la providencia que se da a conocer.

En este orden de ideas, y frente a la ausencia de una vía de hecho, de la guisa como sentenció el funcionario de primer grado, se procede a negar la protección constitucional invocada por el señor GUILLERMO LEÓN ARIAS ANGEL.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (2012-00044-01) del 22 de mayo de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: confirma la sentencia impugnada.

NULIDAD POR INDEBIDA REPRESENTACIÓN – Para suceder por representación es imprescindible tener vocación hereditaria respecto del causante.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Civil, artículo 1042.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, tutela 2004-00590-00 del 17 de junio de 2004; Corte Constitucional, sentencia C-1111 de 2001.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Estriba en determinar si la nulidad decretada por los jueces accionados dentro del proceso de sucesión interpuesto por LUIS HERNANDO CRUZ respecto del causante OBDULIO ANTONIO VANEGAS, vulnera los derechos fundamentales del actor; pues se le niega su calidad de heredero, cuando ésta se encuentra demostrada al solicitar la herencia en representación de su abuela CLARA ROSA CRUZ DE VANEGAS.

Aplicadas las anteriores premisas al caso bajo estudio, encuentra esta Sala, que tras examinar las providencias que se atacan como constitutivas de vía de hecho y lesivas del debido proceso, desde el pórtico se avista la improcedencia de la guarda extraordinaria, por las razones que se pasa a consignar:

Efectuando un recuento de la situación fáctica se tiene lo siguiente:

El señor OBDULIO VANEGAS –fallecido- contrajo matrimonio con la señora CLARA ROSA CRUZ CASTAÑO –fallecida-, quien para esa época había procreado como hija extramatrimonial a la señora MARIA DOLORES CRUZ –fallecida-.

Dentro del proceso de sucesión de la señora CLARA ROSA CRUZ DE VANEGAS se le adjudicó la mitad de sus bienes al señor OBDULIO VANEGAS por gananciales y la otra mitad a MARIA DOLORES CRUZ, en calidad de hija.

Al momento de fallecer OBDULIO VANEGAS, no deja ningún familiar que lo pueda suceder, por lo tanto, en sentir del actor, la única heredera era CLARA ROSA CRUZ

DE VANEGAS, motivo por el cual, en representación de lo que hubiera podido corresponderle a su abuela, tiene derecho a que se le reconozca como heredero dentro del referido proceso.

De conformidad con el artículo 1042 del Código Civil *“Los que suceden por representación heredan en todos los casos por estirpes, es decir, que cualquiera que sea el número de los hijos que representan al padre o madre, toman entre todos y por iguales partes la porción que hubiere cabido al padre o madre representado. (...)”*.

El derecho a heredar por representación es una figura que no opera de forma automática, sino que se deben cumplir ciertos requisitos, uno de ellos es, que *“el representante debe tener vocación hereditaria respecto del causante. Es a él a quien va heredar. El representante no hereda al representado.”*,

En palabras de la Corte Constitucional *“El derecho de representación hereditaria es sin duda una prerrogativa consagrada en forma de ficción legal a favor de los descendientes de un hijo o de un hermano del causante, que al fallar pasan a ocupar su lugar, en cuanto a grado, parentesco y derechos hereditarios del representado. La finalidad de esta figura no puede ser otra que impedir la vacancia de un orden sucesoral llamando, en consecuencia, a los parientes más próximos, pero no en la calidad de tales, sino como representantes del que falte, de suerte que no se vulnera el principio de igualdad si como resultado de la división de la masa herencial reciben más o menos que otros que están en el mismo grado de parentesco con el causante”*.

De tal manera que cabría preguntarse que vocación hereditaria tiene el señor LUIS HERNANDO CRUZ respecto del causante OBDULIO VANEGAS? Ninguna, ya que a partir del razonamiento que hicieron los jueces de primera instancia e incluso el propio accionante, no existe ningún vínculo hereditario, por lo tanto independientemente de los derechos que le pudieren corresponder a su abuela CLARA ROSA CRUZ DE VANEGAS, como cónyuge del causante, cabe reiterar, que el representante no hereda al representado.

Máxime, cuando la sociedad conyugal conformada entre OBDULIO VANEGAS y CLARA ROSA CRUZ DE VANEGAS, se encuentra disuelta y liquidada, muchos años antes de la muerte de éste y la señora MARIA DOLORES CRUZ –madre del accionante-, quien no era hija del causante, por lo tanto, menos podría predicarse un eventual vínculo entre el accionante y quien pretende suceder. De tal manera pues, que las conclusiones a la que llegaron los jueces sujetos a la acción constitucional, están plenamente sustentadas en las normas aplicables para el caso, existiendo un adecuado razonamiento respecto del mismo.

Así pues guardando visos de razonabilidad el entendimiento que los funcionarios accionados le han dado a la norma, el amparo constitucional deprecado no tiene vocación de prosperidad, ya que en palabras de la Corte Suprema de Justicia, *“la razonabilidad de la interpretación plasmada en el pronunciamiento judicial materia de la solicitud de amparo es irrefutable. Lo cual es óbice para que el funcionario que conoce de la acción de tutela pueda entrar a descalificar la ponderación del juzgador natural, e imponerle su propia valoración, o la de una de las partes, aunque pueda discreparse o no compartirse la misma, pues es lo cierto que*

proviene de un enfoque jurídico resultante del análisis de las normas llamadas a regular la situación materia de la decisión, juicio que es respetable y sostenible, por no ser antojadizo ni abusivo y, por lo mismo, sin proyección nociva sobre los derechos fundamentales invocados en la solicitud de amparo” (Sentencia del 17 de junio de 2004, exp. No. 11001020300020040059000.)

Sin más consideraciones, ante la ausencia de la vía de hecho denunciada, se negará el amparo deprecado.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (2012-00108-00) del 23 de mayo de 2012, con ponencia de la Dra. Aura Julia Realpe Oliva. Decisión: niega la protección solicitada.

SALA LABORAL:

CONTRATO DE TRABAJO – Al trabajador le basta con demostrar la prestación personal del servicio/SANCIÓN MORATORIA – No existe buena fe en el patrono cuando, desde un comienzo, sabe que el vínculo del trabajador no es de naturaleza civil.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 22, 24, 65, 488 y 489; Ley 50 de 1990, artículo 1º; Decreto 3135 de 1968, artículo 41; Ley 100 de 1993, artículo 133; Código Procesal del Trabajo, artículo 151.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 24 de abril de 1970, del 11 de octubre de 1973, del 02 de agosto de 2004 (22259 – Luis Javier Osorio López) y del 24 de agosto de 2010 (34393- Luis Javier Osorio López).

TESIS DE LA DECISIÓN:

Nuestra legislación laboral define el contrato de trabajo en su artículo 22, así:

“Contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración. 2. Quien preste el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera, patrono, y la remuneración, cualquiera que sea su forma, salario”.

En igual forma, el artículo 1º de la Ley 50 de 1990, que modificó el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, señala los elementos esenciales para que haya contrato de trabajo, tales son:

“...1. La actividad personal del trabajador, es decir, realizada por sí mismo;

2. La continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador, que faculta a este para exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad del trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato. Todo ello sin que afecte el honor, la dignidad y los derechos mínimos del trabajador, en concordancia con los tratados o convenios internacionales que sobre derechos humanos relativos a la materia obliguen al país, y

3. Un salario como retribución del servicio.

Por otro lado, quien comparezca ante la jurisdicción ordinaria laboral con el fin de obtener la declaración de derechos, con fundamento en la existencia de un contrato de trabajo le basta con demostrar que prestó personalmente sus servicios a favor del empleador que demanda para que se tenga por trabajador dependiente y subordinado de aquél, esto a voces del artículo 24 *ibidem*.

De lo anterior, se concluye que el legislador no impuso al trabajador la obligación de demostrar todos los elementos que configuran el contrato, pues le basta con afirmar la prestación personal del servicio para presumirse con ella que, dicha relación está regida por un contrato de trabajo, correspondiéndole al extremo demandado negar y probar la existencia de éste, en virtud del *onus probandi* o carga de la prueba, a fin de desvirtuar la mencionada presunción de que trata el evocado artículo 24 del C.S.T..

Ahora, en el presente caso la declaratoria del contrato de trabajo adquiere relevancia, toda vez que las solicitudes del demandante dependen única y exclusivamente de tal afirmación, y teniendo en cuenta la postura de la demandada quien niega dicho nexo, es un deber remitirnos a las pruebas que obran en el expediente, esto con el fin de verificar si dicha presunción resulta desvirtuada por cualquier otra probanza.

El señor Luís Ferney Fernández Ortiz en el escrito introductor de este proceso manifiesta (i) que prestó sus servicios en la Hacienda Agrícola Agropecuaria La Suiza, bajo un contrato de trabajo a término indefinido, desde el primero (1) de enero de mil novecientos noventa y cinco (1995) hasta el quince (15) de junio de dos mil seis (2006); y (ii) que sus funciones consistían en desyerbar, sembrar café y plátano, cortar pasto y guadua, y oficios varios, en un horario de lunes a viernes, comprendido de seis y treinta de la mañana hasta las cinco de la tarde (6:30 a.m. a 5:00 p.m.) y los días sábados, de seis y treinta a diez de la mañana (6:30 a.m. a 10:00 a.m.).

Por su parte, los demandados Rodrigo, Juan Manuel y Miguel Espitia, niegan la existencia de cualquier vínculo con el señor Luís Ferney Ortiz; pero la sociedad llamada a juicio, refiere que el demandante realizaba actividades como eran la limpieza de potreros, sin el cumplimiento de una obligación que le impusiera dependencia o subordinación.

De esta forma, explica (i) que el demandante era quien fijaba los días de servicio; (ii) que las actividades se hicieron entre el 15 de marzo y el 15 de junio de 2006; (ii) que le pagaban por el servicio prestado trescientos ochenta mil pesos (\$380.000,00)

mensuales, los cuales se pagaban semanalmente en una suma de (\$95.000,00); (iii) que las actividades realizadas eran las de sembrar café, hacer cercos, limpiar las zanjales y potreros; y (iii) que entre las partes lo que existió fue un acuerdo de prestación de servicios, para montar y herrar las bestias.

Bajo estas circunstancias, es notoria la prestación del servicio por parte del demandante en la Hacienda Agrícola La Suiza, que en principio nos permite manifestar que entre el actor y la sociedad demandada si existió vínculo laboral -a veces de la presunción establecida en el artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo-; pese a ello, la Sala se remitirá a las pruebas practicadas, en aras de concederle la oportunidad a la última, de demostrar que el servicio se prestó de forma independiente y discontinuo.

De las anteriores declaraciones -realizadas por Benjamín Domínguez Torres, Álvaro Domínguez Torres, Helder Yovani Rivas Urbano y Alfonso Franco- la Sala concluye, que está probado que el señor Luís Ferney Fernández Ortiz, prestó sus servicios personales en la Hacienda Agropecuaria La Suiza, bajo un régimen contractual laboral, pues además de haberlo ejecutado con el ánimo de que le fuera retribuido, cumplió un horario de trabajo y desplegó las siguientes tareas: sembrar café, alambrar, guadañar, limpiar potreros y pitaya, deshojar y abonar.

Es decir, que no surte duda que el demandante ejecutó la labor por sí mismo y que el servicio que prestó fue bajo la continuada dependencia o subordinación de la Sociedad Agrícola Agropecuaria “La Suiza S.A.”, quien lo remuneró; elementos que caracterizan la esencia del contrato de trabajo.

Allende, para la Sala, los relatos de los cuatro testigos merecen credibilidad, toda vez que no sólo tuvieron conocimiento directo y personal de lo que señalan, en virtud de haber estado cercar al demandante -al ser compañeros de trabajo- sino que explican las circunstancias de tiempo, modo y lugar, por las cuales se dieron cuenta de lo que aseguran constarles, sin presentar contradicciones en sus expresiones, resultar espontáneos y armonizar con los dichos de la sociedad demandada -en lo referente, a las funciones desempeñadas (limpieza de potreros, sembrar café y limpieza de zanjales)-; lo que da, aún más certeza, de que tales declaraciones no fueron preparadas y ratifica el no aprobar la tacha formulada por la apoderada de la parte demandada.

A más de lo anterior, la existencia del contrato de trabajo con la sociedad demandada, no se puede desvirtuar con los dichos del testigo “Gilberto Garcés Quiroz”, si bien él quiere hacer ver que el demandante prestaba sus servicios de forma independiente, sin cumplimiento de un horario y esporádicamente, es descifrable que se refirió únicamente a la labor de la cosecha de café, sin pronunciarse en que forma y tiempo se desplegaron las demás funciones, como son, alambrar, guadañar, limpiar potreros y pitaya, y deshojar y abonar.

Para completar lo dicho, el reseñado testigo aceptó que los señores Benjamín Domínguez Torres, Álvaro Domínguez Torres, Helder Yovani Rivas Urbano y Alfonso Franco, prestaron sus servicios en la Hacienda Agropecuaria Agrícola La Suiza, y recapitúlese, que ellos al momento de rendir su declaración indicaron que trabajaron con el demandado y para la mentada sociedad.

Con lo expuesto hasta aquí, queda resuelto el primer interrogante planteado al comienzo de estas consideraciones, ya que la Sociedad Agrícola Agropecuaria “La Suiza S.A.”, no logró acreditar que la relación fue independiente y no subordinada, como se contendió en el transcurso del proceso.

Antes de finalizar el punto en estudio, es imprescindible fijar que la relación laboral se demostró frente a la sociedad Agrícola Agropecuaria la Suiza S.A., toda vez que las personas naturales -estos son, los señores Rodrigo Alberto, Miguel Javier y Juan Manuel Espitia-, en ningún momento fueron demandadas como socios de “La Suiza S.A.”. Entiéndase que, quedan estas personas relevadas de cualquier obligación laboral; por lo que la Sala deberá absolverlos de todas y cada una de las solicitudes pretendidas en la demanda, sin ser obligatorio un pronunciamiento expreso en lo que atañe a las excepciones exteriorizadas por cada uno de ellos.

(...)Respecto a la “*indemnización por falta de pago*” que contempla el artículo 65 del C.S.T., ha dicho la Corte Suprema de Justicia, que su imposición no es automática ni inexorable, por cuanto deben los jueces laborales valorar la conducta del empleador, en orden a establecer si en su posición renuente u omisiva al pago de los derechos laborales, es de buena o mala fe; lo primero, lleva a su exoneración y lo segundo a condenar.

Lo anterior significa, que la determinación de la existencia de buena fe en la conducta del empleador debe surgir del análisis de las pruebas del proceso, para verificar si su actuar fue probo, leal, honesto y como mínimo respeto las normas consagradas en el estatuto sustantivo laboral, es decir, que no aflore la “*mala fe patronal*” dentro del plenario.

En este orden de ideas, es necesario demarcar que la parte demandada, a pesar de que siempre profesó (i) estar vinculado con el demandante bajo un contrato civil de prestación de servicios y (ii) negó que el servicio se haya prestado bajo un régimen contractual laboral, amparándose en que si bien le fue retribuido como tal el servicio prestado, el mismo fue autónomo y no subordinado, esto no es suficiente para determinar que su actuar estuvo enmarcado en la “*buena fe*”; ya que la circunstancias determinaron que existió una relación laboral por más de diez (10) años, de forma continua, donde el demandante ejecutó las mismas funciones, en el mismo horario y bajo las mismas órdenes, desbordando así cualquier contrato civil.

Ante esta situación, natural es concluir que la sociedad demandada conoció desde el principio que las funciones ejercidas por el demandante no eran propiamente de carácter civil, sino por el contrario, que el desarrollo de la relación se dio bajo otros parámetros, esto es, dentro de la órbita laboral, sin que sirva ahora de excusa, la creencia que la relación que los ataba era civil.

Entonces, como la demandada no demostró razones serias y atendibles, no existen elementos de juicio para exonerarla de la sanción en estudio, si bien se requería que el empleador demostrara que existió buena fe de su parte, el tampoco por lo menos lo intentó; motivo que explica la sanción al empleador.

Sentencia 017 del 30 de marzo de 2012 con ponencia de la Dra. Lyllen Naidú Yaya Escobar. Decisión: revoca la sentencia apelada.

CONTRATO DE TRABAJO – El juez no puede presumir los extremos temporales de

la relación laboral apoyándose en una interpretación más favorable al trabajador.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones del 12 de febrero de 1980, con ponencia de José Mario Esguerra Samper, 36549 del 05 de agosto de 2009, con ponencia de Luis Javier Osorio López y 29692 del 15 de febrero de 2007, con ponencia de Luis Javier Osorio López.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala resolverá los siguientes problemas jurídicos que se desprenden del recurso de apelación: (i) determinar si existió o no un contrato de trabajo entre los señores Ricardo Emilio Tejada, Ricardo Emilio Tejada Herrera, Jesús Antonio Tejada Herrera y Jairo Tejada Herrera y el señor Gaspar Aristizábal, y (ii) en el evento de probarse su existencia, se estudiara si están acreditados los extremos temporales.

(...)Basados en las declaraciones revisadas, esta Sala concluye que indudablemente los señores Ricardo Emilio Tejada, Ricardo Emilio, Jesús Antonio y Jairo Tejada Herrera, prestaron sus servicios personales para el señor Gaspar Aristizábal bajo la continuada y permanente subordinación de este último, dependencia que se refleja en las tareas que ejecutaban, el cumplimiento de órdenes y el horario de trabajo...

(...)De los extremos temporales, recuérdese que el *A quo* marcó que los señores Ricardo Emilio Tejada, Ricardo Emilio y Jesús Antonio Tejada Herrera iniciaron a trabajar con el causante el treinta (30) de diciembre de mil novecientos setenta y ocho (1978), y el señor Jairo Tejada Herrera el treinta (30) de diciembre de mil novecientos ochenta y cinco (1985), finalizando todos la relación laboral el primero (1) de enero de mil novecientos noventa y cuatro (1994). Veamos las pruebas:

El testigo *Carlos Cesar Martínez*, señaló (i) que conoce a los demandantes hace 35 años en la finca “*El Recreo*”, pero que inició a laborar en el año mil novecientos setenta y nueve (1979), permaneciendo ocho (8) años seguidos; (ii) que se retiró y volvió para la cosecha del dos mil dos (2002); (iii) que el papá de los demandantes trabajó antes de ser la finca de propiedad de don Gaspar; (iv) que después de comprarla, él continuo trabajando y esto lo hizo desde el año 1968; y (v) que los hijos entraron a trabajar después de que lo hiciera su progenitor, quienes trabajaron hasta el 16 de febrero de 2008, porque su padre se retiró tres o cuatro años antes.

El señor *Luís Gonzaga López*, dijo conocer a los actores desde que comenzó a trabajar en la finca en el año mil novecientos setenta y cinco (1975), que por temporadas se marchaba y volvía y que a su regreso aún los encontraba allí, que esto lo hizo así hasta el año mil novecientos noventa (1990), y luego refiere: “*ellos trabajaron para el papá de ellos Ricardo Tejada, no recuerdo como se vincularon ellos allá, ellos entraron allá en el año 1976, y hace un año que les quitaron el trabajador, como en el año 2008, ellos hacían lo que se hacen en la finca, como coger café, desyerbar, abonar, no se el motivo por el que se retiraron y eso lo sé porque en ese tiempo yo trabajaba allá también*” (Acentúas de la Sala). De lo que se

puede concluir, que el testigo no tiene absoluta claridad de la fecha en que vio a los demandantes.

El señor, *Roberto Antonio García Loaiza*, declaró que conocía a los actores por más de 45 años, que ellos trabajaron hasta el 2008, que primero entró a trabajar el papá en el año 1968, Jairo en el 85 y Ricardo y Jesús en 1975, y que el retiro se produjo en el año 2008 momento en que la hacienda pasa de ser cafetera a ganadera; anotando, que se enteró de lo que narra porque los demandantes se lo hicieron saber y que refiere que el nunca laboró en esa finca.

Finalmente, el señor *James William* -pariente de los demandantes- manifiesta que empezó a visitar la finca en el año 1978, iniciando a trabajar allí junto con su hermano Jairo en el año 1985, hasta el año 1994, data en que sus hermanos y su papá ya trabajaban al servicio del señor Gaspar, declaración que sirve para corroborar que el señor Jairo Tejada Herrera sí inicio a trabajar con el señor Gaspar en el año 1985 como se señala en los hechos de la demanda.

Según lo anterior, bien puede sostener la Sala, al igual que el Juez de instancia que tanto el progenitor de los demandantes -Ricardo Tejada-, como sus hijos -Jesús Antonio y Ricardo Emilio Tejada Herrera-, empezaron a trabajar en el año mil novecientos setenta y nueve (1979); y que el señor Jairo Tejada Herrera, lo hizo en el año mil novecientos ochenta y cinco (1985), este segundo punto, en virtud de la declaración del señor James William, que además de haber trabajado con ellos, estuvo presente en los años que marca -como es, haber ingresado a laborar en la finca del causante, junto con su hermano Jairo en el año de 1985-.

Conclusión que se integra, con los dichos del testigo Carlos Cesar Martínez, quien fue compañero de trabajo de los actores a partir del año mil novecientos setenta y nueve (1979) y por espacio de ocho (8) años, es decir aproximadamente hasta el año mil novecientos ochenta y siete (1987) -tiempo en el que él directamente vio a los demandantes trabajando en la finca-.

Acerca del extremo final de la relación laboral, recuérdese que el señor James William, señaló haber estado presente hasta el año 1994 y Carlos Cesar Martínez, dijo conocer de la prestación del servicio entre el año 1979 y por espacio de ocho (8) años, lo que consiente concluir, que solamente se consiguió probar que dicho vínculo feneció en el año mil novecientos noventa y cuatro (1994); lo anterior si se reitera, que este señor fue el único declarante que conoció directamente las situaciones de hecho y sólo de sus dichos se puede establecer el final de la relación laboral, así como, inferirse la existencia de los elementos esenciales que exige un contrato de trabajo, partiendo de que los demandados si bien negaron el vinculo laboral, no lograron demostrar dentro del plenario que el servicio que prestaron los actores se dio exclusivamente en época de cosechas y en los años alegados.

De lo considerado hasta aquí, se aprecia que los demandantes se encontraban trabajando de manera subordinada y dependiente para el extinto, señor Gaspar, esto es, que se configuró un contrato de trabajo, cuyos términos en el tiempo no están determinados con total precisión dentro del plenario.

Si bien, se ha dicho (i) que no se le puede exigir a un testigo que en forma “*exacta*” y “*matemática*” concrete una fecha, ya que es factible, y así lo tiene asentado la

jurisprudencia, que por el paso del tiempo no recuerde con precisión las datas buscadas; (ii) como tampoco resulta ser justo, que el demandante pierda el derecho a percibir el lapso de actividad que si logró probar judicialmente, considera la Sala que para el presente asunto, no era viable entrar a trazar un día y un mes específico -acogiendo un tiempo probable, tal vez con base en el principio de favorabilidad-, como lo hizo el *A quo*.

Pues, en el plenario no existe una “*fecha cierta*” de los extremos de la relación laboral, únicamente se tiene como referente el año de inicio (1979 y 1985) y de finalización (1994) de dicha dependencia, es decir, que los demandantes no lograron acreditar con exactitud “*el tiempo*” en que inicio y terminó dicha relación, haciendo ilusorias las pretensiones prestacionales e indemnizatoria que ellos reclamaban.

De acuerdo a lo expuesto por la Corte, no hay lugar a presumir extremos temporales, habida cuenta de que, si bien se debe atender lo más razonable al trabajador -en lo que hace referencia a la aplicación de una norma jurídica-, la incertidumbre presentada -es decir la no exactitud de la fecha- no le permitía al juez de instancia acoger una interpretación más favorable, como lo inventó.

A más de no determinarse con total precisión los términos en el tiempo, la parte demandada nunca admitió los extremos temporales señalados por lo actores en su demanda y la carga de la prueba siempre estuvo en cabeza de los demandantes; razones suficientes para no acoger las datas estipuladas por el Juez Laboral del Circuito de Cartago, Valle y revocar en su totalidad la sentencia apelada.

Sentencia 018 del 30 de marzo de 2012 con ponencia de la Dra. Lyllen Naidú Yaya Escobar. Decisión: revoca la sentencia apelada.

CONTRATO A TÉRMINO FIJO Y CONTRATO A TÉRMINO INDEFINIDO – Requisitos y diferencias/CONTRATO DE TRABAJO POR DURACIÓN DE LA OBRA – Es necesario determinar la obra o la naturaleza de la labor contratada/ DESPIDO INJUSTO – La terminación de la obra o labor contratada no está consagrada por la legislación laboral colombiana como justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Sustantivo del Trabajo, artículos 45, 46 y 65; Código Procesal del Trabajo, artículo 151.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión 36458 del 12 de noviembre de 2009, con ponencia del Dr. Gustavo José Gnecco Correa.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) Revisado el caso concreto, se resalta que no fue objeto de debate la existencia de la relación laboral, bajo la cual la demandante fungió como operaria de producción en la empresa demandada, dado que en la contestación de la demanda,

la llamada a juicio aceptó dicho nexo; pero no ocurre lo mismo frente al tipo de contrato, pues por una parte la demandante señaló que en principio se celebró un contrato a término fijo por periodos de un año, pero la relación laboral se prolongo, por lo que solicita se declare que la misma fue a término indefinido, y por otra parte, la demandada asegura que el nexo laboral fue a término fijo inferior a un año.

Anotado lo anterior, debe precisar la Sala cuál fue la modalidad de los contratos celebrados y las consecuencias jurídicas que de ellos se desprenden.

Del estudio del material probatorio, se halla que la parte pasiva arrimó contratos de trabajo por duración de la obra o labor contratada, así: (i) el que reposa a folios 16 a 18, estipula entre otros puntos que el oficio a desempeñar por parte de la trabajadora es el de operaria, con un salario mensual de trescientos ochenta un mil quinientos pesos (\$381.500,00), fecha de iniciación primero (1) de mayo de dos mil cinco (2005), contrato que culminó el veintitrés (23) de diciembre de dos mil cinco (2005), según carta que obra a folio 19, y con el siguiente argumento: *“Con la presente le informamos que la obra o labor por la que fue contratado(a) para las colecciones de junio de 2005 y fin de año de 2005, de nuestros clientes: STUDIO F INTERNATIONAL FASHION CORP S.A., INDUSTRIA Y MERCADEO COLOR S.A. y C.I. HERMECO S.A., se termina el día 23 de Diciembre de 2005; motivo por el cual, en esta fecha se da por terminado el contrato de trabajo.”*; (ii) el segundo contrato, que obra a folios 21 a 23, se celebró con el fin de que la trabajadora se desempeñara como operaria de producción, a partir del seis (6) de marzo de dos mil seis (2006), con un salario mensual de \$ 408.000,00, siendo concluido el día veintitrés (23) de diciembre de dos mil seis (2006) y así lo demuestra la carta que obra a folio 24, con el mismo argumento anterior, sólo se diferencia en que el motivo era debido a las colecciones de junio y fin de año del 2006; (iii) el tercer contrato celebrado y extinguido en los mismo términos que se ha venido señalando, únicamente se diferencia en que inicio el nueve (9) de enero de dos mil siete (2007) y se terminó el veintidós (22) de diciembre de dos mil siete (2007); y (iv) el último contrato, inicio el dos (2) de enero de dos mil ocho (2008) y se mantuvo hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil ocho (2008), de acuerdo a la carta que obra a folio 33, por terminación de las colecciones de junio y fin de año de 2008, la cual fue notificada a la demandante.

Lo anterior en principio, desarticula la afirmación de la parte demandada cuando refiere que el contrato que rigió a las partes era un contrato a término fijo, ya que de conformidad con lo reglado en el artículo 46 del Código Sustantivo del Trabajo, para que se configure válidamente este tipo de contratos es requisito *sine qua non* que se especifique la duración del mismo en un lapso determinado, y en los documentos bajo examen no se observa tal precisión, por lo que fácil es colegir que no corresponde a la especie de contrato laboral reseñado en la contestación de la demanda.

Igualmente, los aludidos contratos rotulados como *“contrato de trabajo por la duración de una obra o labor contratada”*, no cumplen con los preceptos legales para que se tomen bajo dicha modalidad, como en lo sucesivo se expondrá:

Dispone el artículo 45 *ibídem*, que: *“El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor*

determinada, por el tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio (subrayas fuera de texto).

De la redacción de la norma en cita, tenemos que la naturaleza o esencia de ese tipo de contrato es que las partes en el ejercicio de la libre autonomía de la voluntad proyecten la existencia del mismo sujetándose a una obra o labor contratada, el cual si bien puede ser pactado de manera verbal, tiene que definirse con absoluta claridad cuál o cuáles son los parámetros que permiten identificar la obra a realizar, para determinarse el momento en que se termina la tarea.

Amén de lo anterior, en los contratos *sub-examine* se estipuló que el cargo de la demandante era el de “operaria” y se omitió cual era el fin de estos, pues no es admisible para la Sala que ahora se pretenda argumentar que la tarea encomendada, -como lo es “*las colecciones de junio y fin de año respectivamente de sus clientes Studio F International Fashion Corp S.A. y C.I. Hermeco S.A.*”-, finalizó, sin ni siquiera haber consignado expresamente la labor u obra de que se trataba, por lo que resulta palmario que se desnaturaliza el contrato que en este momento se estudia.

En ese orden, como en los contratos a mano, no se determino la obra o la naturaleza de la labor contratada, no se estipuló la duración de los mismos, ni se hizo referencia en cuanto a ser ocasionales o transitorios, se entiende que las partes en contienda celebraron varios contratos a término indefinido.

Se habla de varios contratos, al no poder concluir que la prestación del servicio fue continua y que se trato de un sólo contrato de trabajo, pues la documental que reposa en el expediente deja al descubierto que el vinculo tuvo interrupciones generados por el empleador, con intervalos entre doce (12) días y hasta dos (2) meses y en cada una de estas relaciones la demandante recibió sin evasivas las prestaciones sociales, es decir que se desvirtuó la locución donde ella afirmaba que trabajo “*de forma continua e ininterrumpida*”.

Así las cosas, tenemos que las partes estuvieron ligadas mediante cuatro contratos de trabajo a término indefinido, los cuales se dieron en las siguientes fechas: (i) del primero (1) de mayo hasta el veintitrés (23) de diciembre de dos mil cinco (2005); (ii) del seis (6) de marzo hasta el veintitrés (23) de diciembre de dos mil seis (2006); (iii) del nueve (9) de enero hasta el veintidós (22) de diciembre de dos mil siete (2007); y (iv) del dos (2) de enero hasta el treinta (30) de noviembre de dos mil ocho (2008).

Visto lo anterior, desde ya esta Sala concluye que no hay lugar a liquidar las acreencias laborales tales como auxilio de cesantías e intereses sobre las cesantías, toda vez que el empleador demostró su pago, tal y como se observa de las liquidaciones que obran a folios 20, 25, 29 y 34, donde como señal de recibido se encuentra la firma plasmada por la demandante en cada una de ellas.

(..)Finalmente, se estudiara el “*despido injusto*” que alega la demandante y las causas que lo originaron.

Es de recordar que nuestra jurisprudencia ha dicho que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, para que se radique la carga de la prueba en

cabeza del empleador, quien debe probar la justa causa que lo llevo a ello, para así lograr ser exonerado de la respectiva indemnización.

Registrado el expediente, se hallan varios escritos donde el empleador da por terminado unilateralmente los contratos de trabajo, bajo el argumento de haber terminado la obra o labor para la que fue contratada la demandante *“las colecciones de junio y fin de año respectivamente de los clientes Estudio F International Fashion Corp S.A. y C.I. Hermeco S.A.”*; contratos que si se revisan, en ningún momento estipulan la obra o la naturaleza de la labor a realizar, como se dijo en líneas arriba.

Bajo tal ilustración, es claro que la parte demandante demostró en juicio que la terminación del mismo se dio por decisión unilateral de su empleador, quien invocó una causal que no esta consagrada en la normatividad laboral para dar por terminados los contratos de trabajo a término indefinido celebrados, por lo tanto debe reconocérsele la indemnización que se solicita.

Antes de entrar a liquidar la indemnización por despido injusto de los diferentes contratos de trabajo, se estudiara la prescripción formulada por la demandada, precisando que los derechos laborales deben materializarse a través de acciones, so pena de caducar o prescribir, esto es, pedir en juicio lo que se le adeuda dentro del término de los tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible.

En ese orden, la indemnización por terminación unilateral e injusta del contrato se hace exigible al momento del despido, teniendo en cuenta que la demanda se presentó el día veintitrés (23) de octubre de dos mil nueve (2009), es decir que se encuentran prescritas las indemnizaciones de los contratos que se terminaron con anterioridad al 23 de octubre de 2006.

En efecto, se liquidará los contratos terminados el veintitrés (23) de diciembre de dos mil seis (2006), el veintidós (22) de diciembre de dos mil siete (2007) y el treinta (30) de noviembre de dos mil ocho (2008), obteniendo las siguientes sumas: para el primero, trescientos veinticinco mil quinientos ochenta y cuatro (\$325.584,00); para el segundo, cuatrocientos trece mil setecientos cuarenta y nueve con sesenta centavos (\$413.749,60); y para el tercero, setecientos cuarenta y un mil cuatrocientos setenta y seis con cincuenta centavos (\$741.476,50); para un total de un millón cuatrocientos ochenta mil ochocientos diez mil pesos con diez centavos (\$1.480.810,10).

Así las cosas, esta Sala (i) declarará parcialmente probadas las excepciones de *“cobro de lo no debido”, “pago”* y *“prescripción”*; (ii) revocara la sentencia consultada, para en su lugar, declarar que las partes estuvieron ligadas mediante cuatro contratos de trabajo a término indefinido; y (iii) condenará a la demandada a pagar la suma de un millón cuatrocientos ochenta mil ochocientos diez pesos con diez centavos (\$1.480.810,10) por concepto de indemnización por despido injusto.

Sentencia 021 del 30 de marzo de 2012 con ponencia de la Dra. Lyllen Naidú Yaya Escobar. Decisión: revoca la sentencia consultada.

CONVENCIÓN COLECTIVA – Quien pretende beneficiarse de ella debe aportar al

proceso su texto con la respectiva nota de depósito.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisión del 20 de mayo de 1976.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Como quiera que en el presente proceso resulta condenado el extinto FONDO DE PASIVO SOCIAL DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, hoy la NACIÓN – MINISTERIO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - GRUPO INTERNO DE TRABAJO PARA LA GESTIÓN EL PASIVO DE LA EMPRESA PUERTOS DE COLOMBIA, procederá este Tribunal a conocer del grado jurisdiccional de consulta.

En consecuencia, corresponde a la Sala el estudio del material probatorio arrimado a los autos, con el fin de determinar si le asistió razón al juzgador de instancia para condenar a la entidad demandada al reconocimiento de la reliquidación de las cesantías y la pensión de jubilación, con la consecuente indemnización moratoria por falta de pago de la indemnización aludida en el término convencionalmente establecido.

De manera preliminar destaca la Sala, que de los documentos adosados al plenario queda acreditado que el actor laboró al servicio de la demandada desde el día 1 de abril de 1957 hasta el 24 de junio de 1983, y que se le reconoció la pensión de jubilación a través de resolución No. 004092 del 15 de julio de 1985. (fls. 20 y 27).

Como lo pretendido en este asunto es la reliquidación del auxilio de cesantías y de la pensión de jubilación con fundamento en que la otrora Puertos de Colombia al liquidar tales prestaciones no tuvo en cuenta todos los factores de salario que establece la Convención Colectiva de Trabajo para tal efecto, entonces, como presupuesto mínimo para obtener su cometido la parte actora ha debido aportar el citado convenio con su respectiva nota de depósito, lo que no hizo y, por ende, la reliquidación ordenada en instancia llama a su revocatoria.

Es sabido que quien se ampara y pretende sustentar los hechos y peticiones en una Convención Colectiva debe aportarla a fin de que el dispensador de justicia pueda tener los parámetros para fundamentar su criterio o decisión; de manera que no es entendible cómo el operador jurídico de instancia además de no tener en cuenta la ausencia de dicho convenio, alegremente haya accedido a las pretensiones del actor si no contaba con él, pues allí es donde se señalan qué factores se tienen en cuenta o no para la liquidación de las cesantías y la pensión de jubilación.

No basta con la sola afirmación del actor para dar por demostrado que hay una Convención Colectiva de Trabajo, y menos aún, reconocer derechos derivados de ella en beneficio del mismo.

Sentadas las anteriores consideraciones, resulta forzoso revocar la sentencia objeto del grado jurisdiccional de consulta, en cuanto impuso condena por reliquidación de las cesantías y de la pensión de jubilación con fundamento en el convenio colectivo; en consecuencia, como lo accesorio corre la misma suerte de lo principal, las condenas impuestas por reajuste de Ley 4 de 1976 sobre la

diferencia de la reliquidación de la pensión y la sanción moratoria igualmente son revocados.

Para rematar, entorno a la devolución de la suma de \$35.107.74 que dice el *a-quo* fue descontada de la liquidación final de prestaciones sociales (fl 32), si bien la suma en comento aparece como efectivamente deducida del valor de los derechos laborales pagados a la finalización del nexo laboral, tal circunstancia no fue asunto de debate en el plenario y por ende constituyó un hecho nuevo sobre el cual el Juez de instancia no debió pronunciarse lo que impone la revocatoria de dicha condena.

Sentencia 025 del 27 de abril de 2012 con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: revoca la sentencia consultada.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO – Es incompatible con la pensión de jubilación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Decreto 2127 de 1945, artículo 47; Decreto 035 de 1992, artículo 9; Ley 01 de 1991.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, decisiones 22034 del 23 de septiembre de 2004, con ponencia de Elsy del Pilar Cuello Calderon y 24837 del 30 de enero de 2006, con ponencia de Francisco Javier Ricaurte Gómez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Ahora, sobre el despido tenemos que la decisión de dar por terminado el contrato de trabajo provino de la Empresa Puertos de Colombia, según se desprende de la comunicación dirigida al demandante y que obra de folio 2 del expediente, en la cual se lee:

“...Le comunicó que por medio de la Resolución No. 0030 del 26 de Mayo de 1993, se suprimió el cargo desempeñado por Usted y que en consecuencia la Empresa da por terminado su contrato de Trabajo a partir del 25 de Junio de 1993, para reconocerle pensión especial o proporcional vitalicia de jubilación a partir del día enero 1 de 1994.

Se fundamenta esta determinación en la Ley 01 de 1991, que ordena la liquidación de Colpuertos; en los artículos 2, 3 y 24 del Decreto 035/92, que facultan a la Empresa a dar por terminados los contratos de los trabajadores oficiales; en la Convención Colectiva de Trabajo vigente y en el Acta de fecha Mayo 20 de 1993, suscrita entre los sindicatos de trabajadores de los Terminales y de la Oficina Principal y la Gerencia General de la Empresa, que establece el régimen de retiro de los trabajadores oficiales.

Como compensación de su retiro del servicio antes de la fecha de vigencia del derecho pensional, la empresa le reconocerá y pagará a título de indemnización una suma equivalente al salario promedio del número de días comprendidos entre el 25 de junio de 1993 y el 31 de diciembre de 1993.

Para efectos del trámite del pago de la liquidación y pago de su pensión, Usted deberá suscribir un acta de conciliación para lo cual deberá acercarse al Departamento de personal a partir del día 15 de julio hasta el 14 de julio de 1993...”.

De allí que la causa que esgrimió la ex empleadora para dar por finiquitado el contrato de trabajo consistió en la liquidación de la empresa, dispuesta por la ley 01 de 1991 y por ende la supresión del cargo ostentado por el demandante, que se dispuso en el decreto 035 de 1992 y se materializó por medio de la resolución No. 0300 del 26 de mayo de 1993.

Entre las causas legales para dar terminados los contratos de trabajo de los trabajadores oficiales, tenemos la consagrada en el literal f) del artículo 47 del decreto 2127 de 1945, que consagra la liquidación definitiva de la empresa; causa que fue invocada por la empresa y que fue dispuesta por el Gobierno Nacional en la ley 01 de 1991, en virtud de la cual se expidió el decreto 035 de 1992 que ordenó la supresión de los cargos de la planta de personal de la empresa.

Tal motivo, como salta a la vista, no era justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo del actor; no obstante, no podía reconocerse la indemnización por despido injusto como lo hizo el juzgador de primera instancia, por las razones que se exponen seguidamente:

Primero, porque en este caso, como el despido no devino del hecho de que el trabajador hubiera cometido una falta; no había lugar al cumplimiento de los pasos establecidos en el artículo 4º de la Convención Colectiva de Trabajo, con fundamento en el cual el juzgado concedió la indemnización por despido.

En efecto, el artículo 4º, del acuerdo colectivo, señala:

“Artículo 4º.- PROCEDIMIENTO PARA APLICACIÓN DE SANCIONES.

En el Terminal Marítimo de Buenaventura, para aplicar la sanción de despido o cualquier sanción por falta grave de que trata el Reglamento Interno de Trabajo de la Empresa Puertos de Colombia, se observará el siguiente procedimiento:

- a) ***Cuando un trabajador cometa una falta grave o una de las que acarreen la sanción de despido, se le citará personalmente y por escrito por conducto del jefe inmediato, para que concurra a rendir los descargos del caso ante la Empresa, asistido por la representación sindical, dentro de los seis (6) días hábiles subsiguientes al hecho que la motive, vencido este término sin que el trabajador haya sido citado a rendir sus descargos, no habrá lugar a sanción alguna. Una vez el trabajador haya rendido sus descargos, el término de días que trata este literal queda vencido, sin que pueda acumularse con el del siguiente literal.***
- b) ***La Empresa tendrá siete (7) días corridos para adelantar la investigación correspondiente y practicar las pruebas solicitadas por el trabajador y los representantes del sindicato. Dentro de este término,***

igualmente, la Empresa deberá comunicar por escrito al trabajador la decisión a que se haya llegado. En el boletín se dejará constancia de la fecha y hora de recibo.

La diligencia de descargos del trabajador se adelantará por escrito y llevará la firma de éste, la del representante o representantes del sindicato que lo asistan y la del representante de la Empresa. De la diligencia de descargos, a solicitud de las partes, se expedirá copia a los interesados. ...”.

En segundo lugar, porque al demandante se le reconoció mediante resolución número 006992 del 22 de noviembre de 1993, la pensión proporcional de jubilación, según se desprende del documento que obra a folio 50 del plenario.

Al respecto encontramos que el inciso 2º del artículo 9º del Decreto 035 de 1992, previó:

“Artículo 9º. Los trabajadores oficiales a quienes en desarrollo de la liquidación se les suprima el cargo tendrán derecho a la siguiente indemnización:

(.....)

“Las pensiones son incompatibles con las indemnizaciones. Si se paga una indemnización y luego reclama y obtiene una pensión, el monto cubierto por indemnización más intereses liquidados a la tasa de interés corriente bancario, se descontará periódicamente de la pensión, en el menor número de mesadas legalmente posible”.

Es así como, el reconocimiento que hiciera la sentencia consultada de la indemnización por el despido debe revocarse, dado que si bien es cierto la empresa demandada unilateralmente terminó el contrato de trabajo que tenía vigente con el actor a partir del 24 de junio de 1993, tal determinación obedeció a que el cargo desempeñado por el trabajador fue suprimido y en consecuencia le fue reconocida una pensión mensual vitalicia de jubilación, pensión que es incompatible con la indemnización impuesta en la sentencia consultada como lo predica el Decreto 035 de 1992.

Al no tener derecho el reclamante a la indemnización por el despido injusto por ser incompatible con la pensión de jubilación reconocida por la empleadora, hay lugar a la revocatoria de la sanción moratoria que con apoyo en el artículo 17 de la Convención Colectiva de Trabajo, y con fundamento en que el despido fue injusto.

En síntesis, la sentencia consultada es revocada en todas sus partes y, en su lugar, se absuelve a la entidad demandada de todas las pretensiones incoadas.

<p>Sentencia 027 del 27 de abril de 2012 con ponencia del Dr. Donald José Dix Ponnefz. Decisión: revoca la sentencia consultada.</p>

SALA PENAL:

NULIDAD EN TUTELA – Por la no vinculación de tercero con interés legítimo.**FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:**

Ley 1151 de 2007, artículo 156; Decreto 4169 de 2011, artículo 1.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, Auto 054 de 2006.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Aun cuando el procedimiento de tutela se rige por las reglas adjetivas de la celeridad e informalidad, ello no traduce licencia para desconocer garantías fundamentales de los sujetos procesales, pues ilógico resultaría adelantar un trámite preferente y sumario a través del cual se pretenda el amparo de derechos constitucionales desconociendo las prerrogativas que precisamente constituyen la teleología y propósito último que lo orienta.

En este sentido, una vez la acción de tutela arribe al despacho judicial, el juez constitucional debe abordar un análisis mínimo tanto de la legitimación por activa y pasiva respecto de las personas señaladas en el libelo demandatorio, como de aquellas que les asiste un interés legítimo en la decisión de fondo que dirima el asunto.

Lo anterior obedece no sólo a la obligación de guardar la integridad de los derechos fundamentales al debido proceso y defensa, sino también a lograr la eficacia real de la orden impartida por el juez de tutela, de modo que no se dirija contra personas o entidades sin competencia o capacidad para ejecutarla, tornando inane o nugatoria la protección constitucional.

En tal virtud, la falta de composición cabal de los extremos procesales y el llamamiento de terceros con interés legítimo en el procedimiento, acarrea la declaratoria de nulidad a fin de subsanar el vicio adjetivo que afecta las garantías fundamentales al debido proceso y derecho de defensa, pues la posibilidad de actuar en el trámite tutelar se erige en presupuesto material para su ejercicio.

En el caso bajo estudio, la acción de tutela originaba la obligación para el juzgador de establecer únicamente si el derecho de petición de la accionante resultaba violentado por CAJANAL, ante quien ha presentado diversas solicitudes en procura de lograr el pago del retroactivo ordenado con el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes que disfruta desde el 27 de abril de 2011.

Ello implicaba vincular a CAJANAL, la Unidad de Gestión Misional de CAJANAL y además, a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales de la Protección Social (UGPP), entidad que desde el 11 de diciembre de 2011, es responsable de la administración de la nómina de pensionados de CAJANAL y, en consecuencia, de resolver las peticiones vinculadas con el reconocimiento y pago de las prestaciones que de allí se deriven.

Así lo enseñan los artículos 156 de la Ley 1151 de 2007 y los artículos 1 del Decreto 4169 de 2011, que disponen respectivamente:

Artículo 156. "GESTIÓN DE OBLIGACIONES PENSIONALES Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL. Créase la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social, UGPP, adscrita al Ministerio de Hacienda y Crédito Público, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente. Esta Unidad Administrativa tendrá a su cargo:

i) El reconocimiento de derechos pensionales, tales como pensiones y bonos pensionales, salvo los bonos que sean responsabilidad de la Nación, así como auxilios funerarios, causados a cargo de administradoras del Régimen de Prima Media del orden nacional, y de las entidades públicas del orden nacional que hayan tenido a su cargo el reconocimiento de pensiones, respecto de las cuales se haya decretado o se decrete su liquidación. Para lo anterior, la entidad ejercerá todas las gestiones inherentes a este numeral, tales como la administración de base de datos, nóminas, archivos y asignaciones al Gobierno Nacional en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003.

Artículo 1°. Distribución de competencias. La ejecución de los procesos misionales de carácter pensional y demás actividades afines que se indican a continuación, será ejercida por la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación y la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, en los siguientes términos:

1. Atención de solicitudes relacionadas con el reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas.

Estarán a cargo de la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP, las solicitudes de reconocimientos de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas a partir del 8 de noviembre de 2011.

A cargo de la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal EICE en Liquidación estarán las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales y prestaciones económicas, radicadas con anterioridad al 8 de noviembre de 2011.

2. Atención del proceso de administración de la nómina de pensionados.

La Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP será la entidad responsable de la administración de la nómina a partir del mes de diciembre de 2011, incluido el reporte de las novedades que se generen al Administrador Fiduciario del Fondo de Pensiones Públicas del Nivel Nacional –FOPEP– Para efectos de la incorporación de las

novedades de nómina originadas en la atención de las solicitudes que están a cargo de Cajanal EICE en Liquidación, esta entidad deberá hacer entrega a la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de la información completa y necesaria para que se pueda efectuar dicha inclusión.”

Bajo ese panorama, es a la Unidad de Gestión Pensional y Parafiscales de la protección social y no a CAJANAL, a quien le corresponde resolver las peticiones incoadas por la parte demandante, por lo cual su concurrencia en el procedimiento constitucional resultaba obligatoria para conservar su derecho a la defensa y sobre todo, para lograr la eficacia de la eventual orden impartida por la primera instancia.

De lo anterior, se impone decretar la nulidad de la actuación desde el auto admisorio de la demanda inclusive, para que se vincule a la referida entidad.

Sentencia de tutela de 2ª instancia (T-0079-12) del 10 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: decreta la nulidad de todo lo actuado.

NULIDAD – El juez, al emitir sentencia anticipada, debe pronunciarse frente a todos los cargos que fueron aceptados por los procesados/VIOLACIÓN AL PRINCIPIO DE LA DOBLE INCRIMINACIÓN – Como la pluralidad de sujetos hacer parte de la estructura del concierto para delinquir, no es posible agravar dicha conducta por el hecho de obrar en coparticipación criminal/APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD – Por la semejanza de la figura de la sentencia anticipada de la Ley 600 de 2000 con la figura del allanamiento a los cargos de la Ley 906 de 2004.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículo 29; Ley 599 de 2000, artículos 55, 58, numeral 10, 61 y 340; Ley 600 de 2000, artículos 23, y 306, numerales 2º y 3º, y artículo 365; Ley 270 de 1996, artículo 55; Ley 906 de 2004, artículo 351.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal decisiones 21649 del 18 de mayo de 2005, con ponencia de Álvaro Orlando Pérez Pinzón, 28321 del 15 de julio de 2008, con ponencia de Jorge Luis Quintero Milanés, 31475 del 31 de julio de 2009, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca y 25632 del 27 de enero de 2010, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Primeramente a resolver el fondo del asunto, la Sala debe pronunciarse sobre una omisión en que se incurrió al momento de emitir la sentencia de primer grado y que obliga a invalidar parcialmente lo actuado, ya que se trata de una irregularidad sustancial que afecta el debido proceso, tal como lo establece el numeral 2º del artículo 306 de la Ley 600 de 2000.

Previo a decidir si es procedente resolver de fondo el recurso interpuesto, debe la Sala determinar si en el trámite del presente asunto se han respetado las reglas del debido proceso.

El artículo 306 de la Ley 600 de 2000, señala que *“Son causales de nulidad:*

(...)

2. La comprobada existencia de irregularidades sustanciales que afecten el debido proceso

3. La violación del derecho a la defensa”.

En la diligencia celebrada el 20 de abril de 2009, (folios 140 a 146 cuaderno 11) al señor Freddy Gil Rodríguez, se le formularon cargos por los delitos de concierto para delinquir agravado y homicidio agravado este último en concurso homogéneo sucesivo, punibles establecidos en los artículos 340 inciso segundo, 103 y 104 numeral 7º del Código Penal, los que fueron aceptados por el precitado.

Situación similar se presentó frente al señor Francisco Naranjo Ladino, quien en diligencia celebrada en la misma fecha, también aceptó cargos por el delito de concierto para delinquir agravado y homicidio agravado en concurso homogéneo sucesivo (folios 148 a 154 cuaderno 11).

No obstante lo anterior, en la sentencia de primer grado solo se hizo el análisis y se emitió condena por el delito contra la seguridad pública, pero se guardó absoluto silencio frente a los diferentes atentados contra la vida que en forma libre, voluntaria y asesorados de su defensor habían aceptado los señores Freddy Gil Rodríguez y Francisco Naranjo Ladino, sin que aparezca que los precitados se hubieran retractado de la aceptación de cargos o que se hubiera compulsado copias para que se investigaran, acusaran o sancionaran por separado.

La omisión antes referida afecta el debido proceso y el derecho de defensa que le asiste a las personas que se encuentran vinculadas a un proceso penal, quienes en forma libre y voluntaria han decidido acogerse a la figura jurídica de la sentencia anticipada aceptando varias conductas punibles, pues al condenarse por uno sólo de ellos, en el evento de compulsarse copias, se podría hacer más gravosa su situación, en el entendido que se emitirían dos sentencias en su contra, en la que ninguna de ellas podría partirse del quantum mínimo establecido en la ley para cada uno de los delitos, lo que no ocurre si fueran proferidas dentro de una sola actuación, además, los efectos de las omisiones en que incurre un funcionario judicial, no pueden hacerse extensivos a los sujetos procesales.

Al no haberse emitido decisión frente a los cargos que por los delitos de homicidio aceptaron los procesados, se desconoce lo preceptuado en el artículo 55 de la Ley 270 de 1996, que establece la obligación que tiene el funcionario judicial de referirse en la sentencia a todos los hechos y asuntos planteados, lo que también constituye una verdadera irregularidad que afecta sustancialmente el debido proceso, sobre la que también el Ministerio Público y la Fiscalía guardaron absoluto silencio, cuando su deber era haberla apelado o solicitarle al a quo que de acuerdo a lo establecido en el artículo 23 de la Ley 600 de 2000, diera aplicación a lo dispuesto en el artículo 311 del Código de Procedimiento Civil, esto es, que la adicionara en lo que había

omitido, tal como lo hizo con relación a la prisión domiciliaria que había solicitado uno de los procesados.

De otro lado, uno de los principios integrantes del debido proceso es la doble instancia, tal como se indica en el artículo 29 de la Constitución Política, el que también aparece como principio rector en el artículo 18 de la Ley 600 de 2000, normas que son de obligatorio cumplimiento y prevalecen sobre las demás disposiciones, por lo que deben ser garantizados por el fallador, para evitar la vulneración de los derechos y garantías de los sujetos procesales, por lo que la Sala no pueda arrogarse la competencia del juez de primer grado para resolver el citado asunto, pues implicaría privar del derecho a la doble instancia a quien pudiera resultar afectado con la decisión.

En consecuencia, se decretará la nulidad parcial de todo lo actuado a partir inclusive de la sentencia de primer grado, en lo que tiene que ver únicamente con los procesados Freddy Gil Rodríguez y Francisco Naranjo Ladino, para que el a quo se pronuncie sobre la aceptación de cargos que los precitados hicieron frente al punible de concierto para delinquir agravado en concurso con los homicidios que le fueron endilgados, para lo cual se compulsará copia de la actuación.

De otra parte, los problemas jurídicos planteados, consisten en determinar si la tasación de la pena impuesta al ciudadano Robinson Martínez Ballesteros, se realizó de acuerdo a los parámetros establecidos en la normatividad penal, si es posible concederle la rebaja de pena consagrada en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004, y si se le puede sustituir la pena de prisión por domiciliaria.

El artículo 61 del Código Penal, señala que “...El sentenciador sólo podrá moverse dentro del cuarto mínimo cuando no existan atenuantes ni agravantes o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva, dentro de los cuartos medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva, y dentro del cuarto máximo, cuando únicamente concurren circunstancias de agravación punitiva.

Establecido el cuarto o cuartos dentro del que deberá determinarse la pena, el sentenciador la impondrá ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto...”.

Aunado a lo anterior, es preciso señalar que tampoco es dable valorar en la sentencia una circunstancia de mayor punibilidad que no le fue enrostrada fáctica y jurídicamente al procesado en el acta de formulación y de aceptación de cargos, como se pretendió hacer por el a-quo en el fallo que ahora se revisa.

Se advierte que el Juez Segundo Penal del Circuito Especializado Adjunto de Buga, se ubicó en el primer cuarto medio que va de 7 años, 6 meses a 10 años, 6 meses, aduciendo que existían circunstancias de menor y mayor punibilidad, tales como, la carencia de antecedentes penales y el haber obrado en coparticipación criminal, por lo que partió de 8 años y 3 meses, y de 2.000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en atención a la gravedad de la conducta.

En criterio de la Sala, el juez vulneró el principio de prohibición de doble o múltiple incriminación, pues la pluralidad de individuos hace parte de la estructura básica de la conducta punible del concierto para delinquir cuya responsabilidad aceptó el señor Robinson Martínez Ballesteros, por lo que no era posible tener en cuenta la circunstancia de mayor punibilidad consagrada en el numeral 10º del artículo 58 del Código Penal.

El a-quo, debió ubicarse en el primer cuarto, ya que solo concurre una circunstancia de menor punibilidad, esto es, la carencia de antecedentes penales, de acuerdo a lo señalado en el numeral 1º del artículo 55 y del inciso 2º del artículo 61 de la citada normatividad, por lo que la Sala modificará la sentencia de primera instancia en lo que respecta a la tasación de la pena.

(...)De otro lado, el artículo 29 de la Constitución Política establece que: "...En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable...".

El principio de favorabilidad como parte integrante del debido proceso, es de aplicación inmediata, significa que puede exigirse o solicitarse su aplicación en cualquier momento, pero con la condición de que la nueva ley más favorable se encuentre rigiendo. La decisión de si procede o no la aplicación de tal derecho es un asunto que corresponde determinar al juez competente para conocer del proceso respectivo.

La aplicación de la ley penal permisiva o favorable supone, como lo tiene reconocido la jurisprudencia penal y constitucional, sucesión de leyes en el tiempo con identidad en el objeto de regulación, pero también tiene lugar frente a la coexistencia de legislaciones que se ocupan de regular el mismo supuesto de hecho.

En cuanto a las rebajas de pena por aceptación a cargos la Ley 600 de 2000, establece que a partir de la diligencia de indagatoria y hasta antes de que quede ejecutoriada la resolución de cierre de investigación, el procesado podrá solicitar, por una sola vez, que se dicte sentencia anticipada, caso en el cual el juez dosificará la pena que corresponda y sobre el monto que determine hará una disminución de una tercera parte (1/3) parte, en razón la aceptación de responsabilidad.

De igual manera si la aceptación de responsabilidad ocurre después de proferida la resolución de acusación y antes de que quede ejecutoriada la providencia que fija fecha para la celebración de la audiencia pública, la rebaja será de una octava (1/8) parte de la pena.

El artículo 351 de la Ley 906 de 2004, establece que: "La aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible, acuerdo que se consignará en el escrito de acusación...".

Así mismo, cuando presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos descritos en el artículo 351, pero la pena imponible se reducirá en 1/3 parte.

El señor Robinson Martínez Ballesteros, en el acta de formulación de cargos para sentencia anticipada del 21 de mayo de 2009, aceptó su responsabilidad en la comisión de la conducta punible de concierto para delinquir, antes de que se

decretara el cierre de la investigación, lo cual se asemeja a la aceptación de cargos en la audiencia de formulación de acusación, siendo procedente en virtud del principio de favorabilidad tener en cuenta la rebaja establecida en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.

No obstante lo anterior, estima la Sala que no procede aplicar la máxima disminución, pues cuando se aceptaron los cargos, la Fiscalía Delegada ya contaba con medios de prueba consistentes en informes policivos y algunos testigos que declararon sobre los miembros que conformaban dicha organización delictiva, lo que probablemente le hubiera permitido demostrar en una eventual etapa del juicio no sólo la materialidad del ilícito por el que se aceptó cargos, sino la responsabilidad en el mismo, lo que conlleva a que la pena a imponer, se rebaje en un 45%, lo que equivale a 39 meses 18 días de prisión y multa de 900 salarios, quedando en definitiva la sanción en 48 meses, 12 días de prisión y multa de mil cien (1.100) salarios mínimos legales mensuales vigentes al momento de los hechos.

(...)En lo que tiene que ver con la negativa a la concesión de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión intramural para el señor Robinson Martínez Ballesteros por ostentar la condición de padre cabeza de familia, lo que fue también motivo de inconformidad por el recurrente, considera esta Colegiatura que ya no hay lugar a resolver sobre ello en tanto a dicho condenado se le concedió por parte del a-quo la libertad provisional de que trata el numeral 2 del artículo 365 de la Ley 600 de 2000, mediante proveído que data del 22 de diciembre de 2011. Por último, en lo atinente a las peticiones de devolución de bienes que obran en la actuación, una vez se allegue la información requerida por el juez de primera instancia, el funcionario que tenga a cargo el proceso deberá resolver sobre las mismas.

Sentencia de 2ª instancia (2009-00030-01) del 11 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: decreta la nulidad parcial de todo lo actuado, modifica el numeral 2º de la parte resolutive de la sentencia apelada y se abstiene de resolver la negativa de la concesión de la prisión domiciliaria por la condición de padre cabeza de familia.

ANTECEDENTES DISCIPLINARIOS – Su vigencia no puede ser superior a cinco años.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 150 y 209; Código Penal, artículo 92; Ley 734 de 2002, artículo 174.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Constitucional, sentencia T-713 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Corresponde a la Sala evaluar si la Procuraduría General de la Nación violenta los derechos fundamentales al debido proceso y habeas data del accionante, tras haberle denegado levantar el antecedente disciplinario impuesto como accesorio de

la pena principal de prisión, pese a que esta Corporación ya había declarado su extinción.

Para tal efecto, la Corporación debe establecer si la extinción de la pena principal de prisión, acarrea el levantamiento del registro de la accesoria para la inhabilitación del ejercicio de derechos y funciones públicas constatable en el Certificado de Antecedentes Disciplinarios expedido por la entidad demandada.

Si bien el artículo 92 del Código Penal establece que la rehabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas restringidos como sanción accesoria a la pena de prisión opera cuando transcurra el tiempo fijado en la sentencia, el legislador puede dentro del ámbito de configuración legislativa que le asiste (Art. 150 de la C.P.), y en procura de garantizar valores y principios prohijados por la Carta Política, establecer términos distintos respecto de la duración del antecedente disciplinario.

Y así lo hace respecto de la vigencia de los antecedentes disciplinarios que aparecen en el Certificado expedido por la Procuraduría General de la Nación, donde prevé que estos deben cobijar aquellas sanciones penales y disciplinarias impuestas mediante providencia ejecutoriada dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición *“y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento”* (Art. 174 L. 732-02).

De esta manera, el restablecimiento para disfrutar los derechos y funciones públicas limitados a consecuencia de la comisión de un acto delictivo, en principio procede cuando se cumple el término fijado en la sentencia (en este caso dos años), pero su antecedente disciplinario debe aparecer por lo menos durante los siguientes cinco (5) años, lo cual resulta del análisis sistemático del artículo 92 del Código Penal y el artículo 174 de la Ley 732 de 2002 respectivamente.

Ello se explica porque el legislador, en aras de proteger los principios de moralidad administrativa (Artículo 209 de la C.P.) y de transparencia en la contratación estatal (Artículo 23 L. 80/1993), extendió la duración del antecedente disciplinario para proteger al Estado de personas frente a las cuales considera razonable mantenerlas alejadas de la función administrativa bajo la contratación estatal. La norma legal entonces –Art-174 L. 732/02- tiene un fin constitucionalmente legítimo y por tanto, debe ser aplicada para resolver el asunto bajo examen.

El accionante OSCAR ARTURO ARCOS, fue sancionado penalmente a pagar la pena de prisión equivalente a dos (2) años, y la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, mediante sentencia del 21 de abril de 2009 proferida por el Juzgado Penal del Circuito Adjunto de Buga. El 01 de diciembre de 2011, la Sala Penal de este Tribunal revocó el auto del 24 de agosto de 2011 emitido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, para en su lugar declarar extinguida la sanción penal que le fuera impuesta.

Bajo ese panorama, no levantar el antecedente disciplinario impuesto como consecuencia de la ejecución de una conducta punible, consistente en inhabilitación para contratar con el Estado, no traduce violación al derecho a la igualdad, debido proceso o habeas data del accionante, toda vez que la sentencia judicial

referenciada anteriormente cobró ejecutoria dentro de los cinco (5) años anteriores a la expedición del Certificado por la Procuraduría General de la Nación.

En primer lugar, porque la permanencia del antecedente tiene un fin constitucionalmente válido como ya quedó constatado, y porque en todo caso, no podrá ser superior a cinco (5) años, a partir del cual la entidad demandada deberá suprimirlo del mentado documento, lo cual garantiza el derecho fundamental de habeas data.

(...)Así las cosas, esta Sala negará la acción de tutela, conforme con los anteriores argumentos.

Sentencia de tutela de 1ª instancia (T-2012-00059-00) del 23 de abril de 2012, con ponencia de la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego. Decisión: niega la protección solicitada.

REBAJA DE PENA POR ALLANAMIENTO EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA - El juez dispone de “otras medidas adecuadas” distintas de la excepción de inconstitucionalidad para resolver el problema de determinación de la pena allí precisado.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1453 de 2011, artículo 77, parágrafo único.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 36502 del 05 de septiembre de 2011, con ponencia del magistrado Alfredo Gómez Quintero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...) La conocida norma de “SEGURIDAD CIUDADANA”, compendiada en la Ley 1453 de Junio 24 de 2011, en su exposición de motivos, en lo concerniente a las “MEDIDAS EN EL PROCEDIMIENTO PENAL”, consideró que “el sistema acusatorio ha significado sin lugar a dudas un avance en las garantías de los ciudadanos que debe conservarse, sin embargo, la ley 906 de 2004 tiene falencias y defectos importantes que están generando graves situaciones de impunidad en Colombia”. Este imperativo social constituyó “la necesidad” que impulsó al Congreso de Colombia a procurar, mediante ese mandato, fortalecer los mecanismos de control social afines al procedimiento penal. Por eso, de manera específica en lo referente a la rebaja de penas dispuso modular “los beneficios en caso de flagrancia, pues en la actualidad si se aceptan cargos se puede acceder a la misma rebaja que cuando aquella no se presenta, lo cual es absurdo” y para ello, incluyó en el Artículo 57 de la señalada Ley 1453 de 2011 que modificó el artículo 301 de la Ley 906 un parágrafo donde dispuso: “La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá ¼ del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”.

En el presente asunto el ejercicio interpretativo del Defensor recurrente se cimentó en recientes decisiones judiciales tomadas en similares casos por Jueces de la

República incluyendo el salvamento de voto contenido en la Sentencia proferida por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en el radicado 36.502 de Septiembre 5 de 2011, el cual se soporta en considerarse la vulneración al principio de igualdad en el trato de las personas que se allanen a cargos en la investigación penal; se precisa entonces de dos grupos: (a) los que se allanen a cargos o pre-acuerden, en los términos del artículo 351, sin incurrir en alguna circunstancia de flagrancia de las previstas en el artículo 301; para ellos el beneficio será de “hasta el 50%”; y, (b) quienes se allanen o pre-acuerden en los términos del art. 351, habiendo incurrido en alguna circunstancia de flagrancia de las previstas en el art. 301; para ellos, conforme al parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 “sólo tendrá $\frac{1}{4}$ parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004”.

Esa necesidad de corregir “las falencias y defectos importantes que están generando graves situaciones de impunidad en Colombia”, en asuntos como el que hoy es objeto de estudio por parte de ésta Sala de decisión, fue ajustada por el legislador sobre la base de no otorgar la misma rebaja que la que se concede para quienes igualmente aceptan cargos y no son aprehendidos en flagrancia. Significa que aquí el imputado DARWIN ALEXIS TROCHES HINCAPIÉ, por haber sido capturado en flagrancia dedicado al tráfico de estupefacientes y haber aceptado los cargos en la audiencia de formulación de imputación sólo tendrá derecho a una rebaja de “ $\frac{1}{4}$ parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004”, mientras que si a él mismo se le hubiere imputado cargos por fuera de esa aprehensión en flagrancia como resultado de la existencia de otra evidencia procesal y en la respectiva audiencia los hubiere aceptado, conforme al artículo 351 de la Ley 906 de 2004 la rebaja sería “hasta de la mitad de la pena imponible”.

Si en los diversos pronunciamientos de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, de manera cuantitativa, se ha concretado la forma como debe interpretarse la aplicación de la rebaja “hasta en la mitad”, establecida en la Ley cuando se presenta aceptación de cargos “en la audiencia de formulación de la imputación, donde, se reitera se indicó *“que en los casos de flagrancia, cuando no van acompañados de un plus de colaboración, la rebaja de pena no puede alcanzar el 50%”*, se ha de entender que en éste caso concreto, la solución punitiva consagrada en el parágrafo único del Artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 puede aplicarse previa determinación, a través de los medios de prueba aportados, de la existencia de ese “plus de colaboración” por parte del imputado TROCHEZ HINCAPIE. Deberá entonces el Juez, conforme a los señalados criterios jurisprudenciales, estimar como “premio punitivo” una sanción oscilante entre el *“35 o del 40%, en la medida en que debe ser superior –en todo caso- a una tercera parte más un día, dado que el acogimiento a los cargos se ejecuta en la primera oportunidad”* y, sobre sus deducciones punitivas imponer la sanción rebajada en $\frac{1}{4}$ parte como lo precisa la Ley 1453 de 2011.

Significa lo anterior que la determinación punitiva, atendiendo los fundamentos establecidos en el referenciado párrafo, tienen como fundamento de aplicación el deber del Juez de establecer el sentido de la proposición “hasta” para que pueda precisar de manera concreta, ese término límite allí contenido y lograr así cumplir con esa finalidad específica de dosificar la pena que en derecho habrá de imponer.

Igual situación se presenta cuando la aceptación de cargos se presenta en la audiencia preparatoria. Allí, el Legislador también adecuó el beneficio punitivo utilizando la fórmula conformada por la proposición “hasta” y un límite que fue

tasado en 1/3 parte. Conforme a los parámetros de Interpretación aquella tiene como margen de oscilación 1/6 (rebaja por aceptación al inicio del juicio) más un día “hasta” el primer guarismo (en ese margen se halla la ¼ parte establecida en el párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011). Es decir que aquí también debe el fallador verificar de manera razonable ese juicio que de manera fundada le permita encontrar el monto de la pena que habrá de imponer.

Acorde con lo precisado y atendiendo los fundamentos determinadores del recurso de apelación que aquí se resuelve, enmarcado en el condicionamiento existente para determinar el contenido y alcance necesario para aplicar la rebaja de ¼ parte en la forma indicada en la Ley 1453 de 2011, se ha de señalar que, acorde con el principio de proporcionalidad garante del de igualdad, el Juez tiene “otras medidas adecuadas” distintos de la excepción de inconstitucionalidad para resolver el problema de determinación de la pena allí precisada. Aquellas, se determinan en el proceso de ponderación de la base de la fijación punitiva, la cual, se reitera, está estructurada en la proposición “hasta”, la cual, conforme al principio de razonabilidad y con fundamento en los elementos de valoración aportados, le ha de permitir encontrar esos mecanismos que garanticen la efectividad de los derechos fundamentales del imputado entre los cuales se encuentra el de la igualdad.

La oscilación progresiva imperante en las normas contentivas de beneficios punitivos por aceptación de cargos garantiza en el presente caso, la aplicación del párrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 y, por lo tanto, no se accederá a lo pretendido por el recurrente defensor.

Conforme a las directrices trazadas por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que fueron debidamente tratadas en el aparte a) de ésta decisión, debe señalarse que para determinar el monto de la rebaja considerando que la aceptación de cargos por parte de TROCHEZ HINCAPIE se verificó “a escasas horas” de cometido el delito, pues, su aprehensión en flagrancia aconteció a las 16:30 horas del día 01 de Octubre de 2011 y la correspondiente audiencia de imputación y aceptación se realizó a las 10:57 de la mañana del día 02 del señalado mes y año; referente que permite establecer y así se deduce de los elementos de juicio recaudado que en ese lapso no se presentó ese “plus de colaboración” encaminado a descubrir a otros autores o partícipes, como sería las personas que le suministraron a cualquier título la sustancia estupefaciente decomisada, la rebaja de pena se debió tasar en un cuarenta por ciento (40%) de la pena imponible y a éste porcentaje deducirle la ¼ parte asignada en la señalada Ley 1453; pero, como el resultado de esa operación le causaría a aquel un perjuicio, en razón de la NO REFORMATIO IN PEJUS no se modifica la sanción impuesta en la decisión recurrida.

En lo que ver con la concesión del beneficio libertario de la suspensión condicional de la ejecución de la pena consagrada en el artículo 63 del Código Penal y la sustitución de la pena de prisión por la de prisión domiciliaria precisada en el artículo 38 de la citada obra, precisa la Sala que atendiendo el monto de la pena impuesta y la fijada en el artículo 376 del Estatuto de Penas, inciso segundo, de manera objetiva no permiten esos reconocimientos, pues, se presenta las mismas razones consignadas en la decisión recurrida para negar su otorgamiento.

Sentencia de 2ª instancia (AC-108-12) del 23 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Luis Alberto Peralta Rojas. Decisión: confirma la sentencia apelada.

ACCESO ILEGAL O PRESTACIÓN ILEGAL DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES -La prestación no autorizada del servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida y de larga distancia no fue despenalizada por las sentencias C-379 de 2000 y 311 de 2002 de la Corte Constitucional/**ACCESO ILEGAL O PRESTACIÓN ILEGAL DE LOS SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES** – No es posible hablar de error de tipo o de prohibición cuando los acusados tienen la capacidad de comprender la validez del sentido prohibitivo de la norma.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 257; Ley 142 de 1994, artículo 14; Decreto 1641 de 1994, artículo 1; Decreto 1900 de 1990.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 28865 del 14 de mayo de 2008, con ponencia de José Leonidas Bustos Martínez y 33022 del 20 de octubre de 2010, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca; Corte Constitucional, sentencias C-379 de 2000 y C-311 de 2002.

TESIS DE LA DECISIÓN:

De conformidad con lo señalado por el numeral primero del artículo 76 de la Ley 600 de 2000, esta Sala es competente para conocer y decidir el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia adiada el 16 de febrero de 2012, proferida por el Juzgado Cuarto Penal del Circuito de Palmira.

El artículo 232 de la Ley 600 de 2000, señala que *“Toda providencia debe fundarse en pruebas legal, regular y oportunamente allegadas a la actuación.*

No se podrá dictar sentencia condenatoria sin que obre en el proceso prueba que conduzca a la certeza de la conducta punible y de la responsabilidad del procesado”.

El punible por el que se investigó y acusó a los señores Luis Roberto Dávila Echeverri y Blanca Cecilia Dávila Echeverri es el del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones, señalado en el artículo 257 del Código Penal, sin tener en cuenta la modificación introducida por el artículo 1º de la Ley 1032 de 2006, en razón a la fecha de ocurrencia de los hechos y porque el quantum punitivo resulta más favorable, el cual establece que: *“El que acceda o use el servicio de telefonía móvil celular (u otro servicio de comunicaciones) mediante la copia o reproducción no autorizada por la autoridad competente de señales de identificación de equipos terminales de éstos servicios, derivaciones, o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas, (o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con animo de lucro no autorizados), incurrirá en prisión de dos (2) a ocho (8) años y multa de quinientos (500) a mil (1.000) salarios mínimos legales*

mensuales vigentes". Frase entre paréntesis, fue declarada inexecutable mediante sentencia C-311 del 30 de abril de 2002.

El principal motivo de disenso radicó en la supuesta atipicidad de la conducta desplegada por los acusados, teniendo como fundamento la declaratoria de inexecutable que hiciera la Corte Constitucional de algunos apartes, tanto del artículo 6º de la Ley 422 de 1998, como del artículo 257 de la Ley 599 de 2000.

Al estudiarse una demanda de inconstitucionalidad promovida en contra del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, que tipificaba el delito "*Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones*", la Corte Constitucional, mediante sentencia C-739 del 22 de junio del año 2000, resolvió declarar inexecutable los segmentos "*u otro servicio de telecomunicaciones*" y "*o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados*" del primer inciso, al igual que los incisos segundo y tercero.

Con posterioridad, al presentarse demanda de inconstitucionalidad contra algunos apartes del artículo 257 de la Ley 599 de 2000 que tipifica el punible "*Del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones*", la Corte Constitucional, mediante sentencia C-311 del 30 de abril del año 2002, resolvió estarse a lo resuelto en la sentencia C-739 de 2000 y en consecuencia declaró inexecutable las expresiones "*u otro servicio de comunicaciones*" y "*o preste servicios o actividades de telecomunicaciones con ánimo de lucro no autorizados*" del primer inciso, al igual que los incisos segundo y tercero. Asimismo, declaró executable la expresión "*o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de larga distancia no autorizadas*", contenida en el inciso primero de la norma en comento.

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley 142 de 1994:

"14.26. Servicio público domiciliario de telefonía pública básica conmutada. Es el servicio básico de telecomunicaciones, uno de cuyos objetos es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio. También se aplicará esta Ley a la actividad complementaria de telefonía móvil rural y al servicio de larga distancia nacional e internacional. Exceptuase la telefonía móvil celular, la cual se registrará, en todos sus aspectos por la Ley 37 de 1993 y sus decretos reglamentarios o las normas que los modifiquen, complementen o sustituyen.

***14.27. Servicio público de larga distancia nacional e internacional. Es el servicio público de telefonía básica conmutada que se presta entre localidades del territorio nacional o entre éstas en conexión con el exterior*". (subrayas fuera de texto).**

A su vez, el Decreto 1641 de 1994, a través del artículo 1 adoptó las siguientes definiciones:

"1. Servicio de telefonía pública básica conmutada, que en adelante se denominará "TBPC". Es el servicio básico de telecomunicaciones cuyo objeto es la transmisión conmutada de voz a través de la red telefónica conmutada con acceso generalizado al público.

2. Servicio de telefonía pública básica conmutada local. Es el servicio de TBPC, uno de cuyos objetos en la transmisión conmutada de voz a través de la red de telefonía conmutada con acceso generalizado al público, en un mismo municipio.

3. Servicio de telefonía pública básica conmutada local extendida. Es el servicio de TBPC prestado por un mismo operador a usuarios de un área geográfica continua conformada por municipios adyacentes, siempre y cuando ésta no supere el ámbito de un mismo departamento.

4. Servicio de telefonía pública conmutada de larga distancia nacional. Es el servicio de TBPC que proporciona en sí mismo capacidad completa de comunicación telefónica entre usuarios de distintas redes de TBPC y/o local extendida del país". (Subrayas fuera de texto).

Esgrime el apelante que, para la fecha de ocurrencia de los hechos, octubre de 2003, la conducta de los señores Luis Roberto y Blanca Cecilia Dávila Echeverri, no constituía transgresión penal, aspecto que no comparte la Sala, pues la sentencia C-311 de 2002, declaró exequible la expresión *“o uso de líneas de telefonía pública básica conmutada local extendida o de larga distancia no autorizados”*, contenida en el artículo 257 de la Ley 599 de 2000.

A la vez, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia en un caso similar al que ahora se estudia, determinó que: *“Analizadas las razones esgrimidas por la demandante en casación, el suscrito Magistrado considera innecesario hacer uso de la facultad de insistencia, pues el punto sobre el cual pretende el desarrollo jurisprudencial fue estudiado por la Sala, tal y como fue consignado en el auto inadmisorio atacado. Mientras que el representante judicial de los condenados insiste que la conducta por la cual fueron condenados sus prohijados es atípica, en el auto se analizó el punto de la siguiente manera en la descripción de los hechos:*

“La modalidad utilizada por los procesados es conocida en el mundo de las telecomunicaciones como “By-pass de larga distancia”, que significa “sin pasar por” consistente en que al ingresar una llamada del exterior, ésta no se transfiere a las redes de las empresas legalmente habilitadas (Orbitel, Telecom y Etb), pues el servicio telefónico brindado por la compañía cuestionada, en apariencia se muestra como si fuera una operación local, no siéndolo; alcanzándose tal cometido ilícito, mediante la utilización de equipos de alta tecnología especializada en el área”

También en la motivación de la inadmisión del tercer cargo se contesta la alegada atipicidad de la conducta de la siguiente manera:

“Por el contrario, y sin que se entienda que es un argumento de fondo, el tipo penal denominado “del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones”, se encuentra vigente en todas sus connotaciones dogmáticas, las que no fueron alteradas por los fallos de inconstitucionalidad, tanto como para sostener que dejó de ser considerado delito porque se excluyó la frase “u otro servicio de comunicaciones”, quedando sólo la telefonía móvil celular; motivo que lleva a la memorialista a pensar que como eran líneas fijas ya el punible dejó de ser tal; criterio que no se compadece con la realidad legal, al desconocerse aquella actividad dogmática descrita en el tipo penal referido, como la copia de señales no autorizadas de larga distancia y derivaciones, éstos fueron elementos

que olvidó trabajar la demandante, como para pensar, por un momento, sobre la inexistencia del punible.”

Como se ve el fundamento de la solicitud de insistencia fue resuelto en el auto de febrero 13 sin que ahora tenga sentido volver a estudiar la demanda sin argumentos nuevos, distintos al intento desesperado de la memorialista de intentar imponer sus particulares conclusiones sobre las que de manera suficientemente motivada adoptó la Sala al decidir la inadmisión de la demanda...”

Como puede verse, la jurisprudencia ha decantado que no obstante las sentencias de constitucionalidad en antes referidas, el artículo 257 de la Ley 599 de 2000 continuó vigente, determinándose que la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida y de larga distancia no autorizada, constituye delito, restando entonces establecer si en el caso subexamine se dan los requisitos para que el mismo se configure.

Las pruebas arribadas al proceso demuestran que en el mes de octubre del año 2003, la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A., de la cual era gerente el señor Luis Roberto Dávila Echeverri y representante legal la señora Blanca Cecilia Dávila Echeverri, sin contar con la debida autorización usó líneas de telefonía pública básica conmutada local para el reoriginamiento de tráfico de llamadas entrantes de larga distancia internacional.

Conclusión a la que se llega con el Informe SIA CTI 234 del 21 de octubre de 2003, suscrito por investigadores adscritos a la Sección de Información y Análisis del Cuerpo Técnico de Investigación, Seccional de Santiago de Cali, en el que se puso en conocimiento la presunta comisión del delito.

Obran las actas de pruebas de tráfico clandestino, fechadas el 20 y el 22 de octubre de 2003, a través de las cuales se comprobó la operación de redes de telefonía pública conmutada de larga distancia, detectándose aquellas líneas telefónicas usadas para simular tráfico de larga distancia internacional entrante, haciéndolo pasar como tráfico local.

Con la practica de las aludidas pruebas se identificaron los abonados telefónicos 2704955, 2706053, 2706079, 2706086, 2717400, 2717407, 2717411, 2717412, 2717414, 2717416, 2717419, 2717427, 2717428 y 2717772, ubicados en la calle 37 A Nro. 32-30 de Palmira, sede del GRUPO TELEMANDO S.A., demostrándose que las llamadas de larga distancia internacional no fueron realizadas a través de ninguno de los operadores TELECOM, ETB y ORBITEL, autorizados según licencias de concesión otorgadas por el Ministerio de Comunicaciones y de acuerdo con el Decreto 2542 de 1997.

Con la diligencia de registro y allanamiento practicada el 23 de octubre de 2003 por la Fiscalía Octava Seccional de Cali al inmueble ubicado en la calle 37 A Nro. 32-30 de Palmira, se verificó la incautación de tres multiflexores marca ACT Networks, de referencia FAX PACKEF, con seriales U042866-1700005001, U017837-1700520000 y A102619C con marcador U056110, un aparato marca SIEMENS serial 53118K4842109, un módem satelital marca EF DATA serie 992040557, una fuente de poder marca FERRUPS FE serial FE21K07578, un switch o procesador central marca ACT Networks serie 7515 y un Split o amplificador de antena satelital serie

8300057265, equipos de telecomunicaciones idóneos para reoriginar tráfico de larga distancia internacional simulándolo como tráfico local.

Hace parte del recaudo probatorio, copia de la Resolución Nro. 001038 del 5 de mayo de 1999, por medio de la cual la entonces Ministra de Comunicaciones otorgó a la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A., una concesión mediante licencia para la prestación de los servicios de valor agregado y telemáticos, con cubrimiento nacional y en conexión con el exterior, advirtiéndose en el artículo 2º de la parte resolutive de dicho acto administrativo, que la concesión otorgada *“no involucra la prestación directa o indirecta de los servicios básicos de telecomunicaciones ni de difusión, de acuerdo con lo establecido en los artículos 28 y 29 del Decreto Ley 1900 de 1990”*; y que para la prestación de los servicios concedidos se autoriza establecer una red de valor agregado asociada, *“sin la posibilidad de la prestación directa del servicio soporte, al amparo de esta licencia”*, según lo plasmado en el artículo 4º de la parte resolutive de dicha resolución.

Los servicios de telecomunicaciones se clasifican en: Básicos, de difusión, telemáticos y de valor agregado, auxiliares de ayuda y especiales, siendo los de valor agregado aquellos que utilicen como soporte servicios básicos, telemáticos, de difusión o cualquier combinación de estos, prestados a través de una red de telecomunicaciones autorizada, y con ellos proporcionan al usuario la capacidad completa para el envío o intercambio de información, agregando otras facilidades al servicio soporte o satisfaciendo necesidades específicas de telecomunicaciones.

Para que el servicio de valor agregado se diferencie del básico es necesario que el usuario de aquel reciba de manera directa alguna facilidad agregada a dicho servicio, que le proporcione beneficios adicionales, independientemente de la tecnología o el terminal utilizado. De tal manera, sólo se consideran servicios de valor agregado aquellos que se puedan diferenciar de los servicios básicos.

Por su parte, los telemáticos son aquellos que utilizando como soporte servicios básicos, permiten el intercambio de información entre terminales con protocolos establecidos para sistemas de interconexión abiertos, formando parte de estos, entre otros, los de telefax, publifax, teletex, videotex y datafax.

Para estos efectos, los servicios básicos comprenden los servicios portadores y los teleservicios, siendo éstos últimos aquellos que proporcionan en sí mismos la capacidad completa para la comunicación entre usuarios, incluidas las funciones del equipo terminal, formando parte de éstos, entre otros, los servicios de telefonía tanto fija como móvil y móvil – celular, la telegrafía y el télex.

De igual manera, el artículo 50 del Decreto 1900 de 1990 prevé que *“Cualquier red o servicio de telecomunicaciones que opere sin autorización previa será considerado como clandestino y el Ministerio de Comunicaciones y las autoridades militares y de policía procederán a suspenderlo y a decomisar los equipos, sin perjuicio de las sanciones de orden administrativo o penal a que hubiere lugar...”* (Subrayas fuera de texto).

Con lo anterior quedó plenamente demostrado que la licencia otorgada a la empresa GRUPO TELEMANDO S.A., en ningún momento la autorizaba como operador para el uso y explotación del espectro electromagnético para la prestación

del servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de de larga distancia, licencia que sí le fue concedida a la empresa constituida como parte civil en el presente asunto, ORBITEL S.A. E.S.P., según Resolución Nro. 000568 del 4 de marzo de 1998.

Con lo anotado, refulge incontrovertible que la sociedad GRUPO TELEMANDO S.A., con la representación legal y gerencia de los aquí procesados, usó líneas de telefonía pública básica conmutada local para el reoriginamiento de tráfico de llamadas entrantes de larga distancia internacional, sin contar con la autorización para ello, pues se demostró que la licencia que les fuera concedida a través de la Resolución 001038 del 5 de mayo de 1999, lo era sólo para la concesión de los servicios de valor agregado y telemáticos, sin que en ningún momento la autorizara como operador para el uso y explotación del espectro electromagnético para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada local, local extendida o de de larga distancia.

En cuanto al argumento del apelante de que los representantes legales de las empresas continuaron actuando bajo convencimiento invencible de que su conducta no constituía delito, lo que a su juicio conlleva a pensar en la existencia de un error de tipo o de prohibición en los implicados...

El fundamento argumentativo expuesto por la defensa, radica en que los procesados actuaron bajo convencimiento invencible de que su actuar no constituía comportamiento punible, dada la declaratoria de inexecutable que hizo la Corte Constitucional respecto de algunos apartes del artículo 6 de la Ley 422 de 1998, y del artículo 257 de la Ley 599 de 2000, y los pronunciamientos de diversos operadores judiciales, a través de los cuales se precluyeron investigaciones por iguales conductas ante tal inexecutable, aunado a comunicados u oficios de altos funcionarios de la Fiscalía General de la Nación en idéntico sentido.

Respecto a lo planteado por el recurrente, estima la Sala que el pretendido error directo sobre la validez de la norma no se torna excusable para ninguno de los procesados, en tanto ambos desarrollaron al interior de la sociedad comercial los cargos de gerente técnico y de representante legal, lo cuales les exigían tener meritorio conocimiento sobre el tema de las telecomunicaciones y las facultades para operar que la ley les otorgaba.

La regla de la experiencia indica que para asumir un cargo, especialmente de tan alto nivel, en una compañía relativamente grande, con aproximadamente 13 o 14 sedes en el país, se requiere tener las competencias para desempeñarse en él. Además, en ninguno de los acusados se observa condición personal que permita inferir que no estaban en capacidad de comprender la validez del sentido prohibitivo de la norma, pues según lo manifestado en las indagatorias, ambos provienen de entornos de estudio y/o trabajo sin que se informara problemas o inconveniente alguno en ese desenvolvimiento, por el contrario, la señora Blanca Cecilia Dávila Echeverri estudió bachiller en Barranquilla y se graduó en Miami, Estados Unidos, y trabajó en Bogotá en una empresa CRECINCO, mientras que el señor Luis Roberto Dávila Echeverri es pensionado de los Estados Unidos.

En el caso de la señora Blanca Cecilia Dávila Echeverri, quien fungió como representante legal, inclusive, aceptó haber tenido entre sus funciones la

coordinación de la asesoría jurídica de la empresa, era necesario saber sobre la legalidad del objeto social de la compañía, lo cual incluye tener claridad sobre la diferente normatividad que regulaba el servicio de telecomunicaciones, esto es, las leyes y decretos que sobre la materia expidió el Estado reglamentando dicho servicio público; o al menos contar con los respectivos asesores expertos en el tema, y si lo que se aduce es que fueron asesorados por abogados especializados en el sentido de que tal conducta no constituía ilicitud, de ello tampoco se allegó prueba al respecto.

De igual manera se puede predicar ese conocimiento del señor Luis Roberto Dávila Echeverri, quien en razón de su cargo le correspondía todo lo relacionado con las funciones técnicas de la firma, lo que incluye por supuesto tener el conocimiento sobre los conceptos y definiciones sobre el área de las telecomunicaciones, así como lo reglado sobre la misma.

(...)Por todo lo anterior, esa alegada falta de comprensión del injusto les resulta a los hermanos Luis Roberto y Blanca Cecilia Dávila Echeverri totalmente reprochable, pues como se anotó, a la luz de la sana crítica no se demostró que estuvieran incursos en error de validez de la norma, lo que conllevará a que su pretensión se despache desfavorablemente.

La conducta en que incurrieron los acusados Luis Roberto y Blanca Cecilia Dávila Echeverri se torna antijurídica en la medida en que como gerente técnico y representante legal de la sociedad comercial GRUPO TELEMANDO S.A., conscientes de no contar con la debida autorización para ello, usaron el espectro electromagnético para la prestación del servicio de telefonía pública básica conmutada local y de larga distancia, al simular el tráfico de llamadas internacionales entrantes como si fueran locales, desvalor de la acción que redundó en el consecuente perjuicio para las tres empresas que en el año 2003 sí estaban autorizadas para ello, ORBITEL, ETB y TELECOM.

Todo lo anterior lleva a concluir que, contrario a lo expuesto por la defensa, está demostrado que los señores Luis Roberto Dávila Echeverri y Blanca Cecilia Dávila Echeverri fueron coautores del delito del acceso ilegal o prestación ilegal de los servicios de telecomunicaciones por hechos ocurridos en el mes de octubre de 2003, y, dado que el a-quo condenó fue a título de autores, la Sala modificará la sentencia de primera instancia, únicamente en lo que tiene que ver con éste específico ítem.

Sentencia de 2ª instancia (2007-00123-01) del 23 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: modifica y confirma la sentencia apelada.

INASISTENCIA ALIMENTARIA – Si la conducta ha sido cometida en varios lugares, la competencia se determina por el lugar donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 37, numeral 4, 43, 55, 339 y 341.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 35107 DEL 08 de octubre de 2010 y 36814 del 29 de junio de 2011, ambas con ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La Sala es competente para pronunciarse respecto de la falta de competencia manifestada por el Juez Promiscuo Municipal de Zarzal en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 19 de octubre de 2011, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5º del artículo 34 de la Ley 906 de 2004.

El numeral 4º del artículo 37 de la citada ley señala que: *“Los jueces penales municipales conocen: De los delitos de violencia intrafamiliar e inasistencia alimentaria.”*

Asimismo, el artículo 43 del Código de Procedimiento Penal establece que: *“Es competente para conocer del juzgamiento el juez del lugar donde ocurrió el delito.”*

En el presente asunto, se tiene que el delito de inasistencia alimentaria al parecer se ha cometido en Zarzal y La Victoria, lugares donde han residido los menores J.A.R.O. y L.V.R.O., pues a pesar que la denuncia se interpuso en la primer ciudad referida, en la audiencia de formulación de acusación celebrada el 19 de octubre de 2011, la progenitora de los niños informó que actualmente reside en el segundo municipio citado, por lo que la competencia debe ser definida de conformidad con lo establecido en el inciso segundo del artículo 43 de la Ley 906 de 2004, esto es, dependiendo del sitio donde se encuentren los elementos fundamentales de la acusación.

Se advierte que en los anexos del escrito de acusación presentado por la Fiscal Deciséis Local de Zarzal, se indicó que en el juicio haría valer los testimonios de la señora Nhora Libia Obando Agudelo y la Investigadora Nancy del C. Robledo, adscrita al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía General de la Nación con sede en Medellín- Antioquia, lugar donde puede ser ubicada, con quienes se introducirían algunos documentos, entre ellos, formato único de noticia criminal, registros civiles de nacimiento de los menores y la tarjeta alfabética del señor José Edwin Ramírez Cuartas.

Así las cosas, considera la Sala que no le asiste razón a la Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, cuando afirma que el asunto seguido contra el precitado debe continuarse tramitando en Zarzal, ya que es allí donde han residido los menores se ha cometido el delito de inasistencia alimentaria y se encuentran los elementos fundamentales de la acusación, pues de la sola lectura del escrito de acusación se extracta que esos elementos no son otros diferentes a los testimonios de la señora Nhora Libia Obando Agudelo progenitora de los niños y la Investigadora del CTI, la primera residente en La Victoria y la segunda en Medellín.

A criterio de la Sala, la fiscalía debió presentar la acusación ante la Juez Promiscuo Municipal de La Victoria por ser el lugar se encuentran los elementos fundamentales de la acusación, en consideración a que es donde actualmente reside la señora Nhora Obando Agudelo, representante legal de los menores presuntamente afectados y quien es uno de los testigos referidos en el escrito

presentado por el ente acusador, siendo la Investigadora del CTI, la única testigo que se encuentra fuera de esa jurisdicción.

Es evidente que además de los documentos que introducirá la fiscalía y el testimonio de la funcionaria adscrita al CTI, el único elemento con vocación de prueba es la declaración de la progenitora de los menores J.A.R.O. y L.V.R.O., quien reside y labora en La Victoria, motivo por el cual es en esa ciudad donde se debe adelantar el juicio oral, pues solo allí se garantizan los derechos de los niños al facilitar la concurrencia de su representante legal a las respectivas audiencias, quien como principal medio de prueba referido por la fiscalía en el escrito de acusación, podrá exponer las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se fundamentan los cargos.

En consecuencia, la Sala aceptará la manifestación de incompetencia planteada por el Juez Promiscuo Municipal de Zarzal y se dispondrá remitir las diligencias a la Juez Promiscuo Municipal de La Victoria, lugar donde se reitera, se encuentran los elementos fundamentales de la acusación.

De otra parte, se advierte que el Juez Promiscuo Municipal de Zarzal se declaró incompetente para conocer de la actuación y dispuso enviar las diligencias a su homologado en La Victoria, despacho que no aceptó la manifestación de aquel y le devolvió el asunto, procedimiento que es contrario al establecido en los artículos 55 y 341 del Código de procedimiento Penal, según los cuales las impugnaciones de competencia serán resueltas por el superior jerárquico del juez, sin necesidad que se de un conflicto de competencia.

Auto 2008-00030-01 del 23 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: asigna la competencia al Juzgado Promiscuo de La Victoria.

REBAJA DE PENA POR ALLANAMIENTO EN LOS CASOS DE FLAGRANCIA – La reforma introducida por el parágrafo del artículo 57 de la Ley 1453 de 2011 no es contraria al debido proceso ni viola el principio de igualdad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 1453 de 2011, artículo 57.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 30273 del 09 de diciembre de 2010, 27263 del 29 de julio de 2008, 33754 del 15 de junio de 2011, 29902 del 09 de diciembre de 2010, 28222 del 30 de junio de 2010, 31061 del 24 de marzo de 2010, 30550 del 24 de marzo de 2010 y 36502 del 05 de septiembre de 2011.

TESIS DE LA DECISIÓN:

La inconformidad de la apelante gira en torno a la disminución de la pena por aceptación de cargos, que estima ha debido ser de la mitad, porque el allanamiento se produjo en la audiencia de formulación de imputación, para lo cual pide aplicar excepción de inconstitucionalidad al parágrafo del artículo 301 del Código de

Procedimiento Penal (*Ley 906 de 2004*), adicionado por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011.

Analizado el argumento de la censora, a la luz de los elementos materiales probatorios, las normas jurídicas y la jurisprudencia relacionada con la temática propuesta, se anticipa que la sentencia de primera instancia será confirmada, como pasa a explicarse.

Sea lo primero recordar, que cuando el procesado se allana a los cargos en la audiencia de formulación de imputación adquiere, dentro del marco de la justicia premial, el derecho a que le sea disminuida la pena imponible hasta en la proporción establecida en la ley, en orden a evitar el desgaste de la Administración de Justicia y según sea la colaboración del procesado con la justicia y su disposición a resarcir a las víctimas.

Al efecto, el legislador previó distintas etapas procesales para que el encartado aceptara los cargos, estableciéndose para cada una de ellas un monto específico respecto a la rebaja de la pena, el cual fijó según el desgaste de la Administración de Justicia, diferenciación que resulta totalmente razonable atendiendo el hecho que no puede premiarse en igual forma a quien desde los albores de la investigación acepta los cargos y evita un desgaste innecesario de la función pública, frente a quien lo hace en el curso avanzado del proceso.

Así mismo, el legislador contempló dichas rebajas otorgando al Juez de conocimiento la facultad de ponderar a partir de criterios post delictuales, el monto en la disminución de la pena imponible en razón a la aceptación de cargos, razón por la cual, no se dispuso determinado guarismo para cada etapa sino que se creó un ámbito de “*hasta la 1/2; hasta la 1/3; y de la 1/6 parte*”, según presentara el allanamiento en la audiencia de formulación de imputación (art. 351), audiencia preparatoria (art. 356) o al inicio del juicio oral (art. 367), respectivamente.

Es decir, que para la disminución de la pena por el allanamiento no sólo se tiene en cuenta dicha aceptación y el estadio procesal en que esta ocurra, sino también otras circunstancias que debe valorar el juez, cuales son la información que aporte el procesado respecto a otros participantes del ilícito, el descubrimiento de otras conductas punibles y la reparación a las víctimas.

Ahora bien, el artículo 57 de la Ley 1453 del 24 de junio de 2011, adicionó un párrafo al artículo 301 del C.P.P., que regula los casos en que existe flagrancia, para fijar un monto de rebaja menor en los casos en que el procesado se allane a los cargos habiendo sido descubierto en dicho estado, así:

“La persona que incurra en las causales anteriores sólo tendrá 1/4 del beneficio de que trata el artículo 351 de la Ley 906 de 2004.”.

De esta manera, es claro que el legislador modificó a la baja el monto de rebaja por allanamiento a cargos, respecto a los procesados que hubiesen sido sorprendidos en flagrancia, disposición que coincide con la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, según la cual en los eventos de flagrancia el imputado no podía ser beneficiado hasta con la mitad de la rebaja de la pena, así: *“la proporción extrema no puede operar, en la medida en que –por regla general- de*

una situación de flagrancia normalmente se derivan sin mayor dificultad los elementos de convicción que permiten –así sea con agotamiento del trámite normal- el proferimiento de un fallo condenatorio. El apoyo que a la sentencia ofrece el allanamiento en un caso de flagrancia no es otro que el de la simple economía procesal y el premio a esa sola consecuencia se refleja justa y proporcionalmente en el 35 ó 40% que viene predicando la Sala”.

En estas condiciones la apelante no tiene razón al reclamar la rebaja de hasta la mitad de la pena imponible regulada en el artículo 351 del C.P.P., por cuanto la nueva ley disminuyó el porcentaje de ese beneficio a la $\frac{1}{4}$ parte según consagración expresa y clara del parágrafo con que adicionó el artículo 301 *ibídem*.

Así las cosas, descendiendo al caso que nos ocupa, evidencia la Sala que la Juez a quo al momento de otorgar la rebaja por allanamiento al procesado LÓPEZ AGUDELO, debió dar aplicación al parágrafo del artículo 301 introducido por el artículo 57 de la Ley 1453 de 2011, en razón a que los hechos tuvieron ocurrencia el 22 de septiembre de 2011, es decir, cuando ya estaba en vigencia dicha reforma.

De esta forma, el aserto de la censora diciendo que a la luz de la nueva ley le resulta mejor al imputado allanarse en fase posterior del proceso y no en la inicial de la formulación de imputación, no pasa de ser una apreciación subjetiva y por fuera de la secuencia lógica en que se desarrollan los estancos del proceso penal y de los efectos que en cada una de esas fases tiene la justicia premial, por manera que en los inicios de la actuación el allanamiento a cargos reporta mayor rebaja que cuando el procesado se somete en las etapas subsiguientes. Lo anterior, porque el fundamento de la justicia premial se expresa en que a menos desgaste de la administración de justicia, mayor rebaja y, a mayor desgaste en la medida que se hace avanzar el proceso a fases subsiguientes, la rebaja de la pena será menor para quien mas adelante o tardíamente en el decurso del proceso se somete a la justicia.

De ahí que, el Tribunal no encuentra vulneración al debido proceso y a la igualdad con la incorporación al ordenamiento jurídico del parágrafo del artículo 301 del C.P.P., siendo que mediante su libertad de configuración, el legislador ajustó el debido proceso entratándose de allanamiento a cargos de procesados sorprendidos en flagrante delito, a unos postulados que entrañan una menor rebaja punitiva y si bien de manera específica se refiere a que en esos casos la persona sólo tendrá $\frac{1}{4}$ parte del beneficio de que trata el artículo 351 de la ley 906 de 2004, nada impide que ese querer legislativo se extienda a las fases procesales siguientes en las cuales el procesado igualmente puede allanarse a los cargos a cambio de menor rebaja de la sanción, momentos en los cuales recibirá la $\frac{1}{4}$ parte del beneficio ya consagrado en la ley para cuando el allanamiento se presenta en la audiencia preparatoria (art. 356), o al inicio del juicio oral (art. 367).

Resulta claro, que la $\frac{1}{4}$ parte se predica del beneficio y bajo ese entendido expresamente declarado por el legislador, el parágrafo adicionado al artículo 301 de la ley 906 de 2004, no vulnera el principio de igualdad por cuanto el imputado que se allana al inicio de la investigación siempre tendrá una rebaja mayor que quien lo hace en la audiencia preparatoria o al inicio del juicio oral, por cuanto los beneficios dispuestos para estos estadios procesales son inferiores al señalado para el allanamiento a cargos en la formulación de imputación regulada en el artículo 351 *ibídem*.

Por demás, con el párrafo adicionado, el legislador estableció en ejercicio de su poder de configuración, el debido proceso de ley en materia de justicia premial en los casos de allanamiento a cargos de los procesados sorprendidos en flagrancia, de manera que a la luz de este nuevo debido proceso la rebaja de la $\frac{1}{4}$ parte lo es para el beneficio ya establecido en la ley para cada fase del proceso, mas no para la pena imponible.

Por tanto, el Tribunal no encuentra necesaria ni procedente la aplicación de la excepción de inconstitucionalidad deprecada por la apelante y coadyuvada por el no recurrente, pues como viene señalando, la nueva norma es ajustada al debido proceso y al principio de igualdad, establecidos en la Constitución Nacional, amén de que se trata de una facultad reservada por la propia Constitución al legislador encargado de dar forma a las leyes.

Así las cosas, en el presente caso no hay lugar a controvertir la aplicación del párrafo del artículo 301 introducido por el artículo 57 de la ley 1453 de 2011, pues resplandece evidente, que: i) el procesado LÓPEZ AGUDELO fue sorprendido en flagrancia cuando transportaba sustancia alucinógena; ii) aceptó los cargos formulados por la Fiscalía en la audiencia de imputación y iii) para dicho allanamiento el párrafo del artículo 301 consagra que sólo se rebajará la $\frac{1}{4}$ del beneficio por aceptación de cargos, es decir, el caso que nos ocupa enmarca jurídicamente en la voluntad expresa del legislador sin que comporte laguna alguna de su parte.

En este contexto, el a quo estaba obligada a dar aplicación al párrafo del artículo 301 del C.P.P., sin embargo encuentra la Sala que la funcionaria erró al momento de tasar la pena bajo la óptica de la nueva ley, pues aplicó la rebaja de la $\frac{1}{4}$ parte a la pena imponible, cuando dicha disminución debió hacerla al beneficio consagrado en el artículo 351 –tal como lo señala la norma-, esto es, al monto de “*hasta la mitad de la pena imponible*”, el cual para el presente caso debió fijar el a quo, por ejemplo en el 40% ante la captura en flagrancia del procesado y la ausencia del “*plus de colaboración*” resaltado por la jurisprudencia, razón por la cual la disminución de la pena se hizo equivocadamente por la juez de primera instancia, no obstante atendiendo el hecho de que la defensa funge como apelante único, no se reformará la pena impuesta por respeto a lo dispuesto en el artículo 31 de la Constitución Política, que prohíbe la reforma en peor.

Sentencia de 2ª instancia (AC-092-12) del 25 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Jaime Humberto Moreno Acero. Decisión: confirma la sentencia apelada.

INASITENCIA ALIMENTARIA – En él se descarta, dada su condición de conducta de ejecución permanente, la aplicación del principio de favorabilidad.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Código Penal, artículo 233.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 25649 del 13 de febrero de 2008, con ponencia de Augusto José Ibáñez Guzmán, 31407 del 25 de agosto de 2010, con ponencia de María del Rosario González de Lemos y T-56092 del 08 de septiembre de 2011, con ponencia de María del Rosario González de Lemos.

TESIS DE LA DECISIÓN:

(...)Afirma el apelante que el señor Jorgilio Giraldo Valencia no se ha sustraído del cumplimiento de la obligación alimentaria, pues según él, se demostró que hizo algunas consignaciones, giros y entregas en especie a favor de su menor hija cuando tuvo la posibilidad de hacerlo, descartándose que haya incurrido en alguna desatención injustificada.

(...)La Sala no comparte la afirmación realizada por el defensor del señor Jorgilio Giraldo Valencia, ya que el incumplimiento de la obligación alimentaria por parte del precitado se encuentra claramente demostrado con los testimonios de Luz Marina Ramírez Martínez, Luz Dary Colorado Giraldo, cuñada y prima de la querellante, respectivamente, y Ana Aleida Colorado Colorado, progenitora de la menor A.G.C., quienes al unísono depusieron en la audiencia del juicio oral, que el acusado no ha dado alimentos a su hija.

Si bien es cierto, la señora Ana Leida Colorado Colorado admitió que entre julio y diciembre de 2011 el señor Jorgilio Giraldo Valencia, realizó consignaciones a favor de su hija A.G.C., la que actualmente tiene 14 años de edad, ello no desvirtúa que el precitado se abstuvo de suministrar alimentos a la menor durante toda su infancia y parte de la adolescencia, pues desde que tenía seis meses de nacida dejó de aportar recursos para su manutención, siendo la progenitora de la niña la que se ha encargado de la crianza y cuidado de la misma, sin que esa omisión pueda ser justificada sólo porque en los últimos meses giró algunos valores a favor de la afectada.

No puede dejarse de lado que el delito de inasistencia alimentaria es de tracto sucesivo, es decir, que cada vez que se incumpla con la obligación que tiene el padre frente a sus menores hijos se incurre en ese punible, sin que el cumplimiento en los últimos meses por parte del señor Jorgilio Giraldo Valencia, subsane la sustracción en la que incurrió desde que la niña A.G.C., tenía seis meses de nacida, quien siempre ha tenido necesidades, las que han sido cubiertas por su progenitora y el hecho de haberse aportado unos valores entre julio y diciembre de 2011 no implica una garantía para la subsistencia de la menor.

Lo que se extracta de las pruebas practicadas y aducidas en el juicio oral, es que el procesado ha descargado en la señora Ana Aleida Colorado Colorado toda la crianza y sostenimiento de su hija, sin mostrar el más mínimo interés en prestarle ninguna ayuda, pues ni siquiera la visita ni desarrolla ninguna acción tendiente a brindarle amor, cariño y afecto a la niña.

Véase, que si el procesado realmente tuviera la intención de cubrir la mesada alimentaria que fue pactada y su capacidad económica se lo impidiera, al menos colaboraría parcialmente con el sostenimiento de su hija o hubiera llegado a otro

acuerdo con la madre de la menor para rebajar la cuota, pero contrario a ello, lo que hizo fue seguir eludiendo la obligación alimentaria.

Conducta que se torna antijurídica en la medida en que sin justa se ha vulnerado el bien objeto de protección de la norma penal, cual es la familia, pues por su omisión se está limitando a uno de sus miembros, los derechos que le asisten, tales como alimentación equilibrada, seguridad social, educación, recreación, entre otros, los que por tratarse de un menor tiene prelación sobre los derechos de las demás personas, ya que desde que la niña tenía seis meses de nacida, el acusado no ha realizado aportes económicos para su sostenimiento, habiendo entregado sólo entre julio y diciembre de 2011 unos valores a favor de aquella, al parecer en razón a la denuncia presentada por la señora Ana Aleida Colorado Colorado.

No se puede desconocer que el delito de inasistencia alimentaria, es de peligro, pues no se requiere una efectiva causación del daño al bien jurídico *“sino simplemente de la probabilidad de un daño para el mismo. Basta con que exista sustracción del civilmente obligado, que ella sea injustificada y, adicionalmente, que aquel conozca la realidad del deber y decida incumplirlo. Se castiga a quien falta al compromiso nacido del vínculo del parentesco o de matrimonio, y en esa medida pone en peligro la tutela a la familia y la subsistencia del beneficiario”*.

De otro lado, la acción ha sido realizada a título de dolo directo, ya que el acusado a pesar de tener conocimiento que omitir entregar alimentos a sus descendientes es una conducta sancionada desde el punto de vista penal, en forma libre, voluntaria y reiterativa ha querido su realización, pues, se reitera, se ha abstenido permanentemente de prestar ayuda económica para el sostenimiento de su hija, sin que tal comportamiento se hubiera visto precedida de ninguna de las causales de ausencia de responsabilidad señaladas en el artículo 32 de la Ley 599 de 2000.

Ahora bien, adujo el defensor del señor Jorgilio Giraldo Valencia que sí la sustracción de dar alimentos a la niña A.G.C., se empezó a presentar desde el 2001, fecha en la que se incumplió lo acordado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, no era procedente aplicar las Leyes 890 de 2004, 1181 de 2007 y 1098 de 2006, pues no estaban vigentes cuando se inició la ejecución de la conducta punible.

Ahora bien, adujo el defensor del señor Jorgilio Giraldo Valencia que sí la sustracción de dar alimentos a la niña A.G.C., se empezó a presentar desde el 2001, fecha en la que se incumplió lo acordado ante el Juzgado Promiscuo Municipal de Ansermanuevo, no era procedente aplicar las Leyes 890 de 2004, 1181 de 2007 y 1098 de 2006, pues no estaban vigentes cuando se inició la ejecución de la conducta punible.

Citó el recurrente algunos apartes de la sentencia adiada el 19 de agosto de 2009, emitida por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, dentro del radicado 28542, en la que indicó que: *“Y como se señaló por la Corte en la sentencia de casación proferida el 6 de septiembre de 2007 dentro del trámite identificado con el número 25175, en tratándose de los delitos de inasistencia alimentaria, a partir del fallo del 30 de marzo de 2006 en el proceso radicado 22813, la jurisprudencia ha reiterado el criterio según el cual si durante todo el período en que el sujeto agente se encuentra ejecutando la conducta típica, se presenta un*

tránsito de leyes, en aplicación del principio y derecho fundamental de favorabilidad, al juzgador le resulta imperativo seleccionar y aplicar aquella disposición que resulte benéfica a los intereses del implicado...”, concluyendo que no era posible aplicar la Ley 1098 de 2006 para negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena al señor Jorgilio Giraldo Valencia.

Si bien es cierto, la citada Corporación era del criterio que cuando en los casos de conductas de ejecución permanente, se presentara tránsito de leyes, era procedente aplicar la norma más favorable, también lo es que, esa postura fue modificada a través del pronunciamiento adiado el 25 de agosto de 2010, emitido dentro del radicado 31407, en el cual señaló que:

“En tal cometido se tiene que la posición de la Sala sobre el particular no ha sido pacífica, pues en ocasiones ha dicho que tratándose de delitos permanentes rige la nueva ley más gravosa, pero en otras oportunidades ha puntualizado que se aplica la normativa inicial más beneficiosa en virtud del principio de favorabilidad.

(...)

Advertido lo anterior, considera la Sala oportuno reexaminar el tema a fin de cumplir con una de las finalidades del recurso de casación, esto es, la unificación de la jurisprudencia (artículo 180 de la Ley 906 de 2004).

En dicha labor encuentra la Colegiatura que tratándose de delitos permanentes cuya comisión comenzó en vigencia de una ley, pero que se postergó hasta el advenimiento de una legislación posterior más gravosa, se impone aplicar esta última normatividad, de acuerdo con las siguientes razones:

Primera, no tienen ocurrencia los presupuestos para dar aplicación al principio de favorabilidad por vía de la ultraactividad de la norma vigente para cuando inició el comportamiento, pues dicho principio se aplica cuando dos legislaciones en tránsito legislativo o coexistentes se ocupan de regular de manera diferente, entre otros casos, las consecuencias punitivas de un mismo comportamiento determinado, de modo que se acoge la sanción más beneficiosa para el procesado.

Siendo ello así, palmario resulta que no opera el mencionado principio tratándose de delitos permanentes, pues el tramo cometido bajo el imperio de una legislación benévola, no es el mismo acaecido en vigencia de una nueva ley más gravosa, en cuanto difieren, por lo menos en el aspecto temporal, así se trate del mismo ámbito espacial, pues el tiempo durante el cual se ha lesionado el bien jurídico objeto de protección penal en vigencia de la nueva legislación más severa, es ontológicamente diferente del lapso de quebranto acaecido bajo el imperio de la anterior normatividad más benévola.

Segunda, si en materia de aplicación de las normas penales en el tiempo rigen los principios de legalidad e irretroactividad, en virtud de los cuales, la ley gobierna los hechos cometidos durante su vigencia, es claro que si se aplicara la norma inicial más beneficiosa, se dejaría impune, sin más, el aparte de la comisión del delito que se desarrolló bajo la égida de la nueva legislación más gravosa.

Tercera, si de acuerdo con el artículo 6º de la Carta Política, las personas pueden realizar todo aquello que no se encuentre expresa, clara y previamente definido como punible, es evidente que cuando acomodan su proceder a un tipo penal sin

justificación atendible, se hacen acreedoras a la pena dispuesta en el respectivo precepto.

Cuarta, obsérvese que si a quienes comenzaron el delito en vigencia de la ley anterior se les aplicara la ley benévola de manera ultraactiva con posterioridad a su derogatoria, obtendrían un beneficio indebido, pues si otras personas cometieran el mismo delito en vigencia de la nueva legislación se les impondría esa pena más grave, trato desigual que impone corregir la inequidad, con mayor razón si en virtud del principio de proporcionalidad de la pena, el delito cuya permanencia se haya extendido más en el tiempo debe tener una sanción superior a la derivada de un punible de duración inferior.

Quinta, si uno de los propósitos de la lex previa se orienta a cumplir con la función de prevención general de la pena, en el entendido de que cuando el legislador dentro de su libertad de configuración normativa eleva a delito un determinado comportamiento está enviando un mensaje a la sociedad para que las personas se abstengan de cometer tal conducta, so pena de estar llamadas a soportar la sanción anunciada, no hay duda que el aumento de punibilidad de un delito como producto de la política criminal del Estado, supone para quienes se encuentran en tal predicamento dos posibilidades: Una, dejar de cometer la conducta antes de que empiece a regir la nueva punibilidad, v.g. liberar al plagiado en el delito de secuestro, abandonar el alzamiento en armas en el punible de rebelión, o dejar el grupo acordado para cometer delitos en el ilícito de concierto para delinquir, respondiendo únicamente de conformidad con la pena establecida en la ley para tal momento vigente.

La otra, continuar con la comisión del delito permanente dentro de su autonomía y posibilidad efectiva de determinación, pero, desde luego, asumiendo los nuevos costos punitivos más gravosos dispuestos por el legislador, pues no se aviene con una política criminal coherente que el incremento de penas para los delitos permanentes ya iniciados no se traduzca efectivamente en su imposición, con lo cual se estimularía la prolongación en el tiempo de tales comportamientos con la correlativa afrenta persistente para el bien jurídico objeto de tutela.

De conformidad con lo expuesto, concluye la Sala en primer lugar, que cuando se trata de delitos permanentes iniciados en vigencia de una ley benévola pero que continúa cometiéndose bajo la égida de una ley posterior más gravosa, es ésta última la normativa aplicable, pues en tal caso no se dan los presupuestos para acoger el principio de favorabilidad, sino que opera la regla general, esto es, la ley rige para los hechos cometidos durante su vigencia.

En segundo término, si la situación es inversa, esto es, el delito permanente comienza bajo la vigencia de una ley más gravosa, pero posteriormente entra a regir una legislación más benévola, también se aplicará la nueva ley conforme con la anunciada regla, en cuanto expresión de la política criminal del Estado..."

El anterior criterio fue reiterado por la citada Corporación, en sentencia del 8 de septiembre de 2011, dentro del radicado T-56092, en la que se indicó que: "No obstante lo anterior, no es posible atender la pretensión del actor, en el sentido de aplicar la normatividad más favorable, porque en su caso se procede por un delito de ejecución permanente –inasistencia alimentaria- cuya ejecución, según lo

aportado al presente diligenciamiento, comenzó cuando estaba en vigor el Código Penal de 1980 y se prolongó en el tiempo después de la vigencia de la Ley 599 de 2000 con la modificación introducida por la Ley 1181 de 2007, evento en el cual debe aplicarse la última normatividad, aun cuando no sea la más benéfica...”.

Así las cosas, no le asiste razón al recurrente al afirmar que la juez de primera instancia no debió aplicar el contenido de las Leyes 1098 de 2006 y 1181 de 2007, pues estas entraron a regir el 8 de noviembre y 31 de diciembre de esos años, respectivamente, fechas para las cuales el señor Jorgilio Giraldo Valencia, seguía incurriendo en la conducta punible de inasistencia alimentaria, al abstenerse de suministrar los recursos necesarios para la manutención y cuidado de su menor hija A.G.C.

Sentencia de 2ª instancia (2009-00303-01) del 26 de abril de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: confirma la sentencia apelada.

AUTO QUE DECIDE NO EXCLUIR UNA PRUEBA EN EL JUICIO ORAL – Sólo es susceptible del recurso de reposición.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 906 de 2004, artículos 23, 177, 359 y 360.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 37298 del 30 de noviembre de 2011, con ponencia de Julio Enrique Socha Salamanca; Tribunal Superior de Buga, Sala Penal, auto 2007-80099-04 del 23 de marzo de 2012, ponencia del magistrado Héctor Hugo Torres Vargas.

TESIS DE LA DECISIÓN:

Antes de pronunciarse frente a la inconformidad de la defensa, corresponde a la Sala determinar si contra el auto que no excluye una prueba del juicio oral proceden o no los recursos ordinarios, de conformidad con lo señalado en los artículos 177 y 359 de la Ley 906 de 2004.

El primer precepto referido señala que: *“La apelación se concederá:*

- *En el efecto suspensivo, en cuyo caso la competencia de quien profirió la decisión objeto de recurso se suspenderá desde ese momento hasta cuando la apelación se resuelva:*

1. *La sentencia condenatoria o absolutoria;*
2. *El auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión;*
3. *El auto que decide una nulidad;*
4. *El auto que niega la práctica de prueba en el juicio oral; y*
5. *El auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral...” (Subrayado fuera de texto)*

A su vez, el inciso tercero del artículo 359 de la misma ley establece que: *“Cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios.”*

Ahora bien, según los artículos 23 y 360 del Código de Procedimiento Penal, la exclusión de los medios de prueba se predica cuando estos se han obtenido con violación de las garantías fundamentales o se han practicado, aducido o conseguido con violación de los requisitos formales, en tanto que, la inadmisión obedece a la impertinencia, inutilidad, repetitividad o a que estén encaminados a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieren prueba, de acuerdo a lo dispuesto en el inciso primero del artículo 359 de la misma normativa.

De conformidad con lo señalado en el inciso final del último artículo referido, el recurso de apelación procede cuando se rechazan, inadmiten o excluyen los medios de prueba que se pretendan introducir al juicio.

A la vez, el recurso de reposición procede contra todas las decisiones que se adopten, excepto la sentencia, tal como lo indica el artículo 176 de la citada ley, de modo tal, que contra el auto que resuelve negativamente la solicitud de exclusión, rechazo o inadmisión de los medios de prueba pedidos por las partes, sólo procede el recurso horizontal.

No se puede desconocer que cuando se admite un elemento de prueba, no se causa ningún perjuicio a la parte contra la cual se aduce, en el entendido que al momento del debate probatorio, puede atacarlo por considerarlo ilegal o ilícito, y en los alegatos finales puede solicitar su exclusión e incluso en la sustentación del recurso de apelación si es que la sentencia es desfavorable a los intereses de la parte.

Situación diferente se presenta cuando la decisión del juez es inadmitir, excluir o rechazar un medio de prueba, pues esa decisión impide el debate probatorio frente a ese elemento en el juicio, sin que exista la posibilidad de que al momento de dictar la respectiva sentencia, el juez determine si le da mérito probatorio o no.

El numeral 5º del artículo 177 del Código de Procedimiento Penal establece que el recurso de apelación procede contra el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral, precepto que debe interpretarse armónicamente con el inciso final del artículo 359 del mismo estatuto, que señala claramente que procederán los recursos ordinarios cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba, exigiéndose una motivación oral para una determinación en cualquiera de esos sentidos, lo que no sucede cuando la decisión es admitir un medio de prueba.

En un caso similar al aquí debatido, en el que uno de los ataques planteados por el casacionista era que en la audiencia preparatoria el juez de conocimiento no hubiera concedido el recurso de apelación interpuesto contra el auto mediante el cual no excluyó las pruebas solicitadas por el ente acusador, referentes a casetes y discos compactos contentivos de interceptaciones telefónicas, argumentando la defensa que no se descubrieron los correspondientes registros de cadena de custodia, ni los controles de legalidad posteriores exigidos en la ley, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, indicó que cuando el artículo 20 de la Ley 906 de 2004, consagró que los autos que afecten la practica de las pruebas, son susceptibles de apelación, se debía entender que *“el significado que en ese contexto tiene el vocablo afectar no es otro que el de “...5. Menoscabar, perjudicar, influir desfavorablemente. 6. Producir alteración o mudanza en algo.*

(...)

Por tanto, con sujeción al citado precepto, el cual como norma rectora es prevalente sobre las demás y debe ser utilizado como fundamento de interpretación (ídem, artículo 26), en materia de pruebas es procedente el recurso de apelación como mecanismo para acceder a la segunda instancia, únicamente respecto de las decisiones que impidan su efectiva práctica o incorporación.

(...)

De lo anterior se sigue, en consecuencia, que en la hipótesis contraria, esto es, cuando el juez ordena la práctica o incorporación de las pruebas solicitadas por las partes, o cuando desestima o niega la exclusión, rechazo o inadmisibilidad alegada por alguna de ellas, tal pronunciamiento, en aplicación de la regla general contenida en el artículo 176, inciso segundo, de la Ley 906 de 2004, sólo es susceptible del recurso de reposición.

(...)

Dicho de otra forma, la orden de practicar una prueba o la decisión de no acceder a su exclusión, rechazo o inadmisibilidad, en manera alguna lesiona prerrogativas superiores de la parte contra la cual se pretende aducir el elemento cognoscitivo, pues, además de lo ya puntualizado, en cuanto hace al derecho de contradicción, el desenvolvimiento de esa garantía se dinamiza y hace efectivo en el debate oral con la práctica de las pruebas de confutación o contra pruebas, así como con la crítica que se haga de las realizadas por la parte contraria, bien al momento de los alegatos de conclusión o al sustentar los recursos de ley contra la providencia que defina el fondo de la controversia con base en esos medios de conocimiento...”(Subrayado fuera de texto)

En auto del 23 de marzo de 2012, esta Colegiatura consideró que “A pesar que la Sala consideraba que cuando alguna de las partes solicita la exclusión de un medio de prueba alegando su ilicitud o ilegalidad, independientemente de la decisión que se adoptara, esto es, se excluyera o no, procedían los recursos ordinarios de reposición y apelación, luego de hacer un nuevo estudio de las normas que regulan el recurso vertical, se varía el criterio en el sentido que la alzada se limita a los eventos en los cuales no se admite, se rechaza o se excluye un medio de prueba por parte del juez de conocimiento.”

En consecuencia, la Sala se abstendrá de resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa del señor Jorge Ricardo López Cantillo frente a la no exclusión de la USB contentiva de información relacionada con algunos integrantes del grupo denominado “Los Rastrojos”, ya que de acuerdo a las reglas establecidas en la Ley 906 de 2004 y la jurisprudencia de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, esa decisión adoptada en la audiencia preparatoria no era susceptible de alzada, sino que contra ella sólo procedía el recurso de reposición, del cual no hizo uso la defensa.

SALVAMENTO DE VOTO – DRA. MARTHA LILIANA BERTÍN GALLEGO:

RECURSO DE APELACIÓN - Debe permitirse para todas las decisiones que en materia probatoria adopte el juez de conocimiento durante la audiencia preparatoria.

NOTA DE RELATORÍA: En este salvamento, respecto al problema jurídico debatido, la Dra. Martha Liliana Bertín Gallego disiente tanto del criterio de sus compañeros de Sala como del razonamiento de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia.

Presento un respetuoso disenso sobre la determinación adoptada por la mayoría de la Sala, quienes siguieron el criterio de nuestro superior funcional, no obstante mi convicción jurídica sobre este punto me impide seguir tal derrotero por las razones que en esta oportunidad reitero, con las cuales sustento por qué me aparto de la nueva postura de la Corte Suprema de Justicia, pues en el proveído citado en la ponencia, varió la expresada en auto del 30 de noviembre de 2011, donde concebía la alzada por lo menos, para la decisión que resuelve negativamente el rechazo o la exclusión de pruebas.

Sea lo primero, en ese norte, traer a cita, por su pertinencia, algunos de los argumentos que en otrora presenté para señalar mi inconformidad con la abstención de la mayoría para desatar un recurso de apelación presentado contra la decisión del juzgador de “admitir” prueba en la audiencia preparatoria, pues en mi criterio, la restricción inicial demarcada por la jurisprudencia antes citada, tampoco debía darse. Se trata de un salvamento parcial de voto, respecto de la abstención de conocer el recurso de apelación contra la decisión de admitir una de las pruebas de la Fiscalía, mientras si se resolvió sobre la que negó el rechazo de alguna de ellas. La disidencia fue únicamente sobre el primer punto, y señalé:

“El recurso de Apelación debe ser posible respecto incluso de las “admisiones probatorias” adoptadas por el Juez de conocimiento en la Audiencia Preparatoria.-

Distinto a lo que ocurría en el sistema procesal mixto impuesto por la Ley 600 de 2000, donde el señor Juez tenía facultades probatorias oficiosas, el sistema procesal acusatorio de la Ley 906 de 2004 impide tal intervención del juzgador quien debe permanecer como sujeto imparcial, arbitrando la relación –DE PARTES- que se traba entre el representante del ente acusador y el procesado con su defensa técnica. Se trata de un procedimiento adversarial, donde cada Parte debe demostrar su conocimiento jurídico y sus habilidades en el juicio oral para tratar de demostrar su teoría del caso e intentar derrotar o desacreditar las pruebas del interés contrario.

Esa fase del juicio, tiene unas audiencias iniciales (2) a través de las cuales, entre otras, se busca depurar de vicios al proceso, de subsanarlo y establecer la práctica de los medios de conocimiento que realmente sean útiles en la presentación de la teoría del caso de cada sujeto procesal en la audiencia de Juicio oral. Los intereses de una de ellas se ve afectado cuando el juez de conocimiento en forma caprichosa o irregular, admite como prueba un elemento que legalmente por sí solo, no lo constituye y que beneficia vs perjudica las estrategias de cada Parte en esa aspiración de persuasión probatoria hacia la autoridad judicial que decidirá acerca de la responsabilidad penal del acusado.

Por tal razón, le asiste el derecho y es conveniente dentro de este nuevo paradigma procedimental que dicho laudo sea susceptible de revisión por una segunda instancia pues puede ocurrir que no la modifique el A-quo pese a la presentación del recurso de reposición por el afectado.

Lo anterior, no se puede comparar con el sistema procesal de corte inquisitivo donde el señor juez podía diseñar su propia teoría del caso antes de la audiencia pública y en esa medida decretar pruebas. De ahí que en tal caso sólo se concibiera el recurso de reposición. Pero en el de corte acusatorio cuando la decisión del Juez depende de lo que cada sujeto procesal le presente en el Juicio Oral, la relevancia de la admisión de pruebas es indiscutible y también el interés de cada Parte para recurrir sobre la totalidad de lo resuelto en la audiencia Preparatoria.

Ahora bien, si la discusión se centra en el aspecto estrictamente legal, es decir en el diseño del legislador de donde se extrae en la posición contraria que cuando se resuelve sobre este tópico sólo es posible insistir ante el propio funcionario judicial, con fundamento en el artículo 177 de la Ley 906 de 2004 porque no se tuvo en cuenta dentro de los efectos en que debe concederse el recurso de alzada el auto de admisión de pruebas o de su práctica, igualmente encuentro dentro de este contexto de desarrollo legal, como sustentar mi propio aserto.

El principio de doble instancia previsto en el artículo 20 del actual Código Adjetivo si bien menciona que serán susceptibles del recurso de apelación, entre otros, los autos *“que afecten la práctica de las pruebas”* si lo concordamos con el artículo 457 ejusdem, podemos igualmente estimar que no se dejó por fuera la admisión de pruebas cuando existe una Parte que se opone previamente por considerarla impertinente u objeto de rechazo –que no es lo mismo que *exclusión de prueba-* y el señor Juez desestima su pretensión favoreciendo con su decisión la práctica de las pruebas del interés contrario. Señala el artículo 457 en su inciso segundo: *“Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.”*

Por lo tanto, si del tenor literal se restringe el sentido del principio de la doble instancia, del artículo 457 se puede considerar comprendido el auto que admite pruebas. Escojo la segunda posibilidad en armonía con la nueva filosofía procesal y no la primera, idéntica a la adoptada en un sistema contrario como el que nos precede, por las razones ya anotadas.

Desde la propia tesis jurídica de la Ponencia:

Para ir mas allá: cuando el disidente en este asunto prácticamente reclamaba por otro lado el rechazo como sanción por el no descubrimiento de los elementos materiales probatorios por parte de la Fiscalía dentro del término legal para hacerlo y el señor juez contradujo su solicitud, tal decisión en coherencia con la postura mayoritaria tampoco podía ser objeto de apelación por no hallarse mencionada en el artículo 177 como si lo hace por ejemplo con *“el auto que decide sobre la exclusión de una prueba del juicio oral”*

(numeral 5° del primer inciso) concepto disímil del “rechazo” pues este último no comporta ni ilicitud ni ilegalidad de la prueba (artículo 346 C.P.P). Sin embargo, la Sala resolvió sobre este aparte de la impugnación.

Así, incluso desde la posición mayoritaria, diría que el punto sobre el cual se desató el recurso, no podía serlo, por no hallarse previsto en el artículo 177; por lo tanto, el A-quo no debió concederlo o la Sala *en igual postura* debió igualmente abstenerse de resolverlo.

El artículo 359 del C.P.P que diferencia los términos de “Exclusión, rechazo e inadmisibilidad” de los medios de prueba, consagra en su último inciso: “*cuando el juez excluya, rechace o inadmita una prueba deberá motivar oralmente su decisión y contra ésta procederán los recursos ordinarios*”. Esto igualmente significaría que si decretó la prueba, no la rechazó como se pretendía por uno de los sujetos procesales, no podía incoarse y concederse el recurso vertical porque el mismo únicamente se predica del evento en el que el juez acceda al rechazo de la misma, que no fue aquí el caso.
(...)”

En el caso concreto:

El recurso versa sobre la admisión de un elemento material probatorio que a su vez comporta la negativa sobre la exclusión del mismo solicitada por la Defensa al tildarla de ilegal por no haberse cumplido el procedimiento demandado en las normas adjetivas, concretamente el control del juez de garantías y el sometimiento a cadena de custodia.

La contradicción de la tesis para desconocer el interés jurídico de apelar las decisiones que “admitan” pruebas, en lugar de las que niegan el rechazo o la exclusión de las mismas, destacada en el salvamento parcial de voto que traigo a cita, fue superada en la última decisión de la más alta Corporación de Justicia (transcrita en la ponencia) pero esta vez para unirlas a la primer premisa, es decir, negar la posibilidad de ser revisadas mediante el recurso vertical.

Pues bien, ante el profundo respeto que me inspira y le debo a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, pero bajo otros discernimientos que estimo conformes al debido proceso por ser acordes a los valores desarrollados por un sistema procesal acusatorio, no por el mero capricho, continúo defendiendo la misma tesitura: *el recurso de apelación debe permitirse para todas las decisiones que en materia probatoria adopta en esa audiencia previa a la del juicio oral, el señor juez de conocimiento.*

Lo anterior, porque básicamente es otra la lectura que le hago al artículo 20 de la Ley 906 de 2004, cuando demanda que: “Doble instancia. Las sentencias y los autos que se refieran..., que afecten la práctica de las pruebas, o que tengan efectos patrimoniales, salvo las excepciones previstas en este Código, serán susceptibles del recurso de apelación”. Desde la labor de persuasión de las Partes hacia el Juez de conocimiento, así como de la economía y eficiencia del proceso penal, *-la práctica de las pruebas-* es un tema que se resuelve en la audiencia

preparatoria, y se afecta desde las dos ópticas, tanto positiva como negativa. En la primera, que es la de objeto de disidencia, porque permitir la práctica de pruebas inútiles, impertinentes, repetitivas es atentar contra finalidades como las mencionadas de este sistema procesal (economía, celeridad, eficiencia); por lo tanto esto se debe depurar asegurando la doble instancia, no después de ocasionado el perjuicio a la actividad procesal en cuanto a que el juicio debe surtirse en forma rápida y oportuna.

Ahora, darle viabilidad a pruebas que pueden ser ilegales, ilícitas u objeto de rechazo so pretexto de que después de su práctica puede procurarse el desconocimiento de las mismas, es afectar esa relación –De Partes- del proceso penal, donde el señor Juez, *-un tercero imparcial-* debe tomar la decisión final propia de la sentencia, lo mas descontaminado posible, es decir bajo el conocimiento sólo del contenido de las pruebas legales y lícitas. De ahí, que sea esa sede o momento procesal –antes del juicio oral- el destinado preferentemente para esa discusión. De lo contrario, el legislador habría diferido tal decisión al momento de la sentencia. Sin ninguna duda para esta funcionaria, bajo el significado del término “afectar” utilizado por el legislador en el artículo 20 del C:P:P, que resalta la Corte en la cita traída en la ponencia, pronunciamiento del juez en ese sentido positivo, sí puede *menoscabar* el derecho de una de las Partes e *influir desfavorablemente* en el juzgador, conforme al significado otorgado en la jurisprudencia.

Excluir una prueba por su ilegalidad o ilicitud después de practicada en el juicio oral, puede llegar a contaminar el juicio del juez respecto de la valoración que le otorgue al recaudo probatorio restante, de tal manera que lo haga por exceso o por defecto porque de todas formas ya conoció de la información materia de exclusión. Esta es la razón por la cual en el sistema anglosajón la exclusión probatoria se hace por otros jueces distintos del que direccionará el juicio oral; entre nosotros si es necesario hacerlo por el mismo, que lo haga, en lo posible, antes de su práctica, en la audiencia preparatoria.

La decisión al respecto debe ser objeto de doble instancia en el orden de las ideas expuestas, a fin de garantizar el debido proceso y el derecho de las Partes a contradecir una decisión tan importante, en aras de las pretensiones que formularán en el juicio oral.

Desde el aspecto normativo, insisto, que ese principio consagrado en el artículo 20 de la Ley 906 de 2004 debe concordarse igualmente con el inciso segundo del artículo 457 ibidem, que reza: *“Nulidad por violación a garantías fundamentales.- (...) Los recursos de apelación pendientes de definición al momento de iniciarse el juicio público oral, salvo lo relacionado con la negativa o admisión de pruebas, no invalidan el procedimiento.”* Tal disposición es compatible con el interés para recurrir esta clase de decisiones.

Y en materia de exclusión probatoria, también armoniza dicho contexto con el artículo 177 ejusdem, pues el efecto suspensivo en que se concede el recurso de apelación se demanda para *“el auto que decide sobre la exclusión de una prueba de juicio oral”*; para nada se limitó a la decisión positiva de este aspecto; la decisión igualmente puede ser en cualquiera de los dos sentidos: afirmativa o negativa.

En consecuencia, considero respetuosamente que la Sala debió resolver el recurso de apelación que versaba sobre la no exclusión de una prueba solicitada por la Fiscalía. Por lo tanto, la juzgadora de la primera instancia no incurrió en yerro alguno al conceder el recurso. Hasta aquí mi análisis, pues al no asumirse de fondo el estudio, no me corresponde revisar en este salvamento, si razón o nó, le asistía al apelante.

Auto de 2ª instancia (2012-00037-01) del 07 de mayo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: se abstiene de resolver el recurso de apelación.

REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO – La vinculación laboral de los internos no puede ser con una empresa privada/REDENCIÓN DE PENA POR TRABAJO – La evaluación del trabajo y la conducta son exigibles también a los internos bajo el régimen de prisión domiciliaria.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Ley 65 de 1993, artículos 29A, 80, 84 y 101.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisión 31383 del 01 de abril de 2009, con ponencia del magistrado José Leonidas Bustos Martínez.

TESIS DE LA DECISIÓN:

El problema jurídico radica en determinar si es procedente conceder redención de pena por trabajo al señor Javier de Jesús Agredo Moncada, de conformidad con lo señalado en los artículos 29A, 80, 84 y 101 del Código Penitenciario y Carcelario.

El juez de primera instancia redimió pena a favor del condenado, en el equivalente a siete meses y un día, al considerar que se encontraba laborando previa determinación del despacho y que sí no aparecía ningún informe rendido por el INPEC relacionado con el incumplimiento de sus obligaciones, se debía concluir la intención de resocializarse, decisión que no comparte la Sala por las siguientes razones:

El artículo 29A del Código Penitenciario y Carcelario establece que: *“Ejecutoriada la sentencia que impone la pena de prisión y dispuesta la sustitución por domiciliaria por el juez competente, éste enviará copia de la misma al Director del Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario, quien señalará, dentro de su jurisdicción, el establecimiento de reclusión que se encargará de la vigilancia del penado y adoptará entre otras las siguientes medidas:*

(...)

Durante el cumplimiento de la pena el condenado podrá adelantar las labores dirigidas a la integración social que se coordinen con el establecimiento de reclusión a cuyo cargo se encuentran y tendrá derecho a la redención de la pena en los términos establecidos por la presente ley.” (Subrayado fuera de texto).

Asimismo, el artículo 80 de la Ley 65 de 1993, señala que: *“La Dirección General del Inpec determinará los trabajos que deban organizarse en cada centro de reclusión, los cuales serán los únicos válidos para redimir la pena. Fijará los planes y trazará los programas de los trabajos por realizarse...”* (Subrayado fuera de texto).

La expresión *“centro de reclusión”*, del inciso primero de la norma transcrita, fue declarada exequible, mediante la sentencia C-1510 de 2000, en el entendido de que el trabajo pueda realizarse también desde el domicilio del detenido o el penado, cuando ese sea el lugar dispuesto para su privación de la libertad.

Ahora bien, el artículo 84 del Código Penitenciario y Carcelario consagra que: *“Los internos no podrán contratar trabajos con particulares. Estos deberán hacerlo con la administración de cada centro de reclusión o con la sociedad “Renacimiento”. En este contrato se pactará la clase de trabajo que será ejecutado, término de duración, la remuneración que se le pagará al interno, la participación a la caja especial y las causas de terminación del mismo. Igualmente el trabajo en los centros de reclusión podrá realizarse por orden del director del establecimiento impartida a los internos, de acuerdo con las pautas fijadas por el Inpec.”*

En un caso similar al aquí analizado, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia consideró que: *“En este orden de ideas se puede concluir: i) que el condenado que cumple la privación de la libertad en su domicilio, puede también redimir su pena por trabajo, estudio o enseñanza; ii) que dichas actividades de redención deben ser planeadas y organizadas por el INPEC, así se cumplan en el domicilio del condenado o del detenido; y, iii) que el interno no podrá contratar con particulares.*

En el caso concreto es claro que: i) JUAN JOSÉ GARCÍA ROMERO contrató con una empresa privada; ii) para realizar un trabajo planeado y organizado por y en favor de AGRECAR LTDA/GARCÍA ZUCARDI e INVERSIONES CUBITA LTDA; situaciones por las cuales su “trabajo” para efectos de redención, se coloca por fuera de los presupuestos legales, razón por la que habrá de mantenerse incólume la decisión impugnada...”

En el presente caso, se advierte que el 13 de julio de 2010 el defensor del señor Javier de Jesús Agredo Moncada solicitó al Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, que le concediera al precitado permiso para trabajar en la Clínica Veterinaria *“Su Mascota”*, empresa privada con Matricula Mercantil No. 20521-1, cuya actividad comercial es el servicio médico veterinario, con la cual suscribió contrato individual de trabajo a termino indefinido.

Mediante auto interlocutorio 0991 del 10 de agosto de 2010 el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Buga, concedió permiso para trabajar al señor Javier der Jesús Agredo Moncada en la citada empresa, en horario de lunes a domingo de 2 de la tarde a 10 de la noche con un descanso dominical cada 15 días, sin que se analizara sí la labor contratada y la calidad del empleador cumplieran los presupuestos exigidos en la Ley 65 de 1993.

De acuerdo con el Certificado de Cámara de Comercio allegado por el defensor del señor Javier de Jesús Agredo Moncada, la Clínica Veterinaria *“Su Mascota”* es un establecimiento de comercio dedicado al servicio médico veterinario, aspecto que

impide que el tiempo laborado sea tenido en cuenta a efectos de redención de pena, pues, además de tratarse de una empresa privada, no se cuenta con el concepto favorable del Director o la Junta de Evaluación de Trabajo, Estudio y Enseñanza del establecimiento carcelario encargado de vigilar el cumplimiento de la pena impuesta al precitado.

A la vez, le asiste razón a la apelante al afirmar que el requisito de la calificación del trabajo y la conducta establecido en el artículo 101 de la Ley 65 de 1993, no puede ser suplantado por el juez de ejecución de penas, pues es el establecimiento carcelario el único que tiene la facultad de certificar si el señor Javier de Jesús Agredo Moncada está cumpliendo con las obligaciones adquiridas y si el trabajo realizado cumple con las exigencias consagradas en los artículos 80 y 84 de la citada ley, a efectos de ser tenido en cuenta para redención de pena.

No se puede desconocer que son los funcionarios del INPEC, quienes deben adoptar medidas como, i) realizar las visitas al domicilio del condenado, ii) usar de medios de comunicaciones como llamadas telefónicas, iii) escuchar los testimonios de vecinos y allegados y iv) efectuar labores de inteligencia, a efectos de verificar su buen comportamiento y vigilar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas cuando se concedió la prisión domiciliaria.

En conclusión, si en la Ley 65 de 1993 prohíbe que los internos suscriban contratos con particulares y establece que los únicos trabajos válidos para redimir pena son los que organice el centro de reclusión, no podía la juez de primera instancia reconocer redención a favor del señor Javier de Jesús Agredo Moncada, pues su vinculación laboral es con una empresa privada y no se allegó ningún concepto favorable del director de la cárcel, en el que se indicara que la labor realizada por el precitado en la Clínica Veterinaria “*Su Mascota*” estuviera coordinada con el establecimiento carcelario, de conformidad con lo señalado en el artículo 29A de la misma ley, como tampoco aparece acreditada la certificación o evaluación del trabajo y de su conducta, tal como lo exige el artículo 101 de ese estatuto, por lo que se revocará el numeral primero de la parte resolutive del auto interlocutorio 001 del 2 de enero de 2012.

Auto de 2ª instancia (2010-00283-01) del 07 de mayo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: revoca el otorgamiento de la redención de pena por trabajo.

NULIDAD POR LA VARIACIÓN DE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA – No hay lugar a su declaración cuando las víctimas no logran demostrar de qué manera la supuesta irregularidad afecta sus intereses.

FUENTES FORMALES DE LA DECISIÓN:

Constitución Política, artículos 250 y 251; Ley 906 de 2004, artículos 22, 453 y 488.

CITAS DE JURISPRUDENCIA:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, decisiones 26468 del 27 de julio de 2010, con ponencia de Alfredo Gómez Quintero y 32685 del 16 de marzo de 2011, con ponencia de Fernando Alberto Castro Caballero.

TESIS DE LA DECISIÓN:

En el presente caso, se advierte que el 21 de abril de 2010 la Fiscalía Treinta y Dos Seccional de Tuluá, formuló imputación contra la señora Lyda Medina Cardona, por la presunta comisión de la conducta punible de fraude procesal, exponiendo como recuento fáctico que el ciudadano norteamericano Walter Hardesty falleció en el Estado de California, condado de Los Ángeles – Estados Unidos el 6 de mayo de 2006, estando casado con la indiciada, adquiriendo el estatus de cónyuge supérstite.

Indicó que la acusada confirió poder al abogado Rodrigo Váldez Valle para que iniciara y llevara a término proceso de sucesión intestada, lo que se cumplió en la Notaría Segunda del Circulo de Tuluá mediante escritura pública No. 2683 del 2 de octubre de 2006 registrada en la Oficina de Instrumentos Públicos de la misma ciudad bajo la matrícula inmobiliaria No. 380-30232.

Expuso la representante del ente acusador, que para lograr la adjudicación del único bien dejado por el señor Walter Hardesty, consistente en un inmueble ubicado en el Municipio de Toro, Valle, la señora Lyda Medina Cardona bajo la gravedad de juramento sostuvo que el precitado no tenía más herederos, lo cual no era cierto, pues era padre de 5 hijos residentes en Estados Unidos, situación que al parecer era conocida por la imputada.

Asimismo, en la formulación de acusación se incluyó en el capítulo denominado hechos jurídicamente relevantes la misma narración fáctica efectuada en la imputación, sin que hubiera sido modificada cuando la fiscalía varió la calificación jurídica de fraude procesal por falsedad ideológica en documento privado, pues el motivo para hacer ese cambio, fue la tesis sentada por la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 21 de abril de 2010, emitida dentro del radicado 31848.

En la citada decisión, esa Corporación señaló que como los Notarios no son autoridades judiciales ni administrativas, no se daban los requisitos consagrados en el artículo 453 de la Ley 599 de 2000 para que se configure la conducta punible de fraude procesal y a pesar que en primera y segunda instancia se había sancionado por ese delito, en sede de casación modificó la condena, haciéndolo por falsedad en documento privado.

A pesar que la audiencia preparatoria no es el momento procesal oportuno para variar la calificación jurídica, de conformidad con lo establecido en el artículo 356 de la Ley 906 de 2004, también lo es que, esa irregularidad en nada afecta los derechos fundamentales de ninguna de las partes; véase, que la citada diligencia fue suspendida en razón a la solicitud de nulidad realizada por la representante de las víctimas, sin que se hubieran elevado las respectivas solicitudes probatorias, pudiendo la defensa replantear su estrategia defensiva conforme a la variación efectuada por el ente acusador.

Además, el defensor de la señora Lyda Medina Cardona, manifestó que estaba de acuerdo con la variación de la calificación jurídica realizada por la representante del

ente acusador, el cual, se reitera, puede solicitar la admisión de los elementos materiales probatorios que considere pertinentes para desvirtuar la acusación realizada por la fiscalía.

De igual forma, la variación de la calificación jurídica, constituye un cambio favorable para los intereses de la señora Lyda Medina Cardona, pues el delito de fraude procesal consagra una pena privativa de la libertad de 6 a 12 años y multa de 200 a 1000 salarios mínimos legales mensuales vigentes, en tanto que, el de falsedad ideológica en documento privado es sancionado con pena de 1 a 6 años de prisión.

La irregularidad alegada por la representante de las víctimas es irrelevante, pues bien podía la representante del ente acusador, solicitar condena por un delito diferente, al momento de exponer su teoría del caso o en los alegatos finales, sin que esa sola circunstancia constituya una vulneración al debido proceso de las víctimas.

No entiende esta Sala, como la variación realizada por la fiscalía afecte los intereses de las víctimas, pues los derechos a la verdad, justicia y reparación a los que hizo referencia la impugnante, no se ven restringidos porque la fiscalía haya adecuado la misma imputación fáctica en otro tipo penal y de haber lugar a una indemnización pecuniaria, el monto de la misma no depende del delito por el cual se solicite condena.

Al respecto, el artículo 22 del Código de Procedimiento Penal, establece que: *“Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan a su estado anterior, si ello fuera posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal.”*, precepto que garantiza los derechos de las víctimas, pudiéndose concluir que la variación de la calificación jurídica efectuada por la fiscalía en nada perjudica los intereses de los presuntamente afectados con la supuesta actuación irregular de la señora Lyda Medina Cardona, por lo que se confirmará el auto apelado, al no haberse demostrado la trascendencia de la irregularidad alegada por la recurrente.

Auto de 2ª instancia (2007-00530-01) del 08 de mayo de 2012, con ponencia del Dr. Héctor Hugo Torres Vargas. Decisión: confirma el auto apelado.

Dra. Bárbara Liliana Talero Ortiz
Presidenta Tribunal

Dr. Luis Alberto Peralta Rojas
Vicepresidente Tribunal

Edwin Fabián García Murillo
Relator Tribunal

NOTA DE RELATORÍA:

Si bien la responsabilidad por el compendio de la jurisprudencia del Tribunal Superior de Buga y la elaboración de los respectivos índices corresponde a la Relatoría, se recomienda, -y ello es necesario -, consultar los textos completos de las sentencias y de los autos incluidos en cada informativo, pues de esa forma es posible detectar los errores y las inconsistencias en la tarea sencillamente compleja de analizar, titular y divulgar, mes a mes, las providencias seleccionadas y sus respectivas tesis.

Cualquier tipo de inquietud, sea para comentar, sugerir o cuestionar, por favor escribir a los buzones electrónicos relatoriabuga@hotmail.com, relatoriabuga@gmail.com, o egarciam@cendoj.ramajudicial.gov.co.