

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI**

R E L A T O R I A

Henry Moreno Macias
R e l a t o r



B O L E T I N 7

2016

SALA DE GOBIERNO 2016- 2017

Presidente Dr. Antonio José Valencia Manzano.

Vicepresidente Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SALA CIVIL

Presidente Dra. Ana Luz Escobar Lozano

Vicepresidente Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal.

SALA DE FAMILIA

Presidente Dra. Gloria Montoya Echeverry

Vicepresidente Dr. Henry Cadena Franco

SALA LABORAL

Presidente Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.

Vicepresidente Dr. Carlos Alberto Oliver Gale

SALA PENAL

Presidente Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

Vicepresidente Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

BOLETIN 7
2016

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

Carlos Alberto Romero Sanchez. Flavio Eduardo Córdoba Fuertes
Ana Luz Escobar Lozano Jorge E. Jaramillo Villarreal
César Evaristo León Vergara Homero Mora Insuasty
Hernando Rodríguez Mesa José David Corredor Espitia
Julián Alberto Villegas Perea
Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.
Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

Katherine Andrea Rolong Arias Henry Cadena Franco
Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos Gloria Montoya Echeverry
Secretario: Juan Carlos González Muriel

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez Luis Gabriel Moreno Lovera
Martin Fernando Jaraba Alvarado . Carlos Alberto Oliver Gale
Germán Varela Collazos Ariel Mora Ortíz
Carlos Freddy Aracú Benítez Leomara del Carmen Gallo Mendoza
Elcy Jimena Valencia Castrillón Henry Alberto Dueñas Barretp
Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

Víctor Manuel Chaparro Borda Orlando de Jesús Pérez Bedoya
Orlando Echeverry Salazar María Consuelo Córdoba Muñoz
Socorro Mora Insuasty Leoxmar Benjamín Muñoz Alvear
Roberto Felipe Muñoz Ortíz Juan Manuel Tello Sánchez
Carlos Antonio Barreto Pérez

Secretario: María Eugenia Henao

Henry Moreno Macías
Relator

SALA DE FAMILIA

UNIÓN MARITAL DE HECHO Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes. Convivencia.

“Haciendo un análisis conjunto de las pruebas, no puede concluirse cosa diferente a que la convivencia aquí alegada no fue demostrada, pues el único testigo que afirma sobre su ocurrencia es, además de confuso e incoherente, poco creíble, dado que los hechos que relató y las fechas que intentó señalar son un verdadero galimatías, en tanto que no es posible concluir de ellas cuándo, en dónde y por cuánto tiempo ocurrió la convivencia de la pareja, o si esa convivencia se inició en el exterior o iniciada aquí, cuánto tiempo perduró aquí y cuánto en el extranjero, además de haber afianzado su conocimiento sobre la convivencia en las solas manifestaciones externas de trato y de cariño, limitadas a abrazos y besos, totalmente desconectadas de la vida social, sin siquiera hacer mención a la relación de la pareja con los hijos, o a que compartieran su vida a modo de esposos, construyendo un proyecto común de intereses y de vida.

Exceptuando el testimonio de xxxx, quien aseguró no constarle gran parte de los hechos y que los demás los obtuvo por información que le suministro su esposa, limitándose a afirmar que no existió convivencia por haber visto a la demandada en reuniones sociales sin la compañía del padre del demandante, lo que obviamente nada diferente prueba a lo contenido en esa afirmación; debe decirse de las declaraciones de xxxx y de xxxx que fueron contundentes y coincidentes en negar la convivencia, cuyo conocimiento adquirieron, no solo basados en los lazos de familiaridad que los unen a los aquí involucrados, sino por la cercanía y la confianza que une a la primera con la demandada, sino por vivenciar esas circunstancias la segunda, quien convivió con el demandante y la demandada aquí y en el exterior durante todo el lapso en que el demandante aseguró que ocurrió la convivencia que aquí se discute, más si se tiene en la cuenta que de prosperar las pretensiones, además de beneficiarse el demandante, también tendrá un beneficio económico la declarante xxxx, pues pese a no existir prueba del parentesco que afirmó tener con las partes, esos lazos sanguíneos no han sido negados, ni desconocidos, ni rebatidos por los declarantes o por las partes.

Ahora, en el recurso el apelante partió de la base de admitir que sus pretensiones no tienen soporte en la prueba testimonial, intentando rebatir la conclusión de la juez *a quo*, sino que la prueba de la convivencia surge de la prueba documental que, en su criterio, tiene la fuerza suficiente para llevar a la instancia a la convicción de la existencia de la convivencia, lo que se refuerza en dos hechos: el primero, que la pareja xxxx procreó dos hijos, y que la demandada sea la propietaria del inmueble que el demandante aseguro que fue adquirido por un venta simulada, pero que hace parte de la sociedad de bienes que alega haberse conformado.

Sobre los argumentos del apelante así expuestos y resumidos, debe decirse de una buena vez que no pueden dar lugar a revocar la sentencia, tal como lo aspira, puesto que de la prueba documental, al contrario de sus afirmaciones, no se revela la existencia de una unión marital entre compañeros permanentes en los términos exigidos por la Ley 54 de 1990, pues como se dejó expuesto en el ordinal 5º de estas consideraciones, en la que se analizaron las pruebas documentales aparejadas al expedientes, la Sala de Decisión enumeró los hechos que se probaron con esos documentos, dentro de los que no están, ni de su análisis individual, ni en su conjunto, los requisitos axiológicos que el artículo 1º de la

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
REL A T O R I A

BOLETIN 7
2016

Ley 54 de 1990 estableció para tener como configurada una unión marital de hecho, y que son: a). *Que esté libremente conformada por dos personas, esto es, que se trate de una pareja;* b). *Que no exista matrimonio o vínculo matrimonial eficaz que una a la pareja que la conforma;* y c). *Que la unión sea positivamente manifiesta a través de la comunidad de vida y de propósitos,* estableciendo una vida familiar a través de un vínculo de hecho, como esposos, con dos características: i) *que sea permanente,* esto es, que tenga una prolongación en el tiempo, sin que la ley establezca una temporalidad mínima y menos máxima, pero que denote estabilidad y la posibilidad de tener la relación carácter indefinido; y ii) *que tenga el carácter de singular,* es decir, que se trate de una y solo una relación que sostenga la pareja, no admitiéndose el tener varias al tiempo por uno o por los dos integrantes de la unión marital.

En efecto, de esas pruebas documentales ninguna de ellas, ni su conjunto tienen la suficiente fuerza probatoria para llegar a la conclusión a la que aspira el apelante, pues el que sus padres hubiesen procreado, y que habiéndolo hecho, ambos se hubiesen preocupado por su bienestar, crianza y educación, si bien es cierto constituye un indicio relevante sobre la existencia de una relación sentimental, también es cierto que esa prueba insular resulta legalmente insuficiente para concluir con algún grado de certeza de que en verdad sus padres conformaron una unión marital, pues la única prueba del proceso que se refiere a esa comunidad de vida es la del testigo xxxx, cuya credibilidad fue aquí lo suficientemente cuestionada al dejar más dudas que certezas sobre lo que pretende acreditar el demandante; a lo que nada le quita ni le agrega el que la demandada hubiese adquirido un inmueble en el lapso en el que se dice que existió la unión marital, que el demandante viene a calificar de simulado solamente con ocasión de este recurso, pues ese hecho no fue alegado en la demanda, por una parte y, por la otra, porque así lo hubiera alegado, la única manera de probarlo sería aportando una declaración judicial en tal sentido, o con la correspondiente confesión de parte; es más, yendo mucho más allá, si se hubiera aportado esa prueba, o así lo hubiera admitido la demandada, la existencia de ese acto simulado no demostraría absolutamente nada sobre la convivencia en la que basa sus pretensiones el demandante.

Con fundamento en las pruebas que se relacionaron y brevemente se analizaron, concluye la Sala de Decisión que el demandante no cumplió con su deber legal de probar los requisitos necesarios para la estructuración de la alegada unión marital de hecho, pues salvo la inexistencia del matrimonio que los uniera, no aparece ninguna prueba de la existencia de la convivencia con los requisitos que se anotaron, además de tampoco verde acreditada la *affectio maritalis*, en tanto que ningún medio de convicción conduce a afirmar que haya existido la intención de la pareja de proporcionarse, además de afecto, el que se da por descontado, socorro y ayuda mutuos; o que hubiesen tenido la voluntad de conformar una familia, la que se insiste, lo que no se prueba con el solo hecho de la procreación; más cuando los testigos, con suficiente poder de convicción, señalaron que además de que el padre del demandante no vivió con la demandada, la relación se limitó a la normal preocupación de los padres de cuidar, criar, establecer y educar a su descendencia, surgiendo como indiscutible en el proceso que la alegada unión marital no fue aprobada.

Visto el asunto desde las perspectivas anotadas, claro resulta que la etérea afirmación del apelante sobre que otra sería la conclusión en este asunto, es sencillamente errónea y carente de sustento, pues en la sentencia atacada la juez hizo la valoración probatoria ajustada con fundamento en la sana crítica, de tal manera que su conclusión sobre no haberse configurado la unión marital de hecho tiene sustento en una acertada valoración de los medios probatorios que legal y válidamente se incorporaron al proceso, no encontrando la Sala de Decisión ninguna prueba que permita darle razón a lo alegado por el apelante, lo que conduce, necesariamente, a concluir que la decisión de la juez *a quo* debe ser confirmada, tal como se determinará en la parte resolutive de esta sentencia,

excepción hecha de la condena en costas, pues al estar el demandante cobijado por el amparo de pobreza, tal condena no resulta procedente en ninguna de las instancias, según lo dispone el artículo 163 de Código de Procedimiento Civil; siendo necesario, finalmente, adicionar la sentencia apelada, para ordenar el levantamiento de la medida cautelar de registro de la demanda que fue ordenada en el trámite del proceso.

Rad. 008 2013 00650 01 (01 09 2016) Acta 96. M.P: Dr. Henry Cadena Franco.

SALA LABORAL

CONTRATO DE TRABAJO Indemnización del Artículo 65 del C.S.T. Solidaridad de las empresas de servicios temporales. Pago parcial de cesantías antes de la terminación del contrato de trabajo.

“La Ley 50 de 1990, regula todo lo relativo a las empresas temporales y, respecto de los trabajadores en misión, dispone que se aplicarán las normas del régimen laboral.

El artículo 77 de la Ley 50 de 1990, regula los tres (3) casos, en los que únicamente los usuarios de las empresas de servicios temporales pueden contratar. En efecto la norma señala:

“los usuarios de las empresas de servicios temporales sólo podrán contratar con éstas en los siguientes casos:

“1. Cuando se trate de las labores ocasionales, accidentales o transitorias a que se refiere el artículo 6º del Código Sustantivo del Trabajo”.

“2. Cuando se requiere reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o maternidad”.

“3. Para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosechas y en la prestación de servicios, por un término de seis (6) meses prorrogables hasta por seis (6) más”.

Son de dos categorías los trabajadores vinculados a las Empresas de Servicios Temporales a saber: Los trabajadores de planta y los trabajadores de misión. Los trabajadores de planta son los que desarrollan su actividad en las dependencias propias de las empresas de servicios temporales; y los trabajadores en misión, son aquellos que la empresa de servicios temporales envía a las dependencias de sus usuarios a cumplir la tarea o servicios contratados por éstos.

El empleador es la empresa de servicios temporales y no el usuario, ya que la Ley 50 de 1990, no dispuso que respondieran solidariamente respecto de las diversas acreencias laborales. Tal irresponsabilidad parte del supuesto de que la empresa de servicios temporales funcione lícitamente, porque de lo contrario se reputa un empleador aparente, convirtiéndose la usuaria en un verdadero empleador y las empresas de servicios temporales deben responder en forma solidaria conforme a las previsiones del artículo 35 del C.S.T. “

(...)

“Por otra parte, de la prueba testimonial se extra que, los señores xxxx (fl. 1107 a 1112, cuarto cuad; 13 a 15, cuad. Segunda instancia), xxxx (fl.1112 a 1116, cuarto cuad), xxxx (fl.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
REL A T O R I A

BOLETIN 7
2016

1211 a 1215, cuarto cuad; 17 a 19, cuad. Segunda instancia), y xxxx (fl. 1226 a 1229, cuarto cuad), en calidad de trabajadores de Cadbury en los cargos de Mecánico de Mantenimiento y Electricistas, manifestaron en forma unánime conocer al señor xxxx aproximadamente por un espacio superior a los 20 años; indicaron que aquél ingresó a la compañía Cadbury en el año 1996, como empleado temporal como Almacenista de Mantenimiento, cumpliendo turnos de 8 horas y recibiendo órdenes del Jefe de Almacén empleado directo de la compañía Cadbury, ciñéndose a los reglamentos de la compañía.

También destacaron que la labor que realizaba el actor correspondía a las actividades del giro ordinario de la empresa Cadbury, las cuales fueron realizadas sin interrupciones, pues, la misma no se alteró por el hecho de cambio de agencia temporal, siéndole renovado cada año su contrato.

Del análisis en conjunto de las pruebas allegadas al proceso, encuentra la Sala que no se evidencia que la prestación de servicios por parte del señor xxxx en Cadbury Adams Colombia S.A., hoy, Mondelez Colombia S.A.S., se encasille en algunas de las tres (3) situaciones antes descritas en el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, para que la entidad demandada, -*Cadbury Adams Colombia S.A.*- en calidad de empresa usuaria, acudiera a ésta clase de contratación, pues, el suministro de trabajadores a empresas es de carácter temporal y, únicamente para los casos taxativamente señalados.

Lográndose inferir que, independientemente de la formalidad con la que se produjo el acuerdo, en la realidad se dieron las condiciones propias de un contrato de trabajo, el principio de la realidad sobre las formalidades, contenido en el artículo 24 del C.S.T., en donde se dice que: *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*.

Por su parte, el artículo 23 de la misma obra, expresa que: *“2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen”*.

Contrario a lo pretendido por la entidad recurrente, CADBURY ADAMS COLOMBIA S.A., hoy, MODELEZ COLOMBIA S.A.S., que busca la exoneración de la declaración de existencia de un contrato realidad, la Sala logra advertir que, las labores desarrolladas por el demandante no eran ocasionales, ni con el fin de reemplazar a personal en vacaciones, ni mucho menos para atender incrementos de producción, transporte, vente de productos o mercancías, sino que tenían un carácter de permanencia, máxime cuando la labor que se denominó de *“obra”* se desarrolló por el acto por más de 14 años –entre 1996 a 2010-, generando una proyección indefinida en el tiempo y propia de las actividades de la empresa.

Según la primacía de la realidad, los contrato *“aparentes”* entre el señor XXXX y las empresas de servicios temporales –Extras S.A, Acción Social, Activo S.A., Corporación Colombiana de Logística S.A. C.C.L. S.A.- y la prestación del servicio en CADBURY ADAMAS COLOMBIA S.A., hoy MONDELEZ COLOMBIA S.A.S., como trabajador en misión, dejan evidencia que la prestación por parte del acto en la demandada, sobrepasó los términos de prórroga determinados en la ley para ésta clase de contratos, pues, de los testimonios y los comprobantes de pago efectuados por Cadbury (fls. 1463 a 1511, cuarto cuad), se tiene que el actor tuvo vinculación con la empresa demandada desde marzo de 1996 hasta abril de 2010, esto es, por más de 14 años. Resaltándose además que, las interrupciones entre uno y otro contrato, eran de un (1) día.

En virtud de lo expuesto, se tiene que la prestación de servicios que realizaba el actor en beneficio de la entidad demandada CADBURY ADAMS S.A., hoy MONDELEZ COLOMBIA S.A.S., desabordó los límites previstos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo cual, se considera que a ésta como la empleadora directa, toda vez que la reiteración de dicha

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

contratación, va en contravía de las expresas situaciones permitidas, por la normativa en mención.

Al quedar establecido, que debido a la reiterada forma de contratación utilizada por la entidad demandada en relación con el actor, ésta, va en contravía de las situaciones permitidas en la norma antes expuesta, en consecuencia, se confirma la decisión proferida en primera instancia, en relación a que el demandante tuvo a la empresa usuaria como directo empleador, en este caso, CADBURY ADAMS COLOMBIA S.A., hoy MONDELEZ COLOMBIA S.A.S.

Al quedar demostrado que la prestación del servicio por parte del actor se generó mediante contratos en misión, los cuales sobrepasaron el marco de acción permitido, en el ámbito funcional y temporal, la empresa usuaria pasa a ser un empleador directo y el que se creía un contrato en misión, según el artículo 47 del C.S.T., se convierte en un contrato a término indefinido, el cual se originó desde el **1º de marzo de 1996 hasta el 16 de abril de 2010**.

La Sala laboral de la Corte Suprema, ha considerado la solidaridad de la usuaria y la empresa de servicios temporales, en los eventos en donde ha transgredido el término de seis (6) meses y su prórroga, ora cuando la contratación resulta simulada o fraudulenta. Así en sentencia 24 de abril de 1997, radicación 9435, ratificada por la No 25717 de 22 febrero de 2006.

(...)

“Es decir, la responsabilidad solidaria de las Empresas de Servicios Temporales surge cuando éstas actúan como intermediarias entre un trabajador, puesto que, en esta ocasión la empresa no está realizando sus funciones de manera lícita, está optando por ser un empleador aparente, así como es expresado por la amplia jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, tal como, la sentencia de 22 de febrero de 2006, radicación No. 25717”

(...)

“El artículo 254 del C.S del T., prohíbe el pago parcial de cesantía antes de la terminación del contrato de trabajo, salvo que exista autorización del Ministerio de Protección Social. El incumplimiento a tal prohibición trae como consecuencia, la pérdida de las sumas pagadas, sin que se pueda repetir lo pagado.

La Jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha considerado que en principio no es posible la coexistencia de la sanción de pérdida de la cesantía y la sanción moratoria, sea del artículo 65 del C.S. del T., ora del artículo 99 de la ley 50 de 1990. (...)

(...) Pese a que en este caso existe pérdida de cesantía, pues, se efectuó un pago de cesantía sin la autorización para ello, no es menos cierto que al trabajador se le pagó un valor inferior a lo que por cesantía tenía derecho, lo que implica que en este caso pueden coexistir las dos sanciones, pues, existe una falta de pago de prestaciones sociales, sin justificación alguna.

En ese orden de ideas, se impone la sanción del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, y la prevista en el artículo 254 del C.S.T., sin que con ésta última condena, se esté afectando la congruencia y consonancia, pues, se trata de una aplicación del principio Iura Novit Curia, según el cual el juez se encarga de aplicar la norma que regula el caso.

Visto lo anterior y en atención a la prueba documental antes mencionada, la demandada debe cancelar por concepto de cesantía la suma de \$17`309.033,68., menos la suma de \$475.522, que no se pierde y corresponden a la cesantía pagada al finalizar el contrato de trabajo, nos arroja \$16`833.511.68.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

Con relación a la indemnización moratoria del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, debe decirse que la misma prescribe, contándose dicho término a partir del 15 de febrero del año siguiente al de la causación.

Caso distinto, se da con el auxilio de cesantía, cuyo término de prescripción se cuenta a partir de la terminación del contrato de trabajo, es decir, desde su exigibilidad. (...)

(...) Así las cosas, al pretender la demandada encubrir una relación laboral, esa conducta, no es demostrativa de buena fe, razón por la cual se condenará al pago de esta sanción a partir de la fecha de la terminación del contrato, 16 de abril de 2010, a razón de un día de salario (**\$57.269,70**), por cada día de retraso hasta el mes 24; a partir del mes 25 deberá pagar intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la superintendencia Financiera, hasta cuando el pago se verifique.

De igual manera, debe indicarse que, no existe buena fe frente a una conducta injustificada frente al no pago completo de la cesantía; así como tampoco existe justificación para rebajar el salario básico de acuerdo con las conclusiones del juez de primera instancia, sin que se adujera elemento alguno para hacerlo, así como tampoco tal disminución fue controvertida en esta instancia por la parte demandada.

Rad. 007-2010-01139-02 (15 07 2016) Acta 049. M.P: Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

CONTRATO DE TRABAJO Conductor de servicio público. Salario a destajo. El hecho de hablar de una renta por arrendamiento, no desdibuja el contrato de trabajo, pues, en realidad lo que se está es descontando un valor del producido, siendo una parte fija entregada al propietario y el resto constituye salario de acuerdo con el número de carreras realizadas y el producido obtenido, situación que corresponde con el concepto de salario a destajo.

Pensión de sobreviviente. Accidente de trabajo. Deceso se produjo en desarrollo del contrato de trabajo como taxista, por ende, tal evento tiene la categoría de accidente de trabajo.

“Al realizar la valoración de los medios probatorios allegados en el transcurso del proceso, se encuentra que, partiendo de la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la parte demandante acreditó que el señor xxxx prestó un servicio como taxista, en un vehículo de propiedad del señor xxxx, estando dicho vehículo afiliado a RADIO TAXI AEROPUERTO S.A., lo que en aplicación a lo previsto en el artículo 15 de la Ley 15 de 1959, en armonía con la presunción del artículo 24 del Código Sustantivo de Trabajo, se entiende que dicha vinculación fue a través de un contrato de trabajo con dicha empresa, siendo el propietario del vehículo solidariamente responsable de los salarios, prestaciones e indemnizaciones a que llegare a tener derecho.

La tesis sostenía por la demandada en cuanto a que, existía un contrato de arrendamiento entre el señor xxxx y el señor xxxx, en virtud del cual el primero cancelaba un canon de arrendamiento equivalente a \$47.000, no tiene asidero en la medida en que por ley, los conductores de servicios públicos deben estar vinculados por un contrato de trabajo, amén de que no se desvirtuó la presunción del contrato de trabajo.

Como no existe discusión acerca de que el vehículo estaba afiliado a la empresa RADIO TAXI AEROPUERTO S.A., no es de recibo lo indicado por esta empresa acerca de que no se encontraba registrado el nombre del conductor en su empresa, pues, el decreto 176 de 2001, estableció para la empresa transportadora la obligación de vigilar, constatar que los conductores de sus vehículos se encuentren afiliados al sistema de seguridad social y remitir semestralmente esta información a la Superintendencia de Salud.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

Por otra parte, si se analiza la prueba testimonial en detalle, se tiene que el testigo xxxx, le toca el turno de la noche, ya que a él correspondía el de la mañana; que debían hacer la entrega del dinero convenido y que recibían órdenes del señor xxxx; había un reglamento de la empresa RADIO TAXI AEROPUERTO, sobre radiocomunicaciones, de cómo tratar a la gente, la presentación personal del taxista.

El testigo xxxx habla de la obligación de entregar un dinero; tiene conocimiento de que el causante manejaba un vehículo del señor xxxx.

Por su parte, el testigo xxxx dice que el vehículo estaba afiliado a Radio Taxi; que se acostumbra a alquilar el taxi; que se hace una entrega diaria.

El hecho de hablar de una renta por arrendamiento, no desdibuja el contrato de trabajo, pues, en realidad lo que se está es descontando un valor del producido, siendo una parte fija entregada al propietario y el resto constituye salario de acuerdo con el número de carreras realizadas y el producido obtenido, situación que corresponde con el concepto de salario a destajo.

Correspondía en consecuencia, acreditar por parte de las demandadas la autonomía del trabajador para descartar la subordinación, destacando que en este tipo de actividad se da una especial forma de subordinación, pues, se debe recorrer la ciudad para conseguir pasajeros; la empresa de taxi asigna servicios de acuerdo con estación de radio etc.

Así las cosas, concluye la Sala que existía contrato de trabajo entre la empresa y el causante, es por lo que, entrará a estudiar las pretensiones de la demanda.

Respecto a la cesantía el causante laboró desde el 15 de mayo de 2008 hasta el 27 de julio de 2008, para lo cual partimos de un salario mínimo, al no poderse establecer los conceptos que por salario recibió en ese interregno.

Por cesantía se le adeuda \$92.300.

Intereses a la cesantía \$ 11.076.

Por primas de servicios \$92.300.

Vacaciones \$46.150.

Partiendo de la base de que la indemnización moratoria no es de aplicación automática, pues, debe verificarse si existe buena fe en la demandada al no cancelar al trabajador salarios y prestaciones al momento de la terminación del contrato de trabajo, considera la Sala que existe buena fe en las demandadas, pues, se presentaba discusión acerca de la existencia de contrato de trabajo, que permitía creer a empleador que las partes no estaban ligadas por un vínculo laboral.

Ahora bien, en lo que tiene que ver con la pensión de sobrevivientes, el señor xxxx cumpliendo con su turno como taxista, el 27 de julio de 2008, sufrió un accidente que producto de un hurto que aún es materia de investigación, según constancia emitida por la Fiscalía, que posteriormente y por complicaciones en su salud conllevó al deceso del causante el 6 de agosto de 2008 según su historial médico.

Vista la problemática de la definición de accidente de trabajo y conforme a la normatividad citada, entiende la Sala que el deceso del señor xxxx, se produjo en desarrollo del contrato de trabajo como taxista, por ende, tal evento tiene la categoría de accidente de trabajo.

En ese orden de ideas, como el trabajador no estaba vinculado a una Administradora de Riesgos Profesionales, hoy ARL, le corresponde a las demandadas asumir la pensión de sobrevivientes en cuantía de un salario mínimo legal mensual.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

En cuanto a los beneficiarios se tiene que la señora xxxx, acreditó una convivencia con el causante de aproximadamente de 15 años antes del fallecimiento, tal como se desprende del testimonio del señor xxxx, lo que la hace acreedora a la pensión de sobrevivientes de origen profesional en un 50%.

El artículo 11 de la Ley 776 de 2002, en armonía con el artículo 47 de la Ley 100 de 1993. Modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, relaciona los beneficiarios a la pensión de sobrevivientes, y en primer lugar, figuran el cónyuge o compañera, en concurrencia con los hijos menores y hasta los 25 años si por razones de estudios están incapacitados para trabajar y dependían económicamente del causante al momento de la muerte.

La norma en cita establece que el cónyuge o la compañera permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte, pues es apropiado afirmar que la convivencia efectiva, al momento de la muerte del causante, constituye el hecho que legitima la sustitución pensional y, por lo tanto, es el criterio rector material o real que debe ser satisfecho, tanto por el cónyuge como por la compañera o compañero permanente del titular de la prestación social, ante la entidad de seguridad social, para lograr que sobrevenida la muerte del pensionado o afiliado, el(a) sustituto (a) obtenga la pensión y de esta forma el otro miembro de la pareja cuente con los recursos económicos básicos e indispensables para subvenir o satisfacer las necesidades básicas.

Como se acreditó que el causante era el padre de xxxx, quien nació el 14 de noviembre de 2005 y de xxxx, quien nació el 18 de marzo de 2003, tienen derecho a la pensión en un 25% para cada una de ellas, hasta que cumplan 18 años y hasta los 25 años, si acreditan estudios.

La pensión es equivalente al salario mínimo y se causan sobre 14 mesadas.

Con relación al pago de intereses moratorios, consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, se han construido entre otras las siguientes subreglas jurisprudenciales de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia:

- a. *El referido artículo no reclama exigencia de buena fe o semejante, pues, basta la mora en el pago de las mesadas pensionales.*
- b. *Los intereses se generan desde que vence el término de cuatro (4) meses, en el caso de las pensiones vejez, y de dos (2) meses para las pensiones de sobrevivientes, que tienen las administradoras de pensiones para resolver las peticiones de pensión.*
- c. *Proceden para pensiones de régimen de transición de ISS, que administra el régimen de prima media, pues, los reglamentos del ISS son incorporados a la Ley 100 de 1993.*
- d. *No proceden respecto de reajustes pensionales.*

Partiendo de la base de que, en el presente asunto no existe petición de pensión, cumple los efectos de la misma notificación del auto admisorio de la demanda de acuerdo con lo previsto en el artículo 90 del C. de P.C., y en atención a que se tiene por notificado el demandado por conducta concluyente a partir del 11 de enero de 2011, los intereses se generan a partir del 12 de marzo de 2011 hasta que se verifique el pago.

No resulta fundada la excepción de prescripción propuesta por el señor xxxx, en la medida en que la muerte del señor xxxx, ocurrió el 6 de agosto de 2008, la demanda fue incoada el 20 de octubre de 2010, la cual fue notificada el 11 de enero de 2011 al demandado Radio Taxi Aeropuerto, dentro del término legal, mas no así al señor xxxx a quien se notificó el 11 de abril de 2014, empero, la interrupción hecha a uno de los deudores solidario se le

extiende a los demás deudores (art. 2540 C.C., modificado por el artículo 9 de la Ley 791/02), amén que respecto a los menores la prescripción se suspende.”

Rad. 006-2010-01393-02 (28 04 2016) Acta 031. M.P: Dr. Carlos Alberto Oliver Gale.

SALA PENAL

ALLANAMIENTO A CARGOS. Retracción.

Conducta punible: Nulidad. Receptación, Fraude Procesal, Concierto para Delinquir.

“Conforme a los argumentos expuestos por el sujeto recurrente, entiende la Sala que la inconformidad con la decisión de primera instancia lo determina la no aplicación del párrafo del artículo 293 del C de P.P., es decir, la no aceptación de la retractación del allanamiento a cargos pretendida por su representado, por la configuración de un vicio en el consentimiento –sin especificarlo- para determinarse libre y voluntariamente.

Bajo esa argumentación, la crítica del apelante se centra en que el fallador no tuvo en cuenta que en la audiencia de formulación de la imputación, su prohijado decidió aceptar los cargos, por la promesa que –por fuera del micrófono (min. 1:06:00)- le hizo la fiscal y que consistió en analizar la posibilidad de un principio de oportunidad en otras imputaciones posteriores donde él iba a estar involucrado. Sostiene que ese ofrecimiento vició el consentimiento del procesado porque, en síntesis, entiende la Sala que, la figura jurídica del allanamiento a cargos debe ser pura y simple, sin ofrecimientos ni condicionamientos de ninguna naturaleza.

Lo primero entonces por considerar es que el ordenamiento positivo exige que la manifestación de voluntad debe ser libre y consciente, es decir, que no esté afectada por irregularidades o los llamados por la normatividad civil: vicios en el consentimiento –error, fuerza o dolo- consagrados en el art. 1508 del código civil.

El recurrente no concretó en cuáles de esos supuestos se había afectado la autodeterminación de su representado al momento de aceptar los cargos, en la medida que, se trata de aspectos disímiles, dado que *la fuerza o violencia* es la presión física o moral que se ejerce sobre una persona para obtener su consentimiento, infundiéndole miedo o temor; *el dolo* es el conocimiento y la voluntad para ejecutar una conducta contraria a la permitida, y *error*, por su parte, consiste en la falta de correspondencia entre la representación mental del sujeto y la realidad, es decir, en el conocimiento no verdadero o falso de la realidad (C-993 de 2003).

Al revisar la actuación seguida a xxxx, y concretamente para comprobar si existió la promesa de la fiscalía generadora del vicio en el consentimiento, se logró establecer que, de la misma no quedó ningún registro en la audiencia preliminar de formulación de la imputación, de ahí que precisamente el recurrente haya afirmado que sucedió por fuera de los micrófonos.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

No obstante, en la audiencia convocada el 29 de septiembre de 2015, para individualización de la pena y el proferimiento de la sentencia, cuando la fiscalía tuvo la oportunidad de referirse a la petición de nulidad invocada por el defensor, así se expresó:

“Cuando la fiscalía hace la formulación de la imputación (min. 40:47) trae acá a esta audiencia unas, eh presentaciones, incluso video vin y allí no escondemos ninguno de los elementos materiales probatorios, pues la fiscalía no debería traerlos porque tampoco es el estadio para hacerlo pero los presentamos absolutamente todos, todos esos elementos y esa evidencia física con que contaba la fiscalía para hacer esa imputación fáctica y posteriormente con esa imputación fáctica y conservando el principio de congruencia, se hizo la imputación jurídica.

También es necesario aclararle al abogado que si se le imputó de pronto en ese momento, el delito de falsa denuncia, es porque se trajeron los elementos materiales probatorios y a evidencia física donde demostrábamos que él estuvo pendiente con el denunciante, que sí lo hizo, con la persona que firmó esa falsa denuncia, de presentarlo ante la Policía en Palmira y hablar con un amigo para que se le recibiera esa denuncia que era falsa y que se efectuara todo el trámite. Por eso se le hizo esa imputación.

También es necesario aclararle que en el momento del allanamiento a cargos sería utópico por parte de la fiscalía, ofrecer un principio de oportunidad si ya está allanado a cargos, lo que se hizo en su momento con el señor abogado de la defensa (min. 42:20), fue decirle: mire, hay otras fases de esta misma investigación Transnacional, pues vamos en la tercera fase y pasamos a una cuarta fase, y en esta cuarta fase se cuenta con elementos materiales probatorios y evidencia física para hacer unas nuevas imputaciones, y entre ellas, hacerle unas nuevas imputaciones al señor xxxx.

Entre ellos, teníamos en ese momento, tenemos en este momento, una denuncia por parte de un ciudadano en la ciudad de Armenia con respecto a algo relacionado con un vehículo que es la investigación que estamos haciendo nosotros a nivel Transnacional y que en ese evento, de esa nueva fase y de esas nuevas imputaciones, podríamos estar pensando en un principio de oportunidad por delación, es decir, por la información nueva que tuviera y que pudiera aportar respecto a los otros casos, porque en este caso, nosotros habíamos reunido todos los elementos materiales probatorios y evidencia física necesaria para ir ante un juez de control de garantías y solicitar esas capturas y hacer esas audiencias preliminares y posteriormente ir a un juicio, entonces para que quede claro que la fiscalía sería contradictoria en ofrecer un principio de oportunidad para que se allane, entonces no es así”. “Que quede claro es para otra fase... y es que ese principio de oportunidad era para otras fases porque en esta ya no le interesa a la fiscalía el principio de oportunidad porque ya se allano a los cargos... el ofrecimiento del principio de oportunidad era para otra fase”.

Expuesto lo anterior, es claro que el argumento del apelante no está llamado a prosperar, por las siguientes razones:

1. Porque la norma citada es clara en señalar que la retractación es excepcionalmente válida **siempre y cuando se demuestre el vicio** alegado por el defensor. Ello, porque el inciso 1º del artículo 293 del C. de P.P., modificado por el artículo 69 de la Ley 1453 de 2011, consagra que luego de examinarse que la aceptación de cargos fue libre, consciente, voluntario y espontáneo, lo aprobará **sin que a partir de entonces sea posible la retractación.**
2. El defensor, teniendo el deber jurídico de acreditar suficientemente el vicio, no lo hizo, ni siquiera precisó si se trataba de error, fuerza o dolo.
3. Una vez formulada la imputación, la juez de control de garantías hizo un receso de 15 minutos para que los defensores dialogaran con los procesados

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

y les explicaran las consecuencias jurídicas de aceptar o no los cargos. Reanudada la diligencia, procedió a interrogarlos uno a uno. En el caso de xxxx le pregunto:

- a. Usted entendió los cargos que le acabó de imputar la señora fiscal?
Contesto: “*si señora juez*”.
 - b. Usted acepta esos cargos? Contesto: “*si señora juez*”. Esa pregunta se la repito y contesto lo mismo.
 - c. ¿Esa aceptación es libre y voluntaria? Respondió: “*si señora*”.
 - d. Estuvo presionado o amenazado para que aceptara los cargos?
Respondió: “*No señora*”.
 - e. Es consciente de las consecuencias ya explicadas? Contesto: “*si señora*”.
 - f. Estuvo debidamente asesorado por su abogado defensor?
Respondió: “*si señora*”.
4. Al momento que la fiscalía le comunicó los cargos a xxxx, ninguna aclaración, observación o información le hizo respecto del ofrecimiento del que ahora menciona el apelante, olvidando el profesional del derecho que la imputación está determinada por las situaciones, contenido y requisitos que consagran los arts. 287 y 288 de la Ley 906 de 2004, los que cumplió el Ente Investigador a cabalidad.
5. Sobre esos precisos aspectos –narración fáctica, jurídica, la posible pena a imponer y la rebaja que obtendría- fue que el imputado decidió allanarse consciente y libremente.
6. La manifestación que hizo la fiscal, y que reconoció habersele puesto de presente al defensor en esa audiencia preliminar, sobre la posibilidad de acudir al principio de oportunidad respecto de hechos e investigaciones futuras y distintas a la imputada, en nada afectó el consentimiento del imputado para determinarse de manera voluntaria como lo hizo, en la medida que, de un lado, se trató de una expresión que no hizo parte de ese acto de comunicación de cargos –art. 286 del C. de P.P.-, sino de una información para hechos e investigaciones en curso y distintas, y de otro lado, en nada varía la situación imputada y la decisión de aceptarlos, porque se trata de una circunstancia que aún puede presentarse, y
7. Por último, el mal llamado ofrecimiento que hizo el Ente Investigador, por tratarse una información que no hizo parte de la formulación de la imputación como ya se indicó, sino que se trató de una expresión dialogada e informal entre ella y la defensa, no era vinculante para el procesado, máxime si, la labor de la defensa precisamente era asesorarlo para que entendiera qué se le estaba endilgando y sus consecuencias.”

Rad. 199-2012-00834 (11 07 2016) Acta 200. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

BENEFICIO ADMINISTRATIVO. Permiso de hasta 72 horas.

Conducta punible: Homicidio agravado, Lesiones Personales Agravadas y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones.

“Al señor xxxx el **Juzgado 3º Penal del Circuito Especializado de Cali** lo condenó a la pena principal de **244 meses, 6 días de prisión, el 16 de Diciembre de 2009**, por los delitos de Homicidio Agravado, Lesiones Personales Agravadas y Fabricación, Tráfico y Porte de Armas de Fuego o Municiones, con ocasión a los hechos cometidos el 30 de Junio del mismo año.

El art. 147 de la L.65 de 1993 –Código Penitenciario y Carcelario-, contempla los requisitos para acceder al beneficio administrativo de permiso de hasta 72 horas, como son:

1. Estar en la fase de mediana seguridad.
2. Haber descontado una tercera parte de la pena impuesta.
3. No tener requerimientos de ninguna autoridad judicial.
4. No registrar fuga ni tentativa de ella, durante el desarrollo del proceso ni la ejecución de la sentencia condenatoria.
5. Modificado por el art. 29, ley 504 de 1999. No estar condenado por delitos de competencia de jueces regionales.
6. Haber trabajado, estudiado o enseñado durante la reclusión y observado buena conducta, certificada por el Consejo de Disciplina...

El art. 29 de la L. 504/99, modificó el # 5º del art. 147 de la L. 65/93 en el siguiente sentido: **“Artículo 147 Permiso hasta de setenta y dos (72) horas. 5º Haber descontado el setenta por ciento (70%) de la pena impuesta, tratándose de condenados por los delitos de competencia de los Jueces Penales de Circuito Especializados”**. Norma ésta declarada exequible por la H. Corte Constitucional en sentencia C-392 de 2000 y **que hasta la fecha se encuentra vigente.**

Conforme a los anterior, le asiste razón al *a quo* cuando improbió al sentenciado el permiso de hasta 72 horas, teniendo en cuenta que el señor xxxx no ha cumplido el 70% de la pena de 244 meses, 6 días de prisión que le fue impuesta, que equivale a 170 meses, 28 días, de la cual sólo ha purgado –entre tiempo físico y redimido- 88 meses, 28 días.

Al respecto ha enseñado la Jurisprudencia: *“En ese orden, es claro, entonces, que para las autoridades judiciales accionadas se imponía la aplicación del numeral 5º del artículo 147 de la Ley 63 de 1993 con la modificación introducida por el artículo 29 de la Ley 504 de 1999 y la correspondiente verificación de los presupuestos normativos allí exigidos. Ejercicio que en el caso concreto arrojó resultados desfavorables a las pretensiones del sentenciado e impidió la concesión del beneficio reclamado por cuanto se insiste, el demandante fue juzgado por la justicia especializada y no ha descontado el 70% de la pena impuesta.*

*“Razón le asiste entonces al a quo, para negarle al condenado xxxx el permiso administrativo de hasta 72 horas, **tras verificar que no ha cumplido el 70% de la pena que le fue impuesta. Al no cumplirse la exigencia de índole objetivo, ello releva a la Sala de abordar el estudio de los restantes requisitos**”*. Negrilla de la Sala.

Adicionalmente, teniéndose que los hechos por los que fue condenado el sentenciado fechan del 30 de junio de 2009, la norma que le fue aplicada –art. 29 de la L. 504/99- ya estaba vigente para esta época, por lo cual sí le era aplicable el descuento punitivo que se le exige, equivalente al 70%.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 7
2016**

En vista de lo anterior, esta instancia confirmará el Auto Interlocutorio apelado, toda vez que el condenado no cumple con el requisito referente al cumplimiento del 70% de la pena impuesta para aprobar a su favor el permiso de hasta 72 horas.

Rad. 193 2009 16932 – 01 (05 09 2016) Acta 264. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

DEBIDO PROCESO INCIDENTAL Incidente de reparación integral. Nulidad por no haberse adelantado el trámite incidental con el apego al Debido Proceso.

Conducta punible: Omisión de Agente Retenedor o Recaudador.

“Para la Magistratura es claro que fracasada entonces la oportunidad para llegar a un acuerdo sobre la pretensión del representante de la víctima y una vez enunciada la prueba que se hará valer para demostrar el petitum, lo procedente es su decreto y práctica y **finalmente permitirle a las partes, alegaran de conclusión**, tal y como lo prevé el art. 104 del C. de P.P., que consagra que una vez se practique la prueba ofrecida, se oirá a los interesados sobre *“el fundamento de sus pretensiones”*, lo que no sucedió en el caso bajo estudio.

Así las cosas, por no haberse adelantado el trámite incidental con el apego al Debido Proceso y el trámite previsto en el art. 103 y s.s. de la Ley 906 de 2004, se declara la nulidad de lo actuado, a partir de la sentencia No. 104 del 17 de septiembre de 2013, para que el procedimiento se surta con observancia a esas garantías procesales.”

Rad. 199-2010-00253 (06 07 2016) Acta 188. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

LESIONES PERSONALES CULPOSAS. Accidente de tránsito. La Sala al analizar el recaudo probatorio allegado al juicio oral, encuentra que el mismo, no le permite tener el conocimiento para condenar, más allá de toda duda, acerca de la responsabilidad penal del acusado.

“LA inconformidad del apelante con la decisión de primera instancia radica básicamente en la valoración probatoria hecha por el **A quo**, al haberle restado credibilidad a los testigos víctimas, con quienes demostró que la causa del hecho de tránsito fue la invasión del carril por parte del procesado.

En el asunto bajo estudio ninguna discusión surge con respecto a que los hechos acaecieron el 30 de junio de 2009, a eso de las 12:45 de la madrugada, en la vía que de Cali conduce al Queremal, se produjo una colisión entre el camión, marca Dodge, modelo 1970, de placas NMJ-409, conducido por xxxx y la motocicleta de placas FTB-98 A, piloteada por xxxx, quien llevaba como pasajera a xxxx, sufriendo estos dos últimos, lesiones en su cuerpo.

El punto de discordia o discrepancia se centra en determinar cuál fue la causa generadora del hecho de tránsito que aquí se analiza; si provino del procesado o exclusivamente de la víctima.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

La Fiscalía 77 Local de Dagua a través de su teoría del caso prometió demostrar más allá de toda duda que la invasión del carril por parte del acusado produjo el suceso de tránsito conocido.

No obstante, la Sala al analizar el recaudo probatorio allegado al juicio oral, encuentra que el mismo, no le permite tener el conocimiento para condenar, más allá de toda duda, acerca de la responsabilidad penal del acusado, como se explica a continuación:

1. La prueba de cargo, concretada la de las dos víctimas no tiene la fuerza o entidad para demostrar que el procesado invadió su carril.”

(...)

“La fiscalía no logró demostrar que el procesado xxxx haya violado el deber objetivo de cuidado, invadiendo el carril contrario y determinando el resultado antijurídico aquí conocido, porque la prueba de cargo que arribó al proceso, no permite llegar a esa conclusión, más allá de toda duda, por el contrario, fue el mismo conductor de la motocicleta quien sin apremio alguno, afirmó que se desplazaba por el centro de la carretera, lo que se traduce en un actuar imprudente de su parte, incrementando el riesgo permitido y originando el suceso de tránsito conocido.

La Corte ha considerado que *“El estándar de prueba atinente al conocimiento más allá de toda duda razonable, reglado como principio rector en el estatuto procesal penal de la Ley 906 de 2004 –artículos 7º y 381- no se satisface con la arbitraria atribución de probabilidades o de inconexas inferencias convertidas en suposiciones por parte del fallador”*, (SP6411-2016 (rad. 41758), sino que *“se debe privilegiar el rigor en la explicación de los hechos conocidos y fundamentados en datos tangibles”*, lo que no sucedió en el caso bajo estudio, donde incluso el apelante en la sustentación del recurso admite la existencia de algunas inconsistencias en las versiones de las víctimas y testigos directos, que lejos están de convencer al fallador sobre la responsabilidad penal del aquí procesado.”

Rad. 76233-60-00-172-2009-00487 (27 07 2016) Acta 226. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

PREACUERDO. Juez debe verificar que el procesado acepte los términos de la negociación de manera libre, consciente y voluntaria. Intervención del Ministerio Público en materia de preacuerdos.

Conducta punible: Porte ilegal de armas de fuego.

“Descendiendo al caso concreto se tiene que al señor xxxx en audiencia celebrada ante el Juzgado Treinta Penal Municipal con Funciones de Control de Garantías de ésta ciudad le fue imputado por la Fiscalía General de la Nación el delito de FABRICACION, TRÁFICO, PORTE O TENENCIA DE ARMAS DE FUEGO contenido en el artículo 365 del Código Penal, cargos que fueron aceptados.

No obstante lo anterior, habiéndose convocado a los sujetos procesales a audiencia de individualización de pena y sentencia, se solicita la variación de dicha diligencia en aras de presentar un preacuerdo celebrado entre la Fiscalía, Defensa y procesado, consistente en que se congracia al señor xxxx con la degradación de autor a cómplice.

Oportunidad en la que el procesado xxxx no fue remitido por el INPEC, sin embargo para la verificación de su consentimiento respecto a los términos del preacuerdo presentado, allegó memorial signado por él, a través del cual refiere:

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

“xxxx detenido en la Cárcel de Villahermosa de Cali, con este escrito autorizo a su despacho para que se realice con la presencia de mi defensor público, sin mi presencia, xxxx, la Audiencia de Individualización de Penal y Sentencia dentro del asunto y a su variación a verificación de PREACUERDO en calidad de cómplice, con una pena a imponer de 54 meses de prisión con derecho a Prisión domiciliaria. Referente a este preacuerdo. Esta aceptación es libre, consciente, voluntaria, conocimiento mis derechos legales del art. 8 del C.P.P. y no he sido presionado para ello y conozco todo lo relacionado con el mismo”.

Documento que fue aceptado por el Juez de Conocimiento, a fin de avalar el consentimiento del procesado con el preacuerdo presentado por la Fiscalía y la Defensa en esa oportunidad, máxime cuando fue voluntad del procesado aceptar cargos desde un principio, y hacerse responsable de los mismos. Es así como el Juez de Primera Instancia, una vez valorados los términos de la negociación, decide impartir aprobación al preacuerdo presentado por los sujetos procesales.

Decisión contra la cual se alza la Representante del Ministerio Público, al considerar que se presenta una afectación de garantías procesales, 1) al no contarse con elementos que hicieran viable una retractación de cargos, dado que la jurisprudencia establece que en tratándose de allanamientos a cargos, solo es viable preacordar la fijación de la pena, mas no degradación de la conducta y 2) al no haberse realizado por parte del Juez de Conocimiento, la verificación del preacuerdo con el procesado xxxx.

Conforme lo esbozado en precedencia, respecto a la legitimidad del Ministerio Público, la Sala abordará el segundo tópico, el cual refleja una afectación de garantías Constitucionales y Procesales en el trámite impartido por el Juez de Primera Instancia.

Atendiendo entonces la Jurisprudencia citada en precedencia, resulta evidente que se ha presentado una afectación de garantías Constitucionales en éste asunto, en lo que respecta a la verificación que el Juez impartió al preacuerdo presentado por la Fiscalía y la Defensa, pues a juicio de la Sala, no basta que el procesado manifieste por medio de un memorial que acepta los términos del preacuerdo, dada la trascendencia que ello acarrea.

Encuentra entonces ésta Corporación, que se presenta una actuación irregular por parte del Aquo, que indiscutiblemente afecta las garantías del procesado, pues al encontrarnos en un sistema oral, donde debe primar el principio de inmediación, no es de recibo que el juez de conocimiento avale un preacuerdo, con aceptación escrita del procesado, sin verificar a ciencia cierta, que el imputado o acusado se encuentra plenamente enterado de los términos del mismo.

Como se anotó en párrafos anteriores, la Corte Suprema de Justicia ha dejado claro que en materia de preacuerdos, el Juez debe verificar que el procesado acepte los términos de la negociación de manera libre, consciente y voluntaria, acotándose que para ello **“es imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado así como que se actuó en presencia del defensor”**.

Proceder que no debía ser pasado por alto por el Funcionario Judicial, pues a pesar que el procesado xxxx haya aceptado cargos en audiencia de formulación de imputación, no puede perderse de vista que los términos planteados en el preacuerdo, varían su situación jurídica, siendo necesario verificar que se encuentre debidamente enterado de la negociación y de las consecuencias que ello acarrea, a pesar que se trate de un cambio favorable para él.

Verificación que se configura única y exclusivamente con el interrogatorio personal que haga el Juez de Conocimiento al respecto, en virtud del principio de inmediación que rige el sistema penal acusatorio, proceder que no puede ser suplido por el hecho que el procesado a través de su Defensor presente un memorial donde indique que acepta los

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

términos del preacuerdo, pues ello no permite establecer sin equívoco alguno, que indiscutiblemente conoce las consecuencias jurídicas que ello representa, máxime cuando su comparecencia es plenamente viable, dado que se encuentra recluido en el centro carcelario Villahermosa de ésta ciudad.

Mal haría la Sala en considerar que sí se encuentra verificado el consentimiento del procesado con los términos del preacuerdo, ya que el memorial que aporta no brinda la certeza de ello. Pues como bien lo anota la representante del Ministerio Público, el documento aportado por el señor xxxx, evidentemente fue escrito por otra persona, y él sólo se limitó a firmar y poner su huella, lo que de contera evidencia una afectación de garantías procesales, dado que el A-quo no ejerció su rol en debida forma, al no propender por la comparecencia del procesado y verificar su consentimiento con el preacuerdo puesto a consideración.

Memorial en el que el procesado además, manifiesta que en virtud del preacuerdo se hará derechosos a la prisión domiciliaria, lo cual no corresponde a la realidad y afecta su consentimiento, pues véase que respecto a ese tópico no hizo mención la Fiscalía, y el Defensor indicó que la solicitará en la audiencia del artículo 447 de la Ley 906 de 2004.

Adicionalmente, la comparecencia ante el Juez es el último momento para que la retractación se produzca.

Por tanto, en aras de preservar las garantías Constitucionales y legales que le asisten al procesado, y de conformidad al principio de trascendencia, es deber de la Sala declarar la NULIDAD de lo actuado a partir de la audiencia de verificación de preacuerdo celebrada el pasado 20 de junio de 2016 por el Juzgado Catorce Penal del Circuito de Cali (inclusive), a fin que se subsane la actuación garantizando la presencia del procesado xxxx, para verificar su consentimiento libre, consciente, voluntario y suficientemente informado sobre los términos del preacuerdo.”

Rad. 76 001 6000 193 2014 07426 (19 09 2016) Acta 243. M.P: Dr. Orlando Echeverry Salazar.

PRECLUSIÓN DE LA INVESTIGACIÓN. Información aportada por la fiscalía para respaldar la solicitud de preclusión es insuficiente y contradictoria.

Conducta punible. Homicidio Agravado, Homicidio Agravado Tentado y Fabricación, Tráfico y porte de armas de fuego o municiones bala pérdida

“De las probanzas se extrae con precisión que:

1. Contrario a lo expuesto por la fiscalía, la preclusión de la investigación no puede estar apoyada en la duda de la autoría y responsabilidad del procesado, **“sino acompañando los medio de prueba que corroboran su configuración factico-jurídica con categoría de certeza”** como se expuso en la jurisprudencia citada.
2. Tampoco puede ser argumento para acceder a tan trascendental figura jurídica, el hecho que una de las testigos presenciales haya cambiado su señalamiento inicial. Olvida la representante de la fiscalía que esa situación será un asunto a desentrañar al momento de rendir el testimonio en el juicio oral, de suerte que, si en esa oportunidad declara sobre situaciones diversas

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA**

**BOLETIN 7
2016**

a las consignadas en su versión inicial, la parte interesada tendrá el derecho de impugnar su credibilidad.

3. La fiscalía no ha agotado en debida manera la labor de individualización, identificación y localización del testigo que dijo llamarse xxxx, a tal punto que ni siquiera se ha establecido quiénes eran los miembros de la policía nacional que se encontraban en la Estación del Vallado los que le recibieron la declaración y supuestamente le manifestaban qué tenía que decir, tal y como lo afirmó la entrevistada xxxx, el 2 de junio de 2015.
4. Y como si fuera poco, olvidó la fiscal que el ordenamiento jurídico le brinda a las partes, las herramientas jurídicas en aquellos casos donde se cuenta con una declaración anterior y no es posible localizar al testigo que la rindió o éste se desaparece voluntariamente.
5. Desconoce igualmente que ya no existe la tarifa legal de la prueba y en gracia de discusión, de no contar con la presencia de ese testigo presencial en el juicio oral, cuenta con el aporte que los demás pueden otorgar, entre ellos, el de xxxx, quien rendirá su declaración bajo la gravedad del juramento, con las consecuencias que ello acarrea.
6. Las personas que fueron entrevistadas ubicaron al procesado en el lugar de los hechos, en cambio la progenitora de éste, en una de las manifestaciones que hizo la fiscalía, afirmó que su hijo no encontraba en el sector cuando ocurrieron los mismos (min 34:28).
7. Se le restó importancia a la primera versión otorgada por la testigo xxxx, quien no solamente dio detalles en tiempo, modo y lugar como ocurrió el atentado, sino que además, la rindió a pocas horas del suceso y describió físicamente al procesado como uno de los agresores, recalcando que: ***“alias el feo he escuchado que se llama xxxx, el color de piel de él es oscura, afro descendiente, más o menos 1,60, 1,65 cms, de estatura. El 25 de abril cuando yo vi a alias el feo, que disparó (min. 11:12), él vestía buzo negro”***.
8. Esa afirmación sobre el buzo de color negro fue ratificada incluso por el entrevistado xxxx quien afirmó que uno de los agresores tenía una chaqueta de color negro y sobre esto tampoco reparó la representante del Ente investigador.
9. A esa circunstancia debe sumársele que en una de las declaraciones otorgadas por xxxx, hizo mención a su vecina de nombre xxxx, quien según lo narrado también estuvo en el lugar y momento de los hechos y sobre ella ninguna labor investigativa agotó la fiscalía.

Todo lo antes expuesto permite concluir que la información aportada por la fiscalía para respaldar la solicitud de preclusión es insuficiente y contradictoria, que por esa misma razón no conlleva a acreditar la causal reclamada, siendo necesario continuar con la investigación para establecer con certeza todos los elementos del delito.

B. Otras consideraciones.

Hacer un llamado de atención a la Fiscal 13 Seccional de Cali para que evite desgastar la administración de justicia con solicitudes ya resueltas, teniendo en cuenta el pronunciamiento que sobre el mismo asunto y pretensión ya hizo el Juzgado Veintidós

Penal del Circuito de Cali con Funciones de Conocimiento –folio 22-, cuando no existen nuevas evidencias o fundamentos capaces de modificar el primer pronunciamiento”

Rad. 76001-60-00-193-2015-14830 (07 07 2016) Acta 192. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

=====
=====

PRISIÓN DOMICILIARIA. Requisitos. Delitos excluidos para la aplicación del beneficiario.

Conducta punible: Acceso carnal violento. Hurto Calificado Agravado. Extorsión en grado de tentativa. Porte ilegal de armas de fuego.

“De cara a dicha normatividad valga la pena recordar que el señor xxxx en atención la acumulación jurídica de penas impuestas en las sentencias emitidas por el Juzgado 18 Penal del Circuito de Cali fechada 20 de enero de 2006, por el Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali fechada 19 de julio de 2005 (confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali con ponencia del suscrito Magistrado Ponente), por el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado de Cali fechada 2 de septiembre de 2004 (confirmada por la Sala de Decisión Penal del Tribunal Superior de Cali con ponencia del Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz) y por el juzgado 16 penal del Circuito de Cali fechada 8 de septiembre de 2004, se le fijó una pena principal de **trescientos setenta y ocho (378) meses y veinte (20) días de prisión** mediante auto interlocutorio No. 1648 de noviembre 6 de 2009 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Cali.

Ahora bien, de las sentencias acumuladas se tiene que 1) el Juzgado 18 Penal del Circuito lo condenó por el delito del Acceso Carnal Violento y Hurto Calificado Agravado; 2) El Juzgado 11 Penal del Circuito de Cali lo condenó por el delito de Acceso Carnal Violento y Hurto Calificado y Porte ilegal de Armas de Fuego y 3) el Juzgado 3 Penal del Circuito Especializado de Cali lo condenó por el delito de Acceso Carnal Violento, Hurto Calificado y Agravado y Extorsión en grado de Tentativa.

Así pues, si bien el señor xxxx ya cumplió la mitad de la condena impuesta, refulege claro que dos de los delitos por los cuales fue condenado –**Acceso Carnal Violento y Extorsión en Grao de Tentativa**- se encuentran dentro de los excluidos para aplicación del beneficio, ya que la norma mencionada hace estricta mención a que dicho sustituto estará excluido los delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales y extorsión.

Requisito legal que al no encontrarse satisfecho, hace imperioso que se resuelva negativamente la solicitud de aprobación del beneficio deprecado, como quiera que los presupuestos establecidos en el artículo 38G del código penal no son alternativos, por lo que debe verificarse el cumplimiento de cada uno de ellos.

Yerra entonces el recurrente al considerar que debe darse una interpretación diferente a la norma, pues el legislador fue explícito al excluir de la concesión de la prisión domiciliaria contenida en el artículo 38G del código penal, a quienes hayan incurrido en determinadas conductas punibles, no siendo permitido al funcionario judicial realizar consideraciones adicionales al respecto, pues se han fijado requisitos objetivos que no pueden ser pasados por alto por la Judicatura.

Así pues, sin que sean necesarias mayores consideraciones al respecto se comulga en su integridad con la decisión adoptada en primera instancia respecto a la negativa del sustituto de la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión contenido en el artículo 38 G del Código Penal.

En consecuencia no es otra la decisión de la Sala que CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 790 de mayo 18 de 2016 proferido por el Juzgado Quinto de Ejecución de Penas y Mediadas de Seguridad de Cali, en lo que fue objeto de recurso, por las razones esbozadas en ésta Corporación.”

Rad. 18-2004-00345-01 (06 09 2016) Acta 229. M.P: Dr. Orlando Echeverry Salazar.

PRUEBA TESTIMONIAL. Descubrimiento probatorio.

El verbo suministrar no puede entenderse necesariamente como entregar físicamente, o dar, o poner en las manos del otro todas las evidencias ni todos los elementos materiales probatorios. (Corte Suprema. Sala de Casación Penal. Rad. 78373 del 19 de marzo de 2015. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero. Rad. 25920 del 21 de febrero de 2007.)

Conducta punible: Rebelión y Falsedad material en documento público

“El recurrente muestra inconformidad con la decisión de primera instancia en que a pesar de que la fiscalía no enunció ni descubrió la prueba testimonial ni en el escrito de acusación, ni en la audiencia de formulación, el **A quo**, Accedió a su decreto.

En ese orden de ideas, el punto materia de apelación se concreta única y exclusivamente en establecer si opera el rechazo de los elementos materiales solicitados por la fiscalía, por el presunto incumplimiento del deber de revelación de información durante el procedimiento de descubrimiento –art. 346 del C. de P. P.-

Para la Sala, el reparo del recurrente no está llamado a prosperar por las siguientes razones:

1. Porque el mismo defensor afirmó en la audiencia preparatoria que la fiscalía le puso a su disposición todos los elementos materiales probatorios y la evidencia física con que contaba y él escogió lo que le servía “y ellos –para referirse a los servidores de la fiscalía- *muy amablemente me entregaron las copias. En ese aspecto no hay ningún problema*”.
2. Desde el escrito de acusación, la fiscalía puso en conocimiento de la defensa la existencia de los señores: **xxxx, xxxx, xxxx, xxxx y xxxxx**, quienes suscribieron informes, entrevistas y declaraciones, a las que tuvo acceso directo la defensa, tal y como él mismo lo reconoció.
3. Porque el descubrimiento probatorio se realiza suministrando a la otra parte, las evidencias con que se cuenta o garantizándole el acceso a las mismas como efectivamente hizo la fiscalía. Bastaba que ese sujeto procesal informara quién era la persona que había rendido o suscrito las declaraciones, entrevistas o informes relacionados en el escrito de acusación y adicionados en la audiencia misma.
4. Porque si la finalidad del descubrimiento es poner en conocimiento del otro, la existencia de esos elementos materiales probatorios y evidencia física para que pueda ejercer el derecho de contradicción, ello se cumplió a cabalidad, en la medida que el defensor conoció de ellos desde el escrito de acusación, se enteró del contenido de los informes y las declaraciones que ellos suscribieron, a tal punto que reconoció en la audiencia preparatoria que la fiscalía puso a su disposición todo el material con que contaba y él optó por escoger y obtener copia de los que le interesaban.”

La Sala confirmó la decisión adoptada por el Juzgado de conocimiento que no accedió al rechazo de los elementos materiales probatorios solicitados por la Fiscalía.

Rad. 76001-60-00-000-2015-00830 (11 07 2016) Acta 199. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

=====
=====

PRUEBA TESTIMONIAL. Inadmisión de testimonio.

Conducta punible: Receptación

“En efecto, la Sala advierte que el defensor no cumplió con ese deber de fundamentación clara y concreta para la solicitud probatoria respecto del testimonio de **xxxx**, de tal manera que convenciera al funcionario judicial sobre el aporte probatorio de lo que pretende demostrar en el juicio oral que no es otra cosa que la falta de materialidad del delito y/o la ausencia de responsabilidad del procesado.

En efecto, el art. 375 del C. de P.P. hace referencia a la **pertinencia de la prueba** exigiendo que, entre otros aspectos, el elemento material probatorio o la evidencia física se refiera directa o indirectamente a los hechos o circunstancias relativas al delito y a sus consecuencias. En otras palabras, el aporte que daría de manera directa sobre la conducta punible investigada, la responsabilidad de acusado y el conocimiento que ellos tienen de los hechos, de suerte que, además de argumentarse la relación que hay entre ese medio probatorio y el objeto mismo de la investigación, también debió argumentarse de qué manera resultaba apropiado para llevar al convencimiento del juez sobre lo sucedido.

El apelante tampoco logró persuadir sobre la **utilidad de esa prueba**, si en cuenta se tiene que el comportamiento ilícito endilgado por la fiscalía a su representado se concreta en haber transportado en un camión, un recipiente plástico que contenía 18 galones de combustible tipo ACPM de origen ilegal.

Es innecesario e inútil para los fines del proceso, el aporte que haría **xxxx** sobre las contingencias que ocurren en las vías para los conductores de los camiones de carga, entre ellos, la posibilidad de una varada y las formas como se resuelven, dado que, esa actividad de conducción por sí sola no tienen ninguna incidencia respecto del señalamiento que le hizo la fiscalía de habersele encontrado en su poder un combustible de origen ilegal.

Lo que alega el apelante en lo fundamental, no da la información necesaria para entender el aporte real y efectivo (**C.S.J. Sala de Casación Penal, rad. 43921, AP2197-2016 del 13 de abril de 2016, M.P. Luís Guillermo Salazar Otero**) de ese testimonio para demostrar la atipicidad del delito y la ausencia de responsabilidad penal de **xxxx** y en la eventualidad de tenerlo, ello no fue argumentado satisfactoriamente por el defensor, simplemente hizo unas manifestaciones tan generales e imprecisas que no se compadecen con la solicitud probatoria.”

La Sala confirmó la decisión adoptada por el juzgado de conocimiento por el cual inadmitió el testimonio de **XXXXX**.

Rad. 76001-60-00-193-2014-31408 (07 07 2016) Acta 193. M.P: Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

TUTELAS

DEBIDO PROCESO Restitución de bien inmueble arrendado Accionantes equivocaron el camino de acudir a la Acción de Tutela para debatir su pretensión

“Así entonces, es pertinente resaltar sobre este requisito general de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales, que tanto la Corte Constitucional en su ejercicio de su salvaguarda de la Constitución Política como la Corte Suprema de Justicia, han aceptado la posibilidad que las víctimas acudan al Juez de Control de Garantías para que se pronuncie sobre sus garantías constitucionales cuando la Fiscalía ordena el archivo de un proceso lo que no comparte, tornándose ésta en una opción procesal plenamente viable, que puede ejercerse por los interesados en los términos jurisprudenciales, a pesar que carece de una regulación específica en la Ley 906 de 2004.

De ese modo, resulta indubitable concluir que en relación con el archivo ordenado por la Fiscalía y dada la naturaleza de la decisión de archivo, esto es, que no comporta tránsito a cosa juzgada ni define por ende el proceso, puede válidamente el quejoso insistir ante el representante del ente facultado para la persecución penal, en la reanudación de la investigación penal y en caso que no se acepten sus argumentaciones, solicitar ante el Juez natural de control de garantías constitucionales, lo que es perfectamente factible a la luz de los precedentes jurisprudenciales, trámite que según las pruebas obrantes en el expediente el tutelante ya realizó.

La decisión de archivo de un acción penal, en consecuencia no es un desistimiento, ni una preclusión, ni un renuncia, interrupción o suspensión de la acción penal, ni corresponde a la aplicación del principio de oportunidad, como tampoco reviste propiamente el carácter de cosas juzgada, en la medida en que la figura prevé la posibilidad de reanudar la indagación en el evento de que surjan nuevos elementos probatorios que permitan caracterizar el hecho como delito, siempre y cuando no haya prescrito la acción.

En ese orden de ideas, el archivo de la diligencia previsto en el artículo 79 de la Ley 906 de 2004, es la aplicación directa del principio de legalidad que dispone que el fiscal deberá ejercer la acción penal e investigar aquellas conductas que revistan las características de un delito, lo cual es imposible de hacer frente a hechos que claramente no corresponden a los tipos penales vigentes o nunca sucedieron y de ese modo, lo que le compete a la Fiscalía para recurrir a esta figura es efectuar una constatación fáctica sobre presupuestos elementales para abordar cualquier investigación, lo que se entiende como el establecimiento de la posible existencia material de un hecho y su carácter aparentemente delictivo.

Ahora, la parte actora plantea una supuesta negligencia de la Fiscalía, frente a la falta de acuciosidad de su denuncia, esto respecto a la obtención del supuesto documento original denominado contrato de arrendamiento, que según sus propios dicho fue alterado, encontrándose que una vez el Actor solicita el desarchivo de la investigación, por al parecer tener como aportar nuevos elementos de prueba para que la fiscalía desarchivara la investigación, dicho ente Fiscal comprobó que el denunciante aportó una copia autenticada del contrato de arrendamiento, copia que no les permite realizar los cotejos respectivos y que ya era conocida dentro de la denuncia.

Es deber de la Fiscalía comunicar al denunciante de la decisión de archivo para que ejerza sus derechos respecto a esa determinación, esto es, tal y como la Fiscalía 73 Seccional se lo informó a las partes a través del Auto de Archivo fechado 28 de noviembre de 2014,

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

mismo en que les indicó el derecho que les asistía respecto a solicitar la reanudación de la indagación, a lo que efectivamente acudió el gestante de la acción constitucional, pues se sabe que presentó la solicitud de desarchivo, con tal mala suerte, que los supuestos elementos de pruebas presentados eran iguales a los obrantes en el expediente, es decir, copia autenticada del contrato de arrendamiento y no su original.

Por las argumentaciones expuestas, resulta ineludible concluir que en desarrollo de los procesos aquí analizados, no se incurrió en actuaciones que afectaran los derechos fundamentales al actor y sus representados; lo que refuerza la improcedencia del amparo de tal derecho, como así se dejará consignado en la parte resolutive de este proveído.

Por lo tanto, en lo que respecta a la vulneración de los derechos invocados por el señor xxxx en su propio nombre y en calidad de Agente Oficioso de la señora xxxx y del menor xxxx, y la señora xxxx se negará la protección Constitucional, toda vez que los Accionantes equivocaron el camino al acudir a la Acción de Tutela para debatir su pretensión. Aunado a lo anterior, y frente a la pretensión que se proteja su derecho fundamental a la igualdad, en el expediente no se aportaron pruebas de las cuales se pudiese deducir, aplicando un test de razonabilidad y proporcionalidad, que frente a personas en igual o similares situaciones a la de ellos se les estuviese dando un trámite discriminatorio.

Por las breves razones expuestas, la Magistratura no tutelara el amparo de los diversos derechos fundamentales invocados por los actores, pues en el plenario no existen elementos de juicio que permitan deducir de qué forma esa garantía constitucional se vio amenazada o afectada.”

Rad. 76001-22-04-000-2016-00502-00 (07 09 2016) Acta 244. M.P: Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz.

VIDA DIGNA. SALUD. Derecho a la salud de personas privadas de la libertad. Beneficio de prisión domiciliaria por enfermedad grave.

“La Carta Política establece que la salud es un derecho público a cargo del Estado, quien tiene el deber de garantizar a todas las personas, el acceso a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud.

En consecuencia, es necesario establecer que el derecho a la salud con su consagración constitucional y desarrollo jurisprudencial debe ser garantizado a todas las personas sin ninguna distinción. Ahora, en relación con las personas privadas de la libertad, pese a relación de sujeción, el derecho a la salud no sea restringido, ni limitado, por el contrario es obligación del Estado garantizar su prestación. Con respecto a las personas privadas de la libertad y la protección de su salud, la Corte Constitucional en Sentencia T-190 de 2010, manifestó qué:

“El derecho a la salud de las personas reclusas en Establecimientos Carcelarios y Penitenciarios posee la misma connotación de fundamental y genera la misma obligación Estatal de satisfacción, no sólo porque se trata de un derecho estrechamente vinculado con el derecho a la vida y a la dignidad humana, sino también por la relación especial de sujeción del recluso frente al Estado y la ausencia de justificación para su limitación dentro del marco general del derecho punitivo.

Referente a la responsabilidad de garantizar el derecho a la salud de los internos, la jurisprudencia constitucional ha dicho, que le corresponde al sistema carcelario en representación del Estado velar por una atención médica digna y una prestación integral del servicio, que no lleve a dilaciones en su prestación que hagan más precaria su situación de reclusión.”

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

En el caso de estudio las pretensiones por las que se ha acudido al Juez de Tutela son dos, la primera que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario -INPEC- remita al interno de manera oportuna y en las fechas que lo requiera al especialista en oncología para que le garantice la continuación de su tratamiento de cáncer de estómago. De otro lado, la pretensión se orienta a que se ordene al Juez que vigila la pena resuelva la solicitud de prisión domiciliaria por enfermedad grave.

En relación con el primer punto, es de señalar, que corresponde al sistema carcelario velar por la atención medica integral del servicio de salud de las personas que se encuentran reclusas en los centros carcelarios del país, en ese orden, si bien es cierto que la entidad prestadora del servicio de salud es el CONSORCIO FONDO DE ATENCIÓN EN SALUD PPL (integrado por la Fiduprevisora S.A y Fiduagraria S.A), corresponde a las Directivas del centro carcelario, garantizar que este servicio se cumpla de manera inmediata y adecuada, acorde con las necesidades de los internos.

Bajo tal presupuesto sin duda alguna, corresponde al INPEC el traslado inmediato de aquellos, a los centros de salud y a las citas médicas que encuentren programas, así como el servicio de urgencias; siendo precisamente éste uno de los hechos que han sustentado la demanda de tutela, bajo la afirmación por parte del accionante, que no se está cumpliendo con esta obligación.

Es de indicar que dentro de la foliatura se cuenta con la Historia Clínica del accionante quien en la actualidad padece de **“TUMOR MALIGNO DEL ESTOMAGO” e igualmente de “CAMBIOS POSTQUIRURGICOS DE GASTRECTOMIA TOTAL CON RECONSTRUCCIÓN EN “Y” DE ROUX”** específicamente la galena tratante que está en presencia de un paciente que *“recibió quimioterapia y radioterapia de forma incompleta con resultados de EVDA la cual no evidencia lesión tumoral y sólo muestra el antecedente de gastrectomía y con resultados de TAC de abdomen de 5 julio de 2011: hallazgos compatibles con cambios post quirúrgicos de gastrectomía total y probable anastomosis esófago yeyunal... se encuentra en alto riesgo de recidiva y requiere de forma prioritaria la culminación de las sesiones de quimioterapia y radioterapia...”* razón por la cual el 6 de julio de 2016 ordenó de manera **PRIORITARIA** citas con el especialista en oncología y cirujano en oncología.

Anterior valoración que coincide en todas sus partes con el dictamen emitido por el Instituto de Medicina Legal el 10 de junio de 2015 en donde se plasmó que el señor xxxx tiene *“antecedentes de cáncer gástrico que requiere manejo quirúrgico, gastrectomía total en marzo del 2014 seguido de quimioterapia y radioterapia que después de su ingreso a institución carcelaria viene presentando historia de dispepsia... el detenido requiere control médico por ONCOLOGÍA, que puede realizarse de manera ambulatoria, con la periodicidad que determine el médico tratante, además deberá cumplirse con la DIETA indicada por la NUTRICIONISTA, como también será valorada por el médico de sanidad carcelaria para el manejo de su patología de piel. Debe solicitarse una nueva evaluación médica legal una vez sea valorado por ONCOLOGÍA o en cualquier momento si se produce algún cambio en su condición de salud”*.

No obstante las anteriores recomendaciones la Dirección del Complejo Carcelario de Villahermosa de Cali, sólo hasta el 23 de agosto de 2016 remitió al interno a un estudio con medicina general del Centro E.S.E quien nuevamente advirtió el estado de salud del ciudadano, ordenando reiteradamente la **valoración por oncología**, sugiriendo que *“en la institución no contamos con insumos y material para la permanencia del interno”*.

Sólo para el mes de agosto de 2016, la Dirección del Complejo Carcelario realizó las gestiones con el fin de lograr la autorización de la cita con el especialista en de oncología ante el Consorcio de Fondo de Atención en salud PPL, misma que se emitió el 25 agosto de 2016, pero hasta la fecha no se ha programado una fecha.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 7
2016

Así las cosas, está claro la afectación a los derechos del señor **xxxx** toda vez que en el INPEC no sólo dilató por más de un año la autorización de una cita con el especialista en oncología, sino que hasta el momento no ha gestionado la asignación de una fecha para materializar la misma, a pesar de conocer el carácter prioritario que los galenos han exhibido en múltiples ocasiones.

Por lo expuesto es ineludible que la Directiva del Centro carcelario trámite en un término de cuarenta y ocho (48) horas la asignación de una cita con el especialista en oncología, la cual no deberá superar los ocho (8) días hábiles, y una vez se tenga el concepto y las recomendaciones de dicho galeno, el INPEC remitirá inmediatamente al Juzgado para que éste en un término de 48 hora remita el accionante al Instituto de Medicina Legal para una nueva evaluación sobre su estado de salud.

Es por ello, que se ordenara al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses que una vez el Juzgado de Ejecución de Penas solicite la programación de una fecha para el examen médico legal, ésta se determine en un plazo no superior a cinco (5) días hábiles, por cuanto se está en presencia de un paciente que padece una enfermedad catastrófica quien no logró culminar sus sesiones de quimioterapia y radioterapia.

Ahora, en relación con segunda pretensión del accionante, esto es, la decisión por parte del Juez de Ejecución de Penas, del beneficio de prisión domiciliaria por enfermedad grave; según respuesta de la funcionaria, ésta solicitud ya fue negada mediante auto No. 989 del 8 de julio de 2015 teniendo en cuenta el dictamen médico legal en el cual se especificó que el interno no padecía de una enfermedad grave. Situación que se mantiene hasta esta oportunidad, pese a que los diferentes médicos que han atendido al accionante han conceptuado la necesidad de nueva evaluación médica, entre ellos, el forense del Instituto Nacional de Medicina Legal. Máxime cuando se trata de una enfermedad progresiva de alto riesgo. Empeorando la situación cuando las autoridades encargadas de la vigilancia del penitenciario no han mostrado la diligencia que los profesionales de la salud han indicado de manera reiterada. Lo cual constituye una afectación de los derechos fundamentales reclamados en esta oportunidad.

No obstante y dadas las nuevas circunstancias que rodean al accionante, debido a la presente acción de tutela se instará a la Juez ejecutora para que rendido el dictamen por parte de medicina legal, resuelva la solicitud de prisión domiciliaria invocada por el interno.”

Rad. 2016-00808-00 (16 09 2016) Acta 114. M.P: Dr. Carlos Antonio Barreto Pérez.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
REL A T O R I A**

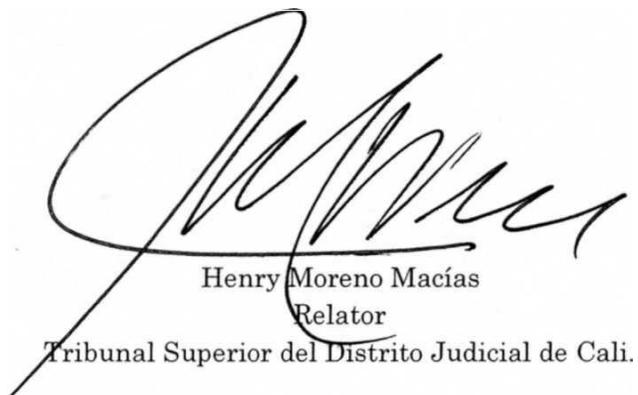
BOLETIN 7
2016



Palacio Nacional. Sede del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.

Ubicado en la Plaza de Caycedo. Calle 12 No. 4-33

Boletín elaborado por Henry Moreno Macías, Relator del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.-



Henry Moreno Macías
Relator
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali.