

CONTENIDO

I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

II. JURISPRUDENCIA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Y CORTE CONSTITUCIONAL

III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA	9
1. PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO	9
- NUEVOS:	9
INEMBARGABILIDAD DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE PARTICIPACIONES.	9
JUICIOS ESPECIALES.	10
CIRCUNSCRIPCIONES ELECTORALES.	10
CIRCUNSCRIPCIÓN INTERNACIONAL.	10
REFORMA DE LOS ARTÍCULOS 267, 272, 276, 281, 135, 173, 178, 300 Y 313 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA.	10
REELECCIÓN PRESIDENCIAL.	10
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.	11
- TRÁMITE:	11
REPRESENTACIÓN POLÍTICA DE LAS MUJERES.	11
DERECHO AL AGUA.	11
RÉGIMEN DE TRANSICIÓN PARA LOS PROVISIONALES.	11

CIRCUNSCRIPCIONES DEPARTAMENTALES.	12
2. PROYECTOS DE LEY	12
- NUEVOS:	12
PROTECCIÓN DE LA SALUD MENTAL.	12
DEUDOR HIPOTECARIO DE VIVIENDA PRINCIPAL.	12
REAJUSTE DE LA MESADA PENSIONAL.	12
PAGOS MODERADORES DE LOS PENSIONADOS.	13
RADICACIÓN DE DOCUMENTOS PARA ACCEDER AL RECONOCIMIENTO Y PAGO DE LA PENSIÓN DE VEJEZ.	13
SUSTITUCIÓN PENSIONAL EN VIDA.	13
PAGO DE COTIZACIÓN PARA SALUD.	13
INCAPACIDAD DEL ARTÍCULO 227 DE CÓDIGO SUSTANTIVO DEL TRABAJO.	13
IMPUESTO ANUAL SOBRE VEHÍCULOS AUTOMOTORES.	13
FONDO DE AHORRO DE REGALÍAS.	14
PROTECCIÓN A LOS MENORES DE EDAD EN HORAS NOCTURNAS.	14
PUBLICIDAD INSTITUCIONAL.	14
SANCIÓN PECUNIARIA DE MULTA PARA LOS DELITOS DE INJURIA Y CALUMNIA.	14
MODIFICACIONES AL CÓDIGO PENAL EN FAVOR DE LOS ADULTOS MAYORES.	14

MALTRATO EN PERSONA MAYOR.	15
LEY DE SALARIO MÍNIMO.	15
ARCHIVO DE LAS DILIGENCIAS EN LA LEY 906 DE 2004.	15
INTERESES DE LAS CESANTÍAS DE LOS DOCENTES OFICIALES.	15
HONORARIOS AL LIQUIDADOR DE ENTIDADES PÚBLICAS.	15
REFERENDO CONSTITUCIONAL PARA LA REELECCIÓN PRESIDENCIAL.	15
COMISIONES ACCIDENTALES DE CONCILIACIÓN.	16
REPORTES SOBRE TRANSACCIONES EN EFECTIVO.	16
ACUERDOS DE RESTRUCTURACIÓN DE PASIVOS ADELANTADOS POR LAS ENTIDADES TERRITORIALES.	16
PROGRAMA NACIONAL DE FORMACIÓN PERMANENTE DE DOCENTES.	16
PROGRAMA DE ESCUELAS DE EDUCACIÓN EN DEMOCRACIA Y FORMACIÓN POLÍTICA EN COLOMBIA.	16
CIRCUNSCRIPCIÓN TERRITORIAL EN LA INSCRIPCIÓN DE LOS NACIMIENTOS.	17
PROPIEDAD PRIVADA EN COLOMBIA.	17
POLIGRAFÍA COMO MEDIO DE PRUEBA EN LOS PROCESOS PENALES.	17
BENEFICIOS INCLUIDOS DENTRO DE LOS PLANES DE LOS AFILIADOS AL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO, SUBSIDIADO O VINCULADOS.	17
VACUNACIÓN GRATUITA Y OBLIGATORIA.	17
CARDIODESFIBRILADORES EXTERNOS AUTOMÁTICOS.	18

VIGILANCIA Y SEGURIDAD PRIVADA.	18
PORTE ILEGAL DE ARMAS BLANCAS.	18
CUIDADOR FAMILIAR.	18
SITUACIONES DE DESASTRE DEPARTAMENTAL CAUSADAS POR LAS OLAS INVERNALES.	18
CONCURSO DE MÉRITOS EN EL ESTATUTO DE NOTARIADO.	18
JUSTICIA RESTAURATIVA.	18
LICENCIA DE MATERNIDAD.	19
DEPARTAMENTOS DE FRONTERA.	19
REVISIÓN DE LAS PENSIONES.	19
- TRÁMITE:	19
CARRERA ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE LA REGISTRADURÍA NACIONAL DEL ESTADO CIVIL.	19
II. JURISPRUDENCIA	20
1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA	20
1.1. SALA DE CASACIÓN CIVIL	20
CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS. DEMOSTRACIÓN DEL SINIESTRO DE HURTO CON LA DENUNCIA PENAL. ANATOCISMO. LOS INTERESES MORATORIOS NO PUEDEN GENERAR NUEVOS INTERESES. INTERESES PENDIENTES. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL.	20
MOTIVACION DE LA SENTENCIA. PROCEDENCIA DE SU ESTUDIO EN EL RECURSO DE REVISIÓN COMO CAUSAL DE NULIDAD ORIGINADA EN LA PROVIDENCIA.	21

1.2. SALA DE CASACIÓN LABORAL

23

COMPETENCIA. AGENTES DIPLOMATICOS. COMPETENCIA PARA CONOCER DE LOS CONFLICTOS LABORALES SUSCITADOS ENTRE HABITANTES NACIONALES AL SERVICIO DE AGENTES DIPLOMÁTICOS ACREDITADOS ANTE EL GOBIERNO NACIONAL. LOS CONFLICTOS LABORALES SE RIGEN POR LAS LEYES NACIONALES SI NO SE ACREDITA EL SOMETIMIENTO A LAS LEYES EXTRANJERAS. DESPIDO. INDEMNIZACION. POR DESPIDO INJUSTO. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. AL TRABAJADOR CORRESPONDE PROBAR LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y AL EMPLEADOR ACREDITAR LA JUSTA CAUSA DE DESPIDO. PENSION SANCION. REQUISITOS EN VIGENCIA DEL ARTÍCULO 133 DE LA LEY 100 DE 1993. AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. EFECTOS DE LA AFILIACIÓN TARDÍA AL SISTEMA GENERAL DE PENSIONES. CANCELACIÓN DE CÁLCULO ACTUARIAL. INDEMNIZACION MORATORIA. IMPROCEDENCIA CUANDO EL EMPLEADOR NO ADEUDA VALOR ALGUNO POR CONCEPTO DE SALARIO O PRESTACIONES SOCIALES.

23

CAMBIO DE REGIMEN PENSIONAL. ENGAÑO POR LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES. REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. NATURALEZA Y OBLIGACIONES DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES. RESPONSABILIDADES Y DEBERES DE LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES. LAS ADMINISTRADORAS DE PENSIONES DEBEN SUMINISTRAR A SUS INTERESADOS INFORMACIÓN COMPLETA Y COMPENSIBLE DANDO A CONOCER SUS BENEFICIOS E INCONVENIENTES. REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. CAMBIO DE RÉGIMEN AL DE AHORRO INDIVIDUAL CUANDO SE YA SE TIENE ESTRUCTURADO UN DERECHO PENSIONAL. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. CORRESPONDE A LA ADMINISTRADORA DE PENSIONES DEMOSTRAR LA DILIGENCIA DEBIDA. NULIDADES. EFECTOS DE LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN AL RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL. EN LA NULIDAD DE LA AFILIACIÓN NO HAY LUGAR A RESTITUIR MESADAS. AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. NULIDAD. PRUEBAS. DOCUMENTO AUTÉNTICO. VALORACIÓN DE MEDIO DOCUMENTAL.

27

1.3. SALA DE CASACIÓN PENAL

35

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. PRUEBA PERICIAL: DIFERENCIA CON EL INFORME PERICIAL. PRUEBA PERICIAL: INCORPORACIÓN EN LA ETAPA DE JUICIO. PRUEBA PERICIAL: IMPOSIBILIDAD DE QUE EL PERITO ASISTA A LA AUDIENCIA DE JUICIO; EXCEPCIONALMENTE PUEDE ACUDIR OTRO O

ELABORARSE UN NUEVO INFORME. INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL: FUNCIONES. PRUEBA DOCUMENTAL: NO LA CONSTITUYEN LOS RECONOCIMIENTOS MÉDICOS DEL INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL. INFORME PERICIAL: NO CONSTITUYE PRUEBA DOCUMENTAL. PRUEBAS: ETAPA DE PRODUCCIÓN Y ADUCCIÓN DE LOS MEDIOS DE PRUEBA. PRUEBAS: ETAPA DE VALORACIÓN. PRUEBAS: REGLAS DE PRODUCCIÓN. PRUEBAS: APRECIACIÓN DE LAS LEGALMENTE APORTADAS. SENTENCIA: CUANDO CONSTITUYEN UNIDAD INESCINDIBLE LA DE PRIMERA Y LA DE SEGUNDA INSTANCIA. TIPICIDAD: NECESIDAD DE DEMOSTRARLA CUANDO SE REVOCA LA SENTENCIA ABSOLUTORIA DE PRIMERA INSTANCIA. PRUEBA. PRINCIPIO DE PERMANENCIA: LEY 600 DE 2000. SISTEMA PENAL ACUSATORIO. PRINCIPIO DE CONTRADICCIÓN: EL PERITO DEBE CONCURRIR A LA AUDIENCIA. PRINCIPIO DE INMEDIACIÓN: EL PERITO DEBE CONCURRIR A LA AUDIENCIA. LESIONES PERSONALES. IMPORTANCIA DEL DICTAMEN. SISTEMA PENAL ACUSATORIO. FISCALÍA: CARGA DE LA PRUEBA. CARGA DE LA PRUEBA: NO LA PUEDE REEMPLAZAR EL JUEZ. PRUEBA PERICIAL: DIFERENCIA ENTRE TESTIGO PERITO Y TESTIGO TÉCNICO. VIOLACIÓN INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL: FALSO JUICIO DE EXISTENCIA POR SUPOSICIÓN OCURRE CUANDO NO SE INTRODUCE EN EL JUICIO EL DICTAMEN PERICIAL. 35

INDICIO. PARA CONDENAR NO SE REQUIERE ÚNICAMENTE DE INDICIOS NECESARIOS. SE CLASIFICAN EN NECESARIOS Y CONTINGENTES. LOS CONTINGENTES SE CLASIFICAN EN GRAVES O LEVES. NO EXISTE TARIFA PARA ESTABLECER SU CREDIBILIDAD. IMPORTANCIA DE QUE SEAN CONVERGENTES Y CONCORDANTES. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. NOCIÓN. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. NON BIS IN ÍDEM: TÉCNICA EN CASACIÓN. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. COSA JUZGADA: TÉCNICA EN CASACIÓN. CONCIERTO PARA DELINQUIR. NO SE PUEDE CONFUNDIR CON LA COAUTORÍA. SENTENCIA. MOTIVACIÓN: BASTA QUE CUMPLA CON LOS FINES DE LA DECISIÓN. APELACION. COMPETENCIA LIMITADA DEL SUPERIOR: ALCANCE. VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. FALSO JUICIO DE EXISTENCIA: TÉCNICA EN CASACIÓN. FALSO JUICIO DE IDENTIDAD. FALSO RACIOCINIO: TÉCNICA EN CASACIÓN. 51

2. CORTE CONSTITUCIONAL 60

-SENTENCIAS DE CONSTITUCIONALIDAD: 60

ARTÍCULO 519 DEL CÓDIGO CIVIL. 60

FINALIDAD ECONÓMICA Y PROFESIONAL DE HUELGA.	62
REQUISITO PARA EL TRASLADO DE RÉGIMEN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 114 DE LA LEY 100 DE 1993.	64
INCISO SEGUNDO DEL PARÁGRAFO DEL ARTÍCULO 2º DE LA LEY 721 DE 2001.	65
PARÁGRAFO 3º DEL ARTÍCULO 12 DE LA LEY 1150 DE 2007.	67
PROCEDIMIENTO PARA LOS TITULARES DE DERECHOS DE AUTOR DE OBRAS LITERARIAS, CIENTÍFICAS Y ARTÍSTICAS.	69
PARTICIPACIÓN DE LOS GRUPOS ÉTNICOS EN EL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN COLOMBIA.	70
ARTÍCULOS 54, 56, 60, 62, 65, 66 Y 67 DE LA LEY 938 DE 2004 “POR LA CUAL SE EXPIDE EL ESTATUTO ORGÁNICO DE LA FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN”.	73
LEY 1153 DE 2007 “POR MEDIO DE LA CUAL SE ESTABLECE EL TRATAMIENTO DE LAS PEQUEÑAS CAUSAS EN MATERIA PENAL”.	74
CONCILIACIÓN ANTE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE SALUD.	75
PARIENTES DENTRO DEL CUARTO GRADO DE CONSANGUINIDAD Y SEGUNDO DE AFINIDAD DE LOS DIPUTADOS Y DE LOS CONCEJALES MUNICIPALES Y DISTRITALES.	77
III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA	79
DECRETOS DE LA PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA:	79
DECRETO 3264 DE 2008.	79
DECRETO 3273 DE 2008.	79
DECRETO 3306 DE 2008.	79

DECRETO 3336 DE 2008.	79
DECRETO 3330 DE 2008.	79
DECRETO 3320 DE 2008.	79
DECRETO 3411 DE 2008.	80
DECRETO 3450 DE 2008.	80
DECRETO 3433 DE 2008.	80
DECRETO 3460 DE 2008.	80
DECRETO 3550 DE 2008.	80
DECRETO 3553 DE 2008.	80
DECRETO 3556 DE 2008.	80
DECRETO 3557 DE 2008.	81
DECRETO 3770 DE 2008.	81
DECRETO 3734 DE 2008.	81
DECRETO 3760 DE 2008.	81
DECRETO 3740 DE 2008.	81
DECRETO 3818 DE 2008.	81
DECRETO 3820 DE 2008.	81



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

COMPILACIÓN LEGISLATIVA Y JURISPRUDENCIAL

INFORMATIVO DE VICEPRESIDENCIA No. 170

SEPTIEMBRE DE 2008

I. CONGRESO DE LA REPÚBLICA

La información sobre los Proyectos de Acto Legislativo y los Proyectos de Ley es extractada de las Gacetas del Congreso de la República suministradas por la Unidad de Gacetas del Congreso en el mes de septiembre de 2008.

1. PROYECTOS DE ACTO LEGISLATIVO

- Nuevos:

Inembargabilidad de los recursos del Sistema General de Participaciones.

Proyecto de Acto Legislativo número 116 de 2008. Señala que los recursos del Sistema General de Participaciones de los

departamentos, distritos, y municipios son inembargables. Gaceta 567 de 2008.

Juicios especiales.

Proyecto de Acto Legislativo número 09 de 2008 Senado. Reforma los juicios especiales, para lo cual modifica algunos artículos de la Constitución Política. Gaceta 600 de 2008.

Circunscripciones electorales.

Proyecto de Acto Legislativo número 128 de 2008 Cámara. Establece que en aquellas circunscripciones electorales donde únicamente se eligen dos o tres miembros de Corporaciones Públicas, podrán inscribirse hasta cuatro candidatos por cada lista electoral. En las circunscripciones en las que se eligen dos miembros se aplicará el sistema de cociente electoral entre las listas que superen en votos el 30% de dicho cociente. Gaceta 607 de 2008.

Circunscripción internacional.

Proyecto de Acto Legislativo número 128 de 2008 Cámara. Modifica el artículo 176 de la Constitución Política, para fortalecer la representación en el Congreso de la República de los colombianos residentes en el exterior. Gaceta 607 de 2008.

Reforma de los artículos 267, 272, 276, 281, 135, 173, 178, 300 y 313 de la Constitución Política.

Proyecto de Acto Legislativo número 140 de 2008 Cámara. Establece que el Contralor General de la República, el Procurador General de la Nación, el Defensor del Pueblo, los Contralores Departamentales, los Contralores Municipales y Distritales y los Personeros continúen siendo elegidos por las corporaciones que hoy tienen esa competencia, pero a través de un procedimiento de integración de temas que comience con la realización de un concurso público de méritos en el cual serán llamados a participar todos los ciudadanos. Gaceta 644 de 2008.

Reelección Presidencial.

Proyecto de Acto Legislativo número 148 de 2008 Cámara. Señala que quien haya sido presidente de la República podrá ser elegido de manera inmediata por una sola vez; trascurrido otro

período constitucional como mínimo, podrá el ex presidente postularse nuevamente para este cargo. Gaceta 644 de 2008.

Administración de justicia.

Proyecto de Acto Legislativo número 10 de 2008 Senado. Iniciativa del Gobierno que propone reformas, relativas a la estructura, organización y funcionamiento de la administración de justicia. Gaceta 654 de 2008.

- Trámite:

Representación política de las mujeres.

Se presentaron: ponencia para primer debate y pliego de modificaciones al Proyecto de Acto Legislativo número 03 de 2008 Senado. Tiene por objeto lograr que la mujer obtenga una real y efectiva garantía de sus derechos de igualdad de oportunidades en materia política. Gaceta 574 de 2008.

Derecho al agua.

Se rindió informe y ponencia para primer debate al Proyecto de Acto Legislativo número 54 de 2008 Cámara. Constitucionaliza el derecho al agua, consagrándolo como un derecho fundamental y garantizando un suministro mínimo vital gratuito. Gacetas 582 y 624 de 2008.

Régimen de transición para los provisionales.

Se presentaron: informe de ponencia para segundo debate (segunda vuelta) y texto aprobado en la Comisión Primera al Proyecto de Acto Legislativo número 259 de 2008 Cámara, 23 de 2008 Senado. Consagra un régimen de transición que respete el derecho de los servidores públicos que desde hace 5, 10 ó 15 o más años, han venido desempeñando un cargo de carrera así no hubieran concursado, permitiendo la inscripción extraordinaria para quienes actualmente tengan vinculación laboral, lo que implica que hacia el futuro todos los cargos necesariamente tienen que llenarse mediante el correspondiente proceso de concurso público. Gaceta 582 de 2008.

Circunscripciones Departamentales.

Se presentaron: informe de ponencia para primer debate -primera vuelta- en la Cámara de Representantes y texto al Proyecto de Acto Legislativo número 008 de 2008 Cámara. Crea las Circunscripciones Departamentales que garanticen la efectiva representación en el Senado de la República, de todos los Departamentos del país asociados de conformidad con su identidad territorial. Gaceta 650 de 2008.

2. PROYECTOS DE LEY

- Nuevos:

Protección de la salud mental.

Proyecto de Ley número 133 de 2008 Senado. Dota a la sociedad y al Estado de las herramientas necesarias para garantizar una efectiva protección integral de la Salud Mental en el territorio colombiano. Gaceta 566 de 2008.

Deudor hipotecario de vivienda principal.

Proyecto de Ley número 134 de 2008 Senado. Protege los derechos de los prestatarios de créditos hipotecarios individuales otorgados por el Estado o por la banca privada destinados a la adquisición, ampliación, remodelación o construcción de la vivienda principal. Gaceta 566 de 2008.

Reajuste de la mesada pensional.

Proyecto de Ley número 135 de 2008 Senado. Pretende que para efectos del reajuste de la mesada pensional que debe realizarse anualmente, no se tenga en cuenta un solo criterio que permita definir el monto en que se elevará o disminuirá la respectiva mesada; sino que, por el contrario, se aplique para beneficio del pensionado, aquella variable macroeconómica que le sea más favorable en el momento en que se haga el reajuste. Gaceta 571 de 2008.

Pagos moderadores de los pensionados.

Proyecto de Ley número 136 de 2008 Senado. Establece que los pensionados por invalidez, vejez, o sobrevivientes y sus beneficiarios, estarán exentos del pago de cuotas moderadoras, pagos compartidos y deducibles para acceder a la prestación de servicios de salud del Sistema General de Seguridad Social y de los Regímenes Especiales. Gaceta 571 de 2008.

Radicación de documentos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

Proyecto de Ley número 137 de 2008 Senado. Crea la anticipación de la radicación de documentos para acceder al reconocimiento y pago de la pensión de vejez y sueldo de retiro. Gaceta 571 de 2008.

Sustitución pensional en vida.

Proyecto de Ley número 138 de 2008 Senado. Establece la sustitución pensional en vida, en beneficio de los pensionados y sus beneficiarios, dando aplicación a los principios de Igualdad, Seguridad Social y Progresividad del Derecho Social. Gaceta 571 de 2008.

Pago de cotización para salud.

Proyecto de Ley número 139 de 2008 Senado. Instituye que los pensionados y jubilados por invalidez, y sus beneficiarios en el Sistema de Seguridad Social Integral, y de los regímenes especiales, incluyendo las entidades territoriales, estarán exonerados del pago del 0.5% de cotización para salud. Gaceta 571 de 2008.

Incapacidad del artículo 227 de Código Sustantivo del Trabajo.

Proyecto de Ley número 140 de 2008 Senado. Establece que cuando quien sufra la incapacidad a que se refiere este artículo, sea una madre cabeza de familia, tendrá derecho al pago íntegro de su salario durante el tiempo requerido para la recuperación de su salud. Gaceta 571 de 2008.

Impuesto anual sobre vehículos automotores.

Proyecto de Ley número 141 de 2008 Senado. Disminuye el

impuesto anual sobre vehículos automotores, en virtud de la restricción de tránsito vehicular por el denominado “pico y placa”. Gaceta 571 de 2008.

Fondo de Ahorro de Regalías.

Proyecto de Ley número 144 de 2008 Senado. Crea y reglamenta el funcionamiento del Fondo de Ahorro de Regalías, como un sistema de manejo de cuentas en el exterior, sin personería jurídica. Gaceta 574 de 2008.

Protección a los menores de edad en horas nocturnas.

Proyecto de Ley número 145 de 2008 Senado. Establece medidas para garantizar la seguridad de los menores de edad en el territorio nacional, especialmente en horas nocturnas. Gaceta 574 de 2008.

Publicidad institucional.

Proyecto de Ley número 117 de 2008 Cámara. Regula la publicidad institucional en las entidades y organismos de Derecho Público del orden nacional, departamental, distrital y municipal y los entes descentralizados de estos mismos niveles; las entidades territoriales; y las entidades y organismos estatales sujetos a régimen especial. Gaceta 583 de 2008.

Sanción pecuniaria de multa para los delitos de injuria y calumnia.

Proyecto de Ley número 118 de 2008 Cámara. Deroga las sanciones penales consistentes en pena privativa de la libertad para los delitos de injuria y calumnia, estableciendo como pena principal para estos delitos la sanción pecuniaria de multa. Gaceta 583 de 2008.

Modificaciones al Código Penal en favor de los adultos mayores.

Proyecto de Ley número 119 de 2008 Cámara. Propone modificaciones al Código Penal en favor de los adultos mayores, incluyéndolos en la protección que se encuentra señalada para los menores de edad, en aquellos delitos en los que las personas de más de 60 años, con mucha frecuencia suelen ser las víctimas. Gaceta 583 de 2008.

Maltrato en persona mayor.

Proyecto de Ley número 120 de 2008 Cámara. Señala de manera expresa las conductas constitutivas de maltrato en persona mayor, con el fin de garantizar la protección, restablecimiento, defensa y garantía de los derechos de este sector de la población en Colombia. Gaceta 583 de 2008.

Ley de Salario Mínimo.

Proyecto de Ley número 122 de 2008 Cámara. Establece los parámetros que deberá tener en cuenta la Comisión Permanente de Concertación de Políticas Salariales y Laborales para su fijación. Gaceta 584 de 2008.

Archivo de las diligencias en la Ley 906 de 2004.

Proyecto de Ley número 124 de 2008 Cámara. Señala que cuando la Fiscalía tenga conocimiento de un hecho respecto del cual constate que no existen motivos o circunstancias fácticas que permitan su caracterización como delito, o indiquen su posible existencia como tal, dispondrá el archivo de la actuación. Dicha decisión estará sometida al control de legalidad por parte del juez que ejerza las funciones de control de garantías y se surtirá en audiencia preliminar. Gaceta 584 de 2008.

Intereses de las cesantías de los docentes oficiales.

Se presentaron dos iniciativas: Proyecto de Ley número 126 de 2008 Cámara y Proyecto de Ley número 131 de 2008 Cámara. Establecen un procedimiento para la liquidación de los intereses anuales de las cesantías de los docentes oficiales. Gaceta 608 de 2008.

Honorarios al liquidador de Entidades Públicas.

Proyecto de Ley número 127 de 2008 Cámara. Dicta disposiciones frente al pago de honorarios al liquidador de Entidades Públicas de la Rama Ejecutiva Nacional y Entidades Públicas del orden territorial y modifica la Ley 1105 de 2006. Gaceta 608 de 2008.

Referendo Constitucional para la Reelección Presidencial.

Proyecto de Ley número 138 de 2008 Cámara. Tiene como objeto convocar a un Referendo Constitucional para la Reelección

Presidencial, para que quien haya ejercido la Presidencia de la República por dos períodos constitucionales, pueda ser elegido para otro período. Gaceta 623 de 2008.

Comisiones Accidentales de Conciliación.

Proyecto de Ley número 135 de 2008 Cámara. Aclara la forma como se debe adelantar la parte del proceso legislativo correspondiente a las Comisiones Accidentales de Conciliación, para evitar futuras declaratorias de inexecutable de leyes aprobadas, por desconocimiento de las reglas procedimentales que al respecto ha fijado la Corte Constitucional. Gaceta 630 de 2008.

Reportes sobre transacciones en efectivo.

Proyecto de Ley número 154 de 2008 Senado. Eleva a categoría de delito la omisión deliberada de efectuar los reportes sobre transacciones en efectivo, o para la movilización o almacenamiento de dinero en efectivo a la Unidad de Información y Análisis Financiero. Gaceta 639 de 2008.

Acuerdos de restructuración de pasivos adelantados por las entidades territoriales.

Proyecto de Ley número 155 de 2008 Senado. Dicta disposiciones en relación con los acuerdos de restructuración de pasivos adelantados por las entidades territoriales. Gaceta 639 de 2008.

Programa Nacional de Formación Permanente de Docentes.

Proyecto de Ley número 157 de 2008 Senado. Tiene por objeto organizar la estructura y funcionamiento del Programa Nacional de Formación Permanente de Docentes, delimitar las competencias y responsabilidades, y servir como marco jurídico para la generación de procesos de formación en servicio, con un carácter continuo y permanente, para los docentes de la Nación. Gaceta 640 de 2008.

Programa de Escuelas de Educación en Democracia y Formación Política en Colombia.

Proyecto de Ley número 159 de 2008 Senado. Crea el Programa de Escuelas de Educación en Democracia y Formación Política en Colombia, con las que se pretende ofrecer a los ciudadanos las

herramientas necesarias para el ejercicio de la democracia participativa. Gaceta 640 de 2008.

Circunscripción territorial en la inscripción de los nacimientos.

Proyecto de Ley número 160 de 2008 Senado. Pretende solucionar los problemas que surgen cuando un niño(a) nace en un municipio o distrito diferente al lugar de residencia permanente de sus padres. Gaceta 640 de 2008.

Propiedad privada en Colombia.

Proyecto de Ley número 143 de 2008 Cámara. Define algunos conceptos que con fundamento en el artículo 58 de la Carta Política, se han aplicado en distintas normas que regulan la propiedad privada en Colombia, especialmente en los predios urbanos; aclarado el concepto de área pública, área privada, espacio público y espacio privado. Gaceta 644 de 2008.

Poligrafía como medio de prueba en los procesos penales.

Proyecto de Ley número 144 de 2008 Cámara. Regula el uso de la poligrafía como medio de prueba en los procesos penales, modificando los artículos 275, 282, 383, 396, 403 y 424 del Código de Procedimiento Penal. Gaceta 644 de 2008.

Beneficios incluidos dentro de los planes de los afiliados al régimen contributivo, subsidiado o vinculados.

Proyecto de Ley número 145 de 2008 Cámara. Busca sancionar a las Entidades Promotoras de Salud y a las administradoras del régimen subsidiado que nieguen un beneficio incluido dentro de los planes de los afiliados al régimen contributivo, subsidiado o vinculados, habiendo cumplido el solicitante con las semanas mínimas de cotización exigidas para el efecto. Gaceta 644 de 2008.

Vacunación gratuita y obligatoria.

Proyecto de Ley número 147 de 2008 Cámara. Modifica la Ley 1151 de 2007 -Plan Nacional de Desarrollo 2006-2010, a fin de garantizar la vacunación gratuita y obligatoria a toda la población colombiana y ordena la asignación de recursos presupuestales para las vigencias fiscales 2009-2010. Gaceta 644 de 2008.

Cardiodesfibriladores externos automáticos.

Proyecto de Ley número 149 de 2008 Senado. Señala como obligatorio que en determinados lugares públicos y privados con alta afluencia de personas cuenten con cardiodesfibriladores externos automáticos. Gaceta 662 de 2008.

Vigilancia y seguridad privada.

Proyecto de Ley número 161 de 2008 Senado. Está encaminado a profundizar en el cumplimiento de los derechos, deberes y garantías del personal operativo de los servicios de vigilancia y seguridad privada. Gaceta 662 de 2008.

Porte ilegal de armas blancas.

Proyecto de Ley número 162 de 2008 Senado. Busca la incorporación del delito de porte ilegal de armas blancas en el ordenamiento penal colombiano, con el objetivo de prevenir a través de la pena dicha conducta. Gaceta 662 de 2008.

Cuidador Familiar.

Proyecto de Ley número 163 de 2008 Senado. Reconoce al Cuidador Familiar en casa para personas en estado de dependencia, modificando parcialmente la Ley 100 de 1993. Gaceta 662 de 2008.

Situaciones de desastre departamental causadas por las olas invernales.

Proyecto de Ley número 151 de 2008 Cámara. Establece medidas para controlar las situaciones de desastre departamental causadas por las olas invernales. Gaceta 664 de 2008.

Concurso de méritos en el Estatuto de Notariado.

Proyecto de Ley número 153 de 2008 Cámara. Deroga el artículo 167 del Estatuto de Notariado, que señala que quienes no ganaron un concurso público de méritos no puedan participar en el siguiente que se abra. Gaceta 664 de 2008.

Justicia restaurativa.

Proyecto de Ley número 154 de 2008 Cámara. Tiene como finalidad avanzar en Colombia sobre el modelo de justicia

restaurativa planteado en el área penal desde la Ley 906 de 2004. Gaceta 664 de 2008.

Licencia de maternidad.

Proyecto de Ley número 155 de 2008 Cámara. Tiene como finalidad ampliar la licencia de maternidad para que sea la madre trabajadora quien se ocupe directamente de la crianza de su hijo en los primeros 6 meses de vida. Gaceta 664 de 2008.

Departamentos de frontera.

Proyecto de Ley número 156 de 2008 Cámara. Busca desarrollar los artículos 289 y 337 de la Constitución Política, y establece un régimen especial para los departamentos de frontera. Gaceta 665 de 2008.

Revisión de las pensiones.

Proyecto de Ley número 166 de 2008 Senado. Desarrolla el artículo 48 de la Constitución Nacional en cuanto a la revisión de las pensiones que hayan sido reconocidas con abuso del derecho o sin el cumplimiento de los requisitos establecidos en la ley o en las convenciones colectivas y laudos arbitrales validamente celebrados. Gaceta 667 de 2008.

- Trámite:

Carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Se presentó texto aprobado en sesión plenaria de Senado de la República al Proyecto de Ley número 34 de 2007 Senado. Reglamenta la carrera administrativa especial de la Registraduría Nacional del Estado Civil y dicta normas que regulan la gerencia pública. Gaceta 503 de 2008.

II. JURISPRUDENCIA

1. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Los extractos de las sentencias que se consignan a continuación fueron proporcionados por las Relatorías de la Corte Suprema de Justicia.

1.1. SALA DE CASACIÓN CIVIL

CONTRATO DE SEGURO DE DAÑOS. Demostración del siniestro de hurto con la denuncia penal. ANATOCISMO. Los intereses moratorios no pueden generar nuevos intereses. INTERESES PENDIENTES. Aproximación conceptual.

“Enseña la Corte que en cuanto a la demostración del siniestro, el daño y la cuantía de la pérdida, conforme con los artículos 1077 y 1080 del Código de Comercio, el asegurado puede acreditar en forma judicial o extrajudicial su derecho, siendo admisible todo medio probatorio lícito e idóneo, conducente, eficaz y con aptitud para suministrar certeza a propósito, en cuanto, el legislador no establece restricción alguna y a tono con los cambios sensibles del tráfico jurídico de las últimas décadas, incluso admite la relevancia jurídica del dato electrónico no sólo respecto del comercio y la contratación sino en materia probatoria. Distinta es la idoneidad, conducencia y pertinencia de la prueba, sujeta al análisis axiológico de la libre persuasión racional en términos de razonabilidad coherente.

En sentir de la Sala el siniestro de hurto es susceptible de probarse por cualquier medio de prueba idóneo, conducente y eficaz demostrativo de la sustracción del bien de la esfera de dominio y custodia del sujeto pasivo. En cuanto a la denuncia formulada ante las autoridades competentes en cumplimiento del deber legal de denunciar delitos de los cuales se tenga noticia (artículo 27 Ley 600 de 2000), acto efectuado bajo gravedad del juramento y generatriz de consecuencias en el ámbito jurídico penal,

corresponde al juzgador apreciar el marco de circunstancias concreto para determinar su mérito probatorio con los restantes elementos de convicción.

La Corte analiza desde la doctrina y la legislación tanto nacionales como extranjeras, la regulación del anatocismo, a partir del Digesto, el Codex, las XII Tablas del derecho romano, transitando por el derecho canónico, temas como la diferencia del anatocismo de la capitalización de intereses y la prohibición o permisión de aquel y las distintas lecturas que se le ha dado al artículo 886 del Código de Comercio Colombiano, en cuanto a la excepcionalidad, especialidad y la recta inteligencia de la norma, que le permiten concluir que los intereses moratorios no pueden generar nuevos intereses.

Asunto: La sociedad demandante pidió declarar el incumplimiento de la aseguradora demandada del contrato de seguro de daños de equipos y maquinaria, al no indemnizar el siniestro acaecido en agosto de 1996, consistente en el hurto que ocasionó la pérdida total de un retroescavadora John Deere, amparada contra daños materiales ocurridas en el sitio de trabajo "siempre que fuera en forma accidental". La sentencia de primera instancia, confirmada en segunda instancia, declaró probada la excepción de "inexistencia de la obligación de pagar el seguro en relación con las demandas tratadas en esta providencia", desestimó las pretensiones y condenó en costas a la demandante. La Corte casó la sentencia al concluir el error de hecho del *ad quem* al echar de menos la falta de prueba del hurto alegado como la realización del riesgo amparado en el contrato de seguro y de la pérdida consecuente, yerro que trascendió a la parte resolutive del fallo, tampoco encuentra procedente la condena que preceptúa el artículo 886 del Código de Comercio, atendiendo que, sobre los intereses moratorios no se causan nuevos intereses.

Agosto 27 de 2008. Sentencia de Casación 084. Magistrado Ponente: Doctor William Namén Vargas.

MOTIVACION DE LA SENTENCIA. Procedencia de su estudio en el recurso de revisión como causal de nulidad originada en la providencia.

“La Sala precisa que fue con el Estatuto Procesal Civil de 1970 que nació a la vida jurídica la nulidad en la sentencia como causal de

revisión, señalada en el numeral 8o del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, y ha sido la jurisprudencia quien se ha encargado de construir los requisitos y formas de su estructuración. En el específico caso de la ausencia de argumentos, la Corte hace un detallado análisis del proceso histórico de la motivación, tomando como hito el siglo XVIII y haciendo un recorrido por los senderos de Francia, España y Colombia, concluyendo que si bien la Constitución Política de 1991 excluyó el imperativo de que toda providencia judicial fuera motivada, esta exigencia subyace en el derecho fundamental al debido proceso, en el entendido que corresponde al juez asumir compromisos argumentativos de una parte, sobre la vigencia de la norma, de su validez formal y axiológica, así como sobre la posición que ella ocupa en el ordenamiento jurídico, y de otra, en la selección del conjunto de premisas fácticas, que a manera de proposiciones acerca de la realidad, tienen la pretensión de ser aceptados como verdaderas, para lo cual ha de mostrar el soporte probatorio mediante la disección de las pruebas y la explicación del mérito de convicción que ellas merecen separadamente y en su conjunto, así como de la correspondencia entre las fórmulas normativas, los hechos probados y la consecuencia que de ellos se desprende.

En lo que atañe con el recurso de revisión, reflexiona la Sala que, la nulidad originada en la sentencia tiene el mayor significado, pues se trata del juzgamiento intrínseco del acto más importante de un juicio con el cual se expresa la soberanía del Estado y se extingue definitivamente la jurisdicción, razón por la cual no basta con la existencia objetiva de argumentos como apoyo de la sentencia, sino que el fallo debe estar soportado en consideraciones que superen el simple acto de voluntad del juez, pues el ideal de un sistema jurídico evolucionado hace de la sentencia el instrumento de la voluntad concreta de todo el ordenamiento jurídico.

Asunto: ECOPETROL formuló recurso de revisión contra la sentencia que definió el proceso de rendición de cuentas que contra ella propuso el Fondo cooperativo de participación de utilidades de los extrabajadores y trabajadores de ECOPETROL S.A. "Foncoeco", invocando la causal 8o del artículo 380 del Código de Procedimiento Civil, para que se declare la nulidad de la sentencia por ser resultado de una vía de hecho. La Sala negó el recurso al concluir que ninguno de los motivos aludidos por el recurrente en

revisión coincide con las causales previstas en el artículo 380 del Código de Procedimiento Civil.

Agosto 29 de 2008. Sentencia de Revisión 085. Magistrado Ponente: Doctor Edgardo Villamil Portilla.

1.2. SALA DE CASACIÓN LABORAL

COMPETENCIA. AGENTES DIPLOMATICOS. Competencia para conocer de los conflictos laborales suscitados entre habitantes nacionales al servicio de agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno Nacional. Los conflictos laborales se rigen por las leyes nacionales si no se acredita el sometimiento a las leyes extranjeras.
DESPIDO. INDEMNIZACION. Por despido injusto. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Al trabajador corresponde probar la terminación del contrato y al empleador acreditar la justa causa de despido.
PENSION SANCION. Requisitos en vigencia del artículo 133 de la Ley 100 de 1993. AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. Efectos de la afiliación tardía al sistema general de pensiones. Cancelación de cálculo actuarial. INDEMNIZACION MORATORIA. Improcedencia cuando el empleador no adeuda valor alguno por concepto de salario o prestaciones sociales.

“La tesis que otrora persistía sobre el carácter absoluto de la referida inmunidad de jurisdicción de los Estados extranjeros, sometida a la máxima “*par in parem non habet imperium*”, según la cual éstos no podían ser demandados ni sometidos a los Tribunales de otros países, ha sido revaluada por autoridades judiciales de latitudes foráneas. En efecto, ha quedado clara la distinción entre los actos que realiza el Estado para el normal desempeño de sus funciones, en ejercicio de su soberanía, con aquellas en que interviene como cualquier particular, evento en el cual está sujeto al conocimiento de jueces nacionales.

La anterior posición adquiere aun mayor relevancia, cuando se trata de proteger derechos laborales, de posibilitar el acceso a la administración de justicia de los ciudadanos, y de respetar las prerrogativas internacionales del trabajo como motor de desarrollo de las sociedades. Por ello, la costumbre internacional se torna ahora en el sostén indispensable para inaplicar, aunque

relativamente, aquel principio que le impedía a ciertos Estados someterse a otra jurisdicción, posición que, se insiste, fue morigerada por el indiscutible cambio de los países con el advenimiento del período post – industrial, y la consecuente globalización de la economía y del derecho.

Colombia ya no será indiferente a los nuevos cambios progresistas que han motivado mayor dinamismo al derecho, constituyendo precedentes judiciales que avalan la protección de los individuos, especialmente del trabajador, en el sentido de otorgarle herramientas ágiles, expeditas, que le garanticen un juicio justo. Aquellas épocas en que la reclamación de las acreencias laborales de un trabajador que hubiese prestado sus servicios a una Embajada o Misión Diplomática, con la consecuente precariedad para acceder a la reclamación y con las limitaciones de distancia, cultura, etc., que aumentaban los costos, fue superada. Sin duda, la paulatina implementación en diversos países de la tesis relativa de inmunidad de jurisdicción, contribuyó a repensar un sistema en que lo vital, es decir, las garantías del acceso a la justicia de los trabajadores, fuera lo fundamental.

Sumado a lo anterior, la figura jurídica de la aplicación de la costumbre internacional, a falta de instrumento idóneo que regulara la inmunidad de jurisdicción en materia laboral, constituyó un referente obligado para que esta Corte aceptara tal tesis y concluyera que, cuando habitantes nacionales prestaran servicios a Misiones Diplomáticas de otros países, y existiera controversia laboral, es procedente su conocimiento bajo las leyes extranjeras si se acreditare sometimiento a las normas laborales del país contratante; a las leyes colombianas si ello no se demostrare o las partes así lo acordaren.

Ahora bien, habiendo quedado claro que hay jurisdicción para conocer del litigio, cabe señalar que la competencia para adelantar esta actuación está dada por el artículo 235 de la Constitución Política, que confiere a la Corte Suprema de Justicia, entre otras atribuciones, la de conocer todos los negocios contenciosos de los agentes diplomáticos acreditados ante el Gobierno de la Nación, en los casos previstos por el derecho internacional.

(...)

Reclama la demandante la indemnización por despido injusto contemplada en el artículo 64 del Código Sustantivo del trabajo, toda vez que la razón aducida por su empleador para terminar el vínculo laboral, fue el haber llegado a la edad de 60 años, causal que, alega, no se encuentra consagrada en nuestra legislación como un justo motivo de despido; al respecto se reitera que dada la existencia del contrato de trabajo que a través de las pruebas del expediente se encontró demostrada, la Sala considera que la normatividad aplicable es la consagrada en el Código Sustantivo del Trabajo y las normas del sistema de Seguridad Social.

Tiene precisado la Jurisprudencia de la Corte, que es al trabajador a quien le corresponde demostrar que la iniciativa de la terminación del contrato de trabajo provino de su empleador, luego de lo cual a éste le incumbe acreditar la justa causa del despido. En el sub judice la actora cumplió con la carga de la prueba que a ella le correspondía dado que el propio Embajador del Líbano en Colombia, mediante oficio número 729/3 del 18 de agosto de 2005, visible a folios 27 y 28, expresó: *“1. Como es de su conocimiento, nuestras leyes nacionales no permiten que una trabajadora labore después de cumplir la edad de sesenta años, situación que fue puesta de manifiesto a la señora García de Borissow, por lo tanto tenía conocimiento de tal legislación y que ella aceptó desde el primer momento que ingresó a prestar sus servicios a la Embajada, esto es, el 1 de abril de 1981. Por esta razón, no se le terminó su contrato de trabajo”... “sin justa causa...”, “como lo alega la quejosa sino atendiendo, retiro de acuerdo con nuestra legislación libanesa”.*

Siendo las normas Colombianas, como ya se dijo, las que deben aplicarse para resolver la presente controversia, resulta evidente que la causa alegada por la empleadora no se encuentra consagrada en nuestro ordenamiento jurídico laboral, como motivo válido para prescindir de los servicios de un trabajador (artículo 61 y 62 del C.S.T. modificados por los artículos 5º. de la ley 50 del 90 y 7º. del Decreto 2351 de 1965, respectivamente).

De modo que el despido de la Trabajadora se considera injusto y en consecuencia su empleador debe asumir el pago de la respectiva indemnización de conformidad con lo que, sobre el particular, prevé el artículo 28 de la Ley 789 de 2002, norma ésta

que se encontraba vigente cuando se produjo el término de la relación laboral...

(...)

El artículo 133 de la Ley 100 de 1993, vigente en el momento en que se produjo la desvinculación de la demandante, establece como supuestos fácticos para acceder a la pensión sanción pretendida, el despido sin justa causa después de 10 años de servicio y la no afiliación del trabajador al sistema general de pensiones por omisión del empleador.

(...)

...existe suficiente evidencia en el sentido de que la empleadora no afilió a la demandante y, por consiguiente, no realizó aporte alguno al régimen de seguridad social en pensiones, durante el período comprendido entre el 1º de abril de 1981 y el 22 de enero de 1991, tal cual se desprende de la prueba documental que reposa a folios 16, 18 a 20, 23, 24, 42, 43 y 58 a 63 del expediente.

En ese orden, se impone afirmar que la Embajada del Líbano en Colombia, incumplió con una de las obligaciones legales previstas en nuestro ordenamiento jurídico interno para los empleadores, y que debía acatar, de acuerdo a lo ya considerado en acápites anteriores, por tratarse de normas de seguridad social.

Con base en lo dispuesto en el literal D del artículo 9º de la Ley 797 de 2003 que modificó el 33 de la ley 100 de 1993, y en el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003, que modificó el artículo 15 del Decreto 1474 de 1995, que establece que: "*... En el caso en que, por omisión, el empleador no hubiera afiliado a sus trabajadores a partir de la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones, o con anterioridad a dicha fecha no hubiere cumplido con la obligación de afiliarlos o de cotizar estando obligado a hacerlo, el cómputo para pensión del tiempo transcurrido entre la fecha de entrada en vigencia del sistema general de pensiones y la fecha de afiliación tardía, sólo será procedente una vez se entregue la reserva actuarial o el título pensional correspondiente, calculado conforme a lo que señala el Decreto 1887 de 1994*". (el subrayado es de la Sala).

De acuerdo con lo anterior, la forma para poder contabilizar el tiempo laborado por la actora y en el que no estuvo afiliada al Instituto de Seguros Sociales, a fin de ser tenido en cuenta en el computo de semanas cotizadas, es mediante el traslado de la

suma de dinero dejada de cotizar y obtenida a través de un cálculo actuarial, con lo cual no se vería afectada la trabajadora por esa omisión en que incurrió su empleador, acorde con el contenido de las normas señaladas.

En consecuencia, es procedente la reclamación que formula en ese sentido la parte actora. En ese orden se condenará a la Embajada del Líbano en Colombia, a cancelar el valor del cálculo actuarial por el tiempo en que la demandante no estuvo afiliada al ISS, esto es, entre el 1º de abril de 1981 y el 22 de enero de 1991, de acuerdo con la liquidación que al efecto realice el Instituto de los Seguros Sociales, con observancia del Decreto 1887 de 1994.

(...)

La corte considera que no es viable la condena a la indemnización moratoria, dado que en el presente caso, la Embajada del Líbano, es decir su empleador, no quedó adeudando, ningún valor por concepto de salario o prestaciones sociales.

Septiembre 02 de 2008. Radicación No. 32096. Magistrado Ponente: Doctor Camilo Tarquino Gallego. Salvamento Parcial de Voto de la Magistrada Isaura Vargas Díaz.

CAMBIO DE REGIMEN PENSIONAL. Engaño por las administradoras de pensiones. REGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD. Naturaleza y obligaciones de las administradoras de pensiones. Responsabilidades y deberes de las administradoras de pensiones. Las administradoras de pensiones deben suministrar a sus interesados información completa y comprensible dando a conocer sus beneficios e inconvenientes. REGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACION DEFINIDA. Cambio de régimen al de ahorro individual cuando se ya se tiene estructurado un derecho pensional. PRINCIPIO DE LA CARGA DE LA PRUEBA. Corresponde a la administradora de pensiones demostrar la diligencia debida. NULIDADES. Efectos de la nulidad de la afiliación al régimen de ahorro individual. En la nulidad de la afiliación no hay lugar a restituir mesadas. AFILIACION AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL. Nulidad. PRUEBAS. Documento auténtico. Valoración de medio documental.

“Observa la Sala que el documento visible a folio 39, allegado con la demanda, es una pieza clave en el proceso en cuanto contiene los elementos de juicio proporcionados por el promotor de la

administradora de pensiones al actor, y con base en los cuales este tomó la decisión de trasladarse del régimen de prima media al de ahorro individual. Este documento a pesar de no contener firma, se establece que fue elaborado por la Entidad demandada, en papel con su membrete, y además utilizado para promover el traslado como se ha de dar por establecido con el testimonio de Alonso de Jesús León Morales (fl. 174), y lo más contundente, planteado expresamente en la demanda y que la entidad demandada eludió contestar.

Señala el artículo 252 del C. de P. C., modificado por el artículo 26 de la Ley 794 de 2003, que *“Es auténtico un documento cuando existe certeza sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito o firmado”*. En el caso del documento aquí referido, no existe duda de que se trata de una oferta presentada por la administradora demandada al actor para que se trasladara de régimen, y que fue aceptada por éste en la medida en que efectivamente se produjo la afiliación. En esa medida hay certeza de que la oferta fue elaborada por la administradora demandada, y con valor probatorio en contra de ella en cuanto no fue cuestionada en el curso del proceso.

Para dilucidar si hubo o no engaño, como lo reclama la censura, se ha de discriminar la información contenida en el documento que se examina, así:

Un primer conjunto de elementos que recoge la situación personal del demandante, de haber ya cumplido 55 años, de contar veinte años de servicio, los montos de su salario para diferentes épocas; lo allí consignado no discrepa de lo que se alega, y por lo demás son datos que de alguna manera proporciona el mismo interesado, o que él está en posibilidad de verificar.

Un segundo conjunto de elementos son las proyecciones que, a partir de los datos anteriores, se construyen con fórmulas actuariales, y que dan cuenta del posible valor de la pensión en el sistema de ahorro individual, y su comparación con la que recibiría en el régimen de prima media; el valor de la primera, dando por admitida la corrección de las fórmulas, de su aplicación y de su pertinencia, es una proyección cuyo resultado final, depende del comportamiento real e histórico de variables, como el rendimiento financiero de los fondos, razón por la cual, del mero hecho de no cumplirse las expectativas, no puede predicarse engaño.

Y el tercer conjunto de elementos, son los de los escenarios en los que se podría gozar de pensión: al cumplir los sesenta años y al contar sesenta y dos.

Aquí falta la administradora a su deber de proporcionar una información completa, pues se incumple de manera grave si se plantea el valor de una eventual pensión a los sesenta años, sin advertir, que se trataba de una persona que ya tenía el derecho causado a los 55 años de edad, y que de todas maneras la posibilidad de tener una pensión en el fondo privado a los 60 años debía ser descartada de entrada para quien como el actor, en su posición de potencial vinculado al Régimen de Ahorro Individual, su capital para gozar la pensión, era el de un bono pensional causado por sus servicios y cotizaciones por veinte o más años de trabajo, redimible a los sesenta y dos años, y el cual era el capital principalísimo, frente al que podía acumular mediante cotizaciones y rendimientos en los tres años que le faltaban para llegar a esa edad.

En la oferta se le hizo al actor una comparación pura y simple entre una pensión de prima media y una de ahorro individual, sin advertir que el mayor valor pensional que ofrecía Porvenir era bajo la modalidad del retiro programado con un monto posible y que en ningún caso sería definitivo, pues quedaba sujeto a los rendimientos del capital que podían disminuir su valor si las tasas de interés del mercado fueran inferiores a lo esperado llegando incluso a ser temporal, todo esto, frente a un derecho en el régimen de prima media que ya estaba causado, era cierto y de valor vitalicio constante.

Se estaban entonces comparando dos pensiones de naturaleza distinta, una de valor eventual con otra de valor cierto por todo el tiempo que se llegare a disfrutar, y que podía incluso reconocerse cinco años antes, pues se encontraba ya estructurada al cumplimiento de los 55 años de edad.

Resulta aquí trascendente la información que fue parcial para la decisión que llevó al actor a optar por cambio de régimen, y que posteriormente se advierte equivocada, cuando al reclamar su derecho a la edad de los sesenta años, el camino que le ofrecen es el del retiro programado, con la venta de los bonos pensionales en el mercado secundario, con enorme sacrificio económico,

circunstancia que no se le hizo saber por parte de la administradora siendo éste su deber.

El yerro del Tribunal estuvo entonces, en no haberse percatado de que el documento analizado, muestra que evidentemente al actor no se le suministró la información adecuada, suficiente y cierta para su traslado.

Las administradoras de pensiones hacen parte, como elemento estructural, del sistema; mediante ellas el Estado provee el servicio público de pensiones; tienen fundamento constitucional en el artículo 48 de la Carta Política, que autoriza su existencia, - desarrollado por los artículos 90 y s.s. de la Ley 100 de 1993 - cuando le atribuye al Estado la responsabilidad por la prestación del servicio público, "*la dirección, coordinación y control*" de la Seguridad Social, y autoriza su prestación a través de particulares.

Las administradoras de pensiones han de estar autorizadas para fungir como tales si cumplen una serie de requisitos que las cualifican, hacen parte del elenco de las entidades financieras, cumplen una actividad que en esencia es fiduciaria y han de ajustar su funcionamiento a los requerimientos técnicos propios para esta clase de establecimientos, pero bajo el entendido de que todos ellos han de estar ordenados a cumplir con la finalidad de prestar un servicio público de la seguridad social.

La doble condición de las administradoras de pensiones, de sociedades que prestan servicios financieros y de entidades del servicio público de seguridad social, es compendiada en la calificación de instituciones de carácter previsional, que les atribuye el artículo 4° del Decreto 656 de 1994, y que se ha de traducir en una entidad con solvencia en el manejo financiero, formada en la ética del servicio público.

Ciertamente las administradoras de pensiones son en esencia fiduciarias del servicio público de pensiones, razón por la cual su comportamiento y determinaciones deben estar orientadas no sólo a alcanzar sus propias metas de crecimiento y beneficio, sino a satisfacer de la mejor manera el interés colectivo que se realiza en cada persona que queda desprotegida por haberse cernido sobre sí una enfermedad o trauma que lo deja inválido, o la muerte sobre el miembro de la familia del cual depende, o sobre su afiliado cuando le llega el momento de su retiro de la vida productiva por imposición o disfrute de la vejez.

Las administradoras de pensiones lo son de un patrimonio autónomo propiedad de los afiliados, según lo prescribe el artículo 97 de la Ley 100 de 1993; la ley radica en ellas el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, y cuyos deberes surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la administradora.

Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

Es una información que se ha de proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene el valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún a llegar, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.

Bajo estos parámetros es evidente que el engaño que protesta el actor tiene su fuente en la falta al deber de información en que incurrió la administradora; en asunto neurálgico, como era el cambio de régimen de pensiones, de quien ya había alcanzado el derecho a una pensión en el sistema de prima media, su obligación era la de anteponer a su interés propio de ganar un afiliado, la clara inconveniencia de postergar el derecho por más de cinco años, bajo la advertencia de que el provecho de la pensión a los sesenta años, era solo a costa de disminuir el valor del bono pensional, castigado por su venta anticipada a la fecha de redención.

En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada.

No desdice la anterior conclusión, lo asentado en la solicitud de vinculación a la Administradora de Pensiones que aparece firmada por el demandante, que su traslado al régimen de ahorro individual se dio de manera voluntaria, que "*se realizó de forma libre, espontánea y sin presiones*", pues lo que se echa de menos es la falta de información veraz y suficiente, de que esa decisión no

tiene tal carácter si se adopta sin el pleno conocimiento de lo que ella entraña.

Se ha de señalar que la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales.

En instancia se ha de indicar que como consecuencia de lo analizado con ocasión del recurso extraordinario, se declarará la nulidad de la afiliación del actor al régimen de ahorro individual.

Esta declaración trae como consecuencia su regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., habida cuenta de tratarse de un afiliado que desde antes del traslado de régimen había cumplido con requisitos mínimos para acceder a un derecho pensional.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación del actor a la Administradora de Pensiones del Régimen Individual, por un acto indebido de ésta, tiene la consecuencia de no producir sus efectos propios, sino los que en su lugar establece la ley, de conformidad con lo que se pasa a decir.

La nulidad de la vinculación a partir de cuando esta se declara la priva hacia futuro de todo efecto, esto es, de ella no se puede derivar ningún derecho u obligación entre el actor y la entidad demandada, por mesadas pensionales o gastos de administración a partir de la fecha de notificación de esta sentencia; de esta manera la nulidad de la vinculación acarrea la del acto de reconocimiento del derecho pensional que el primero venía disfrutando, y así por tanto la Administradora queda relevada de toda obligación de pago futuro por mesadas pensionales.

Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar

situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social; en la doctrina es indiscutido que la nulidad del contrato de trabajo, no priva al trabajador del derecho a su remuneración; o que en materia de seguridad social, en el laboral administrativo, según el mandato expreso del artículo 136 del C.C.A. el trabajador o el afiliado de buena fe, tiene el derecho a conservar, sin deber de restituir las prestaciones que le hubieren sido pagadas.

En el sub lite, la anulación de la vinculación ha de obrar sin perjuicio de dejar incólume la situación consolidada por el otorgamiento de las mesadas pensionales; el afiliado, que lo fue de buena fe, no está en el deber de restituir las mesadas pensionales a su administradora y ésta debe asumir lo erogado por ella como un deterioro de la cosa entregada en administración; el afiliado a la seguridad social tendrá derecho a reclamar por cobertura de vejez por el tiempo en el que las mesadas fueron pagadas, sólo la diferencia que se presentare entre las mesadas que ya le fueron pagadas, y las que resultaren del reconocimiento que hiciera la administradora de régimen de prima media al que retorna.

La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Las consecuencias de la nulidad no pueden ser extendidos a terceros, en este caso, a la administradora del régimen de prima media en el que se hallaba el actor antes de producirse la vinculación cuya nulidad se declara, de modo que no debe asumir por el sistema de pensiones sanciones derivadas de la mora en el pago íntegro del derecho pensional, obligaciones por las que sólo

ha de responder a partir de cuando le sean trasladados los recursos para financiar la deuda pensional por parte de la entidad aquí demandada”.

Septiembre 09 de 2008. Radicación No. 31989. Magistrado Ponente: Doctor Eduardo López Villegas. Aclaración de Voto del Magistrado Gustavo José Gnecco Mendoza.

1.3. SALA DE CASACIÓN PENAL

SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Prueba pericial: Diferencia con el informe pericial. Prueba pericial: Incorporación en la etapa de juicio. Prueba pericial: Imposibilidad de que el perito asista a la audiencia de juicio; excepcionalmente puede acudir otro o elaborarse un nuevo informe. Instituto de Medicina Legal: Funciones. Prueba documental: No la constituyen los reconocimientos médicos del Instituto de Medicina Legal. Informe pericial: No constituye prueba documental. Pruebas: Etapa de producción y aducción de los medios de prueba. Pruebas: Etapa de valoración. Pruebas: Reglas de producción. Pruebas: Apreciación de las legalmente aportadas. Sentencia: Cuando constituyen unidad inescindible la de primera y la de segunda instancia. Tipicidad: Necesidad de demostrarla cuando se revoca la sentencia absolutoria de primera instancia. PRUEBA. Principio de permanencia: Ley 600 de 2000. SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Principio de contradicción: El perito debe concurrir a la audiencia. Principio de inmediación: El perito debe concurrir a la audiencia. LESIONES PERSONALES. Importancia del dictamen. SISTEMA PENAL ACUSATORIO. Fiscalía: Carga de la prueba. Carga de la prueba: No la puede reemplazar el juez. Prueba pericial: Diferencia entre testigo perito y testigo técnico. Violación indirecta de la ley sustancial: Falso juicio de existencia por suposición ocurre cuando no se introduce en el juicio el dictamen pericial.

“1. De acuerdo con el artículo 405 del Código de Procedimiento Penal de 2004, la prueba pericial es procedente cuando sea necesario efectuar valoraciones que requieran conocimientos científicos, técnicos, artísticos o especializados.

A los peritos, en lo que corresponda, les serán aplicables las reglas del testimonio. De ahí que el artículo 412 lb. disponga su comparecencia al juicio oral y público, "para que sean interrogados y contrainterrogados en relación con los informes periciales que hubiesen rendido, o para que los rindan en audiencia".

Toda declaración de perito, reza el artículo 415 Eiusdem, deberá estar precedida de un informe resumido en donde exprese la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. El inciso final del mismo precepto señala que "en ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio".

Conforme a las diferentes etapas de la actividad probatoria en el procedimiento penal acusatorio vigente en nuestro país, los informes deben descubrirse desde el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria, según el caso, destacando que es en esta diligencia en la que el juez de conocimiento los admite, ordenando inmediatamente, según el artículo 414 del C.P.P., "citar al perito o peritos que los suscriben, para que concurran a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados".

Incluso, afincando la necesidad expresa de que la prueba pericial se introduzca por vía testimonial en la audiencia de juicio oral, el artículo 419 de la ley 906 de 2004, reseña:

"Perito impedido para concurrir. Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio video u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar donde se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo."

Queda evidenciado, entonces, que existe, a partir de su regulación legal, una marcada diferencia entre los informes periciales y la prueba pericial, tópico este que fue ampliamente abordado por la Sala (Sentencia del 21 de febrero de 2007, Rad. 25.920) en anterior oportunidad.

2. Conforme a las diferentes etapas de la actividad probatoria en el procedimiento penal acusatorio vigente en nuestro país, los informes deben descubrirse desde el escrito de acusación o en la audiencia preparatoria, según el caso, destacando que es en esta

diligencia en la que el juez de conocimiento los admite, ordenando inmediatamente, según el artículo 414 del C.P.P., "citar al perito o peritos que los suscriben, para que concurran a la audiencia del juicio oral y público con el fin de ser interrogados y contrainterrogados".

3. Afincando la necesidad expresa de que la prueba pericial se introduzca por vía testimonial en la audiencia de juicio oral, el artículo 419 de la ley 906 de 2004, reseña:

"Perito impedido para concurrir. Si el perito estuviera físicamente impedido para concurrir a la audiencia pública donde se practicará la prueba, de no hallarse disponible el sistema de audio video u otro sistema de reproducción a distancia, ésta se cumplirá en el lugar donde se encuentre, en presencia del juez y de las partes que habrán de interrogarlo."

4. Para la Corte, acorde con lo examinado en precedencia de lo que el texto legal contiene y lo que el derecho comparado informa sobre la materia, en términos generales, es necesario que la base pericial sea soportada exclusivamente con el testimonio de la persona que realizó el examen y elaboró el correspondiente informe.

Empero, si bien, el peritaje como prueba reclama siempre de la presencia de un experto en la audiencia de juicio oral -por regla general el mismo que realizó el informe, porque así lo demanda la ley y la naturaleza misma de lo obligado referir ante el juez y las partes-, para que explique los hallazgos, exámenes, técnicas y conclusiones a las que se llega, resultando inane la sola presentación del informe, es posible, por vía excepcional, que el perito no sea necesariamente aquel encargado de ejecutar directamente el examen y elaborar el consecuente informe, pues, en determinados eventos, como lo expone Chiesa, cuando se advierte que lo consignado en el documento hace parte del tipo de información que el experto utiliza para su trabajo, nada obsta para que persona distinta acuda a la audiencia de juicio oral en aras de soportar conclusiones pertinentes para el objeto del proceso.

Y ello, cabe anotar, no opera exclusivamente para la práctica o el conocimiento médico, sino respecto de cualquier arte o ciencia interesante al derecho penal.

Estima la Sala, bajo estos mismos presupuestos argumentales, que en casos excepcionales, referidos a la imposibilidad absoluta de que el perito pueda rendir su versión en audiencia pública -ha fallecido, se ignora su paradero, no cuenta ya con facultades mentales para el efecto, solo por vía enunciativa en el ánimo de citar ejemplos pertinentes-, y a la pérdida o desnaturalización del objeto sobre el cual debe realizarse el examen o experticia, es posible que acuda a rendir el peritaje una persona diferente de aquella que elaboró el examen y presentó el informe.

Al efecto, debe destacarse que en el común de los casos la ley habilita mecanismos para que aún en la lejanía o bajo padecimientos de salud que le impidan desplazarse, el perito pueda rendir su versión oral, conforme lo establecido por el artículo 419 del C. P.P., arriba transcrito.

Pero si ello no es posible, se ofrece otra alternativa, referida a la posibilidad de que aún en curso de la audiencia de juicio oral, desde luego, durante la etapa de práctica de pruebas, dada la imposibilidad de que ese perito inicial brinde el testimonio requerido, se pueda presentar otro informe de perito distinto que realice de nuevo examen al objeto de interés para el proceso, conforme lo dispuesto por el artículo 412 de la Ley 906 de 2004, en cuanto señala que los peritos pueden ser citados por el juez, a instancia de las partes, para ser interrogados y contrainterrogados en relación con los informes "o para que los rindan en la audiencia". Entonces, respecto de la obligación ineludible de que el perito concorra a la audiencia del juicio oral, si éste se halla imposibilitado para desplazarse, debe acudir el despacho, con las partes, al lugar donde se halla el experto, o recibirse su atestación por algún sistema de audio video; pero si ya se torna imposible recabar su declaración, surge la posibilidad de solicitar al juez que permita la concurrencia de un nuevo perito quien, examinado el objeto o fenómeno, rendirá su informe (que puede ser verbal), directamente en la audiencia de juicio oral.

Sin embargo, si ninguna de estas dos opciones se hace factible -no se halla disponible el perito para rendir su dictamen y no es posible efectuar otro examen al objeto o fenómeno-, estima la Corte que por el camino de la excepcionalidad, dentro de un criterio de razonabilidad y ponderación que tenga en cuenta los derechos de las partes -recuérdese, dentro del presupuesto adversarial y de

igualdad de armas, tanto la fiscalía como la defensa pueden, y deben, presentar este tipo de pruebas para favorecer su teoría del caso- y la esencia misma del proceso penal, representada por la norma rectora consagrada en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 ("La actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto a los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y la necesidad de lograr la eficacia del ejercicio de la justicia. En ella los funcionarios judiciales harán prevalecer el derecho sustancial"), debe aceptarse que ese informe, entendido como base de la atestación pericial, sirva de soporte al dictamen que rinda un experto distinto a aquel que lo elaboró.

Por lo demás, esta facultad excepcional otorgada a las partes no afecta profundamente los principios de inmediación, contradicción y oralidad, tan caros a la sistemática acusatoria, dado que el experto acude a la audiencia pública, ante el juez, a exponer su particular visión, acorde con sus conocimientos, de lo que el examen del anterior experto arroja, pudiendo interrogársele y contrainterrogársele al respecto.

Lo fundamental, advierte la Sala, es que el informe o informes contengan elementos suficientes -particularmente, en el campo descriptivo, acerca de lo observado por quien examinó el objeto o fenómeno a evaluar-, que permitan al experto citado a la audiencia contar con bases sólidas a fin de explicar adecuadamente qué fue lo verificado, cuáles los métodos y técnicas utilizadas, los resultados arrojados por la experticia y las conclusiones que de ello se pueden extractar.

Desde luego, entre más limitados sean los elementos puestos en el informe a disposición del perito, mayores serán las dificultades que su labor entraña y, consecuentemente, mucho menor el alcance probatorio de sus conclusiones.

De la misma manera, si se trata de expertos vinculados a la misma entidad y de dictámenes que obedecen a procedimientos estandarizados -dígase, para citar apenas un ejemplo, las pruebas realizadas para la detección de alcaloides y su naturaleza específica-, será mucho más elemental la tarea y mayor el grado de aceptación de lo dicho por el nuevo perito.

En contrario, si los métodos de examen y verificación no se hallan estandarizados, no se describen, o se desconoce cuál fue en

concreto, de los varios posibles, el utilizado, la prueba se torna endeble y ello debe reflejarse en la valoración que haga el juez.

Al tanto de ello, entonces, el funcionario judicial encargado de verificar su justeza y alcances, debe necesariamente, dentro de los postulados de la sana crítica que signan su labor de evaluación probatoria, tomar en consideración tales factores y así explicarlo en el fallo, en complemento de los criterios de ponderación establecidos en el artículo 420 de la Ley 906 de 2004, que así reza:

"Apreciación de la prueba pericial. Para apreciar la prueba pericial, en el juicio oral y público, se tendrá en cuenta la idoneidad técnico científica y moral del perito, la claridad y exactitud de sus respuestas, su comportamiento al responder, el grado de aceptación de los principios científicos, técnicos o artísticos en que se apoya el perito, los instrumentos utilizados y la consistencia del conjunto de respuestas."

De esta forma, es factible, se repite, excepcionalmente (porque la ley señala la exigencia de que sea el mismo experto quien concorra a sostener lo evaluado), en los casos en los cuales la persona que realizó el informe esté imposibilitada de acudir al juicio o testificar de la forma postulada en el artículo 419 del Código de Procedimiento Penal, y se haga imposible volver a realizar el examen, acudir a otro experto, quien tendrá como base de su opinión, acorde con la ley, ese documento.

La discusión, frente a esta posibilidad excepcional (desde luego, la condición de excepcionalidad corresponde evaluarla al juez de conocimiento de cara a lo que sobre el particular exponga y demuestre la parte interesada, concretamente, respecto de la doble imposibilidad de concurrencia del experto y de realizar un nuevo examen al objeto o la persona), no se presenta en el terreno de la legitimidad, legalidad o validez de la prueba, ni tampoco dentro de los linderos de la prueba de referencia admisible -en tanto, el perito que acude a la audiencia de juicio oral en reemplazo del experto imposibilitado de concurrir, no opera como simple avalista de lo dicho por este, o reproductor de su particular auscultación, sino que realiza un verdadero examen de lo verificado, para llegar a sus propias conclusiones, conforme sus especiales conocimientos, que luego expone ante el juez y las partes-, sino en el campo de la valoración probatoria, acorde, se resalta, con los principios que informan la sana crítica y los

derroteros específicos consagrados en la Ley 906 de 2004 para este tipo de medio probatorio.

5. De acuerdo con lo previsto en el artículo 204 de la Ley 906 de 2004, el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses es el órgano técnico científico oficial -pero no exclusivo- de la Fiscalía General de la Nación; y también puede serlo del imputado o acusado, cuando éstos lo soliciten. Los documentos que funcionalmente emita dicha entidad se presumen auténticos y se precisa desvirtuar la presunción por quien tuviere motivos para hacerlo.

6. Una de las funciones cotidianas de los médicos forenses consiste en hacer "reconocimientos" a las personas que han padecido lesiones con ocasión de un delito. Estos "reconocimientos" médico legales, si bien están contenidos en un documento, constituyen informes técnico científicos que, conforme se destacó en precedencia, tienen el carácter de prueba pericial y a sus autores -peritos o expertos-, al momento de su práctica, se les aplican las reglas de la prueba testimonial.

Así, no por ser documentos emanados de servidores públicos en ejercicio de sus funciones, los informes periciales, particularmente los reconocimientos médico legales, configuran prueba documental.

La prueba documental, en su forma de aducción y estimación, tiene su propia reglamentación legal, diferente a la de la prueba pericial.

7. El artículo 425 del Código de Procedimiento Penal de 2004 señala que salvo prueba en contrario, se tendrá como auténtico el documento cuando se tiene conocimiento cierto sobre la persona que lo ha elaborado, manuscrito, mecanografiado, impreso, firmado o producido por algún otro procedimiento.

8. De lo anterior puede concluirse que si bien el informe del experto puede estar contenido en un documento, el mismo constituye, estrictamente, prueba pericial, y como tal, el perito debe ser citado al debate público y oral con el fin de ser interrogado y contrainterrogado en relación con su concepto o para que lo rinda directamente en el juicio.

En este orden de ideas, tiénese que los reconocimientos médico legales, al margen de que consten por escrito, solo pueden introducirse válida y legalmente al proceso mediante la

declaración en el juicio oral de un perito que explique lo consignado en el mismo y las conclusiones a las que a partir de allí se puede llegar.

Esto, por cuanto, como se anota en la jurisprudencia citada, esos informes no son la prueba, sino un germen de la misma y si bien, constan en un documento, tampoco pueden ser aducidos como tales si lo buscado es demostrar cuáles fueron los daños en la salud física y mental de la víctima, precisamente porque ese escrito no resulta, por sí mismo, suficiente para el cometido propuesto que exige, se reitera, conocimientos en una materia específica, necesitados de introducir sólo por vía oral a través del interrogatorio y contrainterrogatorio. En otras palabras, el informe en efecto es un documento, pero no es conducente para demostrar la teoría del caso de la Fiscalía, por expresa limitación legal.

Lo propio cabe decir de los informes técnico-mecánicos realizados por los peritos adscritos a la policía nacional o, en general, a cualquier entidad pública o particular. Es, entonces, a través de un experto, que se incorporan dichos conceptos a la actuación.

9. Atendiendo las diversas fases de la actividad probatoria, la de producción y aducción de los medios de prueba -documental, pericial o cualquier otro tipo-, se lleva a cabo necesariamente en el juicio, luego de que las partes hayan presentado su teoría del caso.

10. La etapa de la valoración, finalmente, la realiza el sentenciador una vez que las partes han presentado sus argumentos y su personal apreciación en cuanto al mérito que se le debe otorgar al acopio probatorio, obviamente desde la perspectiva de la teoría del caso.

Dicho de otra manera, en esta etapa el juzgador procede a realizar la correspondiente reconstrucción fáctica (juicio de hecho) y jurídica (juicio de derecho), en cuanto a la comisión de la conducta punible y la participación y responsabilidad penal del acusado, lo cual deberá concluir sobre el grado de conocimiento "más allá de toda duda" y con base en los precisos criterios de valoración señalados en el respectivo capítulo de la citada Ley 906 de 2004 (Sentencia del 11 de abril de 2007, Rad. 26.128).

11. Acorde con lo anotado atrás, puede concluirse que sólo pueden ser objeto de apreciación aquellos medios de prueba en cuyo proceso de producción y aducción se respetaron los

derechos fundamentales y los requisitos formales que establece la ley como condición de su validez...

12. Ha de resaltarse que el juzgador incurre en error de derecho por falso juicio de legalidad cuando al valorar las pruebas allegadas al juicio oral excluye una que cumple con los requisitos que condicionan su validez y/o aprecia un medio de convicción allegado de manera irregular, esto es, con violación de los derechos fundamentales (prueba ilícita) o con trasgresión del rito establecido en la ley para su producción y aducción (prueba ilegal).

13. No puede subsanarse semejante olvido argumentando que los fallos de primera y segunda instancias conforman una unidad jurídica inescindible y por tanto lo aducido en torno a la tipicidad del delito se entiende prohijado por el superior -como lo ventiló el casacionista-, ya que este atributo solo es predicable cuando la sentencia del Ad quem es confirmatoria de la del A quo, situación que, desde luego, es ajena al asunto que nos ocupa.

14. Es claro que si el Tribunal decidió revocar la decisión absolutoria, para sustentar la condena debió pronunciarse, en primer lugar, acerca de la prueba sobre la existencia del delito, es decir, como manifestara la Fiscal Delegada en la audiencia de sustentación oral, debió exponer que más allá de toda duda razonable, estaba demostrada la tipicidad de la infracción.

Sin embargo, dicha labor no era fácil, pues, estrictamente, como lo señaló el demandante y lo ratificaron la Fiscal Delegada y la representante del Ministerio Público ante la Corte, la prueba atinente a la lesión de la víctima, no fue legalmente aportada a la actuación.

15. Sin duda alguna, el A quo no tiene clara la diferencia entre el informe del perito y la prueba pericial.

En ningún momento se ha discutido que el informe pericial, en este caso el reconocimiento médico legal emitido por un funcionario del Instituto de Medicina Legal, puede estar contenido en un documento y como tal, su autenticidad y legalidad no es objeto de debate.

Sin embargo, como lo indicara la Procuradora Tercera Delegada, en el Sistema Acusatorio Penal contenido en la Ley 906 de 2004, el legislador dispuso en capítulos separados el tratamiento de la prueba pericial y la documental.

La primera de ellas está precedida por un informe, el cual, independientemente de que conste en un documento escrito, debe introducirse, salvo las excepciones vistas antes, en las cuales debe ser reemplazado ese experto, por medio de la declaración jurada de la persona que lo realizó, es decir, por el perito, quien en el juicio oral será sometido, conforme a las reglas de la prueba testimonial, a ser interrogado y conainterrogado.

Este procedimiento, regulado ampliamente por el legislador, no es facultativo del juez, ni puede suplirse con argumentos sofisticos, tal cual hiciera el A quo en este evento.

De ahí que una vez se cumpla el mismo, el dictamen médico legal adquirirá la condición de plena prueba pericial. Entre otras cosas, porque solo de esa forma queda debidamente garantizado el ejercicio del derecho de contradicción.

16. No puede evitar la Corte parangonar la práctica probatoria actual, con aquella propia de la Ley 600 de 2000, imbuida del principio de permanencia del medio suasorio.

En la normatividad derogada, se recuerda, aunque el informe por sí mismo tenía la virtualidad de constituir prueba, pericial en este caso, es lo cierto que se facultaba su contradicción a través del mecanismo de correr traslado del peritaje para que se solicitase su adición o corrección, en un lapso específico, o se objetara, en cuyo caso la oportunidad se prolongaba hasta la audiencia de juzgamiento.

(...)

Cabe recordar cómo en vigencia de la Ley 600 de 2000, y de normatividades anteriores, existía la posibilidad de dar pleno valor a los dictámenes médico legales allegados en momentos primigenios de la investigación e incluso expresamente se disponía que las decisiones se tomaban con base en el último de esos informes allegados.

Y ello era adecuado, de un lado, porque en esos regímenes operaba el principio de permanencia de la prueba, hoy expurgado de la novísima sistemática acusatoria –pruebas como tales solo son las que se practican en curso de la audiencia de juicio oral-, y del otro, porque los informes en sí mismos se entendían prueba.

17. Empero, si se acudiese a la tesis del funcionario judicial respecto a la supuesta "redundancia", de hacer acudir al perito para que

explique su conclusión, es lo cierto que ninguna posibilidad se ofrece para que ese experticio pueda ser contradicho o siquiera, se solicite su ampliación o corrección.

Así mismo, el principio rector de inmediación se viene abajo, ante la imposibilidad de verificar, a través de la constatación directa de lo expresado por el testigo experto, su seguridad y la justeza de las explicaciones brindadas.

18. la debida introducción al proceso del dictamen médico legal, como prueba pericial, radica en el hecho de que es a partir del mismo que se acredita la existencia del daño en el cuerpo o la salud de la víctima, es decir, se trata de un conocimiento científico que solo puede suministrar un profesional de la salud y para ello, conforme está reglamentado en la ley, debe rendir su experticio en la audiencia del juicio oral, pasando por el ejercicio del interrogatorio y contrainterrogatorio, que, se repite, busca hacer actuantes los principios de inmediación, contradicción, y en términos generales, el derecho de defensa de la contraparte.

No es, como lo indicó el juez de conocimiento, con base en el testimonio de la víctima, ni en el informe de tránsito, que se determina la existencia del delito de lesiones personales, aún si se toma en consideración el principio de libertad probatoria que rige la materia. Uno y otro elementos probatorios podrían registrar la ocurrencia de un lesionamiento, pero no la naturaleza del mismo y sus efectos, información esta que solo está habilitado para suministrar el profesional de la medicina, en cuanto, a pesar de lo que físicamente se pueda evidenciar en el cuerpo o la salud del afectado, el diagnóstico y conclusiones obedecen a principios y protocolos ajenos al lego en la materia.

Dicha información, vale resaltar, es la que se torna imprescindible en el caso de las lesiones personales, ya que a partir de ella es que se realiza la adecuación típica de la conducta punible.

Así las cosas, la ausencia de un dictamen médico legal certificando las lesiones padecidas por la víctima, como prueba pericial -no como mero informe documental-, permite concluir, sin temor a equívocos, que no está acreditada la materialidad de la infracción y que, en consecuencia, no será posible realizar el juicio de tipicidad, examen previo obligado al juicio de responsabilidad.

Y, en efecto, debe concluirse, por virtud de lo que atrás se destaca, que se materializa el error de derecho destacado por el recurrente

en su escrito, pero no por la vía del falso juicio de legalidad, sino de convicción, en tanto, ese informe no se tacha de ilegal o inválido, sino, para ser gráficos, de "insuficiente", no obstante lo cual, el despacho A quo, de manera expresa, y el Ad quem, tácitamente, entregaron valor probatorio completo a un documento que por sí mismo carece de él, o mejor, dieron por probado un hecho con base en un elemento que no goza de trascendencia para ese efecto.

La ley, respecto de lo discutido, ha otorgado un valor supletorio al informe pericial, cuando consagra -art. 415 de la Ley 906 de 2004-:

"Base de la opinión pericial. Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio."

En consecuencia, si al informe, que sólo se entiende servir como base de la opinión pericial, se le entregan plenos efectos, para asumirlo en sí mismo la opinión pericial, termina desbordándose el ámbito restringido de su capacidad suasoria y, en consecuencia, debe entenderse incurrir el estrado judicial en el falso juicio de convicción que arriba se resaltó, en este caso con trascendencia mayúscula, pues, gracias al error se fundamentó la existencia del elemento objetivo de la tipicidad.

A ello debe añadirse que, revisada minuciosamente la actuación y escuchados los registros correspondientes, se verificó que al proceso no se allegó ningún elemento probatorio -diferente del cuestionado-, en el que se indique cuáles, en concreto, fueron las consecuencias anatómicas padecidas por el afectado Segismundo Fuentes Gómez, es decir, no se cuenta con prueba acerca de su incapacidad y las secuelas médico legales, lo que necesariamente impide, como se anotó con antelación, materializar el juicio de adecuación típica.

Y no es posible solucionar el evidente desacierto de la Fiscalía recurriendo a algún tipo de favorabilidad, a efectos de significar,

entonces, que ante la imposibilidad de demostrar cuáles en concreto fueron los efectos dañosos, en clave de tipicidad estricta, del lesionamiento, debe optarse por la conducta más leve que para el efecto consagra el Código de Procedimiento penal.

19. Dicha información, vale resaltar, es la que se torna imprescindible en el caso de las lesiones personales, ya que a partir de ella es que se realiza la adecuación típica de la conducta punible.

Así las cosas, la ausencia de un dictamen médico legal certificando las lesiones padecidas por la víctima, como prueba pericial -no como mero informe documental-, permite concluir, sin temor a equívocos, que no está acreditada la materialidad de la infracción y que, en consecuencia, no será posible realizar el juicio de tipicidad, examen previo obligado al juicio de responsabilidad.

20. En vigencia de la Ley 906 de 2004, sin embargo, se hace necesario, en seguimiento del principio acusatorio, y de los principios de inmediación, oralidad y contradicción, que el fiscal anuncie previamente, en la audiencia de formulación de acusación, con reiteración en la preparatoria, cuáles son los medios probatorios que introducirá y, en concreto, qué objeto, dentro de la teoría del caso suyo, busca demostrar con ello.

21. Si sucede que la fiscalía no pudo demostrar efectivamente, con prueba admisible, ese específico delito atribuido al procesado, mal puede la judicatura advertir de su propio magín la existencia de otra conducta delictiva por completo ajena a la teoría del caso, y en particular, a los cargos contenidos en la acusación, simplemente porque ello no fue objeto de demostración, acorde con la obligación de la carga de la prueba deferida a la fiscalía, en la audiencia de juicio oral, y tampoco, cabe destacar, de contradicción o controversia alguna -ora por la vía de la presentación de prueba de contraste o de contrainterrogatorio infirmatorio, ya por el camino de la argumentación en contrario- por parte de la defensa.

En este sentido, el artículo 117 del Código Punitivo, consagra: "Unidad punitiva. Si como consecuencia de la conducta se produjeren varios de los resultados previstos en los artículos anteriores, sólo se aplicará la pena correspondiente al de mayor gravedad".

Acorde con ello, la fiscalía sólo estimó necesario, dentro de su teoría del caso, demostrar la perturbación funcional o la deformidad física, pero dejó de lado lo referido a la incapacidad, precisamente porque el artículo citado a sí lo impone.

No fue, en tal sentido, objeto de prueba específica en la audiencia del juicio oral, lo relativo a la incapacidad médico-legal, independientemente de que en su testimonio el afectado significase cuánto fue el tiempo en el que dejó de laborar o se hallaba impedido físicamente.

De igual manera, el procesado y su representado legal nunca contrvirtieron ese aspecto de las consecuencias del accidente, en tanto, se repite, no era el objeto concreto, en punto de tipicidad estricta, de la acusación o de la prueba presentada en el juicio.

Y si ello es así, resulta completamente incongruente, a más de violatorio del principio de contradicción, que ahora se despeje un delito inconsecuente con la teoría del caso de la fiscalía o con lo probado, sólo para facultar la posibilidad de que se emita condena.

22. El Tribunal, por el contrario, desconoce la diferencia entre testigo perito y testigo técnico, ya que le otorga la primera condición al ingeniero César Augusto Sarmiento Forero, pese a que su declaración versa sobre generalidades que, no se discute, importan al proceso.

En este evento, solo al policial José Mario González Cubillos podría catalogársele, en principio, de testigo perito, de haber comparecido a rendir su dictamen, puesto que habría ofrecido su conocimiento particular acerca de una inspección que directamente realizó sobre el sistema de frenado del automotor pilotado por el procesado, con el cual se causó el accidente.

23. En este orden de ideas, es dable concluir que la única forma válida de introducir el dictamen pericial específico, habría sido, en este caso concreto, con la declaración del policial González Cubillos.

Pretender su incorporación apelando a la fórmula del Tribunal, es decir, a través del testimonio de un tercero, que ni siquiera tiene por objeto referirse a lo despejado por el agente de policía en su informe, y solo adjetivamente habla del conocimiento respecto del documento en cuestión, es abrirle paso en el proceso a una prueba inadmisibile.

Es claro, acorde con lo anotado, que ese informe, como se vio atrás, ningún valor tiene, por sí mismo y ante la ausencia del supuesto experto que verificó el estado del automotor, para determinar si efectivamente hubo o no fallas en el sistema de frenos, ni mucho menos, en aras de establecer el nexo causal entre esa supuesta falla y el accidente.

Y, desde luego, si ni siquiera se introduce el informe en su contenido integral, lo cierto es que su postulación probatoria es completamente inexistente.

Pero, a la vez, si de lo que se trata es de hacer valer el citado informe a través de la intervención de un tercero ajeno al mismo o al objeto de lo que allí se busca demostrar, lo que se presenta no es un problema atinente al falso juicio de convicción antes delimitado, ni la suposición probatoria -falso juicio de existencia-, sino una simple valoración de prueba de referencia inadmisibles.

Aquí, sin embargo, conforme la dinámica de la audiencia y lo que materialmente presentó el técnico al servicio de la empresa automotriz, está claro que lo buscado demostrar era cómo funcionan los frenos en determinado modelo de vehículo -no, cabe aclarar, en qué estado se hallaban los frenos del automotor conducido por el procesado-, y hasta allí delimita legal el objeto de la prueba.

Cosa distinta es que el técnico, desbordando ese objeto, hiciera mención de otros aspectos ajenos a su atestación, cubiertos apenas fragmentariamente con unas líneas de lo que supuestamente señaló el policial en ese ignoto informe que jamás se introdujo al juicio.

Por ello, en la práctica, ni fáctica ni jurídicamente se ha hecho valer lo que presuntamente dictaminó el funcionario policial, razón por la cual carece de soporte la afirmación del Tribunal respecto a las causas del accidente -prohijadas por el representante de la víctima en la audiencia de sustentación oral- y, en concreto, el nexo causal descubierto para atribuir responsabilidad penal al procesado.

En conclusión, asiste la razón al impugnante cuando advierte que el Tribunal incurrió en un error de hecho por falso juicio de existencia por suposición, como quiera que, se repite, en el juicio, y ni siquiera en las audiencias anteriores, no existe registro de ese supuesto dictamen.

24. no se discute cómo en la novísima legislación inserta en la Ley 906 de 2004, sigue vigente, incluso con mayor acento, por virtud del principio acusatorio, el principio de carga de la prueba, a cuya consecuencia de la fiscalía se obliga demostrar los diferentes elementos que componen la conducta punible y la responsabilidad del procesado, para lo cual, huelga anotar, es de su resorte allegar pruebas conducentes y pertinentes, de manera oportuna.

Entonces, si para el caso concreto, la demostración de la responsabilidad culposa del procesado, requería allegar elementos de juicio que soportasen la supuesta negligencia en la tarea puntual de conservar en óptimo estado técnico mecánico el vehículo por él conducido, y si ese factor estaba determinado por el experticio que habría de rendir la persona encargada de examinarlo, elemental se observa señalar que en cabeza de la fiscalía asomaba indispensable cumplir con la carga de descubrir ese informe desde el momento mismo de la presentación del escrito acusatorio y luego, en la audiencia preparatoria, no solo anunciar que se introduciría, sino velar para que, en tratándose de prueba pericial, se convocase al experto a audiencia de juicio oral, a fin de que rindiera allí sus explicaciones.

Como la fiscalía, por incuria o desconocimiento de la sistemática acusatoria, hizo poco por allegar adecuadamente esa prueba fundamental, el precio que ha de pagar no puede ser otro distinto al de ver decaer su pretensión, dado que, en estricto sentido, no demostró cuál fue la causa del accidente y, en particular, el tipo de comportamiento culposos del procesado que, atado a ese resultado por un nexo inexcusable, hiciera patente la necesidad de condenarlo.

25. Y si bien, como se destacó al inicio, fueron muchas otras las conductas procesales erráticas de las partes y del mismo juez de conocimiento –singular y colegiado-, que incluso pueden generar la nulidad de parte de lo actuado, carece de sentido ordenar se rehaga el trámite desde determinado momento procesal, cuando está claro que aún así, ya no es posible para la Fiscalía presentar adecuadamente esos elementos de juicio indispensables -ni otros diferentes, sobra anotar-, permaneciendo invariable la consecuencia referida a que no se probó, ni podrá hacerse, el elemento sustancial de responsabilidad”.

Septiembre 17 de 2008. Sentencia de Casación 30214. Magistrado Ponente: Doctor Sigifredo Espinosa Pérez.

INDICIO. Para condenar no se requiere únicamente de indicios necesarios. Se clasifican en necesarios y contingentes. Los contingentes se clasifican en graves o leves. No existe tarifa para establecer su credibilidad. Importancia de que sean convergentes y concordantes. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA. Noción. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. Non bis in ídem: Técnica en casación. VIOLACION DIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. Cosa juzgada: Técnica en casación. CONCIERTO PARA DELINQUIR. No se puede confundir con la coautoría. SENTENCIA. Motivación: Basta que cumpla con los fines de la decisión. APELACION. Competencia limitada del superior: Alcance. VIOLACION INDIRECTA DE LA LEY SUSTANCIAL. Falso juicio de existencia: Técnica en casación. Falso juicio de identidad. Falso raciocinio: Técnica en casación.

“1. Para abordar esa temática comiencese por advertir que el fundamento de la crítica elaborada por la casacionista no es acertado en el sentido de que únicamente ofrecen credibilidad para determinar la responsabilidad penal los llamados indicios necesarios y que por no revestir esa connotación el indicio construido por el Tribunal, reitérese de "efecto derivado de la alteración y ocultamiento de las cosas", no puede servir para sustentar el juicio de reproche en contra de su defendido.

(...)

Como se puede apreciar, entonces, carece de fundamento jurídico el cuestionamiento contenido en esta censura, por partir de la base errónea según la cual los únicos indicios que revisten de credibilidad son los necesarios, circunstancia por sí sola determinante para colegir su improsperidad, pues bajo esa errónea convicción se dedujo el desconocimiento de reglas de la sana crítica.

2. En la clasificación de los indicios, tanto por la doctrina especializada como por la jurisprudencia de la Sala, tradicionalmente se ha apelado al concepto de indicios necesarios y contingentes.

3. A su vez, en correspondencia con la doctrina especializada, la Sala ha puntualizado que los indicios contingentes pueden ser

graves o leves, según el grado de probabilidad que ostenten para inferir el hecho indicado.

4. De lo expuesto resplandece con total nitidez que la Sala nunca ha establecido tarifa alguna para descalificar la credibilidad de los indicios contingentes, a diferencia de lo expuesto por la demandante. Al contrario, les reconoce valor a partir de su análisis conjunto, en tanto resulten convergentes y concordantes.

5. De lo expuesto resplandece con total nitidez que la Sala nunca ha establecido tarifa alguna para descalificar la credibilidad de los indicios contingentes, a diferencia de lo expuesto por la demandante. Al contrario, les reconoce valor a partir de su análisis conjunto, en tanto resulten convergentes y concordantes, como se ha expresado, entre otras, en la siguiente decisión, cuyos apartes pertinentes conviene transcribir:

"...(L)a fuerza persuasiva de los indicios emana de su apreciación conjunta, ya que cada uno, tomado individualmente, salvo que fuera necesario, carece de suficiencia demostrativa para llevar a la certeza, y sin que el demandante hubiera asumido la carga de evidenciar que apreciados mancomunadamente y teniendo en cuenta su articulación, convergencia y concordancia, no conducían a ella" (subrayas fuera de texto).

Postura que, además, concilia con la tesis mayoritaria de la doctrina especializada, como lo ha señalado uno de sus más reconocidos exponentes:

"Tratándose de indicios de esta clase, que hemos calificado de vehementes, y que algún autor llama necesarios, basta, pues, uno solo, para establecer ciertamente un hecho. Cuando los indicios no revisten este carácter se necesitará el concurso de varios para llegar a la certeza, no pudiéndose racionalmente fijar número alguno mínimo, necesario y suficiente para producir la convicción. Ese número variará según las circunstancias de cada caso, según la fuerza o peso de los indicios que entran en la combinación, la regla aplicable en este punto es la misma que se formula respecto de los testigos; los indicios se pesan, más que se cuentan; y la mejor prueba de ello es que un solo indicio infirmativo, el alibi o negativa loci, destruye por completo todo un sistema de cinco o más indicios graves, precisos y concordantes" (subrayas fuera de texto).

6. Empero, ese no es el único aspecto que conduce hacia esa misma conclusión, pues resulta igualmente significativo que la

casacionista no se haya ocupado de la totalidad de los medios de prueba sustento del fallo de responsabilidad penal en contra de su prohijado y ni siquiera lo haya hecho en relación con los de carácter indiciario.

Es así como, tan sólo frente a la sentencia de segundo grado, se tiene que esta decisión también se basó en el mérito otorgado a las declaraciones de Sosmery Cadavid Taborda, John Jairo Muñoz Zapata, Ninfa Zuluaga Quintero, Heriberto de Jesús Londoño Sánchez, Martha Lilián David Girón y Jaime de Jesús Cañaverál quienes, según el Tribunal, presenciaron directamente el secuestro de los más adelante masacrados al punto de erigirse esta comprobación, para esa Corporación, en "el centro de gravedad o espina dorsal de todo el debate por la necesaria relación de causalidad que ella tiene con su muerte violenta posterior", máxime cuando uno de los dos plagiados liberados, concretamente John Jairo Muñoz Zapata, informó acerca de la sentencia de muerte para quienes continuaron cautivos, como a la postre así ocurrió no sin antes someterlos a torturas, conforme aparece demostrado en el plenario, descartando, de paso, junto con el único medio de prueba discutido por la libelista en este reparo, la pretextada muerte ocurrida en el fragor de un combate con miembros de la subversión, como se hizo ver ante la opinión pública.

De la misma forma, el ad-quem arribó al juicio de responsabilidad de los sindicatos merced a la valoración del dictamen de necropsia que reportó un orificio de entrada de proyectil de arma de fuego en la humanidad del occiso José Evelio con presencia de tatuaje y restos de pólvora, ratificado ulteriormente por el facultativo Fermín Reynel Gallego Blandón, incompatible con lesiones producidas en combate, y con fundamento en el indicio de hallazgo de residuos en los estómagos de los obitados que permitió al juzgador ad-quem inferir que recibieron alimentos durante su cautiverio.

Los anteriores elementos de convicción no fueron objeto de ataque por la censora en este cargo, lo cual conspira contra la prosperidad del cargo en punto de su trascendencia, pues para tal efecto es preciso, como de antaño lo tiene dicho la Sala, atacar todos los fundamentos del fallo como única forma de obtener su derrocamiento.

7. Como bien lo pregonaba la Procuradora Delegada, los fallos de instancia analizaron de forma integral los medios de prueba aducidos legalmente al proceso, sin que constituyeran excepción las atestaciones del mayor Javier Parada Contreras, de los sargentos Lewis Parra Flores y John Jairo Lozano Díaz, del teniente Luís Quiroga Cubillos y del cabo primero Ignacio Montañez Ibáñez, sobre las cuales la demandante edifica la causal de violación indirecta de la ley sustancial derivada de un error de hecho por falso juicio de existencia por omisión.

Al respecto, téngase en cuenta que las versiones de estos uniformados, pertenecientes al Grupo Mecanizado Juan del Corral del Ejército Nacional, forman parte del bloque probatorio a través del cual se pretendió demostrar la inocencia pregonada por los procesados (...) y (...) en el secuestro y posterior muerte violenta de quienes en vida respondieron a los nombres de José Evelio Gallo Gallo y Uberney Giraldo Castro, cuya credibilidad quedó rebatida con el análisis conjunto de la prueba aportada al proceso.

En efecto, los medios de prueba sobre los cuales gravita el yerro propuesto, contrario sensu a lo afirmado por la casacionista, fueron apreciados tanto en el fallo de primer grado, el cual erige unidad inescindible con el impugnado, como en el proferido por el Tribunal, tal cual se extrae de los siguientes apartes de tales providencias.

8. De las anteriores transcripciones surge diáfano que los juzgadores valoraron efectivamente las probanzas sobre las cuales la casacionista edifica el yerro de apreciación atribuido y una cosa muy distinta es que no comparta las conclusiones extraídas a partir de esa apreciación, para lo cual ha debido intentar una modalidad diversa de error en su valoración.

9. Si como de manera pacífica la Sala ha sostenido que el fenómeno de la incongruencia se presenta cuando se afecta la estructura lógica del proceso, en cuanto el fallo introduce nuevas conductas punibles, agrega circunstancias específicas o genéricas de agravación, desconoce las específicas de atenuación tenidas en cuenta al momento de calificar o hace más gravosa la forma de intervención en el delito, en cuyo caso se impone uno nuevo que se sujete al marco fáctico y jurídico de la acusación, no queda duda alguna que ello ninguna relación guarda con el argumento sustento del reparo propuesto por esta última defensora, conforme

al cual el sentenciador para fundamentar su responsabilidad penal por los delitos de homicidio y secuestro se basó en un hecho constitutivo del delito de concierto para delinquir por el cual previamente había precluido investigación mediante determinación que cobró ejecutoria.

10. Si como de manera pacífica la Sala ha sostenido que el fenómeno de la incongruencia se presenta cuando se afecta la estructura lógica del proceso, en cuanto el fallo introduce nuevas conductas punibles, agrega circunstancias específicas o genéricas de agravación, desconoce las específicas de atenuación tenidas en cuenta al momento de calificar o hace más gravosa la forma de intervención en el delito, en cuyo caso se impone uno nuevo que se sujete al marco fáctico y jurídico de la acusación, no queda duda alguna que ello ninguna relación guarda con el argumento sustento del reparo propuesto por esta última defensora, conforme al cual el sentenciador para fundamentar su responsabilidad penal por los delitos de homicidio y secuestro se basó en un hecho constitutivo del delito de concierto para delinquir por el cual previamente había precluido investigación mediante determinación que cobró ejecutoria.

Tal circunstancia, vale decir, a lo sumo revela una eventual vulneración del principio de cosa juzgada, el cual esta demandante considera violado sólo como consecuencia de la incongruencia pero que compagina con los precisos términos propuestos por la defensora de (...), esto es, por la vía de la violación directa de la ley sustancial, en este caso por falta de aplicación del multimencionado artículo 8° del Código Penal y la correlativa aplicación indebida del 29 ibídem, así como de las normas contentivas de las conductas punibles endilgadas.

Lo anterior porque, según las casacionistas, a sus patrocinados no obstante habérseles precluido investigación por el delito de concierto para delinquir mediante determinaciones adoptadas al momento de calificar el mérito del sumario, las cuales ya han hecho tránsito a cosa juzgada, en el fallo atacado se les revivió esa imputación para justificar su responsabilidad penal por los delitos de homicidio y secuestro.

11. Evidente deviene que cuando el ad- quem refiere en los anteriores apartes a la pertenencia de los procesados (...) y (...) a la empresa criminal a la cual contribuyeron con aportes de

importancia, de modo alguno hace alusión a la supuesta asociación entre los miembros del Ejército Nacional -y específicamente el comando operativo al cual pertenecían- y las denominadas autodefensas para cometer, ente otras conductas indeterminadas, el secuestro y postrer homicidio de los señores José Evelio Gallo y Uberney Giraldo, imputación que se dedujo inicialmente en contra los procesados hasta la calificación del sumario cuando se les precluyó investigación por el concierto para delinquir, sino que refiere a su específica intervención en tales conductas como coautores.

Así mismo, cuando el Tribunal, para fundamentar el fallo condenatorio, alude al concepto de empresa criminal no lo hace, a diferencia de lo que señalan las casacionistas, con el fin de establecer su pertenencia a una organización estructurada por miembros de la Fuerza Pública y grupos armados al margen de la ley, sino, se reitera, por el cumplimiento de roles para ejecutar el secuestro y ulterior homicidio de José Evelio Gallo y Uberney Giraldo, conductas concretas por las cuales se los condenó en la decisión impugnada.

Si ello es así, resulta evidente que no existe identidad de materia entre los hechos sobre los cuales se fundó la preclusión de investigación y los que fincan ahora su responsabilidad penal, circunstancia ésta que excluye de cualquier consideración la vulneración del principio de cosa juzgada de acuerdo con los argumentos expuestos en esta censura.

12. Tal como lo precisa el Tribunal, no es cierto que la sentencia de primera instancia adolezca de insubsanables defectos en punto de su fundamentación que determinen el decreto de nulidad por vulneración del derecho de defensa.

Una revisión objetiva de esa decisión permite arribar a la misma conclusión consignada por el Tribunal en el sentido de que aun cuando el sentenciador de primer grado opta marcadamente por la reiterada trascripción de la prueba, práctica que, dicho sea de paso, hizo demasiado extensa la providencia, no olvida el análisis jurídico y probatorio, hasta tal punto de que, como ya se adujo, el fallador de segundo grado sostiene, por una parte, que sirvió de norte en su tarea valorativa y, por otra, si no hubiere existido no se explicaría el vehemente ataque emprendido por los representantes de la defensa a los planteamientos allí contenidos.

13. Mucho menos resulta válida la tercer premisa expuesta por la libelista para sustentar la censura según la cual el Tribunal por remediar las incorrecciones de su inferior dejó de lado su labor consistente en resolver los recursos de apelación interpuestos, supuesto esencial para darle cabida a su tesis de violación del principio de la doble instancia.

Nada más distante de la realidad. El escrutinio detenido del fallo de segunda instancia conduce a una inferencia totalmente opuesta a la referida por la demandante.

Sobre el particular, téngase en cuenta que los reclamos elevados por quienes fungieron como apelantes giraron principalmente en derredor de la apreciación probatoria de la sentencia de primera instancia y por ello el Tribunal necesariamente debió acometer su análisis, sin que por ello pueda decirse que suplantó a su inferior en esa labor.

Además, fácil se observa que el juzgador de segunda instancia de manera metódica resolvió los reparos elevados por los impugnantes, razón de más para inferir que no hubo vulneración de los principios de la doble instancia y del debido proceso como se plantea en la demanda.

14. En relación con el falso juicio de existencia planteado por la libelista derivado de la omisión de las declaraciones del mayor Javier Antonio Parada Contreras, del subteniente Luís Mesías Quiroga Cubillos, del cabo primero Lewis Parra Flórez, del cabo primero Ignacio Antonio Montañez Carvajal y de la señora Teresa de Jesús Londoño, unánimes en indicar que para el 23 de enero de 2000, fecha en que ocurrieron los hechos atribuidos a los procesados (...) y (...) no salieron de la base en Rionegro, la Sala remite a lo expuesto frente a la primera censura formulada en la demanda de casación a nombre de este último, en donde, ante una propuesta igual, se demostró que estas probanzas fueron efectivamente apreciadas por los falladores de instancia, siguiéndose de ello, entonces, la improcedencia del error propuesto.

15. En cuanto al supuesto error de la misma naturaleza que según la actora se suscitó frente a las declaraciones de las víctimas, porque "deben analizarse con una sospecha objetiva de parcialidad, porque ... han tenido una inevitable intervención pasiva en el hecho punible", ninguna acotación especial ameritan bajo el

entendido de que con ese argumento no se alega su desconocimiento sino que se apunta a cuestionar su credibilidad, situación que no encaja en la modalidad de error valorativo de las pruebas propuesto por la vía del falso juicio de existencia por omisión.

16. En lo tocante con la misma clase de error respecto de las declaraciones del coronel Miguel Ángel Sierra Santos, subteniente Luís Mesías Quiroga Cubillos, Yamil Enrique Escorcía Espalza, Carlos Alirio Buitrago Bedoya, Jhon Jairo Giraldo Sánchez, Alfonso Mercado Altamar, Diego de Jesús Quiceno Cardona, Ricardo López Betancur, Emigdio González Paternina, Enrique Zapa Tapias, Ubaldo Enrique Quintero Marín, Marco Tulio Ortega Ramírez y Fred Hoyos Ortiz, dirigidas a demostrar la existencia del combate, valga señalar que, como bien lo precisa el Ministerio Público, no es dable pregonar su desconocimiento en la medida en que la mayor parte del discurso argumentativo de los falladores tuvo por fin precisamente desvirtuar la ocurrencia de las muertes de José Evelio Gallo Gallo y Uberney Giraldo Castro en desarrollo de un enfrentamiento armado con unidades del grupo mecanizado "Juan del Corral" apostado en Rionegro, del cual hacían parte los aquí acusados.

17. En lo que versa con el falso juicio de identidad la Sala no encuentra tergiversación del dictamen de necropsia, como lo señala la demandante, por no tener en cuenta su ampliación, a través del cual se habría controvertido el protocolo inicial frente a la presencia en el cadáver de José Evelio Gallo Gallo de tatuaje en orificio de entrada de proyectil de arma de fuego encontrado en región preauricular izquierda, al aclarar que el mismo es incompatible con el fenómeno de explosión de piel descrito en el protocolo inicial del 20 de enero de 2000.

A diferencia de lo aseverado por la casacionista, la Sala no encuentra tergiversación alguna del dictamen sólo por el hecho de que en su ampliación posterior se aclararon algunas imprecisiones que contenía, tales como la advertida por la censora, por cuanto de su contenido no se descarta definitivamente la presencia del tatuaje en la lesión descrita (Fol. 53 del c. No. 10), cuya existencia contribuye, entre otros elementos de juicio, a minar credibilidad a la tesis de la muerte producida en desarrollo de un combate, como de manera uniforme lo concluyeron los juzgadores de instancia.

18. La casacionista no logra demostrar que las inferencias lógicas de los indicios de responsabilidad anteriores contruidos por el Tribunal quebrantan reglas de la sana crítica, toda vez que las presuntas máximas de la experiencia desconocidas no ostentan el carácter universal y general que de ellas se exige para considerarlas como tales.

De ese modo, que se hayan encontrado residuos de alimentos en los estómagos de los occisos ingeridos poco antes de su deceso no descarta el propósito de los autores de mantenerlos en cautiverio para de inmediato suprimir su existencia, sin que sea válido aceptar, con carácter general, que ese solo hecho suprime la posibilidad del secuestro y abre paso a la muerte producida en combate. En ese orden de ideas, el argumento del Tribunal no resulta abiertamente contrario a las reglas de la sana crítica, como tampoco logra así demostrarlo la casacionista a través de este reparo.

19. Respecto del segundo yerro de esta índole planteado por la libelista en relación con el indicio estructurado con base en el interés de los militares en desaparecer los cadáveres, es poco lo que se puede indicar ante la evidente confusión de la demandante, pues antes que demostrar el desconocimiento evidente de pautas de la sana crítica se entrevera en la omisión del testimonio de Heriberto de Jesús Londoño quien habría advertido que los occisos tuvieron mando dentro de las filas de la subversión, de donde surgiría el interés de los subversivos y no de los militares por recuperarlos”.

Septiembre 17 de 2008. Sentencia de Casación 24212. Magistrado Ponente: Doctor María del Rosario González de Lemos.

2. CORTE CONSTITUCIONAL

-Sentencias de Constitucionalidad:

La información que se consigna sobre las sentencias es extractada de los Comunicados de Prensa publicados por la Corte Constitucional.

Artículo 519 del Código Civil.

“Luego de realizar un estudio sistemático de las disposiciones que rodean el artículo 519 del Código Civil, con el objeto de comprender su sentido y alcance, la Corte concluyó que esta disposición no establece una restricción de cohabitación que grave la situación de todos los pupilos, sino que tal limitación resulta oponible solamente a los menores de edad sujetos a guarda, que se evidencia en la ubicación de la norma demandada en el Título XXV del Código Civil, en el cual se encuentran las “Reglas especiales relativas a la tutela”. De igual modo, precisó que las guardas en general, comprenden dos deberes de protección del individuo incapaz, pues no sólo se extienden a sus bienes sino que incluyen “a la persona de los individuos sometidos” a tutela. Después de examinar el listado y orden de prelación de aquellas personas llamadas a ejercer la tutela o curaduría legítima (art. 457 C.C.), la Corte encontró que únicamente los hermanos del pupilo y los hermanos de los ascendientes del pupilo pueden fungir como tutores del menor. Por consiguiente, la prohibición de convivencia contenida en el inciso primero del artículo 519 acusado, sólo habrá de aplicarse a los hermanos del pupilo y a los hermanos de los ascendientes del pupilo, toda vez que son ellos quienes en caso de muerte de menor, cuentan con vocación sucesoral. Por su parte, las personas que ocupan el primer nivel y por lo tanto de manera prioritaria han de ocupar el cargo de tutor del menor, se encuentran eximidas de dicha restricción en la medida que el inciso segundo del artículo 519 dispone que tal prohibición no será oponible a los “ascendientes legítimos, ni a los padres naturales”. Así mismo, la Corte indicó que de acuerdo con el texto del inciso

segundo, la limitación de convivencia sería aplicable, además de los sujetos ya señalados, a los ascendientes naturales diferentes a los padres del menor y a los ascendientes de la familia adoptiva del menor. Las anteriores conclusiones demostraron que era necesario para adelantar el examen de constitucionalidad sobre una proposición jurídica completa integrar la unidad normativa de las expresiones acusadas con el resto de la disposición legal, en aplicación de los principios de prevalencia del derecho sustancial y *pro actione* consagrados en el texto constitucional. Establecido lo anterior, la Corte resaltó la notoria preocupación del constituyente por garantizar la más alta y eficiente protección de los niños y niñas como sujetos de especial protección en nuestro ordenamiento. Así, el artículo 44 de la Carta consagra una serie de derechos fundamentales, entre los cuales se encuentra el de “tener una familia y no ser separado de ella, el cuidado y el amor”, con el cual se quiso elevar a rango constitucional el inaplazable deber de asegurar a los menores la oportunidad de recibir el afecto, cuidado y protección de sus padres en el momento vital en que se encuentran, dentro del cual el ejemplo y el insustituible prodigado por sus progenitores constituye un elemento de trascendental importancia para la formación de los menores. En tal sentido, si bien la obligación de ofrecer protección y asistencia a los niños y niñas recae sobre la familia, la sociedad y el Estado, el canon constitucional deja ver que el espacio más fecundo dentro del cual puede ser llevada a cabo la tarea de crianza y formación es, precisamente, su hogar familiar. Esto no es óbice para que la organización estatal en salvaguarda de los derechos fundamentales de los menores, en casos concretos en que ese entorno familiar no ofrezca el espacio idóneo para el crecimiento del menor, adopte medidas específicas de protección en situaciones de maltrato, descuido, desprotección y ofensa, como lo autoriza el artículo 9º de la Convención de los derechos del Niño. A juicio de la Corte, la norma demandada puede ser interpretada de manera absoluta, es decir, que en ningún caso pueden cohabitar con el pupilo sus hermanos o los hermanos de los padres, interpretación que resulta desproporcionada e incompatible con el artículo 44 de la Carta Política, toda vez que desconocería la prevalencia que tienen los derechos de los menores a no ser separados de su familia y a recibir de manera más directa, el

cuidado, afecto y protección de los parientes más cercanos que ejercen la guarda. La decisión respecto de si debe operar esta prohibición corresponde al juez y en este sentido la Corte condicionó la exequibilidad del inciso primero del artículo 519 del Código Civil. Por otra parte, la Corporación no encontró justificación válida para el trato distinto previsto por el legislador al no eximir de la prohibición de cohabitación con el pupilo a los ascendientes naturales diferentes a los padres del menor y a los ascendientes de la familia adoptiva del menor, como quiera que el artículo 42 de la Constitución consagra la protección de los hijos y descendientes sin distingo alguno. En consecuencia, fue declarada inexecutable la expresión *“legítimos, ni los padres naturales”*, contenida en el inciso segundo del citado artículo 519, de manera que todos los ascendientes del pupilo estén eximidos de la prohibición establecida en el inciso primero”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7150. Sentencia C-857 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Humberto Antonio Sierra Porto.

Finalidad económica y profesional de huelga.

“La Corte comenzó por resaltar la consagración en la Carta Política de 1991 de un derecho de huelga con “un enfoque global, nuevo, profundamente democrático en las relaciones laborales, donde prácticas como el diálogo, la negociación, la concertación y la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas, conllevan, en la vida real, a que la huelga no pase de ser un derecho escrito en la Constitución Política”, como lo señaló la ponencia presentada ante la Asamblea Nacional Constituyente. De igual modo, indicó que la huelga constituye un medio para la solución pacífica de conflictos colectivos laborales, cuya regulación le corresponde al legislador, en función de las finalidades y límites impuestos constitucionalmente. Como lo ha señalado la jurisprudencia, el derecho de huelga adquiere en la Constitución un reconocimiento especial para la conformación de un Estado democrático, participativo y pluralista, por lo que su ejercicio debe estar garantizado y protegido por las autoridades de la República en todas las actividades que se desarrollen dentro del territorio nacional, salvo en los servicios públicos esenciales definidos por el legislador. Advirtió que si bien el legislador puede

establecer limitaciones al ejercicio del derecho de huelga para proteger el interés general, los derechos de los demás y cuando de su ejercicio se derive alteración del orden público, las mismas deben atender criterios de razonabilidad, necesidad y proporcionalidad. En todo caso, esas restricciones no pueden ser arbitrarias, ni desconocer el núcleo esencial de esa garantía esencial, cual es la facultad que tienen los trabajadores de presionar a los empleadores mediante la suspensión colectiva del trabajo, para lograr que se resuelva de manera favorable a sus intereses el conflicto colectivo del trabajo. A la vez, el legislador debe tener en cuenta el amplio espectro con que fue consagrado en la Constitución este derecho, como medio de reivindicación y defensa de los intereses de los trabajadores. De este modo, observó que la Carta no establece ninguna limitación sobre los tipos de huelga, por lo cual el contenido de este derecho debe ser interpretado en sentido amplio, como también lo reconoce la OIT, siempre y cuando la suspensión colectiva de labores tenga relación con la promoción y defensa de los intereses de los trabajadores y no de otros de distinta naturaleza como son los de índole política para los cuales existen otros canales de expresión y que desnaturalizarían el mecanismo de reivindicación laboral.

En ese contexto, una interpretación estricta de las expresiones demandadas de los artículos 429 y 450 del Código Sustantivo del Trabajo no se aviene a la amplitud de esa garantía, pues si bien resulta válido que el legislador establezca finalidades económicas y profesionales de la huelga, también es cierto que no se puede excluir la expresión legítima de las organizaciones sindicales en relación con políticas sociales, económicas y sectoriales que incidan de manera directa y próxima en el ejercicio de la actividad, ocupación, oficio o profesión. Para la Corte, una real garantía del ejercicio del derecho de huelga debe ampliarse para aceptar que sus finalidades no sean puramente económicas y profesionales y que la expresión de esas posiciones no lleve consigo la ilegalidad de la huelga. Con fundamento en lo expuesto, la Corte declaró exequibles de manera condicionada los apartes demandados de los artículos 429 y 450 del C.S.T., de manera que se contemplen también la expresión de tales expresiones sin que acarree la ilegalidad de una huelga”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7098. Sentencia C-858 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

Requisito para el traslado de régimen previsto en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993.

“En relación con la presunta violación del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales, la Corte determinó que contrario a lo sostenido por el actor, el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 no desconoce dicho principio, toda vez que su contenido normativo nada dispone respecto de los efectos del tránsito legislativo en materia de cesantías operado en virtud de la Ley 50 de 1990, sino que se limita a consagrar un formalismo para efectos de hacer efectivo el derecho del trabajador de optar por el nuevo régimen allí regulado, facultad que fue hallada conforme con el actual ordenamiento superior por la Corte Suprema de Justicia cuando ejercía el control de constitucionalidad. Por ello, no se puede sostener que el artículo 114 autorice la renuncia de derechos adquiridos, en la medida que sencillamente establece un requisito obligatorio para los trabajadores vinculados hasta el 31 de diciembre de 1990 que voluntariamente decidan trasladarse al régimen especial de cesantía prevista en la Ley 50 de 1990. Tampoco prospera el cargo por el presunto desconocimiento del principio de unidad de materia. Conceptualmente, la *seguridad social* se refiere al campo del bienestar relacionado con la protección y cobertura de las necesidades socialmente reconocidas, como lo pobreza, la vejez, las discapacidades, el desempleo, etc. Para la Corte, la Constitución adoptó en el artículo 48 superior un concepto ampliado de la seguridad social que incluye el mayor número de servicios, **auxilios**, asistencias y prestaciones en general, diferenciándose de la escuela que lo limita a lo básico. Por tanto, es incuestionable que el *auxilio de cesantía* regulado en el Código Sustantivo del Trabajo y en la Ley 50 de 1990 forma parte del concepto ampliado de *seguridad social*, toda vez que consiste en una prestación que responde a una clara orientación social en el desarrollo de las relaciones entre empleador y trabajador en tanto busca por un lado, contribuir a la mengua de las cargas económicas que deben enfrentar los asalariados ante el cese de la actividad productiva y por otro,

permitir al trabajador satisfacer sus necesidades de capacitación y vivienda. Además, el núcleo temático de la Ley 100 de 1993 versa sobre la seguridad social, dentro de la cual se inscribe el auxilio de cesantía. Por consiguiente, el inciso segundo del artículo 114 de la Ley 100 de 1993 fue declarado exequible”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7164. Sentencia C-859 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

Inciso segundo del párrafo del artículo 2º de la Ley 721 de 2001.

“En primer término, la Corte reiteró que en la organización del poder público rige como principio el cumplimiento de la función judicial por funcionarios de la rama judicial. No obstante, la propia Constitución en el artículo 116 admite que además de los jueces y corporaciones de la rama judicial y de la justicia penal militar, el Congreso de la República, determinadas autoridades administrativas y particulares puedan también cumplir funciones judiciales, siempre que atiendan las exigencias constitucionales fijadas para el efecto. Así mismo, ratificó que en virtud de lo dispuesto por los artículos 1, 2, 4, 113 y 116 de la Carta, es legítimo que el legislador admita la delegación del juez en sus subalternos, con la condición que el objeto de la delegación no involucre la toma de decisiones de carácter judicial, las cuales están reservadas al funcionario judicial. Afirmó que la garantía constitucional al debido proceso obliga a que las actuaciones judiciales, para que sean legítimas, se ajusten a ciertos requisitos, entre los cuales se encuentra el principio de inmediación, el cual significa que debe existir una inmediata comunicación entre el juez y las personas que obran en el proceso, los hechos que en él deban hacerse constar y los medios de prueba que se utilicen. Es decir, que por regla general, la prueba o la parte de ella que no dependa del dictamen de un experto, debe practicarse en presencia del funcionario investido por la Constitución y la ley de funciones judiciales, que es quien ha de valorar la misma en el caso concreto. En el caso concreto del párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 721 de 2001, la Corte encontró que establece una regla que permite al juez designar como su *representante* para la diligencia de exhumación de un cadáver para la recolección de muestras que han de servir para la prueba con marcadores genéticos de

ADN con el objeto de establecer la paternidad o la maternidad, no a otro funcionario judicial mediante la figura de la *comisión*, sino a cualquiera de los empleados del despacho o a un particular. Si bien la jurisprudencia ha reconocido al legislador una amplia capacidad de configuración en materia procesal, es evidente que ello no puede rebasar ciertos límites que impone la Constitución Política, otorgando al juez la posibilidad de delegar la realización de actividades que como la exhumación del cadáver para los efectos señalados, tiene consecuencias judiciales, en personas que como ocurre con los empleados de los despachos judiciales o particulares que con las excepciones consagradas en el artículo 116 superior, no están autorizadas para ejercerlas, por lo que no es posible delegar en ellos, la presencia del juez durante la diligencia de exhumación para la posterior realización del experticio con marcadores genéticos. Tal delegación sólo es posible hacerla a través de la figura de la comisión de otro funcionario judicial cuando haya de practicarse la exhumación en una jurisdicción territorial distinta, sin que ello implique que el juez renuncie a la valoración probatoria que le corresponde. Para la Corte, la importancia de la prueba de ADN impone al juzgado el deber no solo de analizar cuidadosa e integralmente el dictamen respectivo, para determinar la calidad, precisión o firmeza del mismo, derivada de la aplicación de técnicas reconocidas para este tipo de experticios, así como de la competencia de los peritos, tal como lo exige el artículo 241 del Código de Procedimiento Civil. De ahí que la expresión “o su representante” contenida en el párrafo 2º del artículo 2º de la Ley 721 de 2001 vulnere los artículos 29 y 116 de la Constitución, al permitir delegar en los empleados de los despachos judiciales o en particulares, funciones de carácter judicial que comprometen el principio de inmediación. En consecuencia, la Corte excluyó del ordenamiento legal la citada expresión normativa que fue declarada inexecutable”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7189. Sentencia C-860 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Mauricio González Cuervo.

Parágrafo 3° del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007.

“En primer término, la Corte precisó el contenido normativo de la norma demandada. Así, indicó que el artículo 12 de la Ley 1150 de 2007 autorizó a las entidades estatales sometidas al Estatuto de la Contratación Estatal a incluir en los pliegos de condiciones beneficios a favor de las micro, pequeñas y medianas empresas (Mipymes), de acuerdo con el reglamento. Los privilegios estarán destinados a fomentar la provisión de obras, bienes, servicios y manos de obra local o departamental, cuyo valor no exceda de 50 salarios mínimos legales mensuales vigentes. Dentro de las ventajas establecidas por la disposición a favor de las Mipymes se encuentran, entre otras, la subcontratación preferente y la consagración de líneas de crédito blando. Examinados los antecedentes legislativos, la Corporación pudo determinar que el objetivo de la medida fue promover la contratación con las Mipymes para hacerlas más competitivas y fortalecer su desarrollo, garantizando la igualdad material de acceso a la contratación administrativa y así fomentar su desarrollo y promover la creación de empresa como instrumento adecuado para generar empleo. Sin embargo, al revisar los antecedentes legislativos, la Corte no encontró las razones por las cuales el legislador excluyó de esas medidas afirmativas a las Mipymes controladas por la Superintendencia Financiera, esto es, aquellas cuyo objeto social sea desarrollar actividades financiera o bursátil, que de acuerdo con la reglamentación actual se limita a las pequeñas y medianas empresas que operan como intermediarios de seguros. De acuerdo con la legislación vigente, los intermediarios de seguros tienen reglas precisas de acceso a la contratación estatal que flexibilizan el proceso de selección y facultan a la administración para exigir condiciones específicas para el contratista de tal forma que se garantice la transparencia, seriedad y cumplimiento del contrato estatal. Para la Corte, la diferencia de trato para estas Mipymes no sólo afecta negativamente a grupos de la población que se encuentran en situación de debilidad en el mercado, pues se trata micro, pequeñas y medianas empresas, sino que confronta varios principios y derechos de importancia constitucional tales como, la prevalencia del interés general, la transparencia, eficiencia y eficacia de la función administrativa que se protegen en la

contratación pública (art. 1º y 209 C.P.) y el principio de igualdad que supone la especial protección a las personas que también se encuentran en una situación de debilidad manifiesta, los derechos al trabajo, a la no discriminación y al acceso a la competencia en condiciones de igualdad. La Corte encontró que si bien podría pensarse que la garantía de esos principios, valores y derechos constitucionales justificaría la exclusión de las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera de las acciones afirmativas previstas en la norma, en realidad el medio empleado para ello no es absolutamente necesario ni adecuado para obtener la seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista, porque (i) contrario a la lógica que maneja la norma acusada, la vigilancia de una empresa por parte de una entidad pública ofrece mayores garantías de solidez, liquidez y confianza en el manejo adecuado de los negocios; (ii) el proceso de selección de los intermediarios de seguros es idéntico para el caso de grandes empresas o Mipymes, por lo que las medidas de discriminación positiva solamente se aplicarían para lo que sea conforme con la naturaleza del contrato que determine el reglamento, tal como lo dispone el artículo 12 acusado y (iii) el hecho de que sea una Mipyme no necesariamente la hace débil en seriedad y cumplimiento o ejecución de contratos para la provisión de obras, bienes y servicios cuya cuantía no excede de 750 salarios mínimos. Además la norma cuestionada resulta desproporcionada en relación con los derechos sacrificados, cuales son la igualdad de las Mipymes vigiladas por la Superintendencia Financiera y al trabajo de los empleados de esas empresas, frente al beneficio social pretendido de seriedad, cumplimiento y objetividad del contratista y la escogencia de la oferta más favorable para el Estado. En consecuencia, la Corte procedió a retirar del ordenamiento jurídico el párrafo 3º del artículo 12 de la Ley 1150 de 2007, por tratarse de una medida discriminatoria que no tiene justificación constitucional y por tanto, violatoria del artículo 13 superior”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7166. Sentencia C-862 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Procedimiento para los titulares de derechos de autor de obras literarias, científicas y artísticas.

“La Corte precisó que las normas demandadas establecen una excepción a la regla de la doble instancia en materia de protección judicial de los derechos de autor y los derechos conexos, pues mientras el procedimiento aplicable a las cuestiones que se susciten con motivo de la Ley 23 de 1982 es el proceso verbal, el procedimiento establecido en las disposiciones atacadas es aplicable únicamente a (i) las cuestiones civiles que se susciten con motivo del pago de los honorarios por representación y ejecución de obras y (ii) las cuestiones civiles que se susciten con motivo de las obligaciones previstas en el artículo 163 de la Ley 23 de 1982, para quienes tenga a su cargo la dirección de entidades o establecimientos en donde se realicen actos de ejecución de obras musicales. A la vez, la Sala reiteró que el derecho de acceso a la justicia no se vulnera por existir distintos procedimientos por razón de la cuantía de la pretensión o la naturaleza del asunto a decidir, siempre que no se afecten los derechos de defensa, contradicción e igualdad. Igualmente, observó que en los procesos verbales de única instancia están garantizados tanto el derecho de defensa como el de contradicción del demandado, quien puede contestar la demanda, aportar los documentos que pretenda hacer valer y proponer excepciones de mérito. Si bien en este proceso no pueden proponerse excepciones previas, existe la posibilidad de interponer el recurso de reposición basado en los hechos que las configuran. Así mismo, está prevista una audiencia de conciliación, que permite a las partes llegar a un acuerdo. Por otra parte, la exclusión de la segunda instancia no implica una discriminación que vulnere el derecho de igualdad de los titulares de derechos conexos, en la medida que tienen una naturaleza diferente al derecho de autor como lo ha señalado la jurisprudencia. Los derechos de autor se reputan de “interés social” y son preferentes a los de los intérpretes o ejecutantes, de los productores de fonogramas y de los organismos de radiodifusión y en caso de conflicto, priman los derechos de autor (art. 67 de la Ley 44 de 1993. Decisión Andina 351 de 1993). La relevancia que tiene el derecho de autor sobre los derechos conexos obedece la naturaleza originaria de aquél y derivada de que estos derechos no

podrían existir en ausencia de la obra del autor, sin que ello implique que los derechos conexos carezcan de protección. A juicio de la Corte, la existencia de dos procedimientos diferentes obedece entonces, a la naturaleza diversa de los asuntos que se tramitan a través de ellos, en virtud de la cual el legislador estimó procedente proteger con un proceso más ágil los derechos de quienes ejecutan o representan obras, relacionados con los honorarios y los deberes que tienen a su cargo los establecimientos donde se ejecutan obras musicales, sin que por ello, se deje desprotegidos los derechos de autor y conexos de otros titulares de los mismos, ni los derechos diferentes a los exigibles mediante el proceso verbal sumario de que tratan las normas acusadas que bien puede hacerlos valer por medio del proceso verbal, que más que una desventaja es una garantía de que otro funcionario revise la decisión. Además de tratarse de situaciones distintas, las normas demandadas no desconocen el derecho de igualdad de quienes no ejecutan ni representan obras, pues no impiden en manera alguna que aquellos puedan defenderlos mediante un procedimiento que por la posibilidad de acudir a una segunda instancia se considera más garantista. Por lo expuesto, fueron declarados exequibles el numeral 9 del artículo 435 del Código de Procedimiento Civil y el artículo 243 de la Ley 23 de 1982, frente al cargo por la presunta violación de la igualdad”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7218. Sentencia C-863 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Mauricio González Cuervo.

Participación de los Grupos Étnicos en el Sistema General de Seguridad Social en Colombia.

“En primer lugar, la Corte señaló que la interpretación histórica de la Ley 691 de 2000 lleva a concluir que la intención del legislador fue crear un sistema de salud especial exclusivamente para la población indígena. En efecto, tanto la exposición de motivos, como en las ponencias presentadas durante el debate parlamentario se alude exclusivamente a la necesidad de dotar a los “pueblos indígenas” de un sistema de salud propio, adaptado a sus necesidades socio culturales y en respuesta a las exigencias y recomendaciones expresadas en diferentes instrumentos

internacionales. La Ley establece un sistema de administración y afiliación al Sistema de Seguridad Social Indígena, que parte de la base de la cosmovisión la organización política, cultural y social de los pueblos indígenas. Se trata de un sistema específica para comunidades dotadas de **autoridades tradicionales** y asentadas grupalmente en un **territorio o región determinada**, lo que excluye que grupos étnicos dispersos o no gobernados por autoridades "tradicionales" sean los destinatarios de la ley. Además, para la escogencia de la Administradora que ha de prestar servicios a los indígenas beneficiarios del sistema especial, la ley dispone que ello se determine en forma **colectiva**, pues la afiliación de los pueblos indígenas al Sistema de Seguridad Social Especial es un acto colectivo de la comunidad indígena, corroborado por sus "autoridades tradicionales" que responde a la especial cosmovisión de nuestros pueblos amerindios, en todo el individuo forma parte de un todo social por lo cual la comunidad indígena es un verdadero "*sujeto colectivo y no una sumatoria de individuos particulares que comporte una serie de derechos o intereses difusos*". De esta manera, aquellas comunidades étnicas en las que no está presente este elemento cultural totalizador no serían destinatarias de la ley acusada, pues ésta ha sido diseñada a partir de este *ethos* particular de dichas culturas amerindias. De otro lado, la Corte señaló que al igual que los pueblos indígenas, los otros grupos étnicos que menciona la Constitución y aquellos más que responden a la definición de pueblos *tribales* dada en el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT, tienen un derecho de rango constitucional a un sistema de seguridad social en salud que les permita organizar y prestar tales servicios bajo su propia responsabilidad y control. A partir de lo prescrito en el citado Convenio, la Corte ha fijado los criterios para determinar qué comunidades negras (art. 55 transitorio C.P.) pueden ser consideradas como grupos étnicos sujetos de especial protección constitucional y precisado que el término "*comunidades negras*" empleado en la Constitución Política se refiere tanto a las que habitan la cuenca del pacífico colombiano, como las que están ubicadas en otros puntos del territorio nacional y cumplan con dos elementos: uno, objetivo, relativo a la existencia de rasgos culturales y sociales compartidos por los miembros del grupo, que les diferencian de los demás sectores sociales y un elemento subjetivo,

esto es, la existencia de una identidad grupal que lleve a los individuos a asumirse como miembros de la colectividad en cuestión. Así mismo, aunque no existe en la Constitución Política un reconocimiento específico del Pueblo ROM o pueblo gitano como sujeto de especial protección constitucional, el mismo ha sido reconocido por el Consejo nacional de Seguridad Social en Salud como un pueblo tribal objeto de aplicación del Convenio 169 de la OIT, con fundamento en lo cual se han expedido normas especiales dirigidas a proteger el derecho a la salud de los miembros de este pueblo. Así las cosas, la obligación del legislador era establecer un sistema de salud especial para los pueblos indígenas y también para los demás grupos étnicos existentes en el país, que puedan quedar cobijados por la definición de pueblos tribales contenida en el artículo 1º del Convenio 169 de la OIT. Lo anterior pone de manifiesto que a los demandantes les asiste la razón cuando afirman que el legislador en la ley acusada incurrió en una *omisión legislativa*. Sin embargo, se trata de una omisión legislativa absoluta, pues no es posible constitucionalmente extender la aplicación de la Ley 691 de 2001 a todos los grupos étnicos no indígenas existentes en el país, pues dicha medida fue diseñada como una medida adecuada específicamente a la realidad jurídica, cultural y económica concreta de dichas comunidades indígenas, por lo cual su extensión a otros grupos podía vulnerar algunos derechos fundamentales de los miembros de esas comunidades y desconocer el diseño constitucional de los mecanismos de financiación de los servicios de salud. En conclusión, aunque *prima facie* la Corte consideró plausible la existencia de una omisión legislativa relativa en la formulación de la Ley 601 de 2001, tras estudiar detenidamente el ámbito de aplicación de la ley y las razones de su adopción, concluye que la mencionada omisión no es de carácter relativo y absoluto y por lo mismo, la Corte carece de competencia para pronunciarse de fondo sobre la misma. Al mismo tiempo, llegó a la conclusión que el cargo central de la demanda, relativo a la violación del derecho a la igualdad no está llamado a prosperar, pues se encuentra que en los pueblos indígenas se presentan ciertas particularidades culturales o jurídicas que exigen el diseño de un estatuto especial que regule el derecho de acceso a la salud de estas comunidades. En consideración a lo expuesto, la Corte declaró la exequibilidad

de las expresiones “Pueblos indígenas” , “indígenas” y “pueblos” contenidas en los artículos 1 a 30 de la Ley 691 de 2001 y se inhibió de emitir un pronunciamiento de fondo respecto de la omisión legislativa absoluta, aunque exhortó al Congreso a legislar sobre la materia”.

Septiembre 3 de 2008. Expediente D-7229. Sentencia C-864 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Marco Gerardo Monroy Cabra.

Artículos 54, 56, 60, 62, 65, 66 y 67 de la Ley 938 de 2004 “Por la cual se expide el estatuto Orgánico de la Fiscalía General de la Nación”.

“La Corte comenzó por reiterar que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 125 de la Constitución Política, por regla general, los empleos en los órganos y entidades del Estado son de carrera, salvo las excepciones enunciadas en el mismo precepto constitucional las cuales que se refieren a los cargos de elección popular, los de trabajadores oficiales, libre nombramiento y remoción, y los demás que señale la ley, y que compete al legislador la determinación del régimen jurídico correspondiente, señalando el sistema de nombramiento, los requisitos y condiciones para determinar los méritos y calidades de los aspirantes así como las causales de retiro del servicio oficial, para lo cual goza de un amplio margen de configuración normativa. En el caso de la Fiscalía General de la Nación, la Constitución establece un régimen especial de carrera, acorde con la autonomía de que goza el ente investigador en materia penal. Así, el artículo 253 superior faculta al legislador para determinar lo relativo a la estructura y funcionamiento de la Fiscalía, al ingreso de la carrera y al retiro del servicio, lo mismo que definir el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, denominación, calidad, remuneración, prestaciones sociales, régimen disciplinario de sus funcionarios y empleados, con el fin de mantener y preservar la autonomía administrativa concedida al ente investigador, mandato constitucional que es reiterado por la Ley 270 de 1996 cuyos preceptos normativos relacionados con el tema fueron declarados exequibles por la Corte Constitucional mediante Sentencia C-037 de 1996. En desarrollo de la norma constitucional, la Ley 983 de 2004 dispone que la Fiscalía General de la Nación tendrá su propio régimen de carrera el cual es administrado en forma autónoma por la Comisión Nacional de Administración de la Carrera

de la Fiscalía General de la Nación. De igual modo la Corte reiteró que la administración de la carrera de la Fiscalía General de La Nación por un organismo distinto del Consejo Superior de la Judicatura no vulnera la Carta Política, puesto que en desarrollo del artículo 253 Superior el artículo 159 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia dispuso que el ente acusador tendrá su propio régimen autónomo de carrera que según la jurisprudencia debe ser regulado por el legislador con sujeción a dicho ordenamiento legal dada su superioridad jerárquica. No obstante, de conformidad con los artículos 125 y 253 de la Constitución la regulación de los aspectos atinentes a la convocatoria, su publicación bases y requisitos del concurso de méritos, etapas, plazos, pruebas, factores de evaluación, entre otros están reservada al Congreso de la República, de manera que el legislador no puede delegar en la Comisión Nacional de Administración de la Carrera Judicial esta reglamentación. En consecuencia, la Corte encontró que en lo acusado los artículos demandados de la Ley 838 de 2004, desconocen la competencia reservada al legislador en esta materia y por ende los correspondientes apartes normativos deben ser declarados inexequibles, con excepción de parte del inciso segundo del artículo 60, el cual fue declarado exequible por los cargos analizados”.

Septiembre 10 de 2008. Expediente D-7184. Sentencia C-878 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

LEY 1153 DE 2007 “Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”.

“A partir de los cargos presentados, la Corte examinó aspectos estructurales de la Ley 1153 de 2007, *“Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”* y constató que conductas que materialmente son delictuales y que pueden llegar a tener como sanción pena privativa de la libertad, son investigados por la Policía Nacional, lo que implica que se sustrae a la Fiscalía General de la Nación de la competencia para *“realizar la investigación de los hechos que revistan las características de un delito”*, según lo establece de manera clara, expresa e inequívoca el inciso primero del artículo 250 de la Constitución Política. Encontró la dificultad que respecto

de conductas que materialmente son delictuales, la Fiscalía General no pueda ejercer la acción penal, proseguir la persecución e investigación penal, función a la cual no se puede renunciar como lo ordena la Carta, sin perjuicio de la institución de la querrela.

Después de estudiar las normas de la propia Ley 1153 de 2007 que regulan los aspectos esenciales del procedimiento, advirtió que de admitirse que el juez de las pequeñas causas dirija la investigación de estas conductas, se vulneraría el principio de separación de las funciones de investigación y juzgamiento, puesto que estaría a cargo del establecimiento de la conducta, el presunto responsable y el señalamiento de la responsabilidad penal.

Lo anterior no significa que el legislador no pueda establecer un tratamiento específico de conductas que considere como pequeñas causas, siempre que previamente les haya quitado su naturaleza penal. Desde la formulación del título de la ley *“Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”* y el análisis de las diferentes materias y procedimiento regulado en la Ley 1153 de 2007, se constata que toda la ley se ubica en la esfera penal.

La Corte precisó que todas las condenas proferidas en aplicación de la Ley 1153 de 2007 quedan en firme, pues no hay lugar a la aplicación del principio de favorabilidad y que los procesos en curso deben ser trasladados a la Fiscalía General de la Nación, para que prosigan su trámite de conformidad con un régimen penal más severo”.

Por lo anterior la Corte declaró INEXEQUIBLE la Ley 1153 de 2007, *“Por medio de la cual se establece el tratamiento de las pequeñas causas en materia penal”*.

Septiembre 10 de 2008. Expediente D-7208 (acum.). Sentencia C-879 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Manuel José Cepeda Espinosa.

Conciliación ante la Superintendencia Nacional de Salud.

“En primer término, la Corte precisó que la disposición parcialmente acusada autoriza a la Superintendencia Nacional de Salud, como

entidad especializada, para actuar dentro de una conciliación extrajudicial y servir de intermediaria, orientadora y colaboradora para la resolución de conflictos entre sus vigilados y ante los usuarios del servicio de salud, pero que de ninguna manera la remisión que hace la norma a la Ley 640 de 2001, significa que se establezca como requisito de procedibilidad. Se trata de resolver problemas que no les permitan a las entidades vigiladas por dicha Superintendencia atender sus obligaciones dentro del Sistema General de Seguridad Social en salud, afectando el acceso efectivo de los usuarios al servicio de salud. De otra parte, señaló que la Superintendencia Nacional de Salud es un organismo de carácter técnico, adscrito al Ministerio de la Protección Social, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonio independiente, que ejerce funciones de inspección, vigilancia y control de entidades que pertenecen al Sistema General de Seguridad Social en Salud. El artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 le otorgó a esta Superintendencia funciones jurisdiccionales, sin perjuicio de las que ejerce como autoridad administrativa, con fundamento en lo previsto en el inciso segundo del artículo 116 de la Constitución, que autoriza al legislador para atribuir excepcionalmente función jurisdiccional en materias precisas a determinadas autoridades administrativas. Advirtió que en la sentencia C-117/08, esta Corporación condicionó la exequibilidad del citado artículo 41, en el entendido de que no podrá el mismo funcionario de la Superintendencia ejercer funciones jurisdiccionales respecto de casos en los cuales ya se hubiera pronunciado con anterioridad, con motivo del ejercicio de alguna de sus funciones administrativas. De este modo, contrario a lo afirmado por la demandante, no hay vulneración del principio de independencia e imparcialidad para el desempeño de las funciones judiciales y de conciliación que ejerce la Superintendencia Nacional de Salud, por cuanto de conformidad con el precedente citado y lo antes expuesto, éstas se encuentran separadas (en la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación), de las que cumple como entidad administrativa sobre sus vigilados.

De otra parte, la conciliación que realiza de oficio la Superintendencia Nacional de Salud constituye un mecanismo

alternativo para la solución de conflictos, mediante la intervención de un conciliador, investido por excepción para administrar justicia en el caso específico. Con ello, no se desconoce el carácter voluntario de la conciliación, toda vez que al prever un asunto susceptible de arreglo en materia de salud, cita a los vigilados y/o a los usuarios fuera de un proceso judicial, con el fin de que resuelvan de manera pacífica los conflictos que se presenten. Esta convocatoria no implica la obligatoriedad de la comparecencia, ni mucho menos la aceptación del acuerdo. De igual modo, la conciliación realizada por la Superintendencia configura una verdadera forma de acceso a la administración de justicia que, como tal, puede ser regulada por el legislador y no debe ser entendida como obligatoria, en la medida en que se puede conciliar, pero no se impone aceptar el mecanismo. Por lo expuesto, los cargos formulados y estudiados en contra de la expresión “de oficio o” que hace parte del artículo 38 de la Ley 1122 de 2007 no estaban llamados a prosperar y en consecuencia, dicha expresión fue declarada exequible frente a los mismos”. Septiembre 17 de 2008. Expediente D-7216. Sentencia C-902 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Nilson Pinilla Pinilla.

Parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de los diputados y de los concejales municipales y distritales.

“El análisis de la Corte parte de la consagración en el artículo 40 de la Constitución Política del derecho fundamental de todo ciudadano de acceder al desempeño de funciones y cargos públicos. Este derecho no es más que una manifestación concreta del principio general de igualdad que excluye cualquier tipo de privilegio en el acceso al ejercicio de la función pública. No obstante, y precisamente para evitar que haya cualquier tipo de privilegio o ventaja en el acceso a dicha función la ley puede establecer la prohibición de desempeñar ciertos cargos a determinadas personas, por causas que justifican dicha restricción. Así, en el Título V la Constitución establece inhabilidades genéricas y a lo largo de la Carta se encuentran prohibiciones específicas para ocupar ciertos cargos, entre ellas, la prevista en el artículo 292 superior. Advirtió que tanto las normas generales como las

especiales, al constituir excepciones a la regla general del acceso a la función pública, son de interpretación restrictiva, de modo que el legislador no puede crear prohibiciones adicionales a las establecidas por el constituyente, quien estableció el derecho a la igualdad, el derecho de acceso a la función pública y la prohibición de discriminación. Por tal motivo, ni el artículo 126 de la Carta que prohíbe a los servidores públicos nombrar a los parientes dentro de unos grados de parentesco y nombrar a los familiares de quienes han intervenido en la designación de quien ahora va a nombrar, ni el artículo 292 superior que establece una prohibición a los diputados y concejales y a sus parientes puede ser interpretada de manera extensiva. En este último caso precisó que, si bien el inciso primero de la norma constitucional permite extender los grados de parentesco, lo es solamente para efectos de formar parte de las juntas directivas de las entidades descentralizadas del respectivo departamento.

De acuerdo con lo anterior, la extensión de la prohibición contenida en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 1148 de 2007 desborda los límites fijados por el propio constituyente en el artículo 292, razón por la cual, la expresión normativa que la establece contraría claramente la norma constitucional y por ende, debe ser retirada del ordenamiento. No obstante, debido a que la declaración de inexecutable parcial implicaría que la prohibición prevista en el inciso segundo se predique de todos los parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes y concejales distritales y municipales, sin consideración al grado de parentesco, la Corte estimó necesario condicionar la executable del inciso en el sentido de remitir al artículo 292 de la Constitución que señala tales grados de parentesco para efectos de la inhabilidad.

El magistrado NILSON PINILLA PINILLA manifestó su salvamento de voto parcial, toda vez que en su concepto el inciso demandado era executable en su integridad, en la medida que el legislador puede en ejercicio de su potestad de configuración y regulación del ejercicio de funciones públicas y en defensa de principios como los de la moralidad y eficiencia administrativa, establecer prohibiciones como la que se preveía en el inciso declarado parcialmente inexecutable".

Septiembre 17 de 2008. Expediente D-7222 (acum.). Sentencia C-903 de 2008. Magistrado ponente: Doctor Jaime Araújo Rentería.

III. PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA

Decretos de la Presidencia de la República:

Decreto 3264 de 2008.

(01/09). Por el cual se modifica el régimen general de inversiones de capital del exterior en Colombia y de capital colombiano en el exterior. Diario Oficial 47.099.

Decreto 3273 de 2008.

(02/09). Por medio del cual se dictan medidas aplicables a importaciones de productos sujetos al cumplimiento de Reglamentos Técnicos y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.100.

Decreto 3306 de 2008.

(05/09). Por el cual se deroga el Decreto número 1901 del 9 de junio de 2005. Diario Oficial 47.103.

Decreto 3336 de 2008.

(05/09). Por el cual se modifica el Decreto 177 del 24 de enero de 2008. Diario Oficial 47.103.

Decreto 3330 de 2008.

(05/09). Por el cual se fijan las fechas de expedición de Títulos de Tesorería - TES Ley 546. Diario Oficial 47.103.

Decreto 3320 de 2008.

(05/09). Por el cual se reglamentan los artículos 100 de la Ley 1151 de 2007 y 13 de la Ley 1176 de 2007, en relación con el procedimiento a seguir para el giro de los recursos del Sistema

General de Participaciones, SGP, para agua potable y saneamiento básico, y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.103.

Decreto 3411 de 2008.

(10/09). Por el cual se modifica parcialmente el Decreto 2838 de 2006, modificado parcialmente por el Decreto 2964 de 2008 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.108.

Decreto 3450 de 2008.

(12/09). Por el cual se dictan medidas tendientes al uso racional y eficiente de la energía eléctrica. Diario Oficial 47.110.

Decreto 3433 de 2008.

(12/09). Por el cual se reglamenta la expedición de licencias de funcionamiento para establecimientos educativos promovidos por particulares para prestar el servicio público educativo en los niveles de preescolar, básica y media. Diario Oficial 47.110.

Decreto 3460 de 2008.

(12/09). Por el cual se establecen los parámetros para el otorgamiento del concepto previo favorable del Consejo Nacional de Política Económica y Social, Conpes, para la prórroga o adición a contratos de concesión de obra pública nacional. Diario Oficial 47.110.

Decreto 3550 de 2008.

(17/09). Por el cual se modifica el artículo 31 del Decreto 3771 de 2007. Diario Oficial 47.115.

Decreto 3553 de 2008.

(17/09). Por el cual se reglamenta la Ley 1233 de 2008. Diario Oficial 47.115.

Decreto 3556 de 2008.

(17/09). Por el cual se modifica el Decreto 515 de 2004, por el cual se define el Sistema de Habilitación de las Entidades Administradoras de Régimen Subsidiado, ARS, (hoy Entidades

Promotoras de Salud del Régimen Subsidiado - EPS'S). Diario Oficial 47.115.

Decreto 3557 de 2008.

(17/09). Por el cual se reglamenta parcialmente el numeral 42.8 del artículo 42 de la Ley 715 de 2001. Diario Oficial 47.115.

Decreto 3770 de 2008.

(25/09). Por el cual se reglamenta la Comisión Consultiva de Alto Nivel de Comunidades Negras, Afrocolombianas, Raizales y Palenqueras; se establecen los requisitos para el Registro de Consejos Comunitarios y Organizaciones de dichas comunidades y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.123.

Decreto 3734 de 2008.

(25/09). Por el cual se reglamenta parcialmente el artículo 131 de la Ley 100 de 1993. Diario Oficial 47.123.

Decreto 3760 de 2008.

(25/09). Por el cual se dictan disposiciones relacionadas con la titularización hipotecaria, las sociedades titularizadoras y el régimen de financiación especializado de vivienda definido en la Ley 546 de 1999. Diario Oficial 47.123.

Decreto 3740 de 2008.

(25/09). Por el cual se definen los criterios para la distribución de los excedentes de la Subcuenta de Eventos Catastróficos y Accidentes de Tránsito - ECAT, del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA de que trata el artículo 43 de la Ley 1122 de 2007 y parcialmente el artículo 45 de la Ley 1151 de 2007 y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.123.

Decreto 3818 de 2008.

(30/09). Por el cual se modifica el Decreto 2525 de 2005. Diario Oficial 47.128.

Decreto 3820 de 2008.

(30/09). Por el cual se reglamenta el artículo 23 de la Ley 905 del 2 de agosto de 2004, sobre la participación de las Cámaras de

Comercio en los programas de desarrollo empresarial y se dictan otras disposiciones. Diario Oficial 47.128.

JAVIER ZAPATA ORTIZ
VICEPRESIDENTE