



Tribunal Superior de Tunja

Boletín de Relatoría

“La misión de la Relatoría y del relator ,
es formadora, jurídicamente enaltecedora
y profesionalmente enriquecedora.”

| 1º semestre de 2015 |





Tribunal Superior Tunja

Presidenta
María Isbelia Fonseca González

Vicepresidente
José Horacio Tolosa Aunta

SALA LABORAL

(Presidenta)
Fanny Elizabeth Robles Martínez
(Vicepresidente)
Jorge Eduardo Ramírez Amaya
María Isbelia Fonseca González

SALA PENAL

(Presidente)
Edgar Kúrmen Gómez
(Vicepresidente)
José Alberto Pabón Ordoñez
Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez

SALA CIVIL FAMILIA

(Presidenta)
Adriana Saavedra Lozada
(Vicepresidenta)
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

SALA MIXTA ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez
José Alberto Pabón Ordoñez
Edgar Kúrmen Gómez
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

Índice Temático

Sala Laboral



CONTRATO DE TRABAJO/ Extremos laborales-Segunda relación laboral.

CONTRATO DE TRABAJO/ Reconocimiento prestaciones laborales- Liquidación cesantías.

CONTRATO DE TRABAJO/ Excepciones previas – Prescripción.



SANCIÓN MORATORIA/ Pago tardío de cesantías/ - Contabilización del tiempo.

SANCIÓN MORATORIA/ El Legislador señala el plazo preciso en días hábiles desde cuando opera la sanción.

PRECEDENTE JUDICIAL/El Juez debe respetar el precedente Judicial, ya que la unificación de la Jurisprudencia es una garantía del derecho a la igualdad.



DICTAMEN PERICIAL/ Objeción al dictamen/ error grave.

DICTAMEN PERICIAL/ Naturaleza jurídica/ Contradicción.

DICTAMEN PERICIAL/ El Juez Decretará las pruebas necesarias a fin de resolver la existencia del error.



EJECUTIVO/ Suspensión del proceso/ Requisitos- la decreta el juez.

EJECUTIVO/ Trámite de lesividad/ Trámite administrativo.



NULIDAD/ Saneable/Insaneable/Causales-Taxativas

NULIDAD/ Indebida notificación al demandado.

NULIDAD/ Indebida notificación a las personas indeterminadas.

VIOLACIÓN AL DERECHO DE DEFENSA/ EL Juez no designó Curador Ad-Litem y dio por no contestada la demanda.



EJECUTIVO/ Medidas cautelares/ - Embargo y Secuestro.

EJECUTIVO/ Caucción – Garantía Bancaria – Garantía Compañía de Seguros.

EJECUTIVO/ Levantamiento de las medidas cautelares/ Embargo y Secuestro de Recursos que provienen del Sistema General de Participaciones.

EXCEPCIONES/ Procedencia o Improcedencia de la Medida Cautelar.

Sala Penal



HOMICIDIO/ Presupuestos del juez para dictar sentencia / Sentencia – anticipada.

HOMICIDIO/ Dosificación de la pena - reglas y criterios - / Naturaleza –postdelictual.



INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Nulidad/ Violación debido proceso.

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Allanamiento a cargos/ Principio de irrevocabilidad/.

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Sentencia anticipada- mecanismo de colaboración eficaz con la justicia.



Tribunal Superior Tunja

Presidenta
María Isbelia Fonseca González

Vicepresidente
José Horacio Tolosa Aunta

SALA LABORAL

(Presidenta)
Fanny Elizabeth Robles Martínez
(Vicepresidente)
Jorge Eduardo Ramírez Amaya
María Isbelia Fonseca González

SALA PENAL

(Presidente)
Edgar Kúrmen Gómez
(Vicepresidente)
José Alberto Pabón Ordoñez
Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez

SALA CIVIL FAMILIA

(Presidenta)
Adriana Saavedra Lozada
(Vicepresidenta)
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

SALA MIXTA ASUNTOS PENALES PARA ADOLESCENTES

Cándida Rosa Araque de Navas
Luz Ángela Moncada Suárez
José Alberto Pabón Ordoñez
Edgar Kúrmen Gómez
María Julia Figueredo Vivas
María Romero Silva
José Horacio Tolosa Aunta

Índice Temático



PREACUERDO/ Principio de legalidad/ Rol del juez de conocimiento/ Preacuerdo.

PREACUERDO/ Mecanismos de terminación del proceso/ Preacuerdos y negociaciones.

PREACUERDO/ Garantía de los derechos fundamentales.



INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Tipo penal de omisión.

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ La fiscalía debe probar el obrar omisivo del acusado.

INASISTENCIA ALIMENTARIA/ Absolución/ no se probó la justa causa.



HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL/ Tasación de la pena- discrecionalidad reglada por el juez.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL/ Allanamiento a cargos – incidencia en la tasación de la pena.

HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL/ Prisión domiciliaria- presupuestos para su reconocimiento.



PRECLUSIÓN/ Absolución anticipada – produce efectos de cosa juzgada.

PRECLUSIÓN/ Fiscalía/ titular de la acción penal/ Fases de indagación preliminar e investigación.

Sala Civil Familia



SIMULACIÓN/ Nulidad/ Requisitos/ Legitimación en la causa.

SIMULACIÓN/ Nulidad/Causa lícita/ Cuando el contrato se realiza bajo una causa ilícita, irrefutablemente acarrea su invalidez.

SIMULACIÓN/ Causa ilícita/ Contraria a las buenas costumbres o al orden público.



PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA/ Requisitos.

ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO/ Naturaleza jurídica.

ACCIÓN RESOLUTORIA/ Características.



DIVORCIO/ Causales/ Causales objetivas.

DIVORCIO/ Casación de efectos civiles de matrimonio católico/ Demanda de reconvencción .

DIVORCIO/ Fijación de cuota alimentaria a favor del cónyuge inocente.



LESIÓN ENORME/ Forma de ineficacia por declaración jurisdiccional.

LESIÓN ENORME/ Carácter excepcional de la lesión enorme en el derecho colombiano.

LESIÓN ENORME/ Contrato de compraventa/ Bien inmueble.

Sala Mixta de Asuntos Penales para Adolescentes



ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS/ Sanción / Amonestación/ Privación de la libertad/ Centro de atención especializado.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ Derecho fundamental/ Debido proceso.

SANCIÓN/ Libertad asistida.

Sala Laboral



CONTRATO DE TRABAJO

Extremos laborales-Segunda relación laboral.

Reconocimiento prestaciones laborales- Liquidación cesantías.

Excepciones previas – Prescripción.

MAGISTRADO: Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia /09 de Abril de 2015.

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO.

DEMANDANTE: José Eutimio Suárez Suárez.

DEMANDADO: Ladrillera El Porvenir Ltda y Otros.

RADICACIÓN: 2014-367.



Ver
Providencia

TESIS: ...” se observa que en el numeral sexto de la sentencia de primer grado se declara la existencia de otro contrato de trabajo, empero no vincula al demandado URIEL FRANCISCO BONILLA CURREA como empleador; se reconoce a término fijo, vigente desde el 20 de Octubre de 2003 hasta el 7 de Febrero de 2004, identificando como empleadora a la demandada OFELIA FERNANDEZ DE MOSQUERA, evidenciándose un error al establecer como extremo final el día “7 de Febrero de 2004”, contrariando lo señalado en la parte motiva en donde se indicó probado como extremo final el día “7 de Enero de 2004”(Folio 862).

Así las cosas, se abstiene esta Corporación de realizar pronunciamiento alguno frente a lo indicado por el impugnante pues claramente se evidencia no le asiste interés para recurrir dicho numeral, sin embargo dada la contradicción entre los señalado en la parte motiva y la resolutive de la sentencia se modificará el numeral sexto de la decisión de primer grado como corresponde.

En relación con el segundo aspecto, respecto de la liquidación de las Cesantías, es cierto que resulta una contradicción en el texto de la providencia, el cual es evidente para esta Sala al revisar la sentencia proferida por el A-quo: en la parte motiva, se sostiene: *“Se pide escuetamente se condene a los demandados al pago de las” cesantías de tres años”, sin la más mínima fundamentación fáctica. Con todo, en aplicación de las facultades extra y ultra petita (artículo 50 C.P.T.), como expresión máxima de la tutela jurí-*



dica a favor del extremo débil que compone la relación del trabajo subordinado, ha (sic) de hacerse las siguientes precisiones:..."(fl. 858); en otro punto de la misma parte motiva, titulado "**Condenas extra y ultra petita:**" establece: "Ningún pronunciamiento se hará al respecto, pues no se dan los presupuestos del artículo 50 del C.P. del T., esto es, que los hechos que originen esta clase de condenas se hallen discutidos en juicio y estén debidamente probados."(Fl.861).

De lo anterior se desprende que efectivamente en materia de liquidación de cesantías el a-quo ejerció las facultades ultra y extra petita, pese a su consideración posterior. Siendo necesario entonces señalar que sobre dicha facultad consagrada en el artículo 50 del C.P.T. considera la jurisprudencia de la Corte Constitucional lo siguiente:

"El ejercicio de la mencionada potestad que tienen los jueces laborales de primera instancia no es absoluto, pues presenta como límites el cumplimiento de las siguientes condiciones: i.) que los hechos en que se sustenta se hayan debatido dentro del proceso con la plenitud de las formas legales y ii.) que los mismos estén debidamente probados; y, además, iii.) que el respectivo fallo sea revisado por el superior, en una segunda instancia, quien "puede confirmar una decisión extra petita de la primera instancia, si ella es acertada, o revocarla en caso contrario, o modificarla reduciéndola si el yerro del inferior así lo impone, decisión que no puede ser aumentada ya que, de lo contrario, sería "superar el ejercicio de la facultad, llevarla más allá de donde la ejerció el a quo y esto no le está permitido al ad quem", ni tampoco agravarla en vigencia del principio procesal de la no reformatio in pejus, garantía constitucional que hace parte del derecho fundamental al debido proceso (C.P., arts. 29 y 31)¹.

Así las cosas encuentra esta Corporación que en el presente asunto se encuentran satisfechas las condiciones para que opere dicha facultad, pues conforme a la prueba allegada y a lo debatido en primera instancia, se comprobó la existencia de una relación laboral entre la demandante y URIEL FRANCISCO BONILLA CURREA, estableciéndose como fecha inicial de la relación laboral el 12 de Marzo de 1990, la cual en materia de cesantías cobra relevancia pues es anterior a la entrada en vigencia de la ley 50 de 1990², que en su artículo 98 señaló:

"El auxilio de cesantía estará sometido a los siguientes regímenes:

- 1. El régimen tradicional del Código Sustantivo del Trabajo, contenido en el Capítulo VII, Título VIII, parte primera y demás disposiciones que lo modifiquen o adicionen, la cual continuará rigiendo los contratos de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley.*
- 2. El régimen especial que por esta Ley se crea, que se aplicará obligatoriamente a los contratos de trabajo celebrados a partir de su vigencia.*

Parágrafo.- *Los trabajadores vinculados mediante contrato de trabajo celebrados con anterioridad a la vigencia de esta Ley, podrán acogerse al régimen especial señalado en el numeral segundo del presente artículo, para lo cual es suficiente la comunicación escrita, en la cual señale la fecha a partir de la cual se acoge."*

¹ C-662 del 12 de noviembre de 1998.

² 1º de Enero de 1991.



Por tanto al celebrarse el contrato con anterioridad a la entrada en vigencia de la presente ley y al no encontrarse documento alguno que soporte la intención de la trabajadora de realizar el cambio de régimen, es dable en aplicación de las facultades ultra y extra petita el reconocimiento de las cesantías retroactivas en la forma en que acertadamente lo realizó el juez de primera instancia, en pro de los derechos mínimos e irrenunciables de la trabajadora, sin que se pueda establecer como límite lo pretendido en la demanda. Siendo importante resaltar, que dicha liquidación se realizó acorde con la normatividad vigente, sin que allí operara el fenómeno de la prescripción, pues la demanda se presentó dentro de los 3 años siguientes al momento de terminación de la relación laboral³, por lo que procedía su reconocimiento por todo el tiempo trabajado.

Por último, en lo que toca con las excepciones, encuentra esta Corporación que el juez de la causa si se ocupó de ellas según obra a folio 861 y ss; en lo particular del recurso, precisamente respecto de la prescripción estableció el "*mérito parcial*", de manera que contemplando la oportunidad de la presentación de la demanda y a voces de los artículos 488 y 489 de C.S.T., y 151 de C.P.T.; reconoció que prosperaba "*respecto de aquellos derechos exigibles con antelación al 17 de Diciembre de 2000...*", fecha que tomó en cuenta para efectos de liquidar los intereses a las cesantías, pero que como se indicó anteriormente no aplicaba para la liquidación de las cesantías al ser reclamadas en tiempo.

Teniendo que resaltar en este punto que pese a que en el numeral segundo de la sentencia se indica que la condena se impone además por prima proporcional de servicios, y compensación de vacaciones, frente a dichos concepto no se hace estudio alguno ni se tienen por incluidos en la suma allí reconocida.

SANCIÓN MORATORIA

Pago tardío de cesantías/ Contabilización del tiempo.

El Legislador señala el plazo preciso en días hábiles desde cuando opera la sanción.

Precedente Judicial/ El Juez debe respetar el precedente Judicial, ya que la unificación de la Jurisprudencia es una garantía del derecho a la igualdad.

MAGISTRADO: Dr. Jorge Eduardo Ramírez Amaya.

PROVIDENCIA: Apelación AUTO / 30 de Abril de 2015.

CLASE DE PROCESO: EJECUTIVO.

DEMANDANTE: ERLINDA ARAQUE y OTROS.

DEMANDADO: LA NACIÓN-MINISTERIO DE EDUCACION-FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO.

RADICACIÓN: 2014-420.



Ver
Providencia

³Terminación relación laboral: 7 de Julio de 2003; Presentación de la demanda: 17 de diciembre de 2003 (Fl.30) .



TESIS: ... "No hay duda para la Sala que es la Ley 244 de 1995 modificada por la Ley 1071 de 2006, la que supone la existencia de solicitud de liquidación de cesantías bien sea definitivas o parciales para proceder a la expedición del respectivo acto administrativo que ordena la liquidación, bien sea por pago directo del empleador o por parte de otra entidad; lo que desdibuja los argumentos esgrimidos por el Juez de instancia quien, a su juicio sostiene que el legislador señala el plazo preciso en días hábiles desde cuando opera la sanción, el cual no puede ser alterado jurisprudencialmente y que le corresponde al administrado a través de los diferentes mecanismos jurídicos, motivar a la administración el cumplimiento de la ley como lo es el derecho de petición, la acción de tutela, de cumplimiento y la actividad de los órganos de control, entre otros.

Es así como la administración una vez recibida la solicitud de liquidación de las cesantías, cuenta con quince (15) días hábiles para emitir la correspondiente resolución, cinco (5) días hábiles de ejecutoria, y finalmente dentro del término de los cuarenta y cinco (45) días hábiles siguientes, debe cancelar los valores liquidados so pena de incurrir en la sanción moratoria.

Al respecto, el Consejo de Estado, en sentencia de 27 de marzo de 2007, radicada No. 76001-23-31-000-2000-02513-01 (IJ), Consejero ponente: JESÚS MARÍA LEMOS BUS-TAMANTE, señaló lo siguiente:

"(...)

Sobre este aspecto conviene recalcar que la Ley 244 de 1995, artículo 1, al establecer un término perentorio para la liquidación de las cesantías definitivas buscó que la administración expidiera la resolución en forma oportuna y expedita para evitar su falta de respuesta o sus respuestas evasivas que acarreen perjuicio al peticionario. Carecería de sentido que el legislador mediante norma expresa estableciera un término especial para la liquidación y pago de cesantías si el inicio del mismo quedara al arbitrio de la administración.

Cuando la Administración resuelve el requerimiento del servidor público sobre la liquidación de sus cesantías en forma tardía buscando impedir la efectividad conminatoria de la sanción de que trata el artículo 2 de la Ley 244 de 1995, el tiempo a partir del cual comienza a correr el término para que se genere la indemnización moratoria debe contarse desde la fecha en la cual el interesado radicó la petición de reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, es decir, quince (15) días hábiles que tiene la entidad para expedir la resolución, más cinco (5) días hábiles que corresponden a la ejecutoria, en el evento de que la resolución de reconocimiento hubiere sido expedida, con la salvedad a que alude el mismo precepto, más cuarenta y cinco (45) días hábiles a partir del día en que quedó en firme la resolución, para un total de 65 días hábiles, transcurridos los cuales se causará la sanción moratoria.

Para la Sala resulta claro que ante la ausencia de pronunciamiento sobre la liquidación de las cesantías definitivas deben contarse los términos en la forma indicada para que la norma tenga efecto útil y



hacer efectiva la capacidad conminatoria de la sanción prevista por la Ley 244 de 1995, pues, de no acudirse a este medio, el cometido proteccionista de los derechos del servidor público que animó a la ley, se vería, paradójicamente, burlado por la propia ley dado que la administración simplemente se abstendría de proferir la resolución de reconocimiento de las cesantías definitivas para no poner en marcha el término para contabilizar la sanción, produciéndose un efecto perverso con una medida instituida para proteger al ex servidor público cesante.

(...)”

S
A
L
A

De lo dicho se puede colegir que en los eventos en que la administración no se pronuncie o se pronuncie tardíamente frente a solicitud de pago de auxilio de cesantía, dicha situación, salvo los casos previstos en la ley para su retención, no la exime de sanción moratoria correspondiente a un día de salario por cada día de retraso.

L
A
B
O
R
A
L

Según se desprende de la parte motiva de la Resolución 002840 del 13 de junio de 2012 expedida por ALVARO BERNAL ROJAS en su condición de Secretario de Educación de Boyacá, se observa que la docente BLANCA NELCY ORTIZ GONZALEZ, mediante petición radicada bajo el número 2011CES-023675 del 22 de julio de 2011, solicitó el reconocimiento y pago de las cesantías definitivas, la que en últimas le fue reconocida en el aludido acto administrativo, el cual cobró ejecutoria el 21 de junio de 2012 y, cuyo pago se concretó el 13 de septiembre de 2012, por parte de la FIDUPREVISORA S. A. en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, en el Banco BBVA. (fls. 7 A10).

Circunstancia homologa se da con el docente VICTOR HUGO MORALES BALLESTEROS; según se rescata de la parte considerativa de la Resolución 002945 del 19 de junio de 2012 expedida por ALVARO BERNAL ROJAS en su condición de Secretario de Educación de Boyacá, se tiene que elevó petición radicada bajo el número 2012-CES-004364 del 24 de febrero de 2012, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, la que en últimas le fue reconocida en el aludido acto administrativo, el cual cobró ejecutoria el 26 de junio de 2012 y, cuyo pago se concretó el 11 de septiembre de 2012, por parte de la FIDUPREVISORA S. A. en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consignados en el banco BBVA. (fls. 12 a14).

A su turno, JOSE ALFONSO FONSECA CORREA a quien se le expidió Resolución 002608 del 23 de mayo de 2011, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá JUAN CARLOS MARTINEZ MARTIN se observa en el acápite de consideraciones que éste presentó solicitud de reconocimiento de cesantías con radicado 2011-CES-009568 del 01 de abril de 2011 con el fin de obtener el reconocimiento y pago de las cesantías parciales, la que en últimas le fue reconocida en el aludido acto administrativo, el cual cobró ejecutoria el 30 de mayo de 2012 y, cuyo pago se concretó el 22 de diciembre de 2011, por parte de la FIDUPREVISORA S. A. en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consignados en el banco BBVA. (fls. 16 a18).



Así mismo en la Resolución 001206 del 20 de marzo de 2012, suscrita por el Secretario de Educación de Boyacá ALVARO BERNAL ROJAS se observa en las consideraciones de la misma que la docente HIDAITH ROJAS ACOSTA solicitó el pago de sus cesantías parciales bajo radicado 2011-CES-025512 del 5 de agosto de 2011, las cuales le fueron reconocidas en el mencionado acto administrativo, el cual quedó ejecutoriado el 27 de marzo de 2012, y, cuyo pago se concretó el 03 de julio de 2012, por parte de la FIDUPREVISORA S. A. en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consignados en el banco BBVA. (fls. 61 a 64).

Por último, se observa en la Resolución 001953 del 26 de abril de 2012 expedida por el Secretario de Educación de Boyacá ALVARO BERNAL ROJAS, que la docente ANA MARIELA REATIGA PRIETO presentó petición solicitando el pago parcial de sus cesantías bajo radicado 2011CES-037908 del 25 de noviembre de 2011, las cuales le fueron reconocidas en el mencionado acto administrativo, el cual quedó ejecutoriado el 4 de mayo de 2012, y, cuyo pago se concretó el 9 de agosto de 2012, por parte de la FIDUPREVISORA S. A. en su calidad de administradora de los recursos del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, consignados en el banco BBVA. (fls. 83 a 85).

Conforme a lo anterior, se observa que para realizar el cómputo de la sanción se debe contar a partir de la petición de reconocimiento de las cesantías que, como ya se dijo fue 22 de julio de 2011 para BLANCA NELCY ORTIZ GONZALEZ, 24 de febrero de 2012 para VICTOR HUGO MORALES BALLESTEROS, 1 de abril de 2011 para JOSE ALFONSO FONSECA CORREA, 5 de agosto de 2011 para HIDAITH ROJAS ACOSTA y 25 de noviembre de 2011 para ANA MARIELA REATIGA PRIETO, así, desde el día siguiente hábil deberá empezarse a contar el término de 65 días hábiles que tenía la administración para resolver, es decir, los días 22 de julio de 2011, 24 de febrero de 2012, 1 de abril de 2011, 5 de agosto de 2011 y 25 de noviembre de 2011, respectivamente, fechas pertinentes para comenzar a contar la obligación de la administración de efectuar el reconocimiento de la aludida prestación social.

...(...)

Considerando por tanto oportuno recordar al juez de primera instancia que la unificación de la jurisprudencia es una garantía del derecho a la igualdad y que, respecto de aquellas decisiones que no son susceptibles de ser conocidas en sede de Casación, corresponde a los Tribunales Superiores de cada Distrito Judicial dicha tarea y por ende, debe ser acatada por los juzgados de primera instancia, en aras de salvaguardar derechos fundamentales de los intervinientes, particularmente el derecho a la igualdad en procesos de la misma naturaleza.

DICTAMEN PERICIAL

Objeción al dictamen/ error grave.

Naturaleza jurídica/ Contradicción.

El Juez Decretará las pruebas necesarias a fin de resolver la existencia del error.



MAGISTRADA: Dra. Fanny Elizabeth Robles Martínez.
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia de fecha 23 de Abril de 2015.
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO LABORAL.
DEMANDANTE: MARTA PATRICIA QUINTERO PACHECO.
DEMANDADO: BANCO DE BOGOTA Y OTRO.
RADICACIÓN: 2015-322.



Ver
Providencia

TESIS: ... *"De acuerdo con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o reforme. Así, el **problema jurídico** consiste en determinar si la decisión del a quo de no decretar las pruebas solicitadas por el apoderado de la parte demandada solicitadas en la objeción al dictamen pericial se ajusta a derecho.*

Respecto al tema es necesario recordar lo preceptuado por el artículo 238 No.5 del C.P.C. que a la letra señala:

"ARTÍCULO 238. CONTRADICCIÓN DEL DICTAMEN.

1. Del dictamen se correrá traslado a las partes por tres días durante los cuales podrán pedir que se complemente o aclare, u objetarlo por error grave.
2. Si lo considera procedente, el juez accederá a la solicitud de aclaración o adición del dictamen, y fijará a los peritos un término prudencial para ello, que no podrá exceder de diez días.
3. Si durante el traslado se pide complementación o aclaración del dictamen, y además se le objeta, no se dará curso a la objeción sino después de producidas aquéllas, si fueren ordenadas.
4. De la aclaración o complementación se dará traslado a las partes por tres días, durante los cuales podrán objetar el dictamen, por error grave que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en éstas.
5. En el escrito de objeción se precisará el error y se pedirán las pruebas para demostrarlo. **De aquél se dará traslado a las demás partes en la forma indicada en el artículo 108, por tres días, dentro de los cuales podrán éstas pedir pruebas. El juez decretará las que considere necesarias para resolver sobre la existencia del error, y concederá el término de diez días para practicarlas.** El dictamen rendido como prueba de las objeciones no es objetable, pero dentro del término del traslado las partes podrán pedir que se complemente o aclare.



“(...) La naturaleza jurídica del dictamen pericial y su contradicción

La doctrina tradicional en materia probatoria confiere al dictamen pericial una doble condición: Es, en primer término, un instrumento para que el juez pueda comprender aspectos fácticos del asunto que, al tener carácter técnico, científico o artístico, requieren ser interpretados a través del dictamen de un experto sobre la materia de que se trate. En segundo lugar, el experticio es un medio de prueba en si mismo considerado, puesto que permite comprobar, a través de valoraciones técnicas o científicas, hechos materia de debate en un proceso. Es por esta última razón que los ordenamientos procedimentales como el colombiano, prevén que el dictamen pericial, en su condición de prueba dentro del proceso correspondiente, debe ser sometido a la posibilidad de contradicción de las partes, mediante mecanismos como las aclaraciones, complementaciones u objeciones por error grave.

...

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil prevé que rendido el dictamen por parte del perito, debe rendírsele traslado a las partes por el término de tres días, con el fin que manifiesten si debe ser aclarado o complementado, o para objetarlo por error grave. Para el caso de la aclaración o adición del dictamen, se confiere al juez la potestad de determinar su conveniencia y, de aceptarlos, impartirá el trámite correspondiente.

La aclaración o complementación del dictamen pericial, como se infiere de la misma expresión gramatical, buscan que los peritos adicione la experticia frente a omisiones en que hubieren incurrido en el objeto de prueba, o bien resuelvan aspectos contradictorios u oscuros del mismo. En ese sentido, las facultades procesales mencionadas buscan garantizar el derecho de contradicción de las partes, de manera tal que puedan cuestionar a los peritos sobre el contenido y resultados del dictamen. A su vez, es una oportunidad para que los peritos presenten una nueva experticia, que responda a los interrogantes planteados por las partes. Se trata, en últimas, de un control de la prueba en sede judicial, a través de un procedimiento reglado, el cual tiene como bases (i) la previsión de oportunidades e instancias para que las partes conozcan el contenido del dictamen; y (ii) la disposición de herramientas para que las partes logren cuestionar aspectos sustantivos de la prueba.

Así, el resultado de este trámite es la recomposición del dictamen por un nuevo, que supere las falencias acreditadas por las partes. Sobre el particular, ha previsto la Corte que *"...la explicación, ampliación o aclaración de un dictamen pericial, en orden al esclarecimiento y precisión de los hechos cuestionados, bien pueden conducir a la modificación o rectificación del concepto inicialmente rendido, pero en todo caso, dentro de la esfera de un mismo peritaje. De suerte que en cualquiera de estos eventos se trata de una extensión del trabajo originariamente realizado por los peritos, que tiene como fin la cualificación procesal de la información suministrada a través del dictamen"*^{[9]. [\[10\]](#)}

⁴ M.P. Luis E. Vargas S.



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

El mismo artículo 238 C.P.C. señala que, además de la complementación u aclaración, también existe la posibilidad que las partes aleguen la objeción del dictamen por error grave. En este caso se está ante un procedimiento sometido a mayores estándares que el de la adición u aclaración, pues debe formularse por escrito de la parte objetante, del cual se corre traslado a las demás sujetos procesales para que se pronuncien sobre la objeción. Además, la objeción cuenta con un periodo probatorio particular, en el que se practican tanto las pruebas solicitadas por la parte objetante, como las que el juez estime pertinentes. En este aspecto, la ley procesal llega incluso a permitir que las partes sean asesoradas por expertos, quienes presentarán informes que conformarán sus alegaciones respectivas. La objeción implica, del mismo modo, que los peritos presenten un nuevo dictamen el cual, como es natural, no puede ser objetado. Luego de culminada esa etapa probatoria y presentados los alegatos del caso, la objeción se resolverá bien en sentencia, cuando el dictamen se haya practicado en el marco de un proceso principal, o bien en el auto que decide el trámite incidental dentro del cual se hubiere solicitado la prueba pericial.

La naturaleza agravada del trámite de objeción del dictamen se explica a partir de la entidad de los errores que pueden alegarse en esa instancia. La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado sobre este tópico cómo *"...(...), si se objeta un dictamen por error grave, los correspondientes reparos deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos (...) pues lo que caracteriza el desacierto de ese linaje y permite diferenciarlo de otros defectos imputables a un peritaje, (...) es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se derivan (...), de donde resulta a todas luces evidente que las tachas por error grave a que se refiere el numeral 1º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada (...)"*. (Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Auto sept. 8/93, Exp. 3446. M.P. Carlos Esteban Jaramillo S.).

Como se observa, aunque la adición y complementación del dictamen, y su objeción por error grave, difieren en razón de la entidad de los defectos alegados contra el dictamen, comparten la consecuencia jurídica de obligar a que se presente una nueva experticia. En el primer caso, se trata de una extensión del trabajo de los peritos, a fin de dar respuesta a los interrogantes planteados por las partes, por lo que toma la forma de modificación al dictamen primigenio. En el segundo evento, el nuevo dictamen pericial tiene el valor de prueba dirimente para acreditar la pertinencia de la objeción planteada por los interesados.

...

En suma, la Sala concluye que existen diversos escenarios de control y contradicción del dictamen pericial. Los dos primeros analizados, esto es, la adición, aclaración y objeción, buscan contar con nuevos elementos de prueba dentro del mismo proceso, que resuelvan los yerros o dificultades que presente el dictamen, identificados por las partes interesadas.

El tercero, relativo a la competencia judicial de valoración de la prueba, apunta a determinar (i) el cumplimiento de las pautas legales para la recolección y práctica de la prueba; y (ii) el poder de comprobación del dictamen frente a los hechos materia de litigio. *(Negrillas de la Sala).*(...)"

...(...)



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

Ahora en la decisión que decretó la nulidad parcial de la actuación lo que se señaló fue que el A quo debía resolver la solicitud de práctica de pruebas hecha por la demandada dentro del Incidente de objeción al dictamen pericial, para que se surtiera el trámite establecido en la ley. Actuación que se surtió el 14 de agosto de 2014 cuando el A quo declaró improcedente la solicitud de objeción al dictamen pericial por lo que no decretó las pruebas solicitadas por la parte demandada, es decir que no le asiste razón al apoderado de la parte demandada Banco de Bogotá al señalar que lo que dispuso el Tribunal fue correr traslado de la objeción presentada, decretar las pruebas y resolver en la sentencia la objeción propuesta, pues mal podía estudiar si procedía o no la práctica de pruebas invadiendo la órbita de competencia de la primera instancia.

Finalmente sobre la afirmación de que el A quo resuelve de manera extemporánea el incidente de nulidad cabe señalar que la misma norma indica "La objeción se decidirá en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente dentro del cual se practicó el dictamen", es decir que es procedente tramitarlo en cualquiera de estos dos momentos, en la sentencia o en el auto que resuelva el incidente que para el caso en concreto fue la decisión de fecha 14 de agosto de 2014, en la que el A quo declaró improcedente el mismo.

...(...)

EJECUTIVO

Suspensión del proceso/ Requisitos- la decreta el juez.

Trámite de lesividad/ Trámite administrativo.

MAGISTRADA: Dra. Fanny Elizabeth Robles Martínez.

PROVIDENCIA: Apelación Providencia de fecha 19 de Mayo de 2015.

CLASE DE PROCESO: EJECUTIVO.

DEMANDANTE: DALMA CONSUELO AMEZQUITA ÁVILA.

DEMANDADO: DEPARTAMENTO DE BOYACÁ.

RADICACIÓN: 2015-153.



Ver
Providencia



TESIS: ...” De acuerdo con el artículo 350 del Código de Procedimiento Civil, aplicable a los juicios del trabajo por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo, el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida en la providencia de primer grado y la revoque o modifique.

Así, el problema jurídico que debería abordar la Sala sería determinar si:

- ♦ Debe suspenderse el trámite del proceso hasta que la acción de lesividad sea decidida.

La suspensión del proceso es una figura que permite detener el proceso por determinado espacio de tiempo y solo puede ser decretada por el juez cuando concorra cualquiera de las circunstancias establecidas en el artículo 170 del código de procedimiento civil que indica:

“(…) ARTÍCULO 170. SUSPENSION DEL PROCESO. El juez decretará la suspensión del proceso:

1. Cuando iniciado un proceso penal, el fallo que corresponda dictar en él haya de influir necesariamente en la decisión del civil, a juicio del juez que conoce de éste.
2. Cuando la sentencia que deba dictarse en un proceso, dependa de lo que deba decidirse en otro proceso civil que verse sobre cuestión que no sea procedente resolver en el primero, o de un acto administrativo de alcance particular cuya nulidad esté pendiente del resultado de un proceso contencioso administrativo, salvo lo dispuesto en los Códigos Civil y de Comercio y en cualquiera otra ley.

No obstante, el proceso ejecutivo no se suspenderá por que exista un proceso ordinario* iniciado antes o después de aquél, que verse sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, si en éste es procedente alegar los mismos hechos como excepción.

3. Cuando las partes la pidan de común acuerdo, por tiempo determinado, verbalmente en audiencia o diligencia, o por escrito autenticado por todas ellas como se dispone para la demanda.

Si la suspensión recae solamente sobre uno de los procesos acumulados, aquél será excluido de la acumulación, para continuar el trámite de los demás.(…)”

El juez de instancia decretó la suspensión del proceso con base en el numeral segundo del citado artículo, por considerar que de la decisión que se tome en el proceso contencioso administrativo sobre la nulidad del decreto departamental 00246 del 11 de marzo de 2008 (acción de lesividad) invocado en este proceso como título ejecutivo dependerá que se pueda determinar si el mismo es válido o nulo.

Dispone el artículo 171 del CPC:

“(…) ARTÍCULO 171. DECRETO DE LA SUSPENSION Y SUS EFECTOS. < Corresponderá al juez que conoce del proceso, resolver sobre la procedencia de la suspensión.

La suspensión a que se refieren los numerales 1. Y 2. del artículo precedente, sólo se decretará mediante la prueba de la existencia del proceso que la determina y una vez que el proceso que debe suspenderse se encuentre en estado de dictar sentencia.

La suspensión del proceso producirá los mismos efectos de la interrupción a partir del hecho que la genere o de la ejecutoria del auto que la decrete, el cual es apelable en el efecto suspensivo. El que la niegue, en el devolutivo. (...)"



Conforme a lo anterior la suspensión del proceso cuando se invoca el numeral segundo del artículo 170 del CPC solo se decretara mediante la prueba de la existencia del proceso que lo determina y una vez que el proceso se encuentre en estado de dictar sentencia.

Lo primero que cabe decir es que dentro del proceso obra la prueba de la Acción de lesividad que se adelanta en el Tribunal Administrativo de Boyacá instaurada por el Departamento de Boyacá a folios 88 y ss. del expediente, cumpliéndose a plenitud con el primer requisito señalado en la norma. Sin embargo el estado actual del proceso que nos ocupa no es el de dictar sentencia, por cuanto el A quo decidió el recurso de reposición interpuesto contra el mandamiento de pago, es decir que no se satisfacen los requisitos mencionados en la norma para que pueda decretarse la suspensión del proceso en esta etapa procesal.

Así las cosas se revocara el ordinal segundo de la decisión de acuerdo a lo expuesto.

Finalmente y en relación con el argumento de impugnación según el cual no cabe la suspensión del presente proceso ejecutivo porque en éste es procedente alegar como excepción los mismos hechos que dieron origen al proceso ordinario que versa sobre la validez o la autenticidad del título ejecutivo, considera la Sala que de acuerdo a los documentos obrantes a partir del folio 92 del expediente, se establece que los mismos están encaminados es a sacar del mundo jurídico ese decreto que constituye el título base de ejecución y que por ende dio lugar al mandamiento de pago, no a discutir la obligación contenida en él que es el objeto de las excepciones de mérito, que se debe resolver en el momento procesal pertinente y no en este en que la controversia se centra en el mandamiento de pago.

...(...)

S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

NULIDAD

Saneable/Insaneable/Causales-Taxativas.

Indebida notificación al demandado.

Indebida notificación a las personas indeterminadas.

Violación al derecho de defensa/EL Juez no designó Curador Ad-Lítem y dio por no contestada la demanda.



MAGISTRADA: Dra. María Isbelia Fonseca González.
PROVIDENCIA: Apelación Providencia /22 de Enero de 2015.
CLASE DE PROCESO: ORDINARIO LABORAL.
DEMANDANTE: LUIS HERNANDO PEDRAZA NEISA.
DEMANDADO: SUCESIÓN DE MARCELIANO GIL GRIJALBA Y OTRO.
RADICACIÓN: 2014-373.



Ver
Providencia

TESIS: ... "Muestran las diligencias, que la Juez Primero Laboral del Circuito de Tunja, decretó la nulidad de lo actuado por indebida representación de la parte demandada, conforme al numeral 7 del artículo 140 del C.P.C., considerando que no se acreditó la existencia y representación legal de la sucesión de MARCELIANO GIL GRIJALBA, luego la ausencia del presupuesto procesal de la capacidad para ser parte impide dictar sentencia de fondo.

Al respecto la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 5 de diciembre de 2008. M.P WILLIAM NAMÉN VARGAS indicó:

"5. *De otra parte, fallecida la persona se abre su sucesión en todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, los cuales, bajo los parámetros de la ley (ab intestato) o del testamento (testato), pasan a sus herederos in totum o en la cuota que les corresponda, excepto los intuitus personae o personalísimos.*

La sucesión mortis causa, presupone muerte, real o presunta, no es sujeto iuris ni ostenta personificación jurídica (cas. civ., sentencia de 27 de octubre de 1970), apenas constituye un patrimonio acéfalo que debe ser liquidado. (resalto fuera del texto)

*En tal hipótesis, los herederos, asignatarios o sucesores a título universal, son continuadores del de cuius, le suceden y le representan para todos los fines legales (artículos 1008 y 1155, Código Civil), pues, "como la capacidad para todos los individuos de la especie humana (...) para ser parte de un proceso está unida a su propia existencia, como la sombra al cuerpo que la proyecta, es palmario que una vez dejan de existir **pierden su capacidad para promover o afrontar un proceso.** Y ello es apenas lógico, porque la capacidad de los seres humanos para adquirir derechos o contraer obligaciones, es decir, su capacidad jurídica, atributo determinante para que, en el mundo del derecho, puedan ser catalogados como personas, se inicia con su nacimiento (art. 90 del C. C.) y termina con su muerte, como lo declara el artículo 9o. de la ley 153 de 1887". (...) Sin embargo, como el patrimonio de una persona no desaparece con su muerte, sino que se transmite a sus asignatarios, es evidente que sus derechos y obligaciones transmisibles pasan a sus herederos, quienes como lo estatuye el artículo 1155 del Código Civil representan la persona del de cuius para sucederle en todos sus derechos y obligacio-*

nes transmisibles” “es pues el heredero, asignatario a título universal, quien, en el campo jurídico, pasa a ocupar el puesto o la posición que, respecto a sus derechos y obligaciones transmisibles tenía el difunto. Por tanto es el heredero quien está legitimado para ejercer los derechos de que era titular el causante y, de la misma manera está legitimado por pasiva para responder por las obligaciones que dejó insolutas el de cuius (...)”



En esta medida, la **sucesión** al ser una masa de bienes que forman el activo y el pasivo del causante, no es una persona jurídica y, por lo mismo, no es propiamente el sujeto de los derechos y obligaciones, ni la entidad que pueda comparecer en juicio con capacidad para ser parte y litigar. Son los herederos los sujetos del derecho de herencia, radicado en su cabeza al morir el causante, los llamados a responder de las obligaciones dejadas por éste, o a reclamar los derechos del patrimonio sucesoral del mismo.

Lo que significa que la sucesión no es persona ni natural, ni jurídica; por lo mismo no tiene capacidad para ser parte de un proceso; por lo tanto las obligaciones a cargo del causante se demandan **a través de los sucesores** quienes deben responder por las obligaciones entre las cuales se encuentran los pasivos a cargo del causante.

...(...)

..En esas condiciones el artículo 83 del C.P.C establece que cuando se pretenda demandar en proceso de conocimiento a los herederos de una persona cuyo proceso de sucesión no se ha iniciado y cuyos nombres se ignoran, la demanda debe dirigirse indeterminadamente contra todos los que tengan dicha calidad y el auto ordenará emplazarlos en la forma y para los fines dispuestos en el artículo 318. **Pero si se conoce a algunos de los herederos la demanda se dirigirá contra éstos y los indeterminados.** Esta situación fue la que ocurrió en el presente asunto, como quedó expuesto.

De manera que cuando se dirige el proceso en contra de los herederos como en el caso examinado, para la demostración de la legitimación por pasiva, el demandante debe acompañar con la demanda la prueba de la calidad de heredero con que se cite al demandado (numeral 5 artículo 77 CP.C), la cual corresponde a la prueba del parentesco.

Al respecto, la Corte Constitucional en sentencia T-917 del 07 de diciembre de 2011, M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB

“En relación con la prueba de la calidad de heredero, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha precisado:

*(...) debe, pues, quien invoca el título de heredero, aportar copia del testamento, debidamente registrada, en que se le instituyó asignatario, o **copia de las actas del estado civil que demuestran su parentesco con el difunto**, vínculo que se deriva su derecho sucesorio, pues como lo estatuye el artículo 1298 del Código Civil, la herencia queda aceptada expresamente por quien toma el título de heredero. También puede demostrarse esta calidad, con copia del auto dictado dentro del respectivo proceso sucesorio, en que se haya declarado que se le reconoce esta calidad a la persona que la invoca”*

...(...)



Además de lo anterior, el demandante debe indicar y acreditar si se adelantó proceso de sucesión con el fin de promover la demanda contra los herederos reconocidos en el juicio mortuorio o hacer la manifestación sobre el desconocimiento de dicha situación. Requisitos que no se cumplen en el caso examinado, porque no hay prueba de la defunción, ni se hizo la manifestación, acerca del trámite de la sucesión, lo que tampoco controló la Juez oportunamente.

Esas omisiones, en principio generan irregularidades de la actuación que inhiben un pronunciamiento de fondo; pero, esas imprevisiones no necesariamente deben conducir a la anulación de toda la actuación, porque el artículo 48 C.P.T y la S.S. le impone al Juez como director del proceso, adoptar las medidas necesarias para garantizar el respeto de los derechos fundamentales; el equilibrio entre las partes y la celeridad del proceso.

También, el párrafo del artículo 26 del C.P.T y la S.S., le impone al Juez adoptar las medidas conducentes para la obtención de esa prueba, lo cual indica como se dijo que no siempre el camino para convalidar la irregularidad deba ser la nulidad de la actuación, porque ello quebranta los principios aludidos.

Con mayor razón, cuando la causal 7º del artículo 140 del C.P.C que invoca la Juez de primera Instancia, para dejar sin efecto la actuación, en el supuesto en que se tipificará, es saneable como lo indica el artículo 145 cuyo texto es el siguiente:

*"Artículo 145 C.P.C: En cualquier estado del proceso antes de dictar sentencia, el Juez debe declarar de oficio las nulidades insaneables que observe. **Si la nulidad fuere saneable ordenará ponerla en conocimiento de la parte afectada por auto que se notificará como se indica en los numerales 1º y 2º del artículo 320.** Si dentro de los tres días siguientes al de notificación dicha parte no alega la nulidad, ésta quedará saneada y el proceso continuará su curso; en caso contrario el juez la declarará."*

Luego, a partir de los referentes anteriores, esa irregularidad debió sanearse requiriendo a la parte para que aporte la prueba que echa de menos la Funcionaria, con el fin de evitar nulidades la cual debe ser la *ultima ratio*, en el evento en que requerida la parte, no allegare la prueba que permita emitir pronunciamiento de fondo.

En esas condiciones la decisión de la Juez Primera Laboral, se aparta del ordenamiento, pues declarar una nulidad, con fundamento en la causal 7ª del artículo 140 *ibid*, quebranta los principios de celeridad, economía procesal y acceso a la administración de justicia, al pretermittir la posibilidad de que las partes saneen la omisión, poniéndosela en conocimiento, pues, la falta del certificado de defunción se puede corregir aportándolo; como consecuencia se revocará la decisión de primera instancia, para que en su lugar se de aplicación al artículo 145 del C.P.C..

Al respecto, hay que aclarar que por mandato expreso del Código Procesal del Trabajo, artículo 41, las notificaciones se efectuaran **i.** Personalmente; **ii.** En estrados; **iii.** Por estrados; **iv.** Por edicto y **v.** Por conducta concluyente; de lo que se concluye que la "notificación por aviso" prevista en el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil no es aplicable al proceso laboral que se examina.

Pues, el Estatuto Procesal del Trabajo en el artículo 29 establece que, una vez enviada la citación para notificación personal al demandado, sin que éste comparezca, se le enviará una citación por aviso judicial, en la que se le informa que debe concurrir al juzgado



dentro de los 10 días siguientes a su entrega, para notificarle el auto admisorio de la demanda y la advertencia de que si no comparece se le designará un curador para la litis. Esta citación difiere de la notificación por aviso que regula el artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, porque en ésta última se hace la advertencia "de que la notificación se considerará surtida al finalizar el día siguiente al de la entrega del aviso".

En síntesis, en materia laboral si después de enviada la citación por aviso judicial el demandado no comparece, el trámite a seguir será "la designación de un curador para la litis"; diferente a lo mandado en la normativa civil en la cual se indica que enviado el aviso, la consecuencia es que la notificación se entenderá surtida al finalizar el día siguiente al recibo del aviso.

Ciertamente, en el caso examinado se constata un claro desconocimiento de derechos al debido proceso y a la defensa del demandado JOSE MARCELIANO GIL BUITRAGO, pues la irregularidad que registra la actuación no fue examinada por la Juez de primera instancia y que debido al grado de afectación de los derechos del nombrado demandado, se impone la declaratoria de nulidad de la actuación, porque se tipifican las causales 8º y 9º del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo.

El texto del artículo 140 del Código de Procedimiento Civil, en lo pertinente establece:

"ARTÍCULO 140. CAUSALES DE NULIDAD. El proceso es nulo en todo o en parte, solamente en los siguientes casos:

*8. Cuando no se practica en **legal forma la notificación al demandado** o a su representante, o al apoderado de aquél o de éste, según el caso, del auto que admite la demanda o del mandamiento ejecutivo, o su corrección o adición.*

*9. **Cuando no se practica en legal forma la notificación a personas determinadas**, o el emplazamiento de las demás personas aunque sean indeterminadas, que deban ser citadas como partes, o **de aquellas de deban suceder en el proceso a cualquiera de las partes**, cuando la ley así lo ordena, o no se cita en debida forma al Ministerio Público en los casos de ley.*

De donde se concluye que en el caso examinado se configuró la causal de nulidad contemplada en el numeral 8 y 9 del artículo 140 del C.PC. pues: **i.** No se practicó legalmente la notificación del auto admisorio de la demanda a la parte demandada JOSE MARCELIANO GIL BUITRAGO, a quien se tuvo notificado como quedó explicado, con lo cual se le quebrantó su derecho fundamental al debido proceso, y **ii.** Ante la falta de comparecencia del demandado la primera instancia no adoptó las medidas necesarias para garantizarle el derecho a la defensa, designándole un curador para la litis que lo representara, sino que optó por tener por no contestada la demanda.

...(...)



EJECUTIVO

Medidas cautelares/ - Embargo y Secuestro.

Caución – Garantía Bancaria – Garantía Compañía de Seguros.

Levantamiento de las medidas cautelares/ Embargo y Secuestro de Recursos que provienen del Sistema General de Participaciones.

Excepciones/ Procedencia o Improcedencia de la Medida Cautelar.

MAGISTRADA: Dra. María Isbelia Fonseca González.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia / 23 de Junio de 2015.

CLASE DE PROCESO: EJECUTIVO.

EJECUTANTE: INSTITUTO NACIONAL DE CANCEROLOGÍA E.S.E.

EJECUTADO: COOSALUD.

RADICACIÓN: 2015-220.



Ver
Providencia

TESIS: ... "Para abordar el tema problema jurídico planteado relacionado con el levantamiento de las medidas cautelares el artículo 104 de Código Procesal del Trabajo señala:

"Si el deudor pagare inmediatamente o diere caución real que garantice el pago en forma satisfactoria para el Juez, se decretará sin más trámite el desembargo y el levantamiento del secuestro".

Por su parte el artículo 687 del Código de Procedimiento Civil, aplicable por remisión del artículo 145 del Estatuto Procesal Laboral, establece los casos en los que es procedente el levantamiento del embargo y secuestro, y en el numeral 3º establece que en los procesos ejecutivos será viable levantar las medidas cautelares en los eventos contemplados en el artículo 519 ibid.

La norma citada permite que para evitar el embargo y secuestro de los bienes del ejecutado y con el objeto de garantizar el pago del crédito y de las costas del proceso, éste deberá prestar caución en dinero o constituir garantía bancaria o de compañía de seguros por el monto que el juez determine, lo anterior dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de la sentencia que desestime las excepciones o del auto que acepte el desistimiento de ellas, aclarando que en materia laboral la decisión que resuelve las excepciones es un auto interlocutorio.

Sin embargo, cuando las medidas cautelares se han perfeccionado; la normativa citada establece: *“el demandado podrá solicitar la cancelación y levantamiento de la misma previa consignación de la cantidad de dinero que el juez estime suficiente para garantizar el pago del crédito y las costas, la cual se considerará embargada para todos los efectos”*.

En el *sub examine*, la ejecutada COOSALUD EPS-S con el objeto de que se levanten las medidas cautelares decretadas y practicadas sobre las cuentas que la demandada posee en diferentes entidades financieras y los recursos girados por el Departamento de Boyacá, entre otros, argumentó que los recursos objeto de la medida son inembargables, porque provienen del Sistema General de Participaciones y la EPS del régimen subsidiado las administra, razón por la cual procede el levantamiento de las medidas cautelares, sin ninguna condición.

De la normativa citada, se colige que no es procedente fijar caución para constituir garantía bancaria o de compañía de seguros *cuando ya se han practicado las medidas cautelares*; pues en este evento, lo procedente es consignar a órdenes del juzgado la cantidad de dinero que fije el juez para asegurar el pago que se ejecuta, como en efecto lo hizo el juzgado.

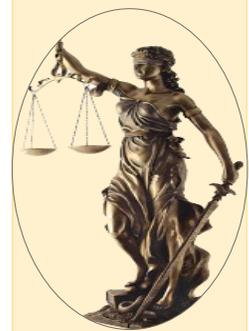
No obstante, en la sustentación de la alzada la ejecutada pretende que se levanten las medidas cautelares decretadas sin ninguna condición, porque los recursos que maneja son inembargables, pero sin allegar ningún medio de prueba que acredite dicha situación, razón por lo cual no es procedente acceder a la petición, pues los embargos ya se practicaron y el procedimiento es el indicado.

Sumado a lo anterior y como lo indicó el a quo, los dineros embargados a pesar de que hacen parte de los recursos manejados por una entidad promotora de salud del régimen subsidiado, no todos pertenecen al Sistema General de Participaciones⁵, porque precisamente se tuvo en cuenta al practicar las medidas que no se trataran de este tipo de recursos, que aunque tienen la calidad de inembargables como lo indica la demandada, dicha restricción no es absoluta.

Al respecto, la Corte Constitucional en la sentencia C-313 del 29 de mayo de 2014 al analizar la constitucionalidad del artículo 25 del proyecto de la Ley estatutaria 209 de 2013 del proyecto de Ley Estatutaria 209 de 2013 Senado y 267 de 2013 Cámara *“por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la Salud”* que establece la calidad de inembargable de los recursos de la salud y la destinación específica de los mismos, señaló:

“En lo que respecta al carácter público que se le atribuye a los recursos de salud, esta Corporación ha precisado, en reiteradas ocasiones⁶, que dicho peculio es de índole parafiscal, aspecto que refuerza su naturaleza pública.

Ahora bien, en lo concerniente a la inembargabilidad de los recursos de la salud y a la destinación específica de los mismos, es de advertir que, tal como lo ha sostenido la Corte en varias de sus providencias, “la inembargabilidad busca ante todo proteger los dineros del Estado -en este caso los de las entidades descentralizadas del orden departamental - para asegurar en esa forma que se apliquen a los fines



⁵ Fl. 31 c. desembargo.

⁶ Cfr. Sentencias T-1195 de 2004, C-824 de 2004 y C-262 de 2013 entre otras.



S
A
L
A

L
A
B
O
R
A
L

finés de beneficio general que les corresponden, haciendo realidad el postulado de prevalencia del interés común plasmado en el artículo 1º de la Carta⁷. *Para la Sala, la prescripción que blindó frente al embargo a los recursos de la salud, no tiene reparos, pues, entiende la Corte que ella se aviene con el destino social de dichos caudales y contribuye a realizar las metas de protección del derecho fundamental. **Con todo, encuentra la Corporación que la regla que estipula la inembargabilidad, eventualmente puede chocar con otros mandatos, por ello, tienen lugar las excepciones al momento de definirse en concreto la procedencia o improcedencia de la medida cautelar.***

En este último sentido, advierte el Tribunal Constitucional que la aplicación del enunciado deberá estar en consonancia con lo que ha sentado y vaya definiendo la jurisprudencia, pues, la Corte se ha pronunciado respecto de la inembargabilidad de los dineros públicos, entre ellos algunos destinados a la salud, muestra de esto es la sentencia C-1154 de 2008, en la cual, se estudió si el mandato contenido en el artículo 21 del Decreto 28 de 2008 el cual preceptúa que los recursos del Sistema General de Participaciones son inembargables, concluyendo la Sala que:

“(…) la prohibición de embargo de recursos del SGP (i) está amparada por el artículo 63 de la Carta Política, que autoriza al Legislador para determinar qué bienes y recursos públicos son inembargables. Así mismo, (ii) está dirigida a garantizar la destinación social y la inversión efectiva en los servicios de educación, salud, saneamiento básico y agua potable, de acuerdo con la exigencia prevista en los artículos 356 y 357 de la Constitución y la reforma introducida en el Acto Legislativo No. 4 de 2007. Además, (iii) es coherente con el mandato que el Constituyente dio al Gobierno Nacional para definir una estrategia de monitoreo, seguimiento y control al gasto ejecutado con recursos del SGP, con miras a garantizar las metas de continuidad, calidad y cobertura definidas en la ley. Desde esta perspectiva, es claro que la cláusula de inembargabilidad de los recursos del SGP persigue fines constitucionalmente legítimos, compatibles con la naturaleza y destino social de esos recursos (…)

*Sin embargo, en la misma decisión se reconoce que **la inembargabilidad no opera como una regla, sino como un principio y por ende no debe tener carácter absoluto.** Observó la Sala:*

“(…) no pueden perderse de vista otros valores, principios y derechos constitucionales como la dignidad humana, el principio de seguridad jurídica, el derecho a la propiedad, el acceso a la justicia y el derecho al trabajo, entre otros. Es por ello que (la norma cuestionada) acepta la imposición de medidas cautelares, **para lo cual advierte que las mismas se harán efectivas sobre ingresos corrientes de libre destinación de las entidades territoriales (…)**”.

“(…) podrán imponerse medidas cautelares sobre los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial, y, si esos recursos no son suficientes para asegurar el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica (…)

⁷ Cfr. Sentencia C-263 de 1994.

“Declarar **EXEQUIBLE**, en lo acusado, el artículo 21 del Decreto 28 de 2008, en el entendido de que el pago de las obligaciones laborales reconocidas mediante sentencia debe efectuarse en el plazo máximo de dieciocho (18) meses, contados a partir de la ejecutoria de la misma, y de que si los recursos correspondientes a los ingresos corrientes de libre destinación de la respectiva entidad territorial no son suficientes para el pago de las citadas obligaciones, deberá acudir a los recursos de destinación específica”.

Por lo que hace relación a la destinación específica, dijo la misma Corte en la Sentencia C-155 de 2004, lo siguiente:

“De manera imperativa el cuarto inciso del artículo 48 superior establece que ‘No se podrán destinar ni utilizar los recursos de las instituciones de la Seguridad Social para fines diferentes a ella’.

En relación con dicho precepto superior la Corte constitucional en numerosas decisiones de tutela ha estado llamada a examinar el tratamiento que se debe dar a los recursos de la seguridad social que se encuentren depositados en entidades financieras en liquidación para asegurar precisamente el mandato de destinación y utilización exclusiva de los recursos de las instituciones de seguridad social.

Al respecto la Corte ha hecho énfasis en i) la naturaleza parafiscal de los recursos de la seguridad social tanto en materia de salud como en pensiones ii) en el tratamiento particular que debe dársele a dichos recursos en los procesos de liquidación de las entidades financieras y iii) en la imposibilidad de asimilar el caso de los depósitos de recursos parafiscales de la seguridad social en las entidades financieras con las indemnizaciones debidas por concepto de contratos de reaseguro de las enfermedades de alto costo.

3.1.2 Esta Corporación de manera reiterada ha precisado en efecto que los recursos que ingresan al Sistema de Seguridad Social, tanto en Salud como en pensiones, llámense cotizaciones, aportes, cuotas moderadoras, pagos compartidos, copagos, tarifas, deducibles o bonificaciones, son en realidad contribuciones parafiscales de destinación específica, en cuanto constituyen un gravamen, fruto de la soberanía fiscal del Estado, que se cobra obligatoriamente a determinadas personas para satisfacer sus necesidades de salud y pensiones y que, al no comportar una contraprestación equivalente al monto de la tarifa fijada, se destinan también a la financiación global bien del Sistema General de Seguridad Social en Salud, bien del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones:

Al respecto cabe recordar particularmente lo dicho por la Corte en la Sentencia SU-480 de 1997 en la que se señaló igualmente que los aportes del presupuesto nacional destinados a la seguridad social tienen idéntica naturaleza y destinación específica”.





De esta manera, el precepto reitera lo dispuesto en el artículo 48 Superior y la comprensión que a la destinación específica ha fijado la jurisprudencia constitucional, con lo cual se controla el uso que los diferentes actores del sistema den a los recursos de la salud.

*En este sentido, respecto a la interpretación que pueda atribuírsele a la parte final de la disposición, esto es: "...no podrán ser dirigidos a fines diferentes a los previstos constitucional y legalmente", claro se advierte que de ninguna manera resulta de recibo una lectura según la cual, el legislador estaría habilitado para establecer una destinación diferente a los recursos de la seguridad social en salud, por cuanto ello contravendría el inciso cuarto del artículo 48 de la Carta Política. **Esta comprensión del artículo 25 no se armonizaría con la Constitución, como quiera que bajo ninguna circunstancia los recursos de salud podrán destinarse al pago de otros emolumentos que no se relacionen directamente con la garantía el derecho a la salud de las personas**". RESALTADO FUERA DEL TEXTO*

En el caso examinado, tanto la entidad ejecutante como la ejecutada prestan los servicios de salud, por lo tanto están en igualdad de condiciones y su ponderación debe ser la misma, de manera que una no puede alegar que transgrede el derecho a la salud de las personas más vulnerables de la población pertenecientes al régimen subsidiado, olvidando que precisamente los servicios que presta y prestó la parte demandante fueron para sus afiliados, esto es, a la población más vulnerable, sin que se justifique la dilación del pago de las facturas por tanto tiempo, en perjuicio primero de la población que requiere el servicio de salud y segundo de las entidades prestadoras del servicio por cuanto ello las descapitaliza e impide que cumplan sus funciones a cabalidad.

Luego, si la empresa demandada alega que el embargo de sus recursos afecta el servicio de salud que ofrece, la demandante que igualmente ofrece el mismo servicio, también se ve afectada por la falta de gestión de sus cuentas por parte de las entidades a las que les presta el servicio, lo cual pone en riesgo su sostenibilidad y como consecuencia el desmejoramiento en la calidad y cantidad del servicio que presta.

En esas condiciones, como la Corte Constitucional lo ha sostenido la inembargabilidad de los recursos de la salud no es absoluta y como en este caso no se probó que las medidas cautelares recayeron sobre recursos que tengan esa condición, la providencia de primera instancia se ajusta a derecho y por lo tanto procede su confirmación, pues no se dan los presupuestos que la normativa procesal establece para tal efecto, que como reiteradamente se ha expuesto consisten en consignar el monto de dinero que el Juez estime suficiente para pagar la obligación a favor de la demandante.

...(...)





HOMICIDIO

Presupuestos del juez para dictar sentencia / Sentencia – anticipada.

Dosificación de la pena - reglas y criterios - / Naturaleza –postdelictual.

MAGISTRADO: Dr. Edgar Kúrmen Gómez.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia Condenatoria/ 28 de Enero de 2015.

CLASE DE PROCESO: HOMICIDIO.

DENUNCIANTE: De Oficio.

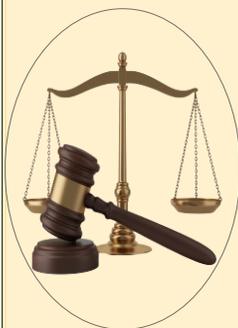
DENUNCIADO: José Raúl Coronado Fonseca y José Andrés Coronado Fonseca.

RADICACIÓN: 2013-999.



Ver
Providencia

TESIS: ...“El examen que hace el juzgador de primera instancia y desde luego el de segunda, en tratándose de sentencia anticipada, se contrae a: (i) determinar que el allanamiento o el acuerdo entre el procesado y la fiscalía estén exentos de vicios del consentimiento, para lo cual debe examinarse que haya sido libre, voluntario, espontáneo y debidamente informado. A este respecto, la Sala corrobora que en la audiencia de formulación de imputación los procesados, aceptaron los cargos formulados, de forma libre, consciente y voluntaria, con la debida asesoría de defensor técnico.(ii) Que exista un examen de los elementos materiales probatorios y evidencias físicas recaudados que permitan destruir la presunción de inocencia y por ende edificar más allá de toda duda el conocimiento acerca de la existencia del delito y de la responsabilidad penal del acusado. Téngase en cuenta que el allanamiento a cargos por los acusados implica confesión, que en el presente caso se encuentra respaldada con el correcto examen que de los E.M.P. y E.F. recaudados por la Fiscalía efectuó el a quo, que lo condujeron a estimar desvirtuada la presunción de inocencia. (iii) Que no se evidencie violación a garantías fundamentales, tales como el debido proceso, la libertad, entre otros. (...) Sea lo primero advertir que toda sentencia debe contener la fundamentación explícita sobre los motivos de determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, según lo exige el art. 59 del Código Penal y lo demanda la estructura del estado social de derecho y el principio democrático en que se funda.



S
A
L
A

P
E
N
A
L

El juzgador debe encontrar en primer término los límites mínimos y máximos en los que se ha de mover, que se encuentran de manera directa, revisando el tipo penal de que se trate o como resultado de la aplicación de circunstancias modificadoras que hayan hecho presencia en la realización de la conducta punible. Estas circunstancias modificadoras son atenuantes o agravantes, y se caracterizan porque hacen presencia o se estructuran en el momento de la comisión de la conducta punible, resultando inescindibles al comportamiento y por ende caracterizándolo. Por vía de ejemplo la Sala cita el fenómeno de la tentativa (art. 27), la complicidad (art. 30), el exceso en las causales de ausencia de responsabilidad (art. 32 numeral 7º inciso 2º), el estado de ira o de intenso dolor (art. 57), la situación de marginalidad, ignorancia o pobreza extremas (art. 56), etc. Una vez determinados los extremos punitivos, se busca el ámbito punitivo de movilidad, que se define como la cantidad de pena que existe entre el límite mínimo y el límite máximo. Ese ámbito punitivo de movilidad se divide en cuartos y el juzgador seleccionará el mínimo, los medios o el máximo, según las reglas establecidas en el art. 61 del Código Penal. El cuarto mínimo debe ser seleccionado cuando no existan atenuantes ni agravantes, o concurren únicamente circunstancias de atenuación punitiva; los medios cuando concurren circunstancias de atenuación y de agravación punitiva y; el máximo cuando únicamente concurren circunstancias de agravación. Es obvio que las circunstancias a las que aquí se refiere el Legislador son diversas a las modificadoras, que ya se tuvieron en cuenta para la determinación de los extremos punitivos y que por lo tanto no pueden volver a ser consideradas por vulneración efectiva del *nom bis in ídem*. Eso significa que las circunstancias a considerar en este estadio de la dosificación son las no modificadoras, denominadas genéricas de mayor o menor punibilidad, contempladas en los arts. 58 y 55 del Código Penal, respectivamente. Dichas circunstancias pueden ser imputadas y deducidas cuando “no hayan sido previstas de otra manera”, pues si se imputaron como específicas se han debido tener en cuenta para la fijación de los límites mínimo y máximo, sin que tengan cabida nuevamente, so pena de la vulneración del principio del *nom bis ídem* o de doble incriminación. Una vez seleccionado el cuarto correspondiente, el sentenciador debe determinar la pena ponderando los siguientes aspectos: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de la pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto. También tendrá en cuenta para la determinación de la pena en la tentativa el mayor o menor grado de aproximación al momento consumativo y en la complicidad el mayor o menor grado de eficacia de la contribución o ayuda. Establecida la pena a imponer, respecto de ese quantum, se deben aplicar los institutos post delictuales, o como lo dice la H. Corte Suprema de Justicia, las circunstancias fácticas, personales o procesales que se estructuran con posterioridad a la comisión de la conducta punible, entre las que por vía de ejemplo se pueden citar las de los arts. 269 y 401 del Código Penal. Cuando se trate de concurso de conductas punibles, los delitos han de ser dosificados de manera individual, para saber cuál de ellos tiene cuantitativa y cualitativamente la pena más grave. El delito que la tenga será el que sirva como base para la dosificación de los otros comportamientos punibles en concurso, siguiendo las reglas y límites contenidos en el art. 31 del Código Penal, ya que la pena no puede superar hasta el otro tanto, ni ser superior a la suma aritmética de las que correspondan a las respectivas conductas punibles debidamente dosificadas cada una de ellas ni tampoco superior al máximo legal. Estas son en síntesis las reglas que se deben tener en cuenta para el proceso de dosificación punitiva por vía general... (...).

(...)...”

INASISTENCIA ALIMENTARIA

Nulidad/ Violación debido proceso.

Allanamiento a cargos/ Principio de irrevocabilidad.

Sentencia anticipada- mecanismo de colaboración eficaz con la justicia.



MAGISTRADO: Dr. Edgar Kúrmen Gómez.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia Condenatoria/ 20 de Mayo de 2015.

CLASE DE PROCESO: INASISTENCIA ALIMENTARIA.

DENUNCIANTE: ODILIO QUINTERO GARCÍA.

DENUNCIADO: INASISTENCIA ALIMENTARIA.

RADICACIÓN: 2014-0377.



Ver
Providencia

S
A
L
A

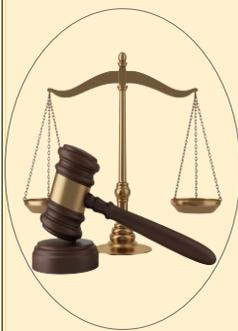
P
E
N
A
L

TESIS: ... "En tratándose de nulidades por presunta violación al debido proceso, quien la invoque está en la obligación de acreditar la existencia de una irregularidad sustancial de tal magnitud que socave las bases de la actuación o de la estructura lógica del proceso⁸. Cuando se alegue nulidad por violación al debido proceso es necesario demostrar el vicio que socava las bases propias de la actuación referida a la estructura lógica del proceso. Recuérdese que en desarrollo del principio de progresividad de la actuación penal a medida que el proceso se adelanta, en esa medida se diluye de forma inversamente proporcional la presunción de inocencia. Este aspecto se debe a la naturaleza misma del proceso que demanda la construcción dialéctica y progresiva del grado de conocimiento, a tal punto que para imputar se requiere inferencia razonable de autoría o participación en el delito investigado (posibilidad); para acusar, afirmación de [probabilidad] de verdad, derivada de los medios de convicción acopiados en la investigación que realiza la Fiscalía porque la conducta delictiva existió y el imputado es su autor o partícipe; y para dictar sentencia condenatoria se requiere [certeza], derivada del convencimiento de la responsabilidad penal del acusado más allá de toda duda. Según el profesor Jairo Parra Quijano⁹ "proceso significa marcha, avance hacia adelante, progreso, transcurso del tiempo, acción de ir en busca de determinado fin, acontecer de determinada clase. Así, se habla de un proceso químico, de un proceso de desarrollo, de un proceso de curación". En relación con el proceso judicial se tiene que este "es una relación jurídica conformada por la interrelación de los sujetos que en ella participan (Juez, partes y terceros) mediante la producción de actos pre-ordenados y entrelazados, cuyo desenvolvimiento está orientado a un fin, que es la construcción de una decisión judicial vinculante y de obligatorio cumplimiento, mediante la cual se resuelve la controversia jurídica que ha sido materia de debate"¹⁰.

⁸ En referencia a nulidades originadas en supuestas vulneraciones al derecho de defensa, se deben determinar los defectos que lo lesionan dada su gravedad y trascendencia.

⁹ Extractado del libro Los Terceros en el Proceso Civil. Librería Ediciones del Profesional Ltda., 7ª Edición.

¹⁰ Henry Sanabria Santos. Nulidades en el Proceso civil Universidad Externado de Colombia. Primera Edición. Enero de 2005.



S
A
L
A

P
E
N
A
L

El art. 29 de la Constitución Política entroniza como derecho ius fundamental el del debido proceso como manifestación del modelo del Estado Social de Derecho, en el que se integran un plexo de garantías que se erigen en límite del poder punitivo del Estado y al mismo tiempo se constituyen en derechos para los coasociados sometidos a procesos judiciales o administrativos. Por eso en el debido proceso se contemplan un conjunto de garantías, sustanciales y procesales, que propenden por la transparencia, eficacia y legalidad de la actividad jurisdiccional durante la investigación y el juzgamiento que se adelanta por la posible comisión de comportamientos punibles, en miras a la protección de la libertad, el buen nombre, la intimidad, entre otros derechos fundamentales, que pueden resultar afectados con su accionar.

El núcleo esencial del debido proceso lo integran los principios de: (i) legalidad; (ii) juez natural; (iii) presunción de inocencia; (iv) favorabilidad y; (v) derecho a la defensa. Dentro de este último se pregona (a) el derecho a la asistencia de un abogado, (b) derecho a un debido proceso sin dilaciones injustificadas, (c) el derecho a impugnar la sentencia condenatoria, (d) derecho a un proceso público y (e) el derecho a presentar y controvertir pruebas. Como lo dice la Corte Constitucional¹¹, *"El derecho al debido proceso contiene en su núcleo esencial el derecho a conocer tan pronto como sea posible la imputación o la existencia de una investigación penal en curso - previa o formal -, a fin de poder tomar oportunamente todas las medidas que consagre el ordenamiento en aras del derecho de defensa."* El proceso penal en consecuencia está caracterizado por el adelantamiento sucesivo y progresivo de diferentes estancos procesales que hacen parte de su estructura lógica, sin cuyo trámite no pueden abordarse ulteriores etapas procesales. Esos estancos procesales son (i) la audiencia de imputación, (ii) la presentación del escrito de acusación y la audiencia de acusación, que constituyen un acto complejo; (iii) la audiencia preparatoria; (iv) la audiencia de juicio oral con el anuncio de sentido de fallo absolutorio o condenatorio; (v) si el fallo es absolutorio se debe realizar (vi) la audiencia de lectura de fallo o en sentido contrario, cuando es condenatorio la (vii) audiencia de individualización de pena y sentencia y (viii) la correspondiente lectura de fallo, contra la que proceden los recursos de Ley. Es obvio que en casos de allanamiento a cargos en la audiencia de imputación, como ocurrió en el presente caso, el juez de garantías debe determinar si dicha aceptación fue voluntaria, libre y espontánea y según las voces del artículo 293 del C.P.P., modificado por la ley 1453 de 2011 en el artículo 69, se entenderá que lo actuado es suficiente como acusación, lo que significa que en estos eventos se presenta una abreviación de los estancos procesales y lo procedente es convocar a audiencia de individualización de pena y sentencia y dictar la correspondiente sentencia condenatoria. Esas etapas procesales, por hacer parte de la estructura lógica del proceso, son preclusivas, impidiendo retornar a etapas ya superadas, imponiéndose el adelantamiento de las subsiguientes hasta la culminación del juicio. Por tanto las actuaciones y diligencias que hacen parte de la estructura lógica del proceso, una vez se han verificado, sólo pueden ser atacadas con el mecanismo de la nulidad, en tanto que aquellas que no lo son (piénsese en la audiencia de imposición de medida de aseguramiento) deben ser atacadas con otros mecanismos procesales diferentes, como el de la revocatoria ante los Jueces competentes.

...(...)

La sentencia anticipada en los estatutos procesales precedentes fue diseñada como un mecanismo de colaboración eficaz con la justicia, e implica una serie de renunciaciones mutuas para el Estado y para el imputado. Para el primero porque no continúa ejerciendo su potestad investigativa, mientras que para el segundo implica que no se agoten los trámites normales y la renuncia a la controversia de la acusación y de las pruebas en

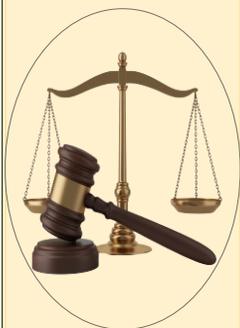
¹¹ Corte Constitucional. Sentencia SC 412 de 1993. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.



S
A
L
A

P
E
N
A
L

Que se funda. El Estado reconoce que con los elementos de juicio aportados hasta ese momento es suficiente para respaldar un fallo condenatorio que parte del conocimiento más allá de toda duda acerca de la existencia del hecho punible y de la responsabilidad del procesado. Dicho conocimiento se corrobora con la aceptación integral de los hechos por parte del imputado y por esa razón en el anterior estatuto procesal se le dio la connotación de confesión simple. Por tanto el instituto de la sentencia anticipada en estatutos procesales precedentes implicaba una serie de consecuencias que resumidamente se explican así: 1.- El sindicado no podía retractarse de la aceptación de cargos, siempre que hubiera sido libre, voluntaria y espontánea y que no implicara vulneración de garantías fundamentales. 2.- La renuncia a solicitar y a practicar pruebas, pues se estimaba que con las hasta ese momento procesal recaudadas, era suficiente para edificar el juicio de tipicidad y de responsabilidad del procesado. 3.- Necesariamente la sentencia tendría que ser condenatoria y por eso, salvo casos excepcionalísimos, como por ejemplo del concurso aparente de tipos penales en el que se podía absolver por uno de los delitos y condenar por el otro, la sentencia fatalmente debía ser condenatoria. 4.- A cambio de esa conducta procesal el condenado recibía una rebaja de pena de una tercera parte. 5.- Para la parte defendida operaba el principio de limitación del recurso en razón a que sólo, en atención a la especial naturaleza del instituto, se podía apelar de la dosificación de la pena, de los mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad y de la extinción del dominio sobre bienes. La pregunta que corresponde formular a la Sala es si: ¿en el actual estatuto procesal contenido en la Ley 906 de 2004 rigen para la figura de la sentencia anticipada a la que se arriba por la vía de la aceptación total de los cargos verificada en la audiencia de imputación, los mismos principios que regían desde antaño? En el inciso 2º del art. 293 de la Ley 906 de 2004, el principio de no retractación del allanamiento encontró consagración legislativa al señalar que "*examinado por el Juez de conocimiento el acuerdo para determinar que es voluntario, libre y espontáneo, procederá a aceptarlo **sin que a partir de ese entonces sea posible la retractación de alguno de los intervinientes**, y convocará a audiencia para la individualización de la pena y la sentencia*". (Resalta la Sala). Y en el párrafo adicionado por la Ley 1453 de 2011, art. 69, se preceptuó que "*La retractación por parte de los imputados que acepten cargos será válida en cualquier momento, siempre y cuando se demuestre por parte de estos que se vició su consentimiento o que se violaron sus garantías fundamentales*". Eso significa que a ninguno de los intervinientes en el proceso penal le es dado retractarse de lo acordado o allanado, con posterioridad a que el Juez verifique si el allanamiento o acuerdo fue voluntario, libre y espontáneo y por lo tanto no desconocedor de derechos y garantías constitucionales fundamentales. Creemos aún más que en ausencia de regulación legislativa, la retractación tampoco sería posible, de acuerdo al contenido no solamente del art. 83 constitucional, que consagra el principio de la buena fe, sino con base en el art. 12 rector del C. de P.P., que establece el principio de lealtad procesal, que por su condición de norma rectora es obligatorio y prevalente sobre cualquier otra disposición del código, reconociéndose su condición de fundamento interpretativo de las normas en el código contenidas. En virtud de dicho principio todos los que intervienen en la actuación procesal, sin excepción alguna, están en el deber de obrar con absoluta lealtad y buena fe. Por ello no le es posible a la defensa prohiar retractaciones parciales o totales del allanamiento a los cargos realizados en la audiencia de imputación, porque ello constituiría actuar desleal con la administración de justicia. Una vez verificado que el allanamiento obedecía a un acto voluntario, libre y espontáneo del imputado, no desconocedor de sus derechos y garantías fundamentales, no le es posible a la parte defendida cuestionarlo, argumentando aspectos que minan parcialmente su efectividad, en unos casos, o que la desconocen totalmente, en otros. Así las cosas, aunque el principio de limitación del recurso en el actual estatuto no hubiera tenido específica consagración, con base en el principio rector de la lealtad



procesal, ya no le es posible a la parte defendida alegar aspectos que atañen a la tipificación de la conducta y/o a la responsabilidad penal del acusado, ni menos aún alegar posibles nulidades con la intención de desconocer el allanamiento a cargos válidamente aceptado por el imputado.

...(...)

El artículo 2341 del Código Civil preceptúa que el delito es fuente de obligaciones al preceptuar que: *"El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido"*. También el artículo 22 del C.P.P., establece como norma rectora el principio del restablecimiento del derecho, señalando que *"Cuando sea procedente, la Fiscalía General de la Nación y los jueces deberán adoptar las medidas necesarias para hacer cesar los efectos producidos por el delito y las cosas vuelvan al estado anterior, si ello fuera posible, de modo que se restablezcan los derechos quebrantados, independientemente de la responsabilidad penal"* (resalta la Sala). Sin embargo en referencia al momento procesal oportuno para ello y en acatamiento del proceso que es debido el artículo 102 del C.P.P., modificado por la Ley 1395 de 2010 artículo 86, al referirse al incidente de reparación integral preceptúa que *"En firme la sentencia condenatoria y, previa solicitud expresa de la víctima, o del fiscal o del Ministerio Público a instancia de ella, el juez fallador convocará dentro de los ocho (8) días siguientes a la audiencia pública con la que dará inicio al incidente de reparación integral de los daños causados con la conducta criminal y ordenará las citaciones previstas en los artículos 107 y 108 de este Código, de ser solicitadas por el incidentante"*. Eso significa que una vez ejecutoriada la sentencia condenatoria, a petición expresa de la víctima, del Fiscal o del Ministerio Público a instancias también de la víctima, el juez fallador debe dar inicio al incidente de reparación integral, oportunidad en la que la parte y los intervinientes legitimados deben demostrar la cuantía de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta punible, que se recuerda son de orden material y moral¹². Por esa razón las decisiones que a este respecto adoptó el señor juez de primera instancia vulneran el proceso que es debido, pues terminó imponiendo unas condenas por concepto de perjuicios materiales y morales confundiendo el procedimiento de la Ley 600 de 2000 con el contenido en la Ley 906 de 2004 que rituó la presente actuación procesal.

...(...)

PREACUERDO

Principio de legalidad/ Rol del juez de conocimiento/ Preacuerdo.

Mecanismos de terminación del proceso/ Preacuerdos y negociaciones.

Garantía de los derechos fundamentales.

¹² Los primeros derivados del daño emergente y del lucro cesante y los segundos de los daños morales objetivos y de los subjetivos.

MAGISTRADO: Dr. Edgar Kúrmen Gómez.

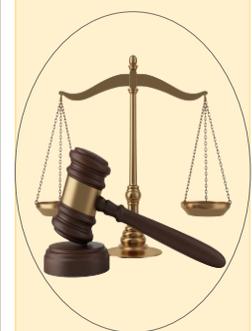
PROVIDENCIA: Apelación Providencia / 07 de Julio de 2015.

CLASE DE PROCESO: FABRICACIÓN, TRÁFICO O PORTE DE ARMAS DE FUEGO Y MUNICIONES.

DENUNCIANTE: JHON JAIRO QUINTANA.

DENUNCIADO: DE OFICIO.

RADICACIÓN: 2014-0674-01.



Ver
Providencia

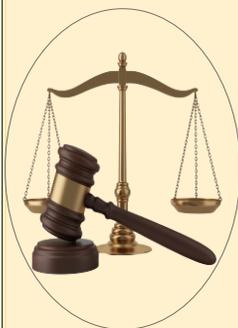
TESIS: ...” Conforme lo prevé el artículo 2º de la Constitución Política de Colombia, entre los fines esenciales del Estado está el de facilitar la participación de todos los ciudadanos en las decisiones que los afectan, postulado que se evidencia en la adopción del modelo de justicia penal acusatoria contenido en la ley 906 de 2004, en tanto el procesado puede participar en la definición de su responsabilidad penal, cuando de manera libre, voluntaria, espontánea y con el debido asesoramiento renuncia al derecho a no autoincriminarse y a tener un juicio público, oral, contradictorio, concentrado, imparcial, con inmediación de las pruebas y sin dilaciones injustificadas, en el cual pueda, si así lo desea, por sí mismo o por conducto de su defensor, interrogar en audiencia a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia, de ser necesario aún por medios coercitivos, de testigos o peritos que puedan arrojar luz sobre los hechos objeto del debate. (Literales b y k artículo 8º del C. P. P.) Bien es sabido que la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal, en tanto le corresponde, entre otras múltiples funciones, la de investigar y acusar a los presuntos responsables de la comisión de conductas catalogadas como delictuales. En desarrollo de su función, al órgano persecutor se le dotó de una pluralidad de herramientas tendientes a buscar mecanismos de determinación adelantada del proceso con base en el poder dispositivo reglado que de la acción penal ostenta. Dentro de los mecanismos de terminación anticipada del proceso el Legislador Colombiano estableció los preacuerdos y negociaciones como manifestación de una justicia consensuada o los allanamientos como expresión de una justicia premial. Es obvio que por tratarse de mecanismos de justicia consensuada, los preacuerdos y negociaciones son fruto del consenso entre la fiscalía y el imputado o acusado, en tanto que el allanamiento a cargos es producto de la manifestación de voluntad unilateral del imputado o acusado frente a los cargos que le han sido formulados. El artículo 348 del C.P.P., establece que *"con el fin de humanizar la actuación procesal y la pena; obtener pronta y cumplida justicia; activar la solución de los conflictos sociales que genera el delito; propiciar la reparación integral de los perjuicios ocasionados con el injusto y lograr la participación del imputado en la definición de su caso, la fiscalía y el imputado o acusado podrán llegar a preacuerdos que impliquen la terminación del proceso.*

El funcionario, al celebrar los preacuerdos, debe observar las directivas de la Fiscalía General de la nación y las pautas trazadas como política criminal, a fin de aprestigiar la administración de justicia y evitar su cuestionamiento'.

Dos son los momentos que el legislador contempla para la procedencia de los preacuerdos: el primero desde la audiencia de formulación de imputación y hasta antes de ser presentado el escrito de acusación (artículo 350 del C. P. P.), y el segundo , después de

S
A
L
A

P
E
N
A
L



S
A
L
A

P
E
N
A
L

presentada la acusación y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad (artículo 352 C. P. P.), que desde luego implican diferente rebaja punitiva teniendo en cuenta la celeridad y oportunidad de la colaboración con la justicia, con la consiguiente abreviación de los trámites procesales y por la mayor o menor disminución de los costos que asume y soporta la administración de justicia. Una interpretación de las normas que rigen los preacuerdos y las negociaciones, en especial del artículo 350 del C. P. P., en armonía con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, nos permiten arribar a las siguientes conclusiones:

La fiscalía y el imputado o acusado podrán acordar la eliminación de una circunstancia de agravación; la concesión de una circunstancia atenuante; la tipificación de la conducta de una forma específica con miras a disminuir la pena; la imputación subjetiva favorable; la degradación del grado de participación en la conducta o de la forma de ejecución del reato; incluso es posible cuando se esté en presencia de concurso de conductas punibles, eliminar algún cargo específico. El legislador preceptúa que si hubieren cambios favorables para el imputado con relación a la pena por imponer, *"esto constituirá la única rebaja compensatoria por el acuerdo"*.(Inciso 2º del art. 351 C.P.P.).

No solamente se puede preacordar sobre los hechos imputados sino también sobre *"sus consecuencias"* lo que implica que la Fiscalía General de la Nación y el imputado o acusado pueden consensuar la pena y los subrogados penales. Si dentro de los límites legales se acuerda la cantidad determinada y concreta de pena a imponer, es obvio que tal determinación *"obliga(n) al juez de conocimiento"*, salvo claro está, que el acuerdo desconozca o quebrante las garantías fundamentales.

También es posible preacordar el porcentaje de rebaja de pena que tendría el imputado por la asunción de responsabilidad negociada, caso en el cual al dosificar la pena el juez aplicará el sistema de cuartos y obviamente los criterios que establece el Código Penal para la debida ponderación e imposición de las sanciones punitivas.

...(...)

..."el fiscal debe declarar cuál es el comportamiento que realmente ocurrió con base en los hechos acontecidos, y a partir de esa declaración señalar en qué consiste la degradación de la responsabilidad en beneficio del procesado, para que éste acepte el preacuerdo con los fines establecidos en el artículo 348 del C.P.P. De otra parte es necesario precisar que el artículo 448 de la codificación adjetiva establece el principio de congruencia al señalar que *"el acusado no podrá ser declarado culpable por hechos que no consten en la acusación, ni por delitos por los cuales no se ha solicitado condena"*. El cabal entendimiento del principio de congruencia, parte del supuesto de señalar que los hechos imputados son inmutables en tanto que es posible efectuar ajustes de tipificación del comportamiento y sus modalidades, en la medida que la construcción del proceso de conocimiento se perfecciona. Eso significa que si bien es cierto la congruencia es de carácter fáctico y jurídico, no lo es menos que los hechos imputados no pueden ser de ninguna manera modificados, en tanto que la calificación que a éstos se les dé es susceptible de perfeccionamiento en la medida en que el proceso de construcción y

elaboración del conocimiento mediante el acopio de elementos materiales probatorios y evidencias físicas así lo determinen. A partir de la correcta imputación circunstanciada, el fiscal puede excluir causales de agravación punitiva, o algún cargo específico o tipificar el comportamiento con miras a disminuir la punición y corresponde a las demás partes e intervinientes hacer una ponderación del costo beneficio que acarrea la negociación. Es deber del Juez de conocimiento frente a los mecanismos de justicia consensuada (preacuerdos y negociaciones) o premial (allanamientos) conforme a los artículos 131 y 368 inciso 1º del C.P.P., verificar que se trata de una decisión libre, consciente, voluntaria, debidamente informada, asesorada por la defensa, para lo cual será imprescindible el interrogatorio personal del imputado o procesado. El artículo 354 del C.P.P., preceptúa que serán inexistentes los acuerdos realizados sin la asistencia del defensor y a su vez los artículos 351 y 368 inciso segundo ibídem, señalan que los preacuerdos celebrados entre fiscalía y acusado obligan al juez de conocimiento, salvo que ellos desconozcan o quebranten las garantías fundamentales, caso en el cual el juez debe rechazar la alegación de culpabilidad y adelantar el procedimiento como si hubiese habido una alegación de no culpabilidad. Por último es indispensable recabar que deben existir elementos materiales probatorios y evidencias físicas que permitan derruir la presunción de inocencia. En consecuencia no le quedará camino diferente al juez de conocimiento que improbar el acuerdo o decretar la nulidad total o parcial del mismo, cuando advierta en su conformación vicios de estructura o de garantía, o errores de legalidad.

...(...)



S
A
L
A

P
E
N
A
L

INASISTENCIA ALIMENTARIA

Tipo penal de omisión.

La fiscalía debe probar el obrar omisivo del acusado.

Absolución/ no se probó la justa causa.

MAGISTRADO: Dr. José Alberto Pabón Ordoñez.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia /04 de Marzo de 2015.

CLASE DE PROCESO: INASISTENCIA ALIMENTARIA.

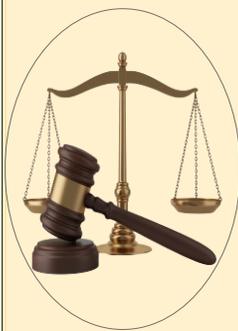
DENUNCIANTE: Jazmín Forero Sáenz.

DENUNCIADO: José Lorenzo Monroy Fajardo.

RADICACIÓN: 2014-0276.



Ver
Providencia



S
A
L
A

P
E
N
A
L

TESIS: ...” Nuestra Carta Política en sus artículos 1º y 2º proclama que Colombia es un Estado Social de Derecho fundado en el respeto de la dignidad humana, en el trabajo y la solidaridad de las personas que lo integran cuyos fines son garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la normativa superior además de asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares. Un primerísimo deber social de los particulares es el de la paternidad responsable, en la medida que constituyendo la familia el núcleo fundamental de la sociedad, su conformación tiene lugar por la voluntad libre de un hombre y una mujer a quienes el Estado les ha reconocido el derecho a integrarla, pero, así mismo, les impone el deber correlativo de atender la crianza integral de su prole. Por eso, la obligación de asistir y proteger a los hijos para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos es principalmente de los padres. Diversos mecanismos jurídicos ha diseñado el legislador para proteger la institución familiar, sin embargo, ante la eventualidad de que resulten insuficientes los alcances tutelares de las normas del derecho civil y de familia para asegurar el respeto de los deberes familiares se ha previsto la consagración de un catálogo de dispositivos que tipifican como delictivos diferentes comportamientos que atentan contra los derechos o que riñen con los deberes existentes entre personas ligadas por un vínculo filial. La normativa de protección penal a la institución familiar define los comportamientos merecedores de censura criminal por su profunda incidencia en la estructura de la sociedad y de la familia. Así, el artículo 233 del Código Penal vigente rotula como INASISTENCIA ALIMENTARIA la conducta de quien se sustrae sin justa causa a la prestación de alimentos legalmente debidos a sus ascendientes, descendientes, adoptante o adoptivo o cónyuge. La conducta de esa manera definida revela claramente por su verbo rector que estamos ante un tipo penal de omisión porque presupone de parte del sujeto activo una abstención, un comportamiento negativo, un dejar de hacer cuando el orden jurídico y el orden natural le imponen un acto positivo: prestar los alimentos a aquellos que necesiéndolos se encuentran a él vinculados por una relación filial o conyugal. Este un tipo de peligro, basta para configurar el injusto que se ponga en riesgo de lesión el objeto jurídico de tutela, sin que se reclame como necesario un daño cierto y concreto al menor por alimentar, que de producirse bien podría estructurar un delito diferente. La desatención del deber que les asiste a los padres y demás obligados a prestar alimentos es el fundamento del reproche contenido en el delito de inasistencia alimentaria que no surge en pos de conseguir la cancelación de una acreencia patrimonial, sino que está instituido como conducta que propende por proteger el bien jurídico de la asistencia familiar.

(...)

Para la Sala, la Fiscalía no demostró el elemento normativo referido a que el obrar omisivo del acusado lo haya sido sin mediar una justa causa, en esencia por las siguientes razones:

1) Ha tenido la oportunidad esta colegiatura de advertir que la señora Fiscal insiste en hacer valer para efectos penales una presunción consagrada expresamente para otros fines. Nos referimos a la presunción consagrada en el primer inciso del artículo 129 del C.I.A., que establece que en los procesos de alimentos “En el auto que corre traslado de la demanda o del informe del Defensor de Familia, el juez fijará cuota provisional de alimentos, siempre que haya prueba del vínculo que origina la obligación alimentaria. Si no tiene la prueba sobre la solvencia económica del alimentante, el juez podrá establecerlo tomando en cuenta su patrimonio, posición social, costumbres y en general todos los antecedentes y circunstancias que sirvan para evaluar su capacidad económica. En todo caso se presumirá que devenga al menos el salario mínimo legal”.



Dicha disposición en cuanto establece esa presunción fue objeto de examen por la H. Corte Constitucional en la sentencia C-388 de 2000, con respecto a una norma igual que existía en el decreto 2737 de 1989, (derogado código del Menor), a la cual el alto Tribunal remitió para estar a lo allí resuelto con ocasión a la sentencia C-055 de 2010, en el que se estimó que entre el artículo 155 de aquella codificación y el citado artículo 129 existía identidad y resultaba predicable la cosa juzgada constitucional de carácter material.

En esa sentencia, que malinterpreta la señora fiscal y con ella al parecer algún tribunal del País, quedó claro, porque no podía ser de otra manera cual es el ámbito de acción de esa presunción. Expresó el Hermeneuta Constitucional:

“La demanda que dio origen al presente proceso, se orienta contra la presunción legal contenida en la parte final del artículo 155 del Código del Menor, según la cual, si no fuere posible determinar la capacidad económica del alimentante, el juez podrá presumir que devenga, al menos, el salario mínimo legal

(...)

Para que una presunción legal resulte constitucional es necesario que la misma aparezca como razonable – es decir, que responda a las leyes de la lógica y de la experiencia -, que persiga un fin constitucionalmente valioso, y que sea útil, necesaria y estrictamente proporcionada para alcanzar el mencionado fin.

Procede la Corte, en consecuencia, a verificar si la presunción legal demandada reúne los requisitos que han sido expuestos.

(...)

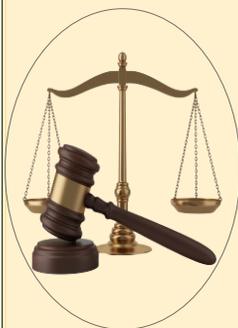
6. La disposición demandada establece que, en el proceso de alimentos, cuando no resulte posible acreditar el monto de los ingresos del alimentante, se deberá presumir que devenga, al menos, el salario mínimo legal

(...)

En este sentido, la Corte debe definir si, al establecer la presunción legal demandada, el legislador persigue un fin constitucionalmente importante, si la misma es útil y necesaria para alcanzar ese fin y, por último, si el efecto negativo que produce resulta menor que el beneficio constitucional que alcanza.

8. Desde una perspectiva procesal o adjetiva, la presunción legal consagrada en la parte final del artículo 155 del Código del Menor, persigue que la cuota alimentaria se fije, por lo menos, con relación al salario mínimo legal. En efecto, dicha presunción releva a la parte más débil - el menor - de la carga de demostrar que quien se encuentra legal y constitucionalmente obligado a sostenerlo y educarlo devenga, al menos, el salario mínimo legal. De esta manera, se logran dos objetivos procesales importantes. En primer lugar se corrige la desigualdad material entre las partes respecto de la prueba y, en segundo término, se evita que un eventual deudor de mala fe, pueda evadir sus más elementales obligaciones ocultando o disminuyendo una parte de su patrimonio. Con lo anterior, la ley tiende a garantizar, en el peor de los casos, el pago de una cuota alimentaria mínima vinculada al nivel de ingresos presumido.

(...)



S
A
L
A

P
E
N
A
L

9. Adicionalmente, constata la Corte que la norma demandada resulta útil y necesaria para garantizar un límite mínimo de la cuantía de la obligación alimentaria”.

Como se advierte del repaso de la sentencia de constitucionalidad, así como del texto mismo de la norma, en ningún momento se está pretendiendo por el legislador ni por la Corte extender al campo de las responsabilidades penales una presunción que solo puede producir efectos en el proceso de fijación de cuota alimentaria, entre otras cosas, porque admitir presunciones en materia de responsabilidad penal rompería de tajo con uno de los pilares de la justicia criminal y uno de los fundamentos democráticos constitucionales, nada menos que la presunción de inocencia, que obliga a que sea el Estado el que demuestre los elementos todos que estructuran la conducta punible y no que se le traslade al acusado la carga de demostrar su inocencia, con la cual amparado presuntivamente se enfrenta en juicio al poder de la fiscalía. De manera tangencial la Corte Constitucional en la sentencia citada aludió al delito de inasistencia alimentaria pero no para dar a entender ni remotamente que dicha presunción tuviese aplicación para acreditar este delito sino para resaltar que, si producto de la fijación de una cuota alimentaria sostenida en la presunción, la persona se veía abocada a un proceso penal por este delito podía allí justificar la inobservancia del deber si ello era producto de un acontecimiento que imposibilitaba su cumplimiento o lo excusaba como sería, por ejemplo, contar con un patrimonio notoriamente menor a aquel que se tuvo como base para determinar la correspondiente obligación.

Con respecto a la imposibilidad de utilizar presunciones legales de diferentes ámbitos jurídicos para soportar la demostración de los elementos del delito, la jurisprudencia de la Corte Suprema ha sostenido¹³:

Antes de abordar el punto propuesto por el demandante, considera la Sala necesario recordar que la Constitución Política y la ley amparan la presunción de inocencia de quien es sometido a la incriminación penal, postulado que se constituye en regla básica sobre la carga de la prueba, tal y como aparece consagrado en numerosos tratados internacionales de derechos humanos¹⁴.

Ese principio fundamental se sustenta porque en un Estado Social de Derecho corresponde, en principio, al ente estatal competente la carga de probar que una persona es responsable de un delito o participó en la comisión del mismo, principio que se conoce como *onus probandi incumbit actori*, y que conlleva a que la actividad probatoria que tiene a su cargo el organismo investigador se encamine a derruir esa presunción de inocencia de que goza el acusado, mediante el acopiamiento de pruebas que respeten las exigencias legales para su producción e incorporación.

Bajo esa lógica, no es obligación del procesado desplegar actividades encaminadas a acreditar su inocencia, pues ello conduciría a exigirle la demostración de un hecho negativo, ya que, se reitera, es el ente acusador el que debe demostrarle su culpabilidad. Ello significa, a la luz del principio del *in dubio pro reo*, que si no se logra desvirtuar la presunción de inocencia hay que absolver al implicado, pues toda duda debe resolverse a su favor.

(...)

¹³ Corte Suprema, sentencia de 9 de abril de 2008, M.P. Sigifredo Espinosa Perez, R. 23754 ..

¹⁴ Artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, artículo 8-2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y artículo 14-2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.



S
A
L
A

P
E
N
A
L

Ahora bien, en términos generales la responsabilidad es el deber de asumir las consecuencias de un acto o hecho. No obstante, debe reconocerse que ella tiene diferentes implicaciones sustanciales y procesales según la disciplina del derecho de que se trate, pues es evidente, por ejemplo, que la responsabilidad penal tiene unas características que la distinguen de la civil. En la primera, la persona que comete la conducta punible es la que debe recibir la sanción establecida en la ley y no otro sujeto. En cambio, en la responsabilidad civil, por ser exclusivamente patrimonial, nada impide que la asuma otro, pues lo que se persigue es la indemnización por el daño causado.

Por ello, la responsabilidad penal en el delito no puede sustentarse en una "presunción" porque como ya se anotó, la de "inocencia" a favor del imputado opera como constante durante todo el proceso penal, como garantía de que no podrá ser condenado si no se ha desvirtuado esa presunción por parte del organismo judicial competente con pruebas legal y oportunamente allegadas.

Esa diferencia justifica que en materia civil la responsabilidad pueda sustentarse en meras presunciones en los eventos que dispone la ley conforme a lo establecido en el artículo 66 del Código Civil, el cual consagra dos tipos de presunciones: las de derecho o juris et de jure y las simplemente legales o juris tantum, clasificación que obedece estrictamente al aspecto probatorio. Las primeras por fundarse en situaciones científicas incuestionables no admiten prueba en contrario, mientras que las segundas son desvirtuables por esa vía.

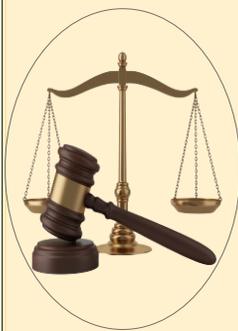
(...)

Ahora bien, en materia civil se ha considerado que la consagración de una presunción legal libera a una de las partes del proceso de la carga de probar el hecho presumido y que resulta fundamental para la adopción de una determinada decisión judicial. Pero en materia penal, como ya se advirtió, tratándose de la responsabilidad del procesado en la ejecución de un delito, la Constitución y la ley compelen al ente acusador a demostrar los elementos que integran esa responsabilidad, razón por la cual la presunción legal no cumple en este caso el efecto procesal de invertir la carga de la prueba, motivo por el cual no procede la aplicación directa de la presunción legal del artículo 762 del Código Civil en materia penal".

En suma, la fiscalía debe probar cada uno de los elementos del tipo penal, incluido por supuesto en lo que al delito de inasistencia alimentaria atañe que la persona ha estado en condiciones de cumplir su obligación alimentaria, por lo que no surge justificación a su omisión en el pago de la prestación debida, pero, para esos efectos deberá acudir a cualquiera de los medios probatorios

permitidos a la luz de nuestro ordenamiento (art. 275 y 382 ley 906), sin que pueda suplir sus cargas probatorias con presunciones que le trasladen el onus probandi a quien como procesado se presume inocente.

...(...)



HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL

Tasación de la pena- discrecionalidad reglada por el juez.

Allanamiento a cargos – incidencia en la tasación de la pena.

Prisión domiciliaria- presupuestos para su reconocimiento.

S
A
L
A

P
E
N
A
L

MAGISTRADO: Dr. José Alberto Pabón Ordoñez.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia /07 de Abril de 2015.

CLASE DE PROCESO: HOMICIDIO PRETERINTENCIONAL.

DENUNCIANTE: De oficio.

DENUNCIADO: Adelmo Samacá Hernández.

RADICACIÓN: 2013-791.



Ver
Providencia

TESIS: ...“Con el advenimiento de la ley 599 de 2000 se introdujeron en el proceso de dosificación punitiva reglas técnicas que gobiernan la tasación de la pena, de obligatoria observancia para el juez en garantía de que su imposición al justiciable responda a criterios de necesidad, proporcionalidad y razonabilidad, de forma que respecto al sistema contemplado en el decreto ley 100 de 1980 se redujo el espacio de discreción del fallador. En ese sentido el legislador fue celoso de regular el ejercicio dosimétrico del juez al que se le exige fundamentar explícitamente los motivos de la determinación cualitativa y cuantitativa de la pena, en una forma tal que se pueda, a partir de su sentencia, reconstruir el proceso de tasación punitiva para confrontarlo con el diseño que del mismo hizo la ley y eventualmente descubrir sus desviaciones. Ese proceso de dosificación contempla cuatro fases progresivas:

(i) Establecer el marco punitivo a partir de la fijación de los límites mínimos y máximos de la pena consagrados para el respectivo tipo penal, atendiendo las circunstancias modificadoras de dichos límites conforme lo prescribe el artículo 60.

(ii) Determinar el ámbito punitivo de movilidad a cuyo efecto se divide el marco punitivo en cuatro cuartos, de la manera que lo prevé el artículo 61.

(iii) Selección del cuarto punitivo que corresponda según concurren circunstancias genéricas de mayor o menor punibilidad de las señaladas en los artículos 55 y 58 ibídem, siempre que no hayan sido especialmente consideradas como circunstancias modificadoras de la pena.



S A L A P E N A L

(iv) Seleccionado el cuarto punitivo dentro del cual ha de tasarse la pena el juez entra a individualizarla teniendo en cuenta los derroteros señalados por el legislador en el artículo 61: la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la preterintención o la culpa concurrentes, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto.

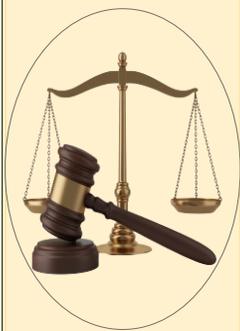
Esa estricta regulación legal a la que se hizo referencia, a contrario de lo que ocurría en el decreto ley 100 de 1980, solo le deja espacio a la discrecionalidad razonada del juez en la dosificación dentro del respectivo cuarto punitivo, que finalmente le delimita el ámbito de movilidad específico dentro del cual podrá fijar la pena. Con todo, pese a la reducción de la discrecionalidad dosimétrica del juez, este mantiene la posibilidad de tasar la pena, como le es consustancial a su rol que la Sala reivindica pues la suya es una práctica de concreción legal al asunto particular que es imposible quede inmersa en la abstracción de la ley; por eso, está llamado a cuantificar la pena dentro de los márgenes del cuarto punitivo seleccionado, sin que ninguna disposición le imponga que una vez allí ubicado este obligado a conceder el mínimo de pena del respectivo cuarto, como insinúa la defensa del procesado. Por el contrario, el hecho de que el legislador al regular las fases del proceso de dosificación haya dejado en manos del juez la determinación final de la pena, con la carga de ponderar los aspectos por la ley señalados, relativos a la mayor o menor gravedad de la conducta, el daño real o potencial creado, la naturaleza de las causales que agraven o atenúen la punibilidad, la intensidad del dolo, la necesidad de pena y la función que ella ha de cumplir en el caso concreto, está significando que le asiste la posibilidad de surtir un juicio valorativo con reflejo en el quantum de la pena, que podrá no ser la mínima del respectivo cuarto punitivo si esas expresiones de la conducta punible a que alude la ley ameritan mayor rigor¹⁵.

...

En el marco de una justicia consensuada que desarrolla la finalidad constitucional establecida en el artículo 2º superior de asegurar la participación del ciudadano en las decisiones que lo afectan y acorde a un derecho penal premial que procura ofrecer una compensación a quien colabora con el aparato de justicia agilizando su funcionamiento, la aceptación de los cargos determinados en la audiencia de formulación de la imputación, comporta una rebaja hasta de la mitad de la pena imponible. Es de advertir que aunque la jurisprudencia ha reconocido que el derecho a declararse culpable de los cargos imputados o acusados y renunciar al juicio es de carácter absoluto, sin que admita restricciones, no ocurre lo mismo con el derecho a recibir una compensación que es relativo ¹⁶ y sí tolera limitación legal por razones de política criminal. Admitido que el procesado que se allana durante la audiencia de imputación, de no existir expresa prohibición legal, tiene derecho a una rebaja de pena en compensación a la renuncia que hace de sus derechos a controvertir en juicio los cargos que se le hacen y el correlativo ahorro de recursos que genera a la administración de justicia, ha de razonarse que esa deducción punitiva no podrá exceder del 50% de la pena ni podrá ser igual o inferior del 33.33%, equivalente a la tercera parte, porque ese es el beneficio posible a quien se allana en la siguiente fase procesal, esto es en la audiencia preparatoria. En trance de definir cuáles puedan ser los parámetros con los que se tase la medida razonada y proporcionada de descuento por allanamiento, siguiendo en ello a la H. Corte Suprema, destaca la Sala que aunque el artículo 351 de la ley 906 *"no consagra directriz que sirva de guía para encontrar cuál es la proporción de reducción sobre la pena finalmente impuesta a la conducta punible realizada por el imputado, sí está implícita en la misma naturaleza del instituto, que busca reconocerle el mérito por su conducta procesal, es decir, un premio por optar un camino que significa materializar los principios de celeri-*

¹⁵ Véase CSJ. Sentencias de 8 de junio de 2006 rad. 24375, 13 de septiembre de 2006 rad. 24333.

¹⁶ CSJ Sentencias de 14 de diciembre de 2005, radicación 21.347 y de 4 de mayo de 2006, radicación 24531



S
A
L
A

P
E
N
A
L

dad *eficacia y eficiencia insertos en el de lograr pronta y cumplida justicia que orienta la función pública de administración de justicia*¹⁷.

La misma jurisprudencia de la Corte ha ofrecido algunas pautas para orientar esa labor del juez en los siguientes términos¹⁸:

"Aceptados unilateralmente los cargos por parte del imputado o acusado, según el caso, corresponde al juez de conocimiento fijar las consecuencias de la aceptación producida de esa manera, funcionario judicial que debe individualizar la pena acudiendo al sistema de cuartos y teniendo en cuenta los criterios establecidos en el numeral 3º del artículo 61 del Código Penal, criterios que no ha de seguir al momento de establecer el quantum de rebaja por razón de la aceptación de cargos, toda vez que por ser un comportamiento post delictual, está relacionado con la incidencia que tiene frente a la economía procesal, la celeridad y la oportunidad.

*En otros términos, una vez que el juez de conocimiento haya individualizado la pena conforme al tradicional sistema de cuartos, debe proceder a realizar la correspondiente rebaja, "atendiendo factores tales como –a título ejemplificativo– la eficaz colaboración para lograr los fines de justicia; la significativa economía en la actividad estatal de investigación; el que la ayuda que se genere con la aceptación de los cargos muestre proporción con la dificultad probatoria; el que –cuando sea del caso– se facilite descubrir otros partícipes u otros delitos conexos; el que no se dificulte investigar otras conductas o partícipes, etc., sin influir en este momento los referentes tenidos en cuenta para individualizar la sanción, pues ya agotaron su función*¹⁹.

...

La Prisión domiciliaria, es una modalidad de pena que aparecía reglada en el artículo 38 primigenio del Ordenamiento Penal, sometida en esencia a dos condiciones: una de índole objetivo derivado del quantum del extremo inferior punitivo de la conducta punible por la cual la condena no puede superar los cinco (5) años de prisión y el otro, de carácter subjetivo que requiere un juicio valorativo acerca de la condición personal, familiar, laboral o social del sentenciado, que permita fundada y motivadamente pronosticar que no evadirá el cumplimiento de la pena y que no representa ningún peligro para la colectividad.

Hoy tendría que decir la Sala que los parámetros legales de este mecanismo sustitutivo han cambiado en razón a la vigencia de la ley 1709 de 2014, la cual con su artículo 23 adicionó a la ley 599 de 2000, el artículo 38B a cuyo tenor son requisitos para conceder la prisión domiciliaria los siguientes:

- "1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.*
- 2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.*
- 3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.*

En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo".

¹⁷ CSJ sentencia de 4 de mayo de 2006, M.P. Sigifredo Espinosa Perez, R. 24531.

¹⁸ CSJ sentencia de 29 de junio de 2006, M.P. Jorge Luis Quintero Milanés, R. 24529

¹⁹ Sentencia de tutela 24868 del 4 de abril de 2006, M.P. Alfredo Gómez Quintero.



Para la concesión de los citados beneficios, también tendrá que tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 68A modificado por el artículo 32 de la Ley 1709 de 2014 que ordena negar la suspensión condicional de la ejecución de la pena; la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión; o cualquier otro beneficio, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración regulados por la ley, siempre que esta sea efectiva, cuando la persona haya sido condenada por delito doloso dentro de los cinco (5) años anteriores.

Con respecto a la oportunidad para la concesión de este subrogado en principio será el Juez de conocimiento quien lo defina y será la sentencia condenatoria el escenario propicio para su examen, en la medida que es una forma de ejecutar la pena privativa de la libertad que en ella se impone, de la manera que se desprende del artículo 447 de la ley 906 al permitir a las partes referirse a la concesión de los subrogados penales en la audiencia de individualización de pena, como asunto previo a la sentencia, cuando ya se anunció su sentido condenatorio, y como también deviene de lo normado en el artículo 38 al establecer que al Juez de ejecución de penas le corresponde el control de tal medida, lo que presupone el previo otorgamiento por parte del Juez fallador.

En esta especie es evidente que el mínimo punitivo del delito de homicidio preterintencional supera el límite objetivo establecido para la prisión domiciliaria, de forma que ese factor obliga a negar de plano su otorgamiento.

...

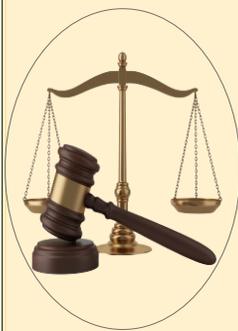
La Ley 750 de 2002, para la concesión del beneficio de prisión domiciliaria a la madre o padre cabeza de familia, preceptúa:

"ART. 1º. La ejecución de la pena privativa de la libertad se cumplirá, cuando la infractora sea mujer cabeza de familia, en el lugar de su residencia o en su defecto en el lugar señalado por el juez en caso de que la víctima de la conducta punible resida en aquel lugar, siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

Que el desempeño personal, laboral, familiar o social de la infractora permita a la autoridad judicial competente determinar que no colocará en peligro a la comunidad o a las personas a su cargo, hijos menores de edad o hijos con incapacidad mental permanente.

La presente ley no se aplicará a las autoras o partícipes de los delitos de genocidio, homicidio, delitos contra las cosas o personas y bienes protegidos por el derecho internacional humanitario, extorsión, secuestro o desaparición forzada o quienes registren antecedentes penales, salvo por delitos culposos o delitos políticos".

Sin duda, en la formación de la ley 750 de 2002 el querer del legislador estaba dirigido hacia la protección de las mujeres cabeza de familia privadas de la libertad y, de otra parte, a los hijos menores y personas incapaces que de ella dependieran, pero pronto se entendió por la jurisprudencia que ese beneficio debía operar sin distinciones de género a todo aquel que ostentase esa condición de cabeza de familia.



S
A
L
A

P
E
N
A
L

En efecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-184-031 de 4 de marzo de 2003, con ponencia del Magistrado Dr. Manuel José Cepeda Espinosa, equiparó hombre y mujer para los efectos de la citada ley en cuanto sean cabeza de familia, *"en el entendido de que, cuando se cumplan los requisitos establecidos en la ley, el derecho podrá ser concedido por el juez a los hombres que, de hecho, se encuentren en la misma situación que una mujer cabeza de familia, para proteger, en las circunstancias específicas del caso, el interés superior del hijo menor o del hijo impedido"*.

Al respecto indicó la Corte Constitucional en la sentencia antes aludida que un hombre se halla en la condición de *cabeza de familia* cuando no posee una pareja que asuma conjuntamente la dirección del hogar y que la necesidad de la presencia del padre en el seno familiar, radica no en la dependencia económica de los menores, sino en cuanto a su cuidado. Lo expuso así esa Corporación de justicia: *"(...) No basta con que el hombre se encargue de proveer el dinero necesario para sostener el hogar y asegurar así las condiciones mínimas de subsistencia de los hijos. El hombre que reclame este derecho debe demostrar que, en verdad, ha sido una persona que les ha brindado el cuidado y el amor que los niños requieran para un adecuado desarrollo y crecimiento."* (...) *Se advierte que el padre cabeza de familia cuyos hijos dependan de él, no para su manutención económica sino para su cuidado y protección real y concreta, podrá acceder al derecho de prisión domiciliaria sólo cuando se reúnan los requisitos establecidos en la ley, y señalados en esta sentencia, para que el juez penal competente decida, en cada caso si ello es manifiestamente necesario en aras del interés superior del hijo menor o del hijo impedido."*

Para determinar si una persona, dentro de su núcleo familiar ostenta la calidad de cabeza de familia será necesario analizar el alcance del marco normativo que define dicho concepto, de conformidad con el artículo 2º de la Ley 82 de 1993, modificado por el artículo 1º de la ley 1232 de 2008 que estipula:

"(...) es Mujer Cabeza de Familia, quien siendo soltera o casada, ejerce la jefatura femenina de hogar y tiene bajo su cargo, afectiva, económica o socialmente, en forma permanente, hijos menores propios u otras personas incapaces o incapacitadas para trabajar, ya sea por ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente o deficiencia sustancial de ayuda de los demás miembros del núcleo familiar".

Así las cosas, atendiendo la interpretación constitucional del régimen especial en materia de sustitución de la pena de prisión por prisión domiciliaria para la madre o padre cabeza de familia, es deber de la Sala velar porque este beneficio sea concedido cuando se satisfagan sus exigencias y cuando se verifique que existe la necesidad palmaria de proteger el interés del menor sin que con la negación de la medida quede expuesto al abandono y la desprotección.

Una persona se encuentra en esta condición, de acuerdo al mandato legal y su interpretación judicial, sólo si la responsabilidad de subsistencia de hijos menores o personas incapaces es asumida por esa sola persona dentro del núcleo familiar ante la ausencia permanente o incapacidad física, sensorial, síquica o moral del cónyuge o compañero permanente, o de familiares que puedan estar en la capacidad de asumir dicho rol.



Aunque la jurisprudencia de la Corte Suprema²⁰ había venido reconociendo desde el año 2008 que la ley 906 de 2004 comportó un tratamiento más favorable para la persona cabeza de familia que aspira a gozar de este beneficio, en tanto, por vía de los artículos 314 numeral 5º y 461 se le despojaba de suplir requerimientos atinentes a la naturaleza del delito, ausencia de antecedentes penales o un pronóstico favorable de cara a la prevención general, posteriormente cambió su postura no solo admitiendo el escrutinio de aquellos requisitos²¹ sino también ha recordado que al estudiar este mecanismo sustitutivo de la prisión intramural el juez debe evaluar que no se afecte el interés superior de los menores con ocasión de la permanencia del penado junto a ellos²².

En ese sentido ya la Corte Constitucional con ocasión del examen que hiciera del numeral 5º del artículo 314 de la ley 906, que contempla la sustitución de la detención preventiva en establecimiento carcelario por la detención domiciliaria sin más requisitos que el de ser cabeza de familia, al declarar inexecutable las expresiones “*de doce años*” y “*mental*” lo había advertido²³:

"Ciertamente, el artículo demandado tiene una clara finalidad proteccionista, por lo que su aplicación debe entenderse circunscrita a las condiciones particulares de los menores involucrados y a la existencia de una verdadera situación de indefensión.

(...)

De cualquier manera, dado que la finalidad de la norma es garantizar la protección de los derechos de los menores, el juez de control de garantías – o el de conocimiento agrega este Tribunal por la aplicación extensiva que se ha hecho de esta norma- deberá poner especial énfasis en las condiciones particulares del niño a efectos de verificar que la concesión de la detención domiciliaria realmente y en cada caso preserve el interés superior del menor, evitando con ello que se convierta, como lo dijo la Corte en la Sentencia C-184 de 2003, en una estratagema del procesado para manipular el beneficio y cumplir la detención preventiva en su domicilio²⁴.

Adicional a lo anterior, la Corte insiste que el interés superior del menor es el criterio final que debe guiar al juez en el estudio de la viabilidad del beneficio de la detención domiciliaria. Por ello, la opción domiciliaria tampoco puede ser alternativa válida cuando la naturaleza del delito por el que se procesa a la mujer cabeza de familia, o al padre puesto en esas condiciones, ponga en riesgo la integridad física y moral de los hijos menores. Así las cosas, si la madre o el padre cabeza de familia son procesados por delitos contra la integridad del menor o la familia, por ejemplo, acceso carnal abusivo, el juez de garantías estaría compelido a negar la detención domiciliaria, pues la naturaleza de la ofensa legal sería incompatible con la protección del interés superior del menor.

(....)

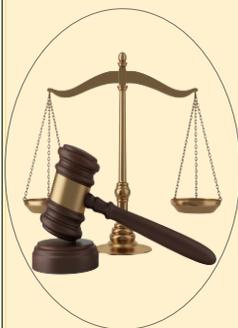
²⁰ C. S. J. sentencia de única instancia de 26 de junio de 2008 R 22453, reiterada en Casación de 3 de junio de 2009 R.29940, Casación de 30 de septiembre de 2009 R. 30106, Casación de 3 de diciembre de 2009, entre otras.

²¹ CSJ Sentencia de 22 de junio de 2011, R. 35943, M.P. Julio Enrique Socha Salamanca.

²² CSJ sentencia de 23 de marzo de 2011, R. 34784, M.P. Augusto Ibáñez Guzmán.

²³ Cfr sentencia C-154 de 2007.

²⁴ “Con esta decisión se asegura a la vez, que los titulares del derecho realmente se lo merezcan, en razón a que es lo mejor en el *interés superior del niño*, no una medida manipulada estratégicamente en provecho del padre condenado que prefiere cumplir la pena en su residencia. Compete a los jueces penales en cada caso velar porque así sea”. Sentencia C-184 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



(...)

Hechas las anteriores precisiones, la Corte reitera que la declaratoria de inexecutable de la norma no es una autorización automática al juez para que, siempre que encuentre hijos menores de edad, conceda el beneficio indicado. El criterio matemático y formal de la edad del menor debe ser sustituido por el criterio material, fáctico y concreto del interés superior del niño, por lo que la responsabilidad de garantizar el bienestar de todo menor de edad que está en dicha posición reposa en el juez competente”

Por su parte, como lo mencionamos, la Corte Suprema, que rectificó su postura, pregona ahora el que había sido el entendimiento de la prisión domiciliaria para la persona cabeza de familia con fundamento en el artículo 1º de la ley 750 de 2002, el que entiende se encuentra vigente y rectora su otorgamiento, solo que debe acompañarse en un ejercicio ponderativo con los intereses del menor para evaluar la procedencia del sustituto.

...(…)

PRECLUSIÓN

Absolución anticipada – produce efectos de cosa juzgada.

Fiscalía/ titular de la acción penal/ Fases de indagación preliminar e investigación.

MAGISTRADO: Dr. José Alberto Pabón Ordoñez.

PROVIDENCIA: Apelación Auto / 28 de Abril de 2015.

CLASE DE PROCESO: EJERCICIO ARBITRARIO DE LA CUSTODIA DE HIJO MENOR.

DENUNCIANTE: De oficio.

DENUNCIADA: Patricia Rodríguez.

RADICACIÓN: 2014-0543.



Ver
Providencia



S
A
L
A

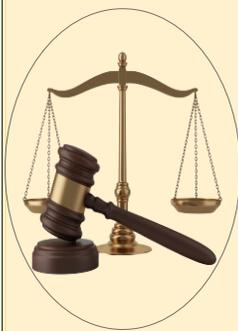
P
E
N
A
L

TESIS: ...“La preclusión es una forma anormal de terminación del proceso que extingue la persecución penal incondicionalmente, lo que la distingue de otras formas de terminación, constituyendo en sentido amplio una absolución anticipada con efectos de cosa juzgada, siempre que se acrediten los supuestos de hecho de las causales establecidas por el Legislador. Con este instituto jurídico adjetivo de efectos sustanciales se trata de evitar el desgaste que implica para el sistema de justicia dar trámite a situaciones que no ameritan ser ventiladas en un juicio oral bien porque el transcurrir del tiempo hizo declinar el interés en la sanción, porque el titular del derecho afectado carezca de voluntad de llevar la ofensa ante las autoridades, porque no se cumplieron los presupuestos de la acción penal, porque aparece una causal de extinción de la acción penal, o sencillamente porque se hace imposible para la Fiscalía sacar adelante su pretensión acusatoria. Por interpretación que deviene del artículo 331 de la ley 906 de 2004, en consonancia con la sentencia C-591 de 2005, en cualquier momento del proceso puede la Fiscalía solicitar al juez de conocimiento la preclusión si estando en fase preliminar no existiere mérito para imputar o transcurrida la etapa investigativa no existe fundamento para acusar. La defensa, por su parte, podrá demandar tal preclusión en la etapa del juicio solamente por las causales 1ª relativa a la imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal y la 3ª ante la inexistencia del hecho investigado.

...(...)

Es un hecho que en la sistemática del acusatorio patrio quedo en manos de la Fiscalía, en cuanto titular de la acción penal, la posibilidad de solicitar la preclusión del proceso en las fases de la indagación preliminar y la investigación, es decir, que durante esos estadios la legitimidad de tal petición solo le asiste al fiscal. Con todo ese monopolio para la postulación de la preclusión se atempera en la fase del juzgamiento, oportunidad procesal en la que la defensa podrá, como ya lo dijimos, reclamar la preclusión ante el juez de conocimiento invocando la causal de inexistencia del hecho. Cuando se pretende la preclusión amparados en la causal tercera se exige la demostración de la inexistencia del hecho investigado, por lo que a mandar de la ley, cuando se acude a ésta causal de preclusión se está obligado a demostrar que el hecho, naturalística o fenomenológicamente entendido no tuvo ocurrencia en la realidad. Si se admite que el hecho existió pero se discute su adecuación a la descripción que hace la ley penal de un comportamiento estimado punible o la ausencia de antijuricidad, el camino preclusivo debe ser el indicado por la causal 4ª por atipicidad de la conducta para cuyo ejercicio solo está habilitada la Fiscalía. Eso significa que si la defensa, invocando la causal 3ª, que es una de las dos que le permite acudir ante el juez de conocimiento a pedir la preclusión, reconoce que el hecho,- a partir del cual la Fiscalía estimó satisfechos los presupuestos sustanciales para acusar por una determinada conducta punible -, existe, no le queda otra alternativa que debatir en el juicio su tesis de la atipicidad de la conducta, porque le está vedado esa posibilidad por vía de la preclusión. El legislador, en eso, fue sabio, pues si se abriera la puerta para que la defensa controvertiera en sede de preclusión cualquiera otra de las hipótesis que enuncia el artículo 332, vale decir, existencia de una causal que excluya la responsabilidad, atipicidad del hecho investigado, ausencia de intervención del imputado en el hecho y la imposibilidad de desvirtuar la presunción de inocencia, sencillamente se desquiciaría el proceso penal porque le entregaría el codominio de la acción penal a la defensa y abortaría el juicio oral que terminaría dándose en la audiencia de preclusión, con el inconveniente adicional que una decisión de esa naturaleza se adoptaría sin siquiera contar con pruebas en el estricto sentido técnico en tanto solo se tendrán elementos de prueba y evidencia física cuya aducción, producción e incorporación no se ha producido en el contradictorio²⁵.

²⁵ ARTÍCULO 379. INMEDIACIÓN. El juez deberá tener en cuenta como pruebas únicamente las que hayan sido practicadas y controvertidas en su presencia.



S
A
L
A

P
E
N
A
L

Según los artículos 250 de la Constitución y 66 de la Codificación Adjetiva, la Fiscalía General de la Nación es la titular de la acción penal y en ejercicio de esa atribución tiene la función de investigar y acusar a los presuntos responsables de haber cometido un delito. Para esos efectos el delegado de la Fiscalía General de la Nación se encuentra facultado para tipificar de manera circunstanciada la conducta y dentro de su órbita de competencias le asiste libre valoración probatoria para formar su propio criterio del devenir del injusto, como se desprende tanto del artículo 287 como de los art. 331 y 336 de la ley 906 que le permiten imputar, demandar la preclusión o acusar dependiendo de si dentro de su autonomía estima colmados los presupuestos probatorios para ello. Así prevista la labor de la Fiscalía, como órgano de la persecución penal dentro del Sistema Acusatorio Colombiano, se entiende que en cumplimiento de ese rol solamente a ésta le es dado sopesar el mérito persuasivo de los elementos probatorios acopiados durante la indagación o la investigación, radicando en todo caso en cabeza suya la responsabilidad de acreditar dentro del juicio oral, cuando se decide por acusar, cada uno de los elementos arquetipo de la conducta punible más allá de toda duda, pues de no lograrlo, el Juez, cuya intervención jurisdiccional se encuentra delimitada por lo actuado por las partes trabadas en controversia, no podrá derivar consecuencias desfavorables en contra del procesado al que lo resguarda la presunción de inocencia. Se entiende así que no pueda la defensa ni el Ministerio Público y menos el Juez, en su condición de tercero imparcial, usurpar un rol que no les ha sido asignado para inmiscuirse veladamente en la acusación realizada por el ente acusador, ni tampoco les está permitido anticipar contenidos propios del juicio para discutir en una audiencia de preclusión que unos determinados hechos no encuentran adecuación típica o son irrelevantes para el bien jurídico, en un momento en que no se cuenta con los elementos de convicción necesarios para adoptar una decisión que de ser preclusiva alcanza fuerza de cosa juzgada. Permitir que la defensa demande preclusión por causales que obligan a apreciaciones subjetivas, que imponen un pronunciamiento sobre el asunto de fondo y sobre la responsabilidad del procesado, implicaría autorizar que esta parte interfiera en el ejercicio de la acción penal que como sujeto soberano ostenta la Fiscalía General de la Nación, y además equivaldría a una inversión de roles porque la iniciativa a seguir a un juicio oral, que proviene de la acusación, saldría de las manos de la Fiscalía para quedar en las de la defensa; lo cual daría al traste con la principal característica del principio acusatorio, como es la diferenciación de roles entre la Fiscalía (función requirente), el juez (función jurisdiccional), y la defensa (parte accionada) en el proceso penal²⁶.

Por eso, resalta la Sala, las causales que legitiman una pretensión preclusiva de la defensa son solo aquellas que refieren a circunstancias objetivas, atinentes a la imposibilidad de iniciar o proseguir la acción penal, como por ejemplo, ausencia de querrela o petición especial, caducidad, prescripción, muerte, amnistía o indulto, oblación, desistimiento de la querrela, etc., o la inexistencia objetiva del hecho, como cuando se denuncia el hurto de un elemento que estaba era trasapelado; porque en esos eventos, ante lo incontrastable de lo objetivo, no se pone en entredicho la potestad acusadora de la Fiscalía esencialmente manifiesta en su libre valoración probatoria ni se propician adelantadamente valoraciones inherentes a la definición del juicio.

...(...)

Por demás no está recordar que en el actual modelo de enjuiciamiento la acusación es un acto de parte a cargo de la Fiscalía que no está sujeto ni a control judicial ni a recursos, de suerte que si formulada la acusación se tolerara que su contraparte la cuestionara en sus ingredientes probatorios o sustanciales a través del pedido de preclusión,

²⁶ Corte Suprema De Justicia. Auto del 15 de julio de 2008. R. 29994. M.P. José Leónidas Bustos Martínez.

se estaría introduciendo un recurso judicial contra dicho acto de parte que en realidad solo tiene el control propio de la sentencia del juez que reconocerá su acierto con una decisión que acoja su pretensión de condena o lo sancionara con la desestimación de la misma. En ese sentido el artículo 331 de la ley 906 establece que el Fiscal formulará la acusación cuando de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se pueda afirmar, con probabilidad de verdad, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe.



...(...)



S
A
L
A

P
E
N
A
L



SIMULACIÓN

Nulidad/ Requisitos/ Legitimación en la causa.

Nulidad/Causa lícita/ Cuando el contrato se realiza bajo una causa ilícita, irrefutablemente acarrea su invalidez.

Causa ilícita/ Contraria a las buenas costumbres o al orden público.

MAGISTRADO: Dr. José Horacio Tolosa Aunta.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 11 de Agosto de 2015.

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO AGRARIO DE SIMULACIÓN.

DEMANDANTE: BERNARDO SIZA AVENDAÑO.

DEMANDADO: DILMA ZAMBRANO CASTRO Y OTROS.

RADICACIÓN: 2013-0109.



Ver
Providencia

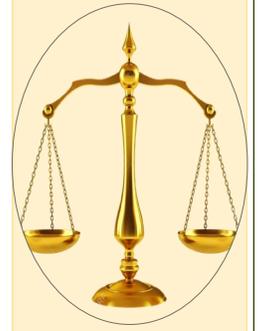
TESIS: ...” Para establecer si un negocio jurídico se encuentra viciado de nulidad, con ocasión a la ilicitud de la causa u objeto, los hechos que la describan así, han de aparecer de manifiesto, radicados en claros y contundentes elementos de juicio que lo reflejen, sin que se constituya duda en que el motivo originario del contrato atenta de forma flagrante contra las disposiciones legales o las buenas costumbres que caracterizan la actividad comercial.

...(...)

Para ilustrar acerca de los aspectos sustanciales que demarcan el asunto a tratar, es preciso referir que en asuntos de nulidad, el artículo 1740 del Código Civil, define la nulidad de todo acto que no reúna los requisitos que la ley prescribe, en particular los contemplados en el artículo 1502 del mismo texto legal, y será absoluta, entre otras causales, cuando la nulidad es producida porque el contrato se celebró bajo una causa ilícita, lo que irrefutablemente acarrea su invalidez.

En relación con el aspecto en mención, la Corte Suprema de Justicia, expuso, entre otros pronunciamientos:

"(...) en lo civil 'es nulo el acto o contrato a que falta alguno de los requisitos que la ley prescribe para el valor del mismo acto o contrato' (art. 1740 C.C.), son causas de nulidad absoluta la incapacidad absoluta de las partes (art. 1742, C.C) la ilicitud de la causa u objeto y la 'omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos' (art. 1740, C.C.); en lo comercial, genera nulidad absoluta la contrariedad de la 'norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa', la incapacidad absoluta de las partes y la 'causa u objetos ilícitos' (art. 899 C. de Co), y en ambos ordenamientos, la incapacidad relativa de las partes, el error, la fuerza, el dolo y las deficiencias de la formalidades habilitantes o tutelares generan nulidad relativa (art. 1741 [2] c.c. y art. 900 C. de Co)²⁷.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

En esos términos, ha de comprenderse, que tratándose de una causa ilícita, es decir la motivación contractual que resulta prohibida por la ley o contraria a las buenas costumbres o al orden público (artículo 1524 del C.C.), el contrato se inhibe de producir efecto alguno, si esa intención a través de la cual los contratantes pretenden obligarse mutuamente, no se encuentra ajustada a la norma legal, la convención termina afectada por nulidad absoluta.

En este evento, como quiera que la ley Civil, instituye la compraventa como un modo de transferir el dominio de las cosas, a través de la exteriorización de la voluntad, siendo así tal acto permitido por la ley, lo cierto es que la convención o pacto que recoja el acuerdo de voluntades, tiene que verse promovido o motivado por una causa justificable, acomodada al orden público y buenas costumbres, aspecto intrínseco que trae consigo la razón por la cual los extremos contractuales quisieron acordar obligarse correlativamente.

...(...)

En el punto de las restituciones recíprocas a que da lugar la declaratoria de nulidad del negocio jurídico, mediante las cuales se consuma el efecto retroactivo, dado que la nulidad da "derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita" (art.1746 C.C.), en este evento dada particularidad del vicio que afectó la validez del negocio, esto es, "causa ilícita", es preciso atender lo preceptuado en el artículo 1525 del Estatuto Civil, por haber actuado las partes a sabiendas de la ilicitud, y por lo mismo no habrá lugar a tales prestaciones.

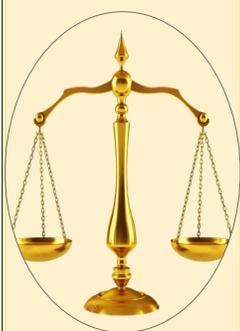
...(...)

En principio, la acción de simulación está definida en el artículo 1766 del Código Civil así: "*Las escrituras privadas, hechas por los contratantes para alterar lo pactado en escritura pública, no producirán efecto contra terceros. Tampoco lo producirán las contra-escrituras públicas, cuando no se ha tomado razón de su contenido al margen de la escritura matriz, cuyas disposiciones se alteran en la contraescritura, y del traslado en cuya virtud ha obrado el tercerd'*

Nuestro más alto Tribunal la ha definido: "*La simulación es todo acuerdo contractual mediante el cual las partes emiten una declaración de voluntad no acorde con la realidad; **requiere para su declaratoria de la verificación de los siguientes presupuestos:** a) la existencia del contrato cuya simulación se impugna; **b) legitimación en la causa en quien demanda;** y, c) que se demuestre fehacientemente la demandada simulación." (...) ²⁸ (lo resaltado fuera de texto).*

²⁷ CSJ. Sala de Cas. civil, sentencia del 10 de abril de 2014. M.P. Ruth Marina Díaz Rueda.

²⁸ CSJ. Sala de Casación Civil. Sent. del 11 de julio de 2000. M.P. Silvio Fernando Trejos Bueno.



Al respecto, ha dicho la Sala de Casación Civil de la Corte en fallo del 2 de julio de 1993, lo que sigue:

"Adicionalmente cabe recordar que el concepto de la legitimación en causa es fenómeno propio del derecho sustancial; por ello su ausencia lleva a fallo absoluto. La Corte, sin modificar su criterio, en relación con ella viene pregonando:

"Según concepto de Chiovenda, acogido por la Corte, la legitimación in causam consiste en la identidad del actor con la persona a la cual la ley le concede la acción (legitimación activa) y la identidad de la persona del demandado con la persona contra la cual es concedida la acción (legitimación por pasiva) (Instituciones de derecho procesal civil). Conviene desde luego advertir, para no caer en el error en que incurrió el Tribunal que cuando el tratadista italiano y la Corte hablan de "acción" no están empleando ese vocablo en el sentido técnico procesal, esto es, como el derecho subjetivo público que asista a toda persona para obtener la aplicación justa de la ley a un caso concreto y que tiene como sujeto pasivo al Estado, sino como sinónimo de "derecho de pretensión" que ejercita frente al demandado. Para que esa pretensión sea acogida en la sentencia es menester, entre otros requisitos, que se haga valer por la persona en cuyo favor la ley establece el derecho sustancial que se reclama en la demanda, y frente a la persona respecto de la cual ese derecho puede ser reclamado". (Sent. del 14 de diciembre de 1981).

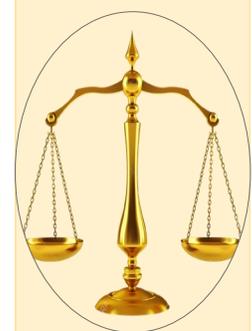
Y es que quien impugne un contrato, en calidad de tercero, como ocurre aquí, se exige como requisito para adelantar la acción de simulación, que éste sea titular de un derecho actual y además que con la consolidación del acto simulado se cause un perjuicio cierto, resultando indiscutible la existencia de interés serio y actual para accionar, por lo que para el caso, al instante de reclamar no mediaba derecho alguno para efectos de invocar interés en exigir.

Así lo precisa la Corte cuando señala:

"En éste orden de ideas, si el sentido culminante de la acción de simulación estriba en la comprobación de un interés legítimo en remover la apariencia y sus secuelas dañosas, siguiéndose de ello que pueden emplearla, tanto los partícipes en el concierto simulatorio como terceros, desde luego en tanto unos y otros sean titulares de derechos subjetivos u ostenten determinadas posiciones jurídicas merecedoras de protección que la negociación ostensible dificulta o estorba, bien puede concluirse que, en síntesis, los requisitos para que aquel interés exista y cuente con la entidad necesaria, son los siguientes:

a) Que quien impugne el contrato en procura de lograr que sea reconocida la anomalía de la cual adolece, sea titular de un derecho visible y presente respecto de cuyo contenido y ejercicio a plenitud, dicho contrato se ofrezca, al momento de ser entablada la acción, como un hecho-obstáculo que lo impide o estorba, luego no basta acreditar objetivamente que fue el aludido negocio fruto de declaraciones disconformes con la intención real de quienes lo estipularon, que la ficción fue concertada entre ellos y que la llevaron a cabo con el fin de engañar a terceros.

b) Y que la consolidación de la simulación ocasione, además, un perjuicio cierto a quien ejercitó la acción, siendo entendido que la simple posibilidad de que se produzcan daños en el futuro y como consecuencia de no descubrirse mediante sentencia la farsa, no es suficiente elemento para justificar el interés y la consiguiente legitimación por activa para deducir con éxito la ameritada acción. En otras palabras, la sola existencia de aquel derecho no es bastante en verdad para alcanzar este cometido, habida consideración que es indispensable, pero suficiente a la vez, que la eficacia de dicho derecho resulte actualmente afectada por la situación anómala emergente del fenómeno simulatorio. (...)»²⁹ ”



De modo que frente a la acción de simulación, son titulares no solo las partes que intervienen en el acuerdo simulatorio, sino también los terceros extraños al acto, en el evento que el acto fingido cause un perjuicio cierto y actual, de donde se sustrae, que tanto éstos como aquellos están capacitados para ejercitar la acción. Pero acontece que siendo el accionante un tercero ajeno al convenio que dice ser disfrazado, al no figurar como parte de ninguno de los extremos contractuales, tampoco le asiste interés en pretender impugnarlo, teniendo presente que el supuesto de hecho en el que se funda su aludido derecho para accionar, no alcanza a tener efecto suficiente al punto de constituirse un derecho visible en el actor. Luego al no ser actualmente el demandante titular de un derecho, cuyo ejercicio se halla impedido o perturbado por el acto engañoso y dado que su conservación o existencia en el mundo jurídico le causa perjuicio, es por lo mismo que no está habilitado para demandar la declaración de simulación.

...(...)

PROMESA DE CONTRATO DE COMPRAVENTA/Requisitos.

ACCIÓN DE RESOLUCIÓN DE CONTRATO/ Naturaleza jurídica.

ACCIÓN RESOLUTORIA/ Características.

MAGISTRADO: Dr. José Horacio Tolosa Aunta.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 21 de Mayo de 2015.

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO DE RESOLUCION DE CONTRATO.

DEMANDANTE: LEONARDO CASTELLANOS SANCHEZ Y OTRO.

DEMANDADO: DIOSDE GONZALEZ RODRIGUEZ.

RADICACIÓN: 2014-0344.



Ver
Providencia

S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

²⁹ CSJ. Sala de Casación Civil, sent. del 1º de marzo de 1993 M.P. Esteban Jaramillo Schloss.



TESIS: ...” Ha definido la doctrina la promesa de contrato como “un contrato preparatorio por virtud del cual dos o más partes se obligan a celebrar un contrato determinado al vencimiento de un plazo o al acaecimiento de una condición”³⁰ Suceso jurídico que por tratarse de la futura celebración de un negocio, genera consigo derechos y obligaciones para las partes que lo suscriben. De igual manera se tiene que dentro de los efectos del contrato de promesa de compraventa se tiene: **a.) Obligación de hacer para las partes**, es decir se entiende como el cumplimiento de las obligaciones por cada una de las partes, en otras palabras el deber de pago por el prometiende comprador, y la obligación de perfeccionar el contrato por parte del prometiende vendedor; **b.) Obligación de dar** obligación que se cumple, al momento de realizarse la entrega del bien prometido al prometiende comprador; y, **c.) Pacto de arras simples y/o cláusula penal** Nada obsta para que las partes contratantes acuerden un pacto de arras simples, como garantía de la celebración del contrato prometido. Por lo tanto el código civil en su artículo 1859 contempla “si se vende con arras esto es dando una cosa en prenda de la celebración o ejecución del contrato, se entiende que cada uno de los contratantes podrá retractarse; el que ha dado las arras, perdiéndolas, y el que las ha recibido restituyéndolas dobladas”. Es viable que en principio puedan caber los dos pactos, tanto la cláusula penal como las arras, sin embargo no podrían hacerse valer sus efectos al mismo tiempo, ya que la única posibilidad de hacerse valer la cláusula penal sería cuando el pacto de retracto haya caducado.

De igual manera, se tiene que para la validez de la promesa de compraventa se deben cumplir ciertos requisitos que manda el código civil, en su artículo 1611 (modificado por el artículo 89 de la ley 153 de 1887) a saber:

- ◆ Que la promesa conste por escrito.
- ◆ Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaren ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1511 del código civil.
- ◆ Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época que ha de celebrarse el contrato.
- ◆ Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

Son los anteriores los requisitos que, deben concurrir para que la promesa de compraventa tenga validez y que hacen de ella un contrato solemne.

...(...)

La promesa además de los requisitos que debe cumplir todo acto jurídico, para su validez, debe cumplir con ciertos requisitos especiales del artículo 1611 del C.C, ya que el olvido de estos lleva consigo la nulidad absoluta del contrato.

Que la Promesa conste por escrito.

Significa lo anterior que adolece de efectos jurídicos la promesa llevada a cabo verbal-

³⁰ Bonivento Jiménez Javier. El Contrato de Promesa. Ed. Librería del Profesional, pág. 31.

mente o cuyas cláusulas no se incorporen en el respectivo escrito.

Que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil.

El artículo 1502 del Código Civil, establece los elementos imprescindibles para que un individuo pueda contraer obligaciones, siendo estos los siguientes:

"El inciso 2 del artículo 1502 del C.C., define la capacidad legal de una persona diciendo que "consiste en poderse obligar por si misma, y sin el ministerio o la autorización de otra". Esa norma se refiere a la capacidad negocial de ejercicio o capacidad de contratar, pues el contrato es la forma genérica de contraer obligaciones. Esta capacidad de ejercicio es una modalidad de la capacidad de goce que es la aptitud general para adquirir derechos y contraer obligaciones. Sin embargo, la regla general es la capacidad de ejercicio; lo que equivale a decir que todas las personas tienen aptitud para obligarse, excepto aquellas que la ley declara incapaces".

Que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio".

Conforme a lo establecido en el artículo 1508 del Código Civil, son vicios del consentimiento el error la fuerza y el dolo.

El error consiste en la circunstancia, disonancia o falta de conformidad entre la voluntad querida y la voluntad aclarada, o entre el querer interno y su exteriorización.

La fuerza o violencia consiste en un constreñimiento ejercido sobre la voluntad de la persona para obligarla a contratar.

El dolo: definido en el artículo 63 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente: *El dolo consiste en la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro".*

Corolario de lo anterior, el dolo hace relación a maniobras encaminadas a engañar una persona, y determinándola a dar su consentimiento de un negocio jurídico.

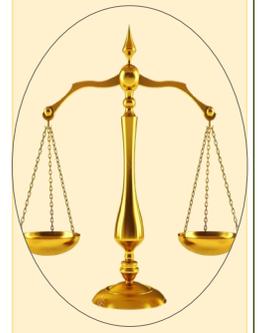
Que recaiga sobre un objeto lícito.

El artículo 1866 del C. C. dispone lo siguiente: *"Pueden venderse todas las cosas corporales, o incorporales, cuya enajenación no esté prohibida por ley".*

En ese sentido podemos afirmar que los bienes cuyo objeto de compraventa no se encuentra prohibido, es viable su comercialización en el entorno económico.

Que tenga una causa lícita.

Con el fin de abordar el tema referente a la causa lícita, se hace imperioso traer a colación la normatividad contenida en el artículo 1524 del Código Civil, el cual dispone lo siguiente: *" No puede haber obligación sin causa real y lícita; pero no es necesario expresarla. La pura liberalidad o beneficencia es causa suficiente.*





S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

"Se entiende por causa el motivo que induce al acto o contrato; y por causa ilícita la prohibida por la ley, o contraria a las buenas costumbres o al orden público.

"Así, la promesa de dar algo en pago de una deuda que no existe carece de causa; y la promesa de dar algo en recompensa de un crimen o de un hecho inmoral, tiene causa ilícita".

En ese sentido resulta claro que la causa dentro del negocio jurídico debe entenderse como el motivo que mueve a las partes a celebrar un contrato, la cual por regla general podrá llevarse a cabo a no ser que se encuentre estrictamente prohibida por norma que así lo consagre.

Que la promesa contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el Contrato.

Dentro de la promesa de compra venta de bien inmueble, se hace necesario que en ella se involucre la cláusula referente a la fecha, hora y notaria ante la cual las partes suscribirán la respectiva escritura pública sobre el respectivo bien inmueble, so pena de carecer de validez el citado documento.

Lo anterior, toda vez que resulta de vital importancia establecer en el tiempo la fecha y el lugar en que las partes cumplirán lo pactado en la promesa de compraventa sobre el bien inmueble objeto del contrato.

Que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo solo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales".

Al respecto debe tenerse en cuenta que la tradición de bienes inmuebles se debe efectuar por medio de la inscripción del título traslativo de dominio (escritura), en la Oficina de Instrumentos Públicos.

...(...)

La filosofía del artículo 1184 del C.C francés, para desligar a los contratantes aparece en el derecho civil colombiano, bajo tres normas diversas que consagran la acción resolutoria, en caso de mora o de simple incumplimiento por parte de uno de los contratantes, sea por no pagar el precio o por no entregar la cosa. En materia mercantil, se regula en el artículo 870 del código de comercio, y en los artículos 1536, 1546 y 1930 del Código Civil.

De acuerdo con el artículo 1546 citado: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado

"Pero en tal caso podrá el otro contratante, pedir a su arbitrio, o la resolución o el incumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios", el legislador colombiano recoge la acción resolutoria para los negocios jurídicos bilaterales de carácter instantáneo.

...(...)

Dentro de la bilateralidad, reciprocidad e interdependencia obligacional, que surge de muchos contratos, cuando una de las partes deja de cumplir lo pactado, si la otra lo ha

cumplido o se allana a cumplirlo, puede la cumplida demandar la resolución o el cumplimiento del contrato, en ambos supuestos, con indemnización de perjuicios.

Es igual una acción constitutiva (G.J. N° 1941, pág. 243; LXII, pág.63) puesto que tiende a aniquilar un acto jurídico y a dejar las cosas en el estado en que se hallaban antes de la celebración del mismo; es personal (XXI, pág. 308), (XXII, pag.25) porque sólo los contratantes y sus causahabientes pueden promoverla y afrontarla, y en consecuencia entraña un litisconsorcio necesario (LXXIX, pág. 157) que exige la intervención activa o pasiva de todos los que celebraron el contrato en el juicio. Al exigir litisconsorcio necesario es por consiguiente, indivisible al requerir la presencia de todos los intervinientes en el contrato porque el contrato se aniquila o anónada integralmente y no por partes y en relación con todos los contratantes y las cosas, no pueden retrotraerse parcialmente al estado que tenía antes del contrato (cas. Civil 30 de mayo de 1932 G.J N° 1884, pág. 564; nov 2 de 1936, G.J N° 1997, pág. 391), pues por el principio de contradicción, no puede quedar vivo el contrato para alguno y extinguido para otros. Pero si el actor ha incumplido carece de derecho para ejercerla porque la autorización que la ley da, únicamente cobija al contratante cumplido.

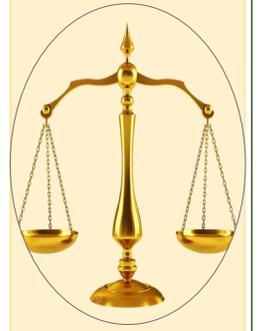
Un contrato bilateral, implica reciprocidad de obligaciones, y no siempre simultaneidad en ellas, pues de la "celebración de un contrato bilateral nacen obligaciones recíprocas e interdependientes para las partes. Cada una de ellas es acreedora y deudora de la otra, aunque las obligaciones no siempre deban cumplirse simultáneamente. Esta reciprocidad de derechos y obligaciones es fundamento de la acción resolutoria en el caso de que una de las partes deje de cumplir lo pactado, si la otra lo ha cumplido o se allana a cumplirlo, pudiéndose pedir la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios. La acción resolutoria supone la perfección y validez del contrato que por su medio se pretende aniquilar.

...(...)

Continuando con el estudio propuesto, ha de determinarse, si estamos en presencia de obligaciones simultáneas o sucesivas, que debían cumplir los contratantes, y en el evento de las segundas, a quien competía satisfacerlas en primer lugar.

En cuanto a las obligaciones simultáneas, son aquellas en las cuales las obligaciones de los contratantes, se deben cumplir al tiempo, mientras que las obligaciones sucesivas, son aquellas en las cuales primero debe cumplir un contratante y luego el otro, por lo tanto, la solución es distinta en el evento de incumplimiento recíproco de las partes, según se trate de obligaciones simultáneas o sucesivas. En ambas hipótesis, para demandar tanto la resolución como el cumplimiento, es necesario que el promotor del proceso, haya cumplido o se haya allanado a cumplir, en el lugar y tiempo debidos, y en el de las segundas, además, que su incumplimiento sea posterior al del otro extremo del contrato.

...(...)





DIVORCIO

Causales/ Causales objetivas.

Casación de efectos civiles de matrimonio católico/ Demanda de reconvencción .

Fijación de cuota alimentaria a favor del cónyuge inocente.

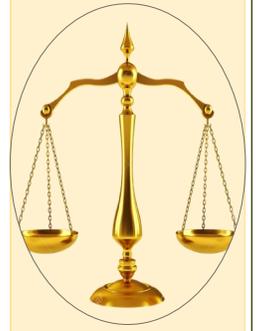
MAGISTRADA: Dra. Adriana Saavedra Lozada.
PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 04 de Marzo de 2015.
CLASE DE PROCESO: DIVORCIO.
DEMANDANTE: JOSE ERNESTO BUITRAGO SALGADO.
DEMANDADO: ALBA LUCIA ACOSTA SIERRA.
RADICACIÓN: 2013-507.



Ver
Providencia

TESIS: ..." El matrimonio es una institución y un contrato especial, produce efectos jurídicos no sólo entre los contrayentes, sino también entre estos y los hijos. Los efectos pueden ser personales unos y patrimoniales otros. Entre los efectos personales que genera el matrimonio entre los cónyuges, se encuentran los deberes recíprocos que deben presidir la vida matrimonial: la cohabitación, la fidelidad, el socorro y la ayuda mutua, entre otros (Art. 113. 176, 178 del C.C. y 9º del Decreto 2820 de 1974). El primero de los deberes enunciados tiene claro soporte en la legislación, pues no sólo surge del concepto que de matrimonio da el ordenamiento (Art. 113 C.C.), sino que se encuentra referido expresamente por el Art. 11 del decreto 2820, que modificó al Art. 178 del C.C., cuando dice que "*salvo causa justificada, los cónyuges tiene la obligación de vivir juntos y cada uno de ellos tiene derecho a ser recibido en la casa del otro*". Por sus específicas características, la vida de matrimonio exige, como se dijo, su recíproco propósito de alcanzar los fines de la sociedad doméstica, para lo cual resulta evidente que deben vivir juntos y auxiliarse mutuamente. Pero como no siempre se logra prolongar en el tiempo la vida armoniosa de los casados, presentándose situaciones que demandan una suspensión de su vida en común; la Ley 1ª de 1976, y luego la Ley 25 de 1992 que modificaron el art. 154 del C. Civil, establecieron que, encontrándose y probándose cualquiera de las causas que dan origen al divorcio, o por el mutuo consentimiento de los cónyuges manifestado ante Juez competente, el cónyuge inocente puede, demandar la separación de cuerpos, el divorcio o la separación de bienes, como remedio temporal para las dificultades de la vida común. Sabido es que para decretar judicialmente el divorcio, es necesario que el cónyuge que lo pretende demuestre plenamente la ocurrencia de alguna o algunas de las causales señaladas en el art. 154 del C.C., con la nueva redacción dada por el art. 6º de la Ley 25 de 1992.

...



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

Se tiene que tanto en la demanda inicial como en la demanda de reconvencción, las partes solicitan se decrete la cesación de efectos civiles del matrimonio católico con base en la causal 8ª del Artículo 6 de la ley 25 de 1992, es decir la separación de cuerpos por más de dos años; ante lo anterior es válido recordar que en nuestro ordenamiento jurídico se establece lo siguiente: El divorcio sólo puede instaurarse por las causales taxativamente señaladas en el art. 154 del C.C., es así como los motivos que dan origen al mismo se encuentran clasificados en causales de divorcio-sanción y causales de divorcio-remedio. El divorcio-sanción. Es una modalidad que sanciona faltas o conductas graves cometidas por uno de los cónyuges, como consecuencia el quebrantamiento de la comunidad doméstica o el rompimiento del vínculo matrimonial; requiriendo de la existencia de un cónyuge inocente y otro culpable. El divorcio-remedio. Pretende dar solución a una situación insostenible entre los cónyuges, generada la destrucción del vínculo matrimonial o del matrimonio, sin que exista falta alguna como la enfermedad mental o la separación prolongada. No busca sancionar faltas o conductas asumidas por los esposos sino solucionar el conflicto familiar. La Ley 25 de 1992, en su art. 10, establece que el divorcio sólo podrá ser demandado por el cónyuge que no haya dado lugar a los hechos que lo motiven, en el presente caso, en la demanda principal, teniendo en cuenta la causal invocada, el hecho que motiva el divorcio, es la separación de cuerpos de hecho, por más de dos años; situación ante la cual no habría lugar a indagar quién dio lugar a la separación de hecho, para determinar quién es el culpable y quien el inocente, por cuanto la causal responde a un criterio eminentemente objetivo. Si a esta causal se le diese carácter subjetivo, para hallar cuál es el cónyuge culpable de la separación o cuál el inocente, desaparecería su carácter objetivo o degeneraría en alguna otra, y no tendría ningún sentido que el legislador la hubiese plasmado. No obstante, que para tal causal no se hace necesario probar la culpa ni la inocencia sería también inocuo frente al derecho de defensa que asiste al cónyuge demandado, que éste no pudiese invocar excepciones para contraprobarla o elementos de convicción para demostrar la carencia de legitimación en la causa invocada, por quien cimenta su *petitum* en la causal 8 cuando la separación perdura más de dos años; en igual sentido podría erradamente concluirse que el pasivo no podría reconvenir para demostrar una causal diferente. En síntesis, cuando se invoca la causal octava de divorcio, bien puede el demandado, si lo quiere probar una causal diferente por vía de la reconvencción, enervar la causal formulada o simplemente entrar a probar la culpa del actor para obtener una sentencia que le permita revocar las donaciones o reclamar alimentos a su favor porque ningún sentido tendría el derecho de defensa ni la preceptiva del art. 162 del C. C. ni los derechos fundamentales reconocidos en el plexo constitucional cuando uno de los cónyuges es demandado con soporte en la separación que haya perdurado más de dos años.

...

Referente a la fijación de alimentos, como se sabe, en el caso de divorcio, se trata de una penalidad o sanción contenida en el art. 411 numeral 4º del C.C., que se le impone al cónyuge culpable o quien da lugar al divorcio; Con respecto a lo anterior señala la Corte Constitucional: "(...)El propio legislador decidió que después del divorcio este deber legal que concreta uno de los fines del matrimonio continua si bien reducido eventualmente a una dimensión económica (artículo 160 C.C.) puesto que el cónyuge culpable debe, cuando se dan las condiciones señaladas por el legislador, pagar alimentos al cónyuge inocente dentro de la visión del derecho civil en el cual se denota una concepción del divorcio como sanción, cuando éste no es mutuamente acordado (artículo 411, numeral 4 C.C.)".

...

³¹ Corte Constitucional. Sentencia C-246/02, M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.



LESIÓN ENORME

Forma de ineficacia por declaración jurisdiccional.

Carácter excepcional de la lesión enorme en el derecho colombiano.

Contrato de compraventa/ Bien inmueble.

MAGISTRADA: Dra. Adriana Saavedra Lozada.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia/ 22 de Abril de 2015.

CLASE DE PROCESO: ORDINARIO POR LESIÓN ENORME.

DEMANDANTE: ALMACÉN FERRAGRO LTDA.

DEMANDADO: BANCO DE BOGOTÁ.

RADICACIÓN: 2013-0380.



Ver
Providencia

TESIS: ...” La razón de ser de la lesión enorme como figura específica, sancionatoria y restrictiva, históricamente ha estado legal, jurisprudencial y doctrinariamente ligada a los contratos de compraventa sobre bienes inmuebles, tesis expuesta por nuestra Corte Suprema de Justicia desde la década del año 30 del siglo pasado:

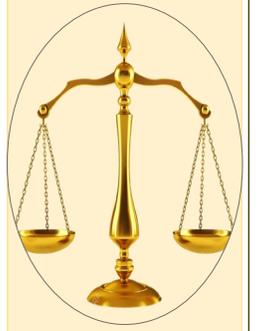
“La rescisión por lesión enorme se justifica en la compraventa, porque siendo una convención bilateral y en la mayoría de los casos de carácter conmutativo –salvo las ventas aleatorias y de cosa esperada- la sociedad está interesada en que no se perturben las normales relaciones jurídicas entre los asociados a causa de un vínculo viciado o defectuoso, en que una de las partes ha sido víctima de la malicia ajena o de su propia necesidad o ignorancia. Siendo, pues, de la naturaleza del contrato conmutativo que la prestación de una parte equivalga o tenga una justa equiparidad con la prestación recíproca de la otra, se explica y justifica el ejercicio de esta acción, como medio eficaz de evitar el agravio, dentro de los límites señalados por la ley³² (Casación del 24 de agosto de 1938).

Por lo tanto, el orden público y la convivencia pacífica de los coasociados, es el fundamento que amerita la existencia de la lesión enorme como causa de ineficacia de los contratos civiles y/o comerciales que recaen sobre compraventa de bienes inmuebles.

El Libro Cuarto, Capítulo XII, artículos 1946 a 1954 del C.C., compendia la normatividad que regula el tema de la lesión enorme así:

“Artículo 1946. Rescisión por lesión enorme. El contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme”.

³² COLOMBIA. C.S. de J. S. de C.C. Sentencia de casación de 24 de agosto de 1938.



"Artículo 1947. El vendedor sufre lesión enorme cuando el precio que recibe es inferior a la mitad del justo precio de la cosa que vende; y el comprador a su vez sufre lesión enorme, cuando el justo precio de la cosa que compra es inferior a la mitad del precio que paga por ella".

Por virtud del 1946 citado, el contrato de compraventa podrá rescindirse por lesión enorme, por rompimiento del equilibrio en las relaciones contractuales, con fundamento en la teoría objetiva pregonada por el derecho colombiano. Su origen es romano, pero el Código Civil francés la acogió, y sus epígonos como el colombiano, también toman partido por la asimetría exclusivamente de carácter económico.

El precio es elemento esencial del contrato de compraventa, debiendo concurrir como requisitos suyos: 1. Que consista en dinero, o parte en dinero y parte en otra cosa, 2. Que sea determinado o determinable, y 3. Que sea real (que no sea aparente o simulado) y serio (no puede ser irrisorio). De faltar el precio o no llenar los requisitos indicados el acto degenera en inexistente o en otro contrato. Pero igualmente debe ser justo o equivalente, no como requisito esencial del elemento precio, sino como traducción de la simetría, de la igualdad y equidad que deben ostentar los contratos conmutativos. De no ser justo, degenera en lesivo rompiendo el equilibrio contractual, y por lo injusto y vil legitima la acción rescisoria.

De conformidad con el 1947 transcrito, es lesivo el precio si el comprador paga más del doble del valor real comercial que en condiciones normales posee el mercado; o si el vendedor, recibe menos de la mitad del valor real del inmueble, uno u otro, en su caso, ambos están facultados para intentar judicialmente la acción por lesión enorme. En efecto, al respecto la jurisprudencia enseña:

"En el Código Civil Colombiano la lesión enorme obedece a un criterio eminentemente objetivo, según el cual basta con que el precio convenido entre los contratantes sea lesivo en la medida determinada por la ley, para que se tipifique la figura. Opera independientemente de la persona del comprador o del vendedor, sea mayor o menor, persona natural o jurídica, o entidad de derecho público"³³.

Luego la lesión enorme se estructura, cuando se cumplen los siguientes requisitos: i) Que se trate de inmueble o frente a eventos admitidos legalmente; ii) Que no se trate de muebles; iii) Que no se trate de venta hecha por el ministerio de justicia o en subasta pública; iv) Que el engaño sea enorme por desproporción económica entre el justo precio y el recibido o pagado efectivamente por la cosa; v) Que no se trate de contratos aleatorios; vi) Que después de celebrado en contrato no se haya renunciado a la acción rescisoria; vii) Que la acción no haya prescrito, por haberse instaurado en término legal de cuatro años, art. 1954 C.C.; viii) Que el bien objeto del contrato no se haya perdido en poder del comprador, que se conserve en su poder³⁴.

Finalmente, el legislador, en los trazos del artículo 1954 del Código Civil, señala que la acción por lesión enorme expira en cuatro años, contados desde la fecha del contrato.

...

³³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 9 de diciembre de 1999, expediente 5368 M. P. Manuel Ardila Velásquez.

³⁴ "Como reiteradamente lo ha sostenido la doctrina de la Corte, son elementos configurantes de la acción de rescisión de la venta por lesión enorme, los siguientes: a) Que verse sobre inmuebles y que la venta no se haya hecho por Ministerio de la Justicia (L. 57/887, art. 32); b) Que el engaño sea enorme (C.C., art. 1947); c) Que no se trate de un contrato de carácter aleatorio (casaciones, 18 de diciembre de 1929, XXXVII, 390; 17 de agosto de 1933, XLI, 501; 10 de diciembre de 1934; XLV, bis 73, y 22 de marzo de 1952, XXXI, 450); d) Que después de la celebración del contrato de compraventa no se haya renunciado la acción rescisoria por lesión enorme; e) Que la cosa no se haya perdido en poder del comprador (art. 1951); y f) Que la acción se instaure dentro del término legal (art. 1954)" (Sent. de 5 de febrero de 1958, Tomo LXXXVI, pág. 336; 26 de abril de 1961, XCV, 771)". CSJ, Cas. Civil, Sent. jul. 5/77, Cas. Civil del 13 de dic. de 1988. Algunos expositores agregan como requisito que no se trate de una venta en contratos mercantiles, ignorando que el art. 218 del Código de Comercio Terrestre que la excluía para darle elasticidad al acto de comercio, fue derogado con el Código de Comercio de 1970, pero además, desconociendo la regla 822 del actual Código de Comercio.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

cabe recordarle a la apelante en primer lugar que respecto del instituto de la lesión enorme, el itinerario del derecho objetivo universal, de antaño ha acuñado tres teorías: i) una primera, que se fundamenta en el sentido netamente objetivo, donde se toma como única base y fundamento de la lesión enorme que pueda emerger producto de un negocio jurídico, el precio que eventualmente pueda romper el equilibrio y equidad que debe gobernar una relación de tal naturaleza y que por ende, implica el detrimento patrimonial bien para el vendedor, ora para el comprador.

ii) Una segunda teoría que se edifica sobre aspectos puramente subjetivos en los que bien pueden estar presentes vicios del consentimiento como error, fuerza o dolo de uno de los contratantes que minan la voluntad y libre albedrío en la determinación de los elementos esenciales del contrato pero, fundamentalmente en la fijación o establecimiento de un justo precio del objeto del contrato, situación ésta que termina afectando el peculio de alguno de los extremos de la convención negocial.

iii) Una tercera proposición que conjuga tanto el componente material del valor efectivamente pagado, con aspectos intrínsecos del beneplácito irregularmente expresado por los contratantes.

Sin embargo, la estructura jurídica doméstica, invariablemente hasta la hora de ahora sólo ha acogido la primera de las tesis expuestas, esto es, aquella que se sustenta única y exclusivamente en elementos netamente objetivos, esto es, palpables materialmente, que para el caso se refieren con preeminencia al precio efectivamente pagado por el bien objeto del acuerdo contractual. Con esto, cualquier consideración de la censura por sacar adelante una teoría basada en aspectos subjetivos y aún de correlación de éstos con algunos otros de naturaleza objetiva, queda al margen de cualquier posibilidad probatoriamente valorable, porque de ser ello así, en el mejor de los casos podrían habilitar o legitimar para impetrar cualquiera otra acción jurídica - de nulidad por ejemplo -, pero en todo caso no la lesión enorme; significando con ello que la tesis de la recurrente en este sentido planteada, no tiene posibilidad de éxito.

Ahora bien, como quiera que la codificación sustantiva colombiana, no informa norma positiva que prevea o regule de manera expresa el tema de la procedencia u operancia de la lesión enorme como consecuencia de una dación en pago como resulta ser la situación fáctica que ahora concita el cuidado de esta Colegiatura; ante este vacío legislativo, al operador jurídico no le queda alternativa diferente que acudir a fuentes supletorias como la jurisprudencia de nuestros altos tribunales, para indagar de ellos cuales han sido los criterios predominantemente acuñados en este tópic, para con fundamento en ellos solventar una resolución al problema jurídico planteado.

Al respecto cabe señalar que jurisprudencialmente, lejos de ser éste un tema pacífico, por el contrario, de antaño, el máximo tribunal de cierre, Sala de Casación Civil, ha transitado por posiciones abiertamente antagónicas, desde aquellas que equiparan o vislumbran similitudes casi completas entre el negocio jurídico de la compraventa de bienes raíces, con el de la dación en pago de bienes inmuebles; hasta aquellas que, de manera tajante perciben la imposibilidad de rescindir un negocio jurídico por lesión enorme, cuando ésta se hace edificar a partir de una dación en pago, dado el carácter de especificidad, sancionatorio y restrictivo que siempre ha gravitado sobre la lesión, asegurando que ésta no puede ser equiparable o admisible a la compraventa, por modo que los principios aplicables a la segunda, no son ni pueden ser extendibles por *analogía juris* como criterio de interpretación a la primera, pues la aplicación analógica perjudicaría a un comerciante y se convertiría en analogía *in malum parte* quebrantando su

su derecho al principio de igualdad sustancial.

...

Ante un panorama que lejos de ubicar a la lesión enorme como tema pacífico dentro de la juridicidad patria, y que por el contrario, lo hace gravitar dentro de un plano controversial por excelencia; para afinar y dar plena consistencia al criterio recalado por esta Sala, en el sentido de que la sentencia objeto de censura debe ser confirmada; apropiado e inexcusable resulta traer a colación uno de los últimos y más contundentes pronunciamientos de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia³⁵, en el que de manera particularmente minuciosa y cuidadosa, se acometió un estudio histórico de la figura de la dación en pago, resaltando el devenir que al interior de tan alta Corporación ha tenido este instituto, desde aquellos pronunciamientos que buscaron darle solución a controversias nacidas a partir de daciones en pago, sobre la égida de lo que en su momento se adujo como simetría, concordancia o equivalencia casi perfectas entre ésta y la compraventa de bienes inmuebles, hasta aquellas tesis que a fuerza de interpretaciones sistemáticas lograron refulgir para terminar imponiéndose como criterio firme, consistente y reiterativo, que dan hoy vigencia a la tesis de que la susodicha concordancia es más aparente que real y que por lo mismo hace inapropiado buscar que por medio de la analogía, se busque arropar a la lesión enorme nacida de la dación en pago, con el manto jurídico propio de las convenciones o contratos de compraventa de bienes raíces, porque aquella aparece hoy como una forma o modalidad propia e independiente de extinguir obligaciones.

... Que la rescisión de una compraventa por *laesio enormis* es asunto realmente excepcional en Colombia, lo confirma que su régimen se aparte también de los efectos *ex tunc* que, automáticamente, se generan cuando se fulmina un contrato (art. 1948 C.C.); que únicamente proceda en la venta de bienes inmuebles y en tanto no se hubiere hecho por ministerio de la justicia (art. 32 ley 57 de 1887); que se extinga si la cosa se pierde en poder del comprador, o si ella se enajena (art. 1951 C.C.), y que, a diferencia de otras causas de rescisión, esté sujeta a un plazo de caducidad y no de prescripción, según lo tiene esclarecido esta Corporación. Son tantas, pues, sus peculiaridades, tantas sus privativas características, que en modo alguno se puede hacer de la lesión enorme un postulado general, por lo menos en regímenes como el colombiano, sujeto a sus propias características, no ensanchables o expansibles por obra de lo regulado en otros Códigos internacionales, por loanos que sean. Si así fuera, por plausible que pareciera, que no lo es, se anticipa, el intérprete se traduciría en legislador, con todo lo que esta alteración de roles genera. De ahí que en el derecho nacional impere un sistema restringido (*numerus clausus*) y no uno abierto y omnicompreensivo de todos los supuestos negociales (*numerus apertus*), según ya se pinceló.

La doctrina coincide en reconocer, como una realidad derivada de la ley vernácula, dicho carácter limitado, restringido y tasado de la lesión enorme. Es así como el doctor José Alejandro Bonivento Fernández, al respecto, bien expresa que, "Precisamente, la lesión enorme no es procedente sino en determinados actos jurídicos, a saber: a) Compraventa de inmuebles (Ley 57 de 1887, artículo 32); b) Permuta con inmuebles (artículo 1958); c) aceptación de la herencia (artículo 1291); d) Partición de la herencia (artículos 1401 a 1410); e) Cláusula penal (artículo 1601); f) Mutuo con interés (artículo 2231); g) Hipoteca (artículo 2455); y h) Anticresis (artículo 2466)...Esa limitación legal destruye cualquier consideración moderna de la lesión como vicio del consentimiento, por cuanto no habría razón para tenerlo para unos actos jurídicos y excluirlo en la gran mayoría. Si es vicio del consentimiento, como tal, debe incidir en los negocios jurídicos, como sucede con el error, el dolo y la violencia, y hemos advertido, claramente, que no está prevista sino en contadísimos actos jurídicos³⁶" (Se subraya).



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

³⁵ COLOMBIA. C.S. de J. Sala de C.C. Sentencia de 6 de julio de 2007. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo J.

³⁶ José Alejandro Bonivento Fernández. Los principales contratos civiles y su paralelo con los comerciales. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Bogotá, 2004, págs. 84 y 85.



Por su parte, los doctores Ospina Fernández y Ospina Acosta, estiman que "A imitación del derecho romano, del español antiguo y del francés, nuestro Código Civil ha consagrado un sistema ..., fragmentario y empírico en materia de la lesión en los actos jurídicos, sancionándola únicamente en casos contadísimos"³⁷ (Se subraya).

Criterio restrictivo es igualmente el acogido por el doctor Alvaro Pérez Vives, quien luego de rechazar la asimilación de la dación en pago a la *emptio venditio*, sentenció que en esta materia es erróneo "...dar aplicación a las reglas de la compraventa; por ese motivo, la rescisión por lesión es inaplicable a la dación en pago"³⁸ (Se subraya).

... la mayor"³⁹ (Se subraya).

...

Como se ha observado, en tratándose de materia tan sensible como la que detiene la atención de la Sala, en concreto la relativa a determinar la procedencia o improcedencia de la lesión enorme en la figura de la dación en pago, es deber de los jueces respetar -inicialmente- la libertad de configuración que tiene el legislador para establecer en qué casos es conducente la lesión; es a él a quien le corresponde precisar el alcance y proyección de esa institución: si aplicable a toda clase de negociaciones, o sólo a algunas de ellas, como sucede en tratándose del derecho nacional vigente. Por consiguiente, sin desconocer la tendencia que existe en el derecho comparado de extender la lesión enorme a todo tipo de contratos conmutativos, ni las razones que justificarían un cambio en el régimen jurídico colombiano, no puede perderse de vista que, en Colombia, es esa una materia y labor que, por competencia, corresponde definir al legislador, como ya lo precisó la Corte Constitucional al ocuparse del tema frente a los bienes muebles, ocasión en la que señaló que por tratarse "de una normatividad referida a la protección de la propiedad y al ejercicio de las libertades económicas..., el Congreso goza de una amplia libertad para establecer diferenciaciones, siempre y cuando no recurra a criterios constitucionalmente prohibidos, como la raza o el origen nacional" (Se subraya; Sent. C-491 de 4 de mayo de 2000).

En efecto, si como queda dicho, el sistema colombiano, al hundir sus raíces en el sistema romano-francés, participa del criterio objetivo -o matemático-, en el que la lesión sólo tiene cabida en frente de unos determinados negocios jurídicos -*numerus clausus*- y es fruto del acentuado desequilibrio de las prestaciones -por ello tildado de enorme, *laesio enormis*-, deducido de la comparación del precio de venta con el comercial que el bien tenía al momento de la enajenación, mal podría, con el propósito de extenderse sus alcances, asimilársele, confundírsele o amalgamársele con el sistema inspirado en un criterio subjetivo -en el que tienen cabida consideraciones referentes a la 'explotación' más que a la simple o mera 'desproporción'.

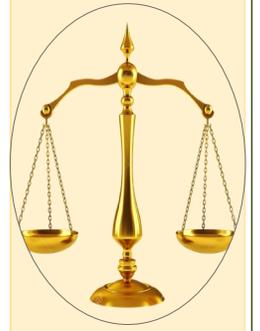
.No pueden entonces los jueces, a la luz de normas foráneas que ontológica y teleológicamente participan de un criterio legal por completo diferente, alterar el esquema que, *ex professo*, otrora se adoptó en el ámbito nacional, ni siquiera cuando tal tendencia, sin duda bienhechora, está inspirada en la equidad o en la justicia conmutativa, pues

³⁷ Guillermo Ospina Fernández y Eduardo Ospina Acosta. *Teoría general del contrato y de los demás actos o negocios jurídicos*. Temis, Bogotá, 1994, pág. 285.

³⁸ Alvaro Pérez Vives. *Teoría general de las obligaciones*, Op. Cit., pág. 385..

³⁹ Ramón Domínguez Aguila. *Teoría general del negocio jurídico*. Editorial Jurídica de Chile, Santiago de Chile, 1977, pág. 107. Cfme: Arturo Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Contratos*, Vol 1, Imprenta Universal, Santiago de Chile, 1988, págs. 170 y 171; Arturo Alessandri Besa, *La nulidad y la rescisión*, Tomo II, Op. Cit., pág. 762; Rodrigo Becerra Toro, *Obligaciones civiles*, Temis, Bogotá, 1987, pág. 124, y Lucrecio Jaramillo Vélez, *Estudio sobre la nulidad en derecho privado*, Señal Editores, 1991, pág. 141.

Es de señalar que incluso la doctrina foránea que se ha inspirado en regímenes de índole subjetiva, con sujeción a los cuales la lesión impera con carácter más general, y consultando las características individuales de cada caso, igualmente le reconoce su vocación sancionatoria y correctiva. Así, *ad exemplum*, expresamente le confiere dicho *status* el doctrinante argentino, Jorge A. Carranza. *El vicio de lesión en la reforma del código civil*. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969, págs. 61 y 70.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

ello sería tanto como abrogarse, en la *praxis*, facultades exclusivas del legislador, que es a quien compete fijar el campo de aplicación de fenómenos restrictivos y sancionatorios -por matizados que resulten-, como el de la rescisión de los contratos por causa de lesión enorme, al mismo tiempo que el de sustituir, nada menos, un sistema por otro, sustitución que, por justificada que en teoría pudiere parecer, no es de poca monta o insustancial, por todo lo que ella entraña.

Si bien es cierto, de *jure condendo*, la tesis planteada por el censor puede estar más en consonancia con dicha tendencia reformadora que la Corte no desconoce, en tanto en Colombia, de *lege data*, no se produzca u origine un cambio legislativo, ella no puede abrirse camino, menos por la vía pretoriana o judicial, justamente por el resaltado carácter excepcional que en el medio colombiano, entre otras naciones, se reconoció a la lesión enorme, de forma que su operancia se circunscribió a unos específicos negocios jurídicos, dentro de los cuales, precisamente, no se encuentra la dación en pago.

Es ese, por tanto, el marco legal atendible para definir, en el ámbito nacional, la cuestión aquí discutida. Soslayarlo, ni más ni menos, implicaría derruir la plataforma preceptiva existente, por más argumentos y racionios que en la esfera de la conveniencia se hicieren, o por más ingeniosos planteamientos que se esbozaren, a pretexto de una aplicación extensiva, analógica, amplificada o, en fin, irradiadora de los efectos -*ex lege* - asignados a la compraventa, todo en nombre de la 'justicia contractual', tan en boga. Obsérvese que la entronización del sistema subjetivo en comento, precisamente, ha requerido la intervención del legislador, quien sí está facultado para ello, hecho este que revela la fuerza y reiteración de una tradición internacional en esta materia, no exenta de consecuencias, así como de un aleccionador comportamiento, digno de ser observado.

Por esto es por lo que la Sala, consciente del -creciente- rol asignado al juzgador, sobre todo en los tiempos que corren, signados por una activa y protagónica participación del *iudex* en diversos campos, considera que en este tipo de asuntos no es entonces aconsejable amplificar su radio hermenéutico, por plausible que, *prima facie*, pudiere resultar. De ahí que, *ex abundante cautela*, a la par que respetuosa de sus competencias y también de las ajenas, como ha sido su costumbre inveterada, entienda que cobijar a la dación en pago, en guarda de aplicarle el instituto de la lesión enorme, es tanto como socavar la competencia conferida a otras ramas del poder público, en particular la legislativa, única llamada a sustituir un sistema por otro o a extender una sanción jurídica, sin que ello contravenga la postura que, a modo de línea de principio, ha adoptado en otros de sus fallos⁴⁰.

Y no se diga que las cosas deben apreciarse de otra manera al amparo de la Constitución Política, por garantista que sea, como efectivamente lo es, pues pese a ser cierto que el estado social de derecho compromete a los jueces a materializar en sus decisiones el valor justicia, en un todo de acuerdo con las fuentes formales aplicables, no lo es menos que la Carta principia por reconocer al hombre como persona libre y autónoma, capaz de decidir sobre sus propios asuntos, sin que, por regla, pueda ese Estado inmiscuirse en ellos, a menos que así lo impongan, obviamente, razones de interés general. No es, entonces, casual, sino por *natura*, que el artículo 333 de la Constitución Política establece que "La actividad económica y la iniciativa privada son libres, dentro de los límites del bien común" (Se subraya); que "La libre competencia económica es un dere-

⁴⁰ "En rigor, la jurisprudencia tiene una misión que rebasa los marcos de la gramática y de la indagación histórica: el de lograr que el derecho viva, se remoce y se ponga a tono con la mentalidad y las urgencias del presente, por encima de la inmovilidad de los textos, que no han de tomarse para obstaculizar el progreso, sino ponerse a su servicio, permitiendo así una evolución jurídica sosegada y firme, a todas luces provechosa". (Cas. Civ., sent. de 17 de mayo de 1968. CXXIV, pág. 160; reiterada en Cas. Civ., sent. de 31 de enero de 2005).



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

cho de todos que supone responsabilidades,...” y que “El Estado, por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica...” (Se subraya). De allí que los contratos no se puedan sancionar, impugnar o eclipsar más que por causas legales, las cuales, como es sabido, son restrictas o limitadas, en la medida en que el legislador reconoce que toda intervención en los procesos de contratación traduce, en mayor o menor grado, la reducción de la libertad económica y, por supuesto, negocial, con la incidencia que ello tiene en el campo de la iniciativa privada, que se podría ver seriamente afectada, así como el desarrollo económico individual y colectivo, según fuere el caso.

...

Llegados a este punto, en el que resulta claro, de una parte, que la dación en pago constituye un modo autónomo e independiente de extinguir las obligaciones, que ni por su naturaleza o arquitectura, ni por la manera como ella se ejecuta, puede ser equiparada al contrato de compraventa y, de la otra, que en Colombia la lesión enorme es una figura eminentemente excepcional, amén de restringida, que sólo tiene cabida en los específicos casos previstos por la ley y que de una u otra forma reviste el carácter de sanción civil, debe preguntarse la Sala, siguiendo los derroteros trazados en la censura, si es posible aplicar por analogía o en virtud de una figura similar o próxima a la *datio in solutum*, el régimen previsto en la compraventa para la *laesio ultradimidium*.

... En decisión de 31 de marzo de 1982, la Corte objetivamente rectificó su jurisprudencia, para señalar que “Es verdad averiguada que la lesión enorme es una institución excepcional y de alcance restringido. Si la ley la ha consagrado para la compraventa, para la aceptación de la herencia y para la partición de bienes (inmuebles en todo caso), no hay duda que no la contempla para otra suerte de negocios jurídicos. De ahí que en otras circunstancias, como **dación en pago** verbigracia, tan excepcional instituto no tenga aplicación” (Se subraya). Así lo reiteró también en sentencia de 29 de septiembre de 1987, en la que destacó que “La adjudicación de bienes en un trabajo de partición a acreedores hereditarios es para darles en pago, para satisfacer los créditos con prestaciones distintas pero económicas, y supuestamente equivalentes, que se materializan con la disposición de bienes pertenecientes a la sucesión. De esa manera, el fenómeno que opera es el negocio de dación en pago”, cuya “conurrencia...en la partición en nada altera su índole negocial, ajena, se ha de repetir, a la sucesión para los efectos de la lesión, a pesar de formar parte de la etapa procesal conocida como partición”. Por eso remató diciendo que no es procedente aplicar “disposiciones correspondientes a la lesión enorme de la partición, a hechos que corresponden a una supuesta **lesión de la dación en pago, que como se ha dicho no es de recibo**” (Se subraya).

Debe ahora la Corte insistir de nuevo en esta última orientación, porque la analogía, rectamente entendida, no permite que, a su amparo, se extienda a un negocio jurídico lo que, por excepción, ello es toral, jurídica y funcionalmente le pertenece a otro, menos aún si entre ambos existen más diferencias que similitudes, según se acotó (*singularia non sunt extendenda*).

En efecto, no se discute que la dación en pago, en Colombia, carece de un régimen jurídico propio y suficiente. Tampoco se controvierte que en los casos en que no existe ley aplicable, se deben tener en cuenta “las leyes que regulen situaciones o materias seme-

jantes , y en su defecto la doctrina constitucional, la costumbre y las reglas generales de derecho sustancial y procesal”, como lo dispone el numeral 8º del artículo 37 del C.P.C., que modificó el artículo 8º de la Ley 153 de 1887.

Con todo, si de la analogía se trata, es incontestable que en presencia de una regla general, es ella la que debe gobernar el conflicto o situación jurídica que carece de ley aplicable, pero de ningún modo la excepción prevista por la ley para otra negociación o tipología contractual, pues ello equivaldría a desdibujar el entramado legal. En tal sentido debe tenerse muy en cuenta, que “la aplicación analógica debe desecharse cuando la disposición que se pretende extender contiene una excepción a la norma general, pues en este caso es la norma general y no la excepción la que debe ser aplicada”⁴¹ (Se subraya).

...

Por consiguiente, si bien es cierto que el derecho positivo no está exento de la floración de determinadas lagunas, habida cuenta que él no puede ocuparse exhaustivamente de disciplinarlo todo, no pueden confundirse éstas con aquellos casos en que el legislador, a propósito o deliberadamente, merced al carácter excepcional de la figura en comentario, dejó de incluir en una materia un específico tema, puesto que “tampoco es raro que la ley *calle* en absoluto...Ya intencionalmente, porque el problema aún no estaba maduro para su solución, por lo cual los motivos acaso han señalado que no debían anticiparse a la ciencia y la jurisprudencia...O porque no se ha previsto la cuestión...”⁴². Tales silencios no autorizan que, como regla indefectible, por vía de analogía, se proceda a alterar el contenido normativo -en sentido amplio- y, de esta manera, se desvirtúe la finalidad perseguida por el legislador (*ius singulare*), que en muchos casos, como en el de la lesión enorme, fue precisamente impedir su aplicación a negocios jurídicos no contemplados por ella misma, por lo menos de cara a derechos como el colombiano, dueños de un sistema objetivo y también restrictivo⁴³.

Lo propio tiene lugar si se recuerda que la institución de la lesión enorme fue legislada en Colombia frente a determinados tipos negociales, todo a tono con su carácter excepcional y no general, circunstancia que explica la aplicación expresa de la misma frente a contados y específicos eventos, quedando al margen todos los contratos no exceptuados, en cuyo caso tendrá cabida la regla global, ya señalada. Esa, es pues, una consecuencia de simple lógica, como quiera que, *ab antique*, se tiene por dilucidado que, “La expresa inclusión de uno implica la tácita exclusión de otro” (*inclusio unius, exclusio alterius*).

⁴¹ Corte Constitucional. Sentencia C-037 de 26 de enero de 2000.

⁴² Ludwig Enneccerus, Theodor Kipp y Martin Wolf. Derecho civil. T. I. Parte General. Bosch, Barcelona, 1953, pág. 211. Bien expresa la máxima latina que *lex, ubi voluit, dixit; ubi noluit tacuit* (la ley, cuando quiso decir, dijo; cuando no quiso, calló), máxima que está en consonancia con otra no menos elocuente, a cuyo tenor: *lex non omittit incaute, sed quia dictum noluit* (La ley no omitió inconsideradamente, sino porque no quiso que fuese dicho).

⁴³ Es justamente por este acentuado carácter excepcional, a la par que restrictivo del instituto de la lesión en la esfera nacional (*contra tenorem rationem*), a lo que se agrega su naturaleza sancionatoria cuando se torna enorme (lesión enorme), que no resulta aplicable la analogía *legis*, se insiste en ello, toda vez que este procedimiento analógico presupone, para su recta y cabal aplicación, una típica, real e indiscutida afinidad medular en punto tocante con las instituciones respectivas “...o, en términos más exactos, igualdad jurídica esencial con otro u otros que la norma regula” (José Castan Tobeñas, Derecho civil español, común y foral, T. I, Vol. I, Madrid, 1962, pág. 426, se subraya), pensamiento éste que ya había sido expuesto por el célebre profesor François Geny, quien al abrigo de la dogmática germana había puntualizado que la analogía demanda una “...identidad esencial”, hasta el punto que en este procedimiento lógico se “...pone en acción una idea mucho más alta: La idea de igualdad jurídica, única que justifica fundamentalmente la analogía” (Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo, Reus, Madrid, 1925, págs. 568 y 571). De ahí que la analogía, entendida como “...el traslado de una regla, dada en la ley ...a otro supuesto ... no regulado en la ley ...Se basa en la exigencia de la justicia de tratar igualmente lo igual” (Karl Larenz, Metodología de la ciencia del derecho, Ariel, Barcelona, 1994, pág. 374), igualdad que, en tratándose de la dación y la compraventa, no existe, como se corroboró a espacio, de lo que se colige que la pretendida analogía resulta frustránea, también desde este perspectiva.





Así las cosas, si la compraventa –en su justa dimension- no es un negocio jurídico arquetípicamente afín a la dación en pago, ni siquiera de cara a la fase de ejecución de esta última, *stricto sensu*, y si la lesión enorme, además, es en Colombia institución excepcional en el régimen general de la contratación, fuerza colegir que no hay manera de aplicar por analogía –o por mecanismo próximo o similar- a la dación en pago, válidamente, las reglas sobre lesión enorme que informan el contrato de compraventa. Ya lo anotaba el profesor Ricardo Uribe-Holguín: “Niego por lo tanto que haya la menor analogía entre dar en pago, acto por el cual el acreedor a nada se obliga, y vender, que es celebrar contrato generador de obligaciones a cargo de ambas partes. Mas en el supuesto de que estos dos actos dispares e incomparables fueran análogos, no podrían aplicarse a la dación las normas que permiten rescindir la compraventa en caso de lesión enorme”, porque “la regla general en materia de contratos es... la de la validez y la eficacia de la voluntad para producir los efectos jurídicos que las partes quieran, con el respeto y la protección de la ley al acuerdo tomado por ellas. Las excepciones son los casos taxativos, precisos y expresos en que esa voluntad no puede producir tales efectos, por motivos especiales. Por consiguiente, todas las disposiciones sobre nulidad y rescisión son de carácter excepcional, de *jure singular*” ⁴⁴(Se subraya).

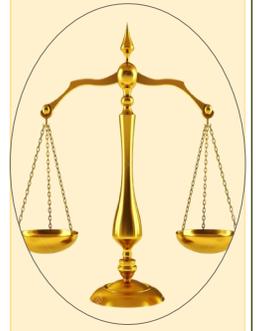
Esta misma conclusión, en la esfera internacional, no es aislada o insular, en atención a que es compartida a nivel doctrinal por un sector autorial, tal y como tiene lugar en Francia, nación que, en la materia objeto de análisis, comparte ciertos y determinados aspectos, tal y como se ha precisado en precedencia. Así, por vía de ejemplificación, trayendo a colación de nuevo lo recientemente señalado (año 2006) por parte de Frédéric Bicheron, la pretendida aplicación analógica de las reglas de la venta a la dación en pago “...no es de recibo, de una parte, porque se trata de una disposición excepcional que obedece a una regla de interpretación estricta y, de la otra, porque en ella no existe precio”⁴⁵.

En consecuencia, por las razones precedentes, no es de recibo el expediente o recurso analógico u otro que descansa en bases y finalidades similares, por más esfuerzos y matices que se hagan, pretextando una necesaria o conveniente irradiación de la figura de la lesión en el marco de la compraventa. Aceptar que la dación en pago reviste una naturaleza autonómica y, por tanto, se separa de otros tipos negociales, en rigor, no permite luego predicar analógicamente reglas pertenecientes a ellos, toda vez que eso sería tanto como desconocer su autogobierno y también los alcances del mecanismo analógico, en modo alguno irrestricto y omnímodo.

Expresado en otros términos, flaco favor se le hace a esta temática y, en general, a la ciencia jurídica, cuando se acepta o reconoce la independencia y autonomía de ambas figuras y a renglón seguido se pretende aplicar la preceptiva o regulación de la lesión enorme inmersa en el contrato específico de compraventa a la dación en pago, no importa la vía seleccionada para tal propósito. Ello, a todas luces, por más que se procure justificar, envuelve en el campo lógico una contradicción, en mayor o menor medida, a la vez que un alejamiento de la arquitectura genuina de ambas instituciones, que, en lo capital o neurálgico, en estrictez jurídica, no pueden juzgarse como análogas, similares, próximas, identificadas o emparentadas y menos como amalgamadas o simétricas, así compartan algunos rasgos comunes, no tantos, empero, como para pregonar su estrecha cercanía (intimidad negocial), o su unicidad tipológica.

⁴⁴ Ricardo Uribe-Holguín. Cincuenta breves ensayos sobre obligaciones y contratos. Temis. Bogotá, 1979, pág. 340.

⁴⁵ Frédéric Bicheron. La dation en paiement, Op. Cit, pág. 391.



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A

O se le reconoce autonomía a la *datio in solutum* junto con todo lo que ello apareja, o se le desvertebra incorporándole pretorianamente elementos, componentes o partículas de otros seres negociales, igualmente autónomos, pretextando la necesidad de no salirse de los moldes y esquemas imperantes en la órbita legislativa, de suyo inaplicables, pues no se concibieron, ni se conciben para dichos fines. Bien ha puesto de relieve esta Corporación, aludiendo a la muy especial naturaleza jurídica del contrato de leasing, *mutatis mutandis*, que "...el leasing, merced a sus inocultables y crecientes particularidades, amerita un tratamiento genuino, en manera alguna dictado o impuesto por los modelos contractuales perfilados antaño, ahijados para regular o disciplinar tipos estructuralmente disímiles (dictadura de los *contratos príncipes*)...". Por ello, continúa la Corte, "...es preferible respetar la peculiar arquitectura jurídica del apellidado contrato de leasing, antes de distorsionarlo o eclipsarlo a través del encasillamiento en rígidos compartimentos contractuales típicos, se itera, facturados con una finalidad histórica enteramente divergente..." (Cas. Civ., sentencia de 13 de diciembre de 2002, Exp. 6462), parecer éste que, circunscrito al tema *sub examine*, conduce al mismo resultado: no forzar el instituto jurídico de la dación, con el propósito de encuadrarlo o aproximarlo a la compraventa, de lo que se desprende que es menester respetar su fisonomía y su autonomía.

Ya para finalizar el punto que ahora se examina, hay que agregar que en el estricto marco del Derecho Colombiano –de *lege data*–, no cabe afirmar la procedencia de la lesión enorme como regla general en los contratos conmutativos, pues la ley nacional, en parte alguna, impone o garantiza la plena equivalencia de las prestaciones que los caracteriza. Son muchos, tal vez los más, los contratos que siendo de ese linaje no contemplan la lesión. Entre ellos la misma venta de muebles, que no deja de ser conmutativa por el hecho de no admitirla. Al fin y al cabo, como lo ha puntualizado la Corte, "Lo que caracteriza el contrato conmutativo es que las prestaciones a que da nacimiento se conocen ciertamente desde el momento mismo de su celebración; cada parte sabe o está en capacidad de saber en ese instante el gravamen que se impone en beneficio de la otra y lo que recibe en cambio y de determinar, en consecuencia, la utilidad o la pérdida que el contrato le reporta" (G.J. LXXII, pág. 503). Cosa distinta es que el concepto de lesión, cuando la ley expresamente lo consagra, únicamente se aplique a contratos conmutativos, pero a ello no le sigue que aquella le sea esencial a estos, en los que prevalecen, se itera, los principios de libertad contractual y autonomía privada.

Tampoco se podría extender el ámbito de la lesión enorme a la dación en pago, so pretexto de una aplicación analógica que atienda razones de equidad, no sólo porque ésta, entendida como justicia del juez, es criterio auxiliar de interpretación que permite ilustrar el sentido de la ley, dadas las particularidades del litigio (art. 230 C. Pol.), sino también porque una excepción no puede ser aplicada analógicamente, como se anotó. Si así se habilitara, la equidad, paradójicamente, sería fuente de iniquidades y campearía la inseguridad, en desmedro del estado social de derecho que, como lo reconoce el propio casacionista en sus reflexivos argumentos, demanda que los jueces se plieguen a las fuentes jurídicas que reconoce el ordenamiento patrio...".

Prima facie bien podría endilgarse lo extenso del referente doctrinal memorado, pero en todo caso, éste apenas corresponde a los puntos neurálgicos del tema en estudio y por tanto se hacen imprescindibles para resaltar que dentro de dicho marco, ninguno de los elementos planteados por la recurrente, encuentran asidero y menos aún, posibilidad alguna de éxito, dada la claridad meridiana que de ella surge de la inaplicabilidad del sustrato legal propio del negocio jurídico de la compraventa de bienes inmuebles, a situaciones fácticas en que la lesión enorme devenga de una dación en pago, pues ésta

se erige hoy como una forma propia y autónoma de extinguir obligaciones, basada en elementos puramente objetivos.

...

NOTA DE RELATORÍA: De la anterior providencia la Dra María Julia Figueredo Vivas, hizo salvamento de Voto



S
A
L
A

C
I
V
I
L

F
A
M
I
L
I
A





Sala de Asuntos Penales para Adolescentes

SALA

ACTOS SEXUALES CON MENOR DE CATORCE AÑOS/ Sanción / Amonestación/ Privación de la libertad/ Centro de atención especializado.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD/ Derecho fundamental/ Debido proceso.

SANCIÓN/Libertad asistida.

DE

A

S

U

N

T

O

S

P

E

N

A

L

E

S

P

A

R

A

A

D

O

L

E

S

C

E

N

T

E

S

MAGISTRADO: Dr. Edgar Kúrmen Gómez.

PROVIDENCIA: Apelación Sentencia /13 de Agosto de 2014.

CLASE DE PROCESO: ACTOS SEXUALES ABUSIVOS CON MENOR DE CATORCE AÑOS.

DENUNCIADO: C. E. T. S.

RADICACIÓN: 2014-0015.



Ver
Providencia

TESIS: ... "la Sala recuerda el principio de legalidad plasmado en el artículo 6° del Código Penal que a la letra dice: "Nadie podrá ser juzgado sino conforme a las leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante el juez o tribunal competente y con la observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio. La preexistencia de la norma también se aplica para el reenvío en materia de tipos penales en blanco. La ley permisiva o favorable aun cuando sea posterior se aplicará, sin excepción, de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Ello también rige para los condenados.

La analogía sólo se aplicará en materias permisivas".

Este principio también encuentra consagración en el artículo 152 del C.I.A. así: "Ningún adolescente podrá ser investigado, acusado ni juzgado por acto u omisión, al momento de la comisión del delito que no esté previamente definido en la ley penal vigente, de manera expresa e inequívoca.



SALA

DE

A

S

U

N

T

O

S

P

E

N

A

L

E

S

P

A

R

A

A

D

O

L

E

S

C

E

N

T

E

S

expresa e inequívoca.

El adolescente declarado responsable por la autoridad judicial de la comisión de un delito sólo podrá ser sancionado con la imposición de las medidas definidas en la presente ley".

El principio de legalidad es uno de los principales componentes del derecho fundamental a un debido proceso en el moderno Estado Derecho, constituyéndose a su vez en el límite y garantía del poder punitivo estatal. Límite para el funcionario judicial, pues éste solamente puede imponer las sanciones previamente definidas en la ley y garantía porque las partes que anticipadamente conocen la ley promulgada saben cuál es la sanción que se debe imponer en referencia a una determinada responsabilidad.

Por esa razón, se vulneran los derechos de las demás partes e intervinientes si el juez no impone la pena legalmente señalada dentro de los extremos punitivos, porque ellas deben saber cuál es la sanción que corresponde a una determinada delincuencia, especialmente la víctima cuyos derechos por esa vía terminarían siendo conculcados, que se recuerda también es menor de edad y por consiguiente acreedora a protección especial y prevalente. Actuar de manera diferente es arbitrario y crea desconfianza e inseguridad en el sistema judicial. Las partes deben saber que las reglas previamente definidas son las que deben rituar y decidir el caso.

En desarrollo de ese principio el art. 187 del C.I.A. señala que la privación de libertad en centro de atención especializada es aplicable a los adolescente mayores de 16 y menores de 18 años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de 6 años de prisión, caso en el cual la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá duración de 1 a 5 años.

...(...)

El procedimiento penal destinado a los jóvenes y adolescentes es sancionatorio y en esa medida se deben respetar los principios de tipicidad estricta y legalidad de las sanciones; de ahí que las prohibiciones y clases de sanciones previstas en el C.I.A. sean tanqueras para la discrecionalidad y libertad sancionatoria del juez, pues para seleccionar la sanción a imponer se deben consultar criterios como la naturaleza y gravedad de los hechos, la necesidad de la sanción, entre otros, sin que ello implique transgredir la legalidad.

Eso significa que si el Legislador para determinadas conductas (según su gravedad o el bien jurídico tutelado) estableció una determinada sanción, el Juez lo único que podrá precisar es, no la clase de sanción sino el quantum o duración teniendo en cuenta los criterios que contempla el art. 179 del C.I.A.

Por ello, es necesario tener en cuenta, como también lo indica el impugnante, el informe biopsicosocial allegado por la Fiscalía; que el procesado aceptó los cargos y que no tiene antecedentes en el sistema de responsabilidad penal para adolescentes, por lo que esta Sala considera que se debió imponer el mínimo establecido en la Ley, esto es, un año de privación de la libertad, por lo que en este sentido se revocará el numeral segundo de la sentencia proferida en primera instancia.

"Para definir las sanciones aplicables se deben tener en cuenta:

1. La naturaleza y gravedad de los hechos.
 2. La proporcionalidad e idoneidad de la sanción atendidas las circunstancias y gravedad de los hechos; las circunstancias y necesidades del adolescente y las necesidades de la sociedad.
 3. Edad del adolescente.
 4. La aceptación de los cargos por el adolescente.
 5. El incumplimiento de los compromisos adquiridos con el juez.
 6. El incumplimiento de las sanciones.
- (...)"

Respecto a este tema la Corte⁴⁶ ha dicho:

"Impera aclarar que los criterios enunciados en el citado precepto tienen una doble función: cualitativa y cuantitativa. Lo primero, porque se aplican para seleccionar la naturaleza de la medida por imponer o la combinación de varias de ellas; y lo segundo, porque constituyen fundamentos objetivos que deben ser ponderados al momento de establecer la cantidad o magnitud de la respectiva medida sancionadora, valga decir, su duración, excepto, por obvias razones, cuando se trata de amonestación. De acuerdo con lo anterior, la interpretación del aludido precepto de manera sistemática con los artículos 177, 178 y 187 *ibídem*, en armonía con los principios consagrados en los Instrumentos Internacionales atrás referidos, permite las siguientes conclusiones acerca de la selección de la clase de sanción:

(...)

b) Cuando se trate de delitos menos graves, categoría que corresponde a los sancionados en el Código Penal con pena mínima de prisión que sea o exceda de seis (6) años (atendidos los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos), la sanción por imponer igualmente será la privación de la libertad en un centro de atención especializada, pero por un período de uno (1) a cinco (5) años, y únicamente cuando el autor o partícipe de tales comportamientos tenga dieciséis (16) años cumplidos y sea menor de dieciocho (18).

c) En los demás eventos, es decir: (i) cuando se trate de delitos sancionados en el Código Penal con pena mínima de prisión que sea o exceda de seis (6) años (diferentes a los de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en cualquiera de sus modalidades), pero cometidos por adolescentes de catorce (14) años de edad cumplidos y menores de dieciséis (16), o (ii) respecto de comportamientos punibles reprimidos con una pena mínima de prisión inferior a seis (6) años (se reitera, atendidos los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos), sin importar la edad del adoles-



SALA

DE

A

S

U

N

T

O

S

P

E

N

A

L

E

S

P

A

R

A

A

D

O

L

E

S

C

E

N

T

E

S

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia. Radicado 33510 de 7 de julio de 2010. Magistrado Ponente: Julio Enrique Socha Salamanca.



SALA

DE

A

S

U

N

T

O

S

P

E

N

A

L

E

S

P

A

R

A

A

D

O

L

E

S

C

E

N

T

E

S

centes de catorce (14) años de edad cumplidos y menores de dieciséis (16), o (ii) respecto de comportamientos punibles reprimidos con una pena mínima de prisión inferior a seis (6) años (se reitera, atendidos los fundamentos reales modificadores de los extremos punitivos), sin importar la edad del adolescente infractor, no procede la privación de la libertad y el operador jurídico goza de discrecionalidad para seleccionar entre las demás previstas en el artículo 177, la o las que mejor convengan al caso concreto, con sujeción a los criterios fijados en el artículo 179 de la Ley 1098 de 2006.”(Subrayas fuera de texto).

Si el legislador estableció en el artículo 152 de la Ley 1098 de 2006 el principio de legalidad, es claro que la privación de la libertad en centro de atención especializado procede exclusivamente en los eventos contemplados en el art. 187 de la Ley 1098 de 2006, esto es, cuando el delito por el cual se ha declarado responsable tenga pena mínima de 6 o más años de prisión y el adolescente sea mayor de 16 y menor de 18 años, o cuando siendo mayor de 14 pero menor de 18 años haya sido responsable en la comisión de homicidio doloso, secuestro o extorsión en todas sus modalidades.

En éstas palabras lo explica la Corte⁴⁷:

"En tales casos, en consecuencia, no es discrecional del juzgador imponer una cualquiera de las sanciones relacionadas en el artículo 177 de la Ley citada, como pareció sugerirlo el Tribunal Superior de (...) al calificar de —excesiva e innecesaria|| la sanción de privación de la libertad impuesta por el a quo a (...), respecto de un cargo de hurto calificado y agravado penalizado legalmente en su extremo mínimo con 6 años de prisión.

No había lugar en el presente caso, por consiguiente, a aplicar una sanción distinta a la impuesta por el a quo. Esta era la que correspondía de acuerdo con la ley y elegir una distinta habría comportado la transgresión del principio de legalidad."

Tal y como se observa, tanto el a quo como esta Sala, son coincidentes en que la sanción es legal y lo procedente es imponer la de privación de la libertad, tal y como lo advierte y corrobora la Corte en las mencionadas citas jurisprudenciales.

...(...)



⁴⁷ Corte Suprema de Justicia. Casación 35.431, aprobada en acta 157 del 22 de mayo de 2013. M.P. JAVIER ZAPATA ORTIZ.

CONSEJO EDITORIAL

**Dra. María Isbelia
Fonseca González.**

Presidenta

**Dr. José Horacio
Tolosa Aunta.**

Vicepresidente

**Dr. Marco Aurelio
Cely Higuera.**

Secretario General

**Dra. Sandra Liliana
Mendoza Jiménez.**

Relatora



RELATORÍA TRIBUNAL SUPERIOR DE TUNJA

Palacio de Justicia, carrera 9 No. 20-62, oficina 102

Teléfono (098) 7444170

**Correos electrónicos: reltsboy@cendoj.ramajudicial.gov.co y
reltribsuptun@gmail.com**