



## RAMA JUDICIAL

### TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

BOLETÍN 08 DE 13 DE MAYO DE 2011

#### 1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

##### 1.1.1

**DERECHO REAL DE HIPOTECA.** Tiene como efecto la posibilidad de que en el evento de resultar impagada la obligación con ella garantizada se persiga el bien mediante la acción ejecutiva hipotecaria frente al actual propietario aunque no sea quien se haya obligado cambiariamente ni haya sido quien otorgó la garantía.

“la acción ejecutiva hipotecaria contra persona distinta al hipotecante obedece al derecho de persecución consagrado en el artículo 2452 del Código Civil a favor del acreedor (concordado con el artículo 554 del C. de P. C.). El hecho de que el demandado no haya suscrito el pagaré, no impide el ejercicio de tal acción y en manera alguna vulnera el derecho de propiedad invocado, pues éste encuentra su límite en el derecho de los demás, bajo la protección de las leyes civiles. El derecho de propiedad no faculta al deudor con garantía hipotecaria para relevarse de la carga de pagar la obligación, y por el contrario ese hecho, el de ser titular del bien gravado lo convierte en garante hasta donde alcance el valor del mismo bien.”

#### **DIVISIBILIDAD DE LA HIPOTECA QUE GRAVA UNIDADES PRIVADAS INTEGRANTES DE EDIFICIOS SOMETIDOS AL REMIGEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.**

“No obstante, lo dicho respecto de las defensas propuestas, es necesario advertir que al fallador le obliga la revisión de los títulos y la forma de ejecución para verificar su legalidad y que en tal sentido dicha revisión no solamente favorece a los apelantes sino a todo el proceso, lo que hará la sala a continuación, teniendo en cuenta que la hipoteca es anterior al reglamento de propiedad horizontal, y además, que protocolizado éste se fueron levantando las garantías sobre algunos bienes y recibiendo pagos parciales sobre la obligación, aún después de iniciado el proceso, lo que de acuerdo con las normas legales sobre propiedad horizontal y la interpretación que viene dando al menos un sector del Tribunal, la hipoteca se tornó divisible así como la obligación, y en tal sentido cada copropietario no está obligado sino en la medida del coeficiente de copropiedad de que es titular, salvo quien quedó vinculado además por la demanda acumulada.

Así, debe distinguirse a los deudores principales, quienes son obligados al pago de la totalidad de la deuda, como son: Edificio Santa Ana Ltda (deudor principal) y José Manuel Pyco Durán, Juan Carreño Ospina e Invic Limitada (avalistas), de aquellos que solamente responden como propietarios de los bienes hipotecados, o sea, por la garantía real dada para seguridad de la obligación.

Como punto de partida es claro que la hipoteca estaba vigente cuando se enajenaron las unidades que componen el edificio Santa Ana, o sea que la hipoteca de mayor extensión afectó a estas unidades (24), empero, como de acuerdo con leyes posteriores al código civil es posible que el acreedor hipotecario vaya liberando las unidades que se van enajenando, previo el pago de la parte proporcional del crédito, por esta vía se impone para la entidad bancaria acreedora la divisibilidad de la hipoteca y de la obligación, cuando aceptó que se fueran liberando del gravamen los apartamentos, máxime cuando se aceptaron pagos parciales de la obligación como aparece demostrado en el proceso, donde aparece primero que fueron enajenadas varias unidades antes de la demanda, luego, dentro del proceso se hizo desistimiento frente a los propietarios del apartamento 301, inicialmente demandados, señores José Fernando Viviescas Monsalve y Esperanza de Jesús Ramírez de Viviescas. También se recibió como dación en pago el apartamento 406 inicialmente de propiedad del demandado Alfredo Garnica Ospina. Y finalmente,

después de la sentencia de primera instancia, aparece el actor por medio de su apoderado solicitando la desvinculación de la demandada Rugar Industrial Comercial S.A. por haber recibido pago parcial de la obligación correspondiente a dicho apartamento. Todo eso hizo divisible la hipoteca y la obligación garantizada con ella.

Aunque aún están vigentes las normas que en el código civil hablan de la indivisibilidad de la hipoteca y su extensión, de acuerdo con los artículos 2433 y 2445 del código civil, respectivamente, se sabe que la primera significa que el inmueble gravado, en su totalidad y cada una de sus partes, está ligado al pago integral de la deuda y de cada fracción de la misma, pero esto no es absoluto, y en esa medida ha sufrido las transformaciones que impone el avance del derecho inmobiliario, particularmente en relación con la propiedad horizontal, donde se ha menguado esta característica de la garantía, pues en la Ley 182 de 1948, sobre las propiedades sometidas al régimen de propiedad por pisos, se dijo:

*“Art. 22. Los bancos hipotecarios y los bancos comerciales con sección hipotecaria quedan autorizados para dividir las hipotecas constituidas a su favor sobre edificios sometidos al régimen de la presente ley, entre los diferentes pisos o departamentos que integran tales edificios, a prorrata del valor de cada uno de aquellos”.*

*“Art. 23. Una vez efectuada la división de la correspondiente hipoteca y hecha la inscripción en la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos los dueños de cada piso o departamento serán responsables, exclusivamente, de las obligaciones inherentes a los respectivos gravámenes”.*

Y desde otro ángulo, en cuanto a la inspección y vigilancia sobre actividades de urbanización, construcción, autoconstrucción y enajenación de inmuebles destinados a vivienda, mediante Decreto 78 de 1987, el Gobierno Nacional asignó a los municipios el otorgamiento de permisos para anunciar o desarrollar las actividades de enajenación de inmuebles, y efectivamente, en el literal g) del numeral 2º del artículo 2º estableció, ente otros, el siguiente requisito:

*“Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecte cada lote o construcción”.*

Y en relación con esta clase de permisos, el legislador, en el artículo 120 de la Ley 388 de 1997, modificatorio del artículo 57 de la Ley 9ª de 1989, señaló lo siguiente:

*“El permiso de que trata el numeral 2 del Decreto 78 de 1987 para quienes adelanten planes de vivienda se sustituye por la simple radicación de los documentos mencionados en los literales a), d), e), f) y g) de la misma norma, acompañados de los planos y presupuestos financieros respectivos. Estos documentos estarán a disposición de los compradores de dichos planes en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición”.*

Y finalmente, con la nueva ley de propiedad horizontal, Ley 675 de 2001, se repitió la regulación, y en el artículo 17 estableció:

*“Cuando existiere un gravamen hipotecario sobre el inmueble de mayor extensión que se sometió al régimen de propiedad horizontal, el propietario inicial, en el momento de enajenar unidades privadas con pago de contado, dentro del mismo acto jurídico de transferencia de dominio deberá presentar para su protocolización, certificación de la aceptación del acreedor, de levantamiento proporcional del gravamen de mayor extensión que afecte a la unidad privada objeto del acto. El notario no podrá autorizar el otorgamiento de esta escritura ante la falta del documento aquí mencionado”.*

Posteriormente, siguiendo la misma línea directriz legislativa para permitir que el acreedor hipotecario se obligue a liberar del gravamen a las unidades que se vayan enajenando, o como en este caso en que no existe la mencionada certificación o cláusula especial, para permitir que la entidad acreedora se decida por permitir la liberación parcial como lo hizo, el artículo 71 de la Ley 962 de 2005, luego de derogar el numeral 2 del artículo 2º del Decreto 078 de 1887 y el artículo 120 de la Ley 388 de 1997, en el literal g) en forma categórica estableció:

*“Cuando el inmueble en el cual ha de desarrollarse el plan o programa se encuentre gravado con hipoteca, ha de acreditarse que el acreedor hipotecario se obliga a liberar los lotes o construcciones que se vayan enajenando, mediante el pago proporcional del gravamen que afecta cada lote o construcción”.*

Y, enseguida en el párrafo 1º del mismo literal expresó:

*“Estos documentos estarán a disposición de los compradores de los planes de vivienda en todo momento con el objeto de que sobre ellos efectúen los estudios necesarios para determinar la conveniencia de la adquisición”.*

De lo anterior se concluye por la sala que, aunque en principio no podría decirse que es obligatorio, máxime en este caso en que el proceso se inició en 1998 cuando muchas de esas

normas no existían, desde la ley 182 de 1948 si era posible para el acreedor la división de la hipoteca, menguando el principio de la indivisibilidad que se predica en el código civil, del cual se predica hoy que no es absoluto, y que por el contrario ha venido cediendo frente a las nuevas realidades inmobiliarias. En consecuencia, no puede sostenerse que los propietarios de las unidades de dominio privado del Edificio Santa Ana estén atados a la totalidad de la obligación, máxime, como ya se dijo, que la división del predio y la enajenación de cada una de ellas se dio con posterioridad a la hipoteca del bien de mayor extensión, y que como las normas mencionadas le dieron al acreedor hipotecario una facultad, la de dividir la hipoteca, en este caso ya se hizo uso de ella, dividiendo las obligaciones y en consecuencia dividiendo la hipoteca, de manera que cada obligado no garantiza sino un porcentaje equivalente al índice de copropiedad de que es titular con relación al edificio.

En conclusión, desde el momento en que el acreedor aceptó pagos parciales al crédito garantizado con hipoteca de mayor extensión e hizo liberación de algunas unidades inmobiliarias desenglobadas del inmueble de mayor extensión, consintió en la división de la hipoteca. Además, porque no es ajustado a la ley ni a la equidad, esta última como principio auxiliar del derecho, que el acreedor siga cobrando a algunos la totalidad de la obligación cuando voluntariamente ha desvinculado a otros. Por eso, si el acreedor libera, por ejemplo, a la mitad de las unidades, es porque el crédito se redujo en esa proporción, y no sería equitativo y justo que siguiera cobrando a los restantes la totalidad como si fueran deudores solidarios, sino que los propietarios, como responsables por la garantía que ofrece cada unidad, respondan solo por el coeficiente de copropiedad que cada uno posee.

En consecuencia, se confirmará la sentencia apelada, pero modificando el numeral segundo de la misma, en el sentido de que la ejecución seguirá adelante por el total de la obligación contenida en la demanda principal de acuerdo con el mandamiento de pago, en contra de Edificio Santa Ana Ltda (deudor principal) y José Manuel Pyco Durán y Juan Carreño Ospina e Invic Ltda (avalistas), advirtiéndose que en la liquidación se deberán tener en cuenta como abonos los pagos parciales que hubiere recibido la entidad acreedora, al menos los realizados después de presentada la demanda. Y que frente a la garantía real de hipoteca, la obligación y por supuesto la ejecución, se seguirá contra los actuales propietarios de los inmuebles vinculados al proceso, pero solo en el porcentaje de los índices de copropiedad que cada uno posee, así: ROSA INES CAIMAN CARO Y JAVIER VERJAN AGUIRRE, propietarios del apartamento 302, responden por el 4,44 % de la deuda; RUGAR INDUSTRIAL COMERCIAL S.A. – RUGARCO, dueños del apartamento 203, por el 4,41 %; ANA LEONOR LADINO DE TAFUR Y JUAN CARLOS TAFUR LADINO, propietarios del apartamento 305, por el 4,41 %; ULISES ALPIZAR QUINTERO Y SANDRA YOLANDA GONZALEZ MANJARREZ, como dueños del apartamento 405, por el 4,41 % , y TURKI ZAPATA MALEK, como propietario del apartamento 504, por el 4,26 % de la obligación.”

**FUENTE NORMATIVA : CONSTITUCIÓN POLÍTICA, ARTÍCULO 58**  
: LEY 182 DE 1948, ARTÍCULOS 22 Y 23  
: DEL DECRETO 078 DE 1887, ARTÍCULO 2°, NUMERAL 2  
: LEY 388 DE 1997 ARTÍCULO 120, LITERAL G), MODIFICATORIO  
DEL ARTÍCULO 57 DE LA LEY 9ª DE 1989  
: LEY 675 DE 2001, ARTÍCULO 17  
: LEY 962 DE 2005, ARTÍCULO 71  
: ARTÍCULO 2433 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 2445 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 2452 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 554 DEL C.P.C.

**FECHA** : 2011-04-01  
**PROCESO** : EJECUTIVO MIXTO  
**PONENTE** : Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO  
**DEMANDANTE** : AHORRAMAS  
**DEMANDADO** : EDIFICIO SANTA ANA LTDA Y OTROS.  
**RADICACIÓN** : 11001310300819980008202

**1.1.2**

**RESPONSABILIDAD CIVIL MÉDICA POR NEGLIGENCIA. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN ORDINARIA EN SU ESPECIALIDAD CIVIL PARA CONOCER DE LAS CONTROVERSIAS SUSCITADAS ENTRE AFILIADOS, BENEFICIARIOS O USUARIOS Y ENTIDADES ADMINISTRADORAS O PRESTADORAS DE SALUD.**

**DEMANDA EN FORMA.** Cuando el demandante no ha sido suficientemente explícito en cuanto al tipo de responsabilidad que reclama (contractual-extracontractual), el juez en aras de hacer efectiva la garantía de prevalencia del derecho sustancial y el derecho de acceso efectivo a la administración de justicia, debe interpretar la demanda a fin de desentrañar su verdadero querer.

«Entrando al tema de la providencia, resulta claro para la sala, que el punto medular de la censura que hace el apoderado de los actores a la decisión adoptada por el funcionario de conocimiento estriba en el tema de interpretación de la demanda, pues no obstante ratificar la naturaleza de la acción incoada, en el escrito que presenta para sustentar el recurso “claramente se ve que la intención inicial fue enfocar la responsabilidad derivada del delito o hecho culposo de los demandados al infringirle daño en su humanidad, a la que se refiere el artículo 2341 del C.C.”, se apoya en las tesis jurisprudenciales que defienden como labor de la hermenéutica jurídica interpretar el sentido de la demanda para no sacrificar el derecho con un formalismo extremo.

La situación que se ventila en el presente caso, tiene como base el resarcimiento de los presuntos perjuicios causados a la actora y a su hijo por la indebida atención médica en un caso obstétrico, pues aunque en el escrito de demanda se invoca en el encabezamiento, así como en el poder, que se pide responsabilidad civil extracontractual, lo cual sirvió al juzgado para negar las pretensiones por falta de legitimación en la causa, en las pretensiones simplemente se observa que se reclama que se declare que se actuó con negligencia y que los demandados son civil y solidariamente responsables por los perjuicios ocasionados a los demandantes por lo que solicitan la respectiva condena.

Como lo reclama el apoderado actor en la sustentación del recurso, no puede negarse el derecho por la falta de claridad en la escogencia del tipo de responsabilidad reclamada. Es cierto que antes así procedía la jurisprudencia, pero que actualmente se viene evolucionando hacia la prevalencia del derecho sustancial, máxime en vigencia de la constitución de 1991 que así lo ordena, por lo cual es el fallador quien debe interpretar la demanda y de acuerdo con los hechos orientar el petitum hacia la viabilidad de la reparación de los daños causados y demostrados en el proceso.

Así lo viene predicando la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en su Sala Civil, no solo en sentido general en cuanto a la interpretación de la demanda, sino en casos particulares de confusión entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual. En sentencia del 4 de mayo de 2009, con ponencia del Magistrado Doctor William Namén Vargas, dijo:

“No obstante, es pertinente memorar que la Corte, en su prístino propósito de administrar y lograr la justicia, sin desconocer la dicotomía normativa entre la responsabilidad contractual y extracontractual por sus directrices o reglas jurídicas diferenciales (cas. civ. 30 de octubre de 1915, num. 1953, p. 118 ss. (...); cas. civ. de 12 de agosto de 2002; 31 de marzo de 2003. Exp. 7142; 15 de octubre de 2004, exp. 6199; sentencia del 30 de junio de 2005, expediente No. 1998-00650-01; 18 de octubre de 2005, exp. 14491; 19 de diciembre de 2005, exp. 1996-5497-01; 22 de marzo de 2007, exp. 05001-3103-000-1997-5125-01), (...) (nos parece que, en el porvenir, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual está llamada a perder su importancia en provecho de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más, entre el ‘derecho general’ o ‘derecho común’ y los regímenes especiales de responsabilidad civil”), ha admitido, en determinadas hipótesis, el deber resarcitorio del quebranto inferido a sujetos diversos, precisamente en repudio de la impunidad a que conduciría la exclusión de la reparación del daño inmotivado causada a la esfera tutelada por el ordenamiento jurídico, verbi gratia, en tratándose de los intereses de consumidores y usuarios cuya protección “no puede verse restringida o limitada por el principio de la relatividad de los contratos, cuyo alcance, por cierto, tiende cada vez a ser morigerado por la doctrina jurisprudencial (sentencia de 28 de julio de 2005, exp. 00449-01), puesto que, con independencia del vínculo jurídico inmediato que ellos pudieran tener con el sujeto que les enajenó o proveyó un determinado bien o servicio, las medidas tuitivas propias de su condición han de verse extendidas hasta la esfera del productor o fabricante” (cas. civ. 7 de febrero de 2007, exp. 23162-31-03-001-1999-00097-01, [SC-016-2007]) y, de la responsabilidad médica, por cuanto, en oportunidades, unos mismos hechos, actos o conductas, a más de lesionar el contrato y, por tanto, los derechos e intereses de las partes contratantes, pueden generar un detrimento a terceros extraños al vínculo contractual, o sujetos distintos pueden causar el quebranto a una misma persona o a varias personas bajo distintas relaciones o situaciones jurídicas o diversos títulos de imputación, por ello legitimados para reclamarlos de conformidad con las normas legales (cas. civ. 11 de septiembre de 2002 [SC-172-2002], exp. 6430; 13 de septiembre de 2002, exp. 6199; 27 de septiembre de 2002, exp. 6143; 18 de mayo de 2005, exp. 14405).

En otra providencia, referida a asunto diferente pero relacionado con la obligación del fallador de interpretar la demanda cuando ésta no es muy clara en sus pretensiones, dijo la Corte Suprema de Justicia:

“El proceso civil contiene la denominada relación jurídico-procesal que ata y vincula a las partes y al juez mientras subsista, lo que implica que constituida dicha relación en forma clara y precisa, queda establecido el ámbito dentro del cual ha de desenvolverse el litigio y delimitado el campo de decisión, de manera que trazado en tal forma el debate, el fallador debe respetar la voluntad fijada por los litigantes.

Casos hay, empero, en que el Juez debe ejercer sus facultades interpretativas para desentrañar la voluntad de las partes cuando éstas no han logrado darla a conocer diáfana y claramente, de manera que en procura de evitar el sacrificio del derecho sustantivo, pueda enmendar con su actividad dialéctica la confusa presentación de los hechos, de las pretensiones o de las excepciones que hayan efectuado las partes intervinientes en el proceso; mas, en ejercicio de esas facultades no puede el juez desbordar el sentido lógico de las piezas procesales que analiza para adoptar, contrario a lo que ellas muestran, conclusiones que vengan a ser fruto de su propio capricho, ni interpretar escritos que por su meridiana claridad excluyen la posibilidad de interpretarla.”(negrilla de la Sala). SC 100/2000 Exp.6015. MP. Silvio Fernando Trejos Bueno

Y en relación con la confusión de la responsabilidad civil contractual y la extracontractual y el deber de interpretarla, la Corporación ha sostenido:

“Por lo tanto, tratándose de un litigio que versa sobre la responsabilidad contractual -lo que de entrada impone, por imperativo lógico jurídico, el incumplimiento del consorcio demandado de una de sus obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento, consistente en el no pago del seguro que se había comprometido a contratar y tener vigente-, es necesario que el juez tenga en cuenta no solamente las normas comerciales relativas al contrato de arrendamiento, sino las que regulan el de seguros, pero para poder proceder a la interpretación y a la aplicación de estas normas, debe apreciar las pruebas y si es el caso, interpretar la demanda, como lo ha sostenido esta Corporación así: “Para no sacrificar el derecho material en aras de un culto vano al formalismo procesal, al juez corresponde interpretar la demanda, labor que ha de realizar ‘mirándola en su conjunto, en forma razonada y lógica, como quiera que la intención del actor muchas veces no está contenida en el capítulo de las súplicas, sino también en los presupuestos de hecho y de derecho por él referidos a lo largo de la pieza fundamental. Basta que la intención aparezca claramente del libelo, ya de manera expresa, ora por una interpretación lógica basada en todo el conjunto del mismo’, pues ‘la torpe expresión de las ideas per se no puede ser motivo de rechazo del derecho suplicado cuando éste alcanza a percibirse en su intención y en la exposición que de los presupuestos fácticos hace el demandante en su demanda’”. (G.J. Tomo CLXXVI, número 2415, pág. 182). Sentencia 212 del 19 de noviembre de 2002. M.P. Dr Jorge Santos Ballesteros.

De esa forma, con fundamento en la jurisprudencia mencionada, considera esta sala que de los hechos expuestos, así como de las pretensiones, resulta claro que la parte demandante, a pesar de acusar a los demandados de una negligencia que podría ser propia de culpa o dolo, y de avisar en el poder y en el encabezamiento de la demanda que acusa responsabilidad extracontractual, está fundando sus pretensiones en la existencia de un contrato con la EPS y en la consecuente vinculación a ese contrato por parte de los otros demandados en calidad de prestadores del servicio a nombre de la EPS, servicio que fue prestado de manera deficiente, según se afirma, y que conlleva una responsabilidad que debe acarrear las condenas reclamadas en caso de resultar positiva la demostración de los hechos expuestos. Por eso se revocará la sentencia apelada en cuanto niega las pretensiones con fundamento en el tipo de responsabilidad demandada, advirtiéndole que la sala encuentra obligado interpretarla para deducir que se reclama indudablemente la responsabilidad contractual, o acorde con lo dicho, simplemente responsabilidad.»

**INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA A FAVOR DEL DEMANDANTE.** En materia de responsabilidad civil médica incumbe al responsable de prestar el servicio médico demostrar que obró con diligencia y cuidado. Para el caso, no se desvirtuó por parte del cuerpo médico que la paciente de obstetricia, conforme el dictamen médico legal: “en su trabajo de parto la fue administrada oxitocina en infusión presentándose polisistolía en un período de tiempo apreciable, sin hacer el diagnóstico de polisistolía y por lo tanto no se iniciaron las medidas de oxigenación posición y control de monitoría. Lo cual llevó al feto a sufrimiento fetal agudo y demás complicaciones descritas en la historia clínica: encefalopatía, hipóxico, isquemia, hematoma subdural crónico atrofia cerebral, encefalomalacia multiquística, microcefalia, parálisis cerebral entre otras.”

**ALIGERAMIENTO PROBATORIO.** Admite como indicio de culpa el que se produzca un daño que solo se produce por razón de una conducta negligente.

«La demandante solicita el reconocimiento de perjuicios materiales y morales por las secuelas dejadas a ella y a su hijo, como consecuencia de la mala calidad del servicio médico recibido de los demandados con ocasión del parto y con posterioridad al mismo, la cual ha dejado daños en ambos, que serán para toda la vida.

Se tendrá como premisa o fundamento teórico, que la responsabilidad médica se deduce necesariamente de la demostración de la culpa, o culpa probada, con las anotaciones especiales que se harán para el caso en que la atención médica se refiere a la atención obstétrica o parto.

También, que en principio la obligación del médico es de medio y no de resultado, lo que implica al menos, el deber de suministrarle al paciente los cuidados concienzudos, solícitos y conforme con los datos adquiridos por la ciencia, sin dejar de lado que la profesión médica cumple

una función social que implica obligaciones de carácter ético y profesional para quienes la ejercen, de tal manera que en ejercicio de esa función existe el deber de cuidado y diligencia frente a los pacientes con el fin de obtener su bienestar, comprometiendo su responsabilidad si llega a causarse perjuicios por negligencia, descuido u omisión. En efecto, la Corte en su sentencia de 5 de marzo de 1940 expresó:

*“La obligación profesional del médico no es, por regla general, de resultado, sino de medio o sea que el facultativo está obligado a desplegar en pro de su cliente los conocimientos de su ciencia y pericia, y los dictados de su prudencia, sin que pueda ser responsable del funesto desenlace de la enfermedad que padece su cliente o de la no curación de éste...”* (G. J. 1935, pág. 118).

Pero el demandado podrá exonerarse de responsabilidad demostrando ausencia de culpa, o que puso al servicio del paciente toda su diligencia, o que se dio fuerza mayor, caso fortuito o algún otro eximente.

No obstante lo anterior, como ya se anunció, existe un sector de la doctrina que pregona para el campo de la obstetricia, o sea “la rama de la medicina que se ocupa principalmente del embarazo, parto y los fenómenos posteriores al alumbramiento, hasta la involución completa del útero”, una tendencia a aceptar la responsabilidad objetiva cuando en el embarazo no han existido complicaciones o se ha dado normalmente, o sea que se inclina por encontrar una obligación de resultado.

Una posición intermedia, podría aceptar que se sigue aceptando la necesidad de la culpa probada, pero que para el caso de la obstetricia, el hecho de que la evolución del embarazo hubiera sido normal, y que el proceso del alumbramiento no hubiera sido satisfactorio constituye un indicio en contra de los prestadores del servicio médico, para la demostración de la culpa, correspondiendo a la parte actora demostrar el daño, la relación de causalidad y el monto de los perjuicios causados.

Como lo ha señalado el Consejo de Estado, recogiendo no sólo la vieja doctrina de la culpa probada absoluta sino también la posterior que aceptaba la responsabilidad objetiva:

*“La demostración de esos elementos puede lograrse mediante cualquier medio probatorio, siendo el indicio la prueba por excelencia en estos casos ante la falta de una prueba directa de la responsabilidad, dadas las especiales condiciones en que se encuentra el paciente frente a quienes realizan los actos médicos, y se reitera, la presencia de un daño en el momento del parto cuando el embarazo se ha desarrollado en condiciones normales, se constituye en un indicio de la presencia de una falla en el acto obstétrico, así como de la relación causal entre el acto y el daño.*

*“No se trata entonces de invertir automáticamente la carga de la prueba para dejarla a la entidad hospitalaria de la cual se demanda la responsabilidad. En otras palabras no le basta al actor presentar su demanda afirmando la falla y su relación causal con el daño, para que automáticamente se ubique en el ente hospitalario demandado la carga de la prueba de una actuación rodeada de diligencia y cuidado. No, a la entidad le corresponderá contraprobar en contra de lo demostrado por el actor a través de la prueba indiciaria, esto es, la existencia de una falla en el acto obstétrico y la relación causal con el daño que se produjo en el mismo, demostración que se insiste puede lograrse a través de cualquier medio probatorio incluidos los indicios, edificados sobre la demostración, a cargo del actor, de que el embarazo tuvo un desarrollo normal y no auguraba complicación alguna para el alumbramiento, prueba que lleva lógicamente a concluir que si en el momento del parto se presentó un daño, ello se debió a una falla en la atención médica.”* Consejo de Estado, Sección Tercera, sentencia del 26 de marzo de 2008, exp. 16085, M.P. Ruth Stella Correa Palacio.

En otras palabras, se puede hablar de necesidad de prueba de la culpa pero se admite el indicio antes mencionado y otras formas de lo que la doctrina denomina “aligeramiento probatorio” como el res ipsa loquitur (las cosas hablan por sí solas) o culpa virtual (faute virtuelle) para situaciones de daño producido en circunstancias especiales, con el fin de facilitar la prueba de la culpa y del nexo de causalidad.

En el caso concreto se demostró lo afirmado por la actora, es decir, que su embarazo y llegada del día del parto fue normal, y así lo manifiesta el mismo médico Ortegón, uno de los demandados, al responder los hechos: Al primero contestó: *“De conformidad con el contenido de la historia clínica, el estado general de salud de la paciente era bueno.”* y en el tercero informa: *“...Sin embargo aparece dentro de la historia clínica de la paciente una ecografía de Abril 5 de 2000, la cual informa un embarazo de 22 semanas 2 días más o menos una semana por biometría con una vitalidad fetal satisfactoria.”* Lo que también aparece escrito en documento emitido por el Clinicentro Ciudad Salitre de Colsánitas (folio 321). Aunque en el numeral 3 de la respuesta al hecho cuarto advierte que la posición cefálica del menor por nacer no es óptima y que esa variedad puede presentar la necesidad de asistencia de espátulas o fórceps si la condición lo permite, o en su defecto una operación cesárea.

Esta última apreciación aparece como una necesidad de acuerdo con el estudio que se hizo a las historias clínicas de la señora Katia Hernández y su hijo Cristian Camilo por los galenos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses – Regional Bogotá, el cual se adelantó

por petición de la Defensora de Familia adscrita al Instituto Colombiano de Bienestar familiar, en cuya conclusión se dice en la parte final del acápite que denominan DISCUSION, “...que en el concepto de varios especialistas en Gineco-obstetricia, esta muestra desaceleraciones tardías múltiples compatible con insuficiencia y sufrimiento fetal, insuficiencia Placentaria Aguda, caso en el cual estaría indicada una cesárea, situación que de haberse realizado probablemente hubiese redundado en el bienestar fetal.” (folio 19)

Este escrito fue presentado con la demanda, y aunque se presenta en fotocopia, se ordenó tenerlo como prueba junto con todos los anexos y en las contestaciones de las demandas no se tacharon de falsos ni se atacaron sus contenidos. (folios 17 a 20 cuaderno 1). Pero fuera de haberlos aportado la demandante, ya dentro del proceso, también fueron objeto de prueba cuando el perito evaluador los hizo llegar como demostración de los daños, y los obtuvo por petición que hiciera al despacho para que el Instituto de Medicina Legal le entregara las copias de la valoración ordenada por el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar. (Auto del 9 de marzo de 2006 – folio 721, cuaderno 1 A). El informe enviado es el realizado a instancias del ICBF y ampliado con un cuestionario que le formuló la fiscalía sobre el caso (folios 723 a 742 cuaderno 1 A)

Además, el mismo Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses, al responder a la Fiscalía, Unidad Primera Local – Fiscalía 18, el cuestionario formulado por oficio No 290 del 29 de mayo de 2003, señaló en la DISCUSIÓN-CONCLUSIÓN: “Por lo escrito anteriormente Katia Hernández en su trabajo de parto la fue administrada oxitocina en infusión presentándose polisistolia en un período de tiempo apreciable, sin hacer el diagnóstico de polisistolia y por lo tanto no se iniciaron las medidas de oxigenación posición y control de monitoría. Lo cual llevó al feto a sufrimiento fetal agudo y demás complicaciones descritas en la historia clínica: encefalopatía, hipóxico, isquemia, hematoma subdural crónico atrofia cerebral, encefalomalacia multiquística, microcefalia, parálisis cerebral entre otras.” (Folio 730) Señalando el mismo cuestionario que en el caso era necesario que se hiciera una cesárea para evitar daños al menor por nacer, advirtiendo que se debió recibir manejo primero de la polisistolia; interrupción del goteo de oxitocina, hidratación, oxígeno, posición de cúbito lateral, comprobando la mejoría fetal en los parámetros de monitoría de control. Y que de no encontrar bienestar fetal se debía desembarazar por vía alta, o sea por cesárea.

Esta prueba se presentó en copias provenientes de una entidad oficial y hacen parte del dictamen presentado por el perito evaluador sin que le valiera a las partes comentario alguno ni su contenido fuera incluido en las objeciones que se hicieron, por lo que constituye parte de lo que queda válido o aplicable de dicho peritaje.

Está demostrado pues que tanto la madre como el hijo por nacer se encontraban en buenas condiciones cuando llegó el momento del parto, y que según el dicho de las diferentes partes, las complicaciones se presentaron en ese momento sin que se hubiera demostrado que ellas obedecieran a una causa especial que pudiera ser eximente de responsabilidad para quienes tenían la obligación contractual de propiciar la atención y que en condiciones normales el alumbramiento debería conducir al nacimiento de un niño sano y, quedando la madre en iguales condiciones. O sea que se parte de un indicio de culpa médica al no demostrar qué hecho se presentó como causante de lo único que se ha conocido que es el resultado dañino consistente en que el menor resultó afectado de por vida por situaciones que se presentaron en el momento de su nacimiento.

Fuera de lo anterior, se refuerza la culpa con la falta de determinación que se observa para la atención al no tomar el camino de la realización de una cesárea, que de acuerdo con los especialistas del Instituto de Medicina Legal, ante el sufrimiento fetal y la insuficiencia placentaria aguda, se ha considerado que era necesaria y de lo cual se afirma que “de haberse realizado probablemente hubiese redundado en el bienestar fetal.” (folios 17 a 19)

Es cierto que al proceso se arrimaron testimonios de varios galenos, quienes no se refieren a los hechos concretos sino a situaciones científicas o técnicas relacionadas con la atención obstétrica en general, y a sus puntos de vista sobre el deber ser en tales casos. Así se observa en los testimonios de Javier Ardila Montealegre, Armando Urrego Sáenz, Marco Tulio Campo Caballero y María Elvira Matheus Samper, todos con alguna relación con el demandado Roberto Ortigón Páez, por lo menos de actividad o colegaje de trabajo, quienes desde su campo o especialidad médica dieron sus conceptos sobre los hechos o las causas de la patología, pero no pueden en particular calificarse de testigos sino más bien de peritos técnicos, sin que hubiera sido esa la condición en que se citaron, sin embargo podría decirse que con sus explicaciones se trata de exponer que para la hipoxia prenatal y la consecuente parálisis cerebral existen múltiples causas, y que una de las posibilidades de atender a la actora era precisamente la utilizada por el médico demandado, sin embargo, no logran romper la conclusión dada por Medicina legal, en cuanto se afirma que se debió utilizar un método diferente para evitar el sufrimiento fetal, máxime que los peritos del instituto se refieren a hechos concretos y los testigos dan explicaciones generales sin referencia particular al caso, en la mayor parte de sus dichos.

No obstante, los dos últimos citados, los doctores Marco Tulio Campo Caballero y María Elvira Matheus Samper, que laboran en la clínica La Magdalena, una de las demandadas, dicen que no asistieron al parto pero que en su calidad de pediatras recibieron al menor después de su nacimiento, conocieron su estado de salud y los daños sufridos, principalmente se refieren a la asfixia perinatal, aunque en sus dichos siempre tratan de eximir de responsabilidad a los demandados.

No existe pues duda, que el indicio mencionado antes sirve para dar por sentadas la culpa y la relación de causalidad entre la atención dada de manera deficiente en el momento del parto y los daños que presenta el menor Cristian Camilo Estrada Hernández, se refuerza con las reglas mencionadas de aligeramiento probatorio, por eso se afirma que en el caso en estudio, respecto a los daños sufridos por el menor Cristian Camilo, las cosas hablan por sí mismas, (*res ipsa loquitur*) evidencia circunstancial que crea una deducción de negligencia, pues estando probado que la madre y el menor tuvieron una gestación adecuada y que solamente durante el parto se presentaron los hechos dañinos sin que pueda explicarse una causa para ello, es indicio de que el daño proviene de la negligencia en la atención o la falta de una decisión adecuada en el parto. Lo anterior indica que normalmente no se presentaría ese daño excepcional para un parto en condiciones normales o en el que no se ha demostrado anormalidades, o como también se denomina, *la prueba prima facie* o presunción de culpa calificada.»

**LUCRO CESANTE FUTURO POR DAÑO OCASIONADO A RECIEN NACIDO QUE LE GENERA UNA INCAPACIDAD ABSOLUTA Y PERMANENTE PARA TODA SU VIDA. PRESUNCIÓN DE INGRESO.**

«Respecto al lucro cesante, es cierto que no se ha demostrado que la madre laborara y en consecuencia recibiera ingresos, pues además, su condición de vinculada a la EPS es como beneficiaria y no como afiliada, luego se presume que no tenía vinculación laboral y respecto al menor Cristian Camilo, si es un error hacer los cálculos desde su nacimiento pues solo podría pensarse en ingreso válidamente desde el punto de vista legal desde los dieciocho años, no obstante, no es errado el cálculo de vida probable sin tener en cuenta su patología, pues es precisamente ella la que se tiene que resarcir, y los cálculos a futuros se hacen precisamente porque se debe garantizar el ingreso para su subsistencia, aunque no pueda asegurarse que sería necesariamente productivo, pues el daño que se le causó impide que se llegue a experimentar realmente su capacidad, pero la vida probable a tener en cuenta es la que se pide en la demanda, o sea 52,9 años y no la utilizada por el perito.

[..]

En la modalidad de lucro cesante para ella, la decisión será parcialmente positiva, y aunque no se demostró su vinculación laboral que produjera en su favor ingresos de tal naturaleza. Sin embargo, como si está demostrado que su hijo quedó completamente incapacitado para valerse por sí mismo, y como a aquél solamente se le reconocerá lucro cesante en la forma pedida, a partir de los veinte años, se considera que la madre deberá cuidarlo en forma permanente, lo cual, aunque era su obligación tratándose de un menor, aumentó su responsabilidad y dedicación, y por eso, aunque no demostró su vinculación laboral si afirma que se dedicaba a labores domésticas, lo que quiere decir que presumiblemente no devengaba completo el salario mínimo legal, pero que además parte del tiempo que dedicaría a su hijo era su propia obligación, se le reconocerá como perjuicio material causado un monto equivalente a la mitad del salario mínimo legal durante el tiempo que deberá cuidar a su hijo y que éste no recibe indemnización, es decir, durante los primeros veinte años de vida, salario que se liquidará al precio en que Cristian Camilo cumplió los veintes años, es decir, para el año 2010, o sea la suma de TREINTA MILLONES NOVECIENTOS MIL PESOS M.L. (\$ 30.900.000,00), de esa forma queda actualizada la suma señalada, advirtiendo que en adelante se indexará dicha suma con el índice de aumento de precios al consumidor.»

**FUENTE NORMATIVA : LEY 712 DE 2001, ARTÍCULO 2, NUMERAL 4**

|                   |  |
|-------------------|--|
| <b>FECHA</b>      | <b>: 2011-04-01</b>  |
| <b>PROCESO</b>    | <b>: ORDINARIO</b>   |
| <b>PONENTE</b>    | <b>: Dr. ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO</b>                                 |
| <b>DEMANDANTE</b> | <b>: KATIA ISABEL HERNANDEZ MONTIEL Y CRISTIAN CAMILO ESTRADA HERNANDEZ.</b> |
| <b>DEMANDADO</b>  | <b>: EPS SANITAS S.A. Y OTROS</b>  |
| <b>RADICACIÓN</b> | <b>: 11001310302520020085301</b>   |



## 1.2 Sala de familia

### 1.2.1

#### **IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD DE HIJO EXTRAMATRIMONIAL. CADUCIDAD DE LA ACCIÓN. MOMENTO EN QUE EMPIEZA EL COMPUTO DE TÉRMINOS CUANDO EL NACIMIENTO HA OCURRIDO ANTES DEL FALLECIMIENTO DEL PRESUNTO PADRE.**

«En cuanto al tema del desconocimiento de la paternidad o maternidad extramatrimonial, el artículo 5o. de la ley 75 de 1968 establece: **"El reconocimiento solamente podrá ser impugnado por las personas, en los términos y por las causas indicadas en los artículos 248 y 335 del Código Civil;** por su parte, el artículo 248 del C.C., modificado por el artículo 11 de la ley 1060 de 2006, establece: **"En los demás casos podrá impugnarse la paternidad probando alguna de las causas siguientes:**

**"1. Que el hijo no ha podido tener por padre al que pasa por tal.**

**"2. Que el hijo no ha tenido por madre a la que pasa por tal, sujetándose esta alegación a lo dispuesto en el título 18 de la maternidad disputada".**

**"No serán oídos contra la paternidad sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes de quienes se crean con derechos, durante los 140 días desde que tuvieron conocimiento de la paternidad".**

Lo que ha de indagarse, entonces, es desde cuándo se cuenta el término a que se refiere el artículo 248 del C.C.; sobre el tema, tiene dicho la doctrina<sup>1</sup>, aplicable también con la nueva redacción de dicho artículo: **"...la acción de impugnación corresponde a todo el que prueba un interés actual en ello, es decir, un interés ya nacido y que existe al entablarse la acción, y con tal que sea un interés pecuniario.**

**"Este interés, naturalmente, se producirá en la mayor parte de los casos después de la muerte de los legitimantes; de lo que se deduce que la posesión de muchos años del estado civil del hijo legitimado no será un obstáculo para la impugnación. Lo que la ley quiere es que el juicio no se promueva sin que exista ese interés, porque tratándose de juicios de esta naturaleza que afectan el honor y a la moralidad de las familias, el legislador exige que se acredite previamente la existencia de un derecho lesionado si se mantiene una legitimación fraudulenta o que no se ha ajustado a las prescripciones legales. La falta de interés es, por lo tanto, una excepción de carácter prejudicial que afecta a la personalidad del actor, a quien puede imponerse el silencio si no la destruye. Si se tratara, por ejemplo, de un pariente colateral del legitimante que no hubiere de ser llamado a la herencia en el caso de declararse la ilegitimidad del hijo, no podría ser admitido a seguir el juicio, por más graves que fuesen los antecedentes en que la impugnación pudiera fundarse. 'No serán oídos, dice el inciso final del artículo 217, contra la legitimación sino los que prueben un interés actual en ello, y los ascendientes legítimos del padre o madre legitimante'; de modo que es necesario que las personas interesadas prueben un interés actual para ser oídos, para admitir la acción a tramitación. ...".**

En el presente caso, no existe en los hechos de la demanda, dato alguno que permita inferir el momento a partir del cual surgió para el demandante el **interés actual** y determinar con apoyo en el mismo, si a la fecha en que se presentó la demanda, ya había operado el fenómeno jurídico de la caducidad (sin desconocer la aplicación del artículo 90 del C.P.C.) ya que ni siquiera se hace mención cuándo tuvo conocimiento el menor demandante sobre la existencia del menor demandado; tampoco la fecha en la que se enteró del reconocimiento que hizo el hoy fallecido NÉSTOR RAÚL MORALES MORALES del menor demandado como hijo extramatrimonial, y menos aún, se hace mención cuándo se enteró el demandante de que el menor demandado no era hijo del reconocedor; de lo que da cuenta la demanda es que el reconocimiento que hizo el señor NÉSTOR RAÚL MORALES MORALES sobre el menor NÉSTOR DAID MORALES VILLAMIL se llevó a cabo cuatro años y diez meses luego del nacimiento, sin que por tal circunstancia pueda aseverarse que la acción se haya presentado fuera de la oportunidad legal.

En este orden de ideas, la determinación de la fecha en la que le surgió al menor demandante el interés actual para demandar la impugnación de la paternidad del menor demandado, deberá ser un tema objeto de prueba para que el Juez, al momento de dictar la sentencia

<sup>1</sup>CLARO SOLAR, Luis, "Explicaciones de Derecho Civil Colombiano Chileno y Comparado", Volumen I, de las Personas, Editorial Temis S.A. Pág. 395

correspondiente, establezca si la demanda fue presentada dentro de la oportunidad establecida en la ley.

Ahora, arguye la apoderada judicial de la parte demandada tanto en el escrito de excepciones previas como en el contenido de la censura, que el parámetro para determinar la caducidad de la acción es la muerte del reconocedor o la fecha de nacimiento del hijo (en este caso del demandado), fundamento que está condenado al fracaso, pues estos dos presupuestos, el post-fallecimiento o el post-nacimiento, los contempla la ley 1060 de 2006 en el artículo 7º, que modificó el artículo 219 del C.C., como parámetro pero para impugnar la paternidad legítima, o del hijo concebido dentro de la unión marital de hecho, situaciones que no son las que se plantean en la demanda. Frente al tema, tiene dicho la doctrina<sup>2</sup>: **“En primer lugar, hay que señalar que en materia de impugnación de paternidad legítima por los descendientes, la ley solamente otorga legitimación al propio hijo y a sus herederos, cuando no habiéndola demandado, fallece ante (sic) la sentencia (arts. 217 y 404 C.C.), sin que se la otorgue directamente a sus herederos, salvo que implícitamente se encuentre en una acción reclamatoria de estado de hijo extramatrimonial fallecido (art. 10 Ley 75 de 1968). En cambio, a los herederos de los padres sí se les concede dicha legitimación. Porque a ellos se refiere el artículo 219 del C.C. cuando habla de ‘herederos que conocieran el fallecimiento del padre o madre’, de herederos que pierden el derecho a impugnar si el padre reconoció ‘al hijo como suyo’ y a aquellos que entran en posesión de la herencia ‘sin contradicción del pretendido hijo’.**

(...)

**“En cuarto lugar, hay que señalar que el cómputo del plazo para los herederos con el conocimiento de un mero hecho, el del nacimiento del presunto hijo o de la muerte del presunto padre, y no desde el conocimiento biológico, como ocurre con los aparentes padres, porque no tienen restricciones de pareja. En efecto, mientras en vida de pareja del matrimonio (o unión marital) y el presunto hijo, aceptan las presunciones, basadas en la fidelidad y su confianza recíproca, lo cual impide que se establezca biológicamente si el hijo es biológicamente del marido, no ocurre lo mismo con los herederos del marido o compañero permanente, quienes, desde la muerte de este último, sí pueden provocar su establecimiento sin que lo ate ningún deber de fidelidad o confianza con la mujer o su hijo. Por esta razón difiere el momento inicial del cómputo de caducidad: Para los padres aparentes, el momento inicial es el del conocimiento biológico, en la forma anteriormente indicada; en tanto que para los herederos de aquéllos, es el de la muerte o el nacimiento. De allí que en caso de pretensión de los herederos, el plazo de prescripción comienza a contarse a partir del ‘conocimiento del post-facto’, que es el ‘post-fallecimiento’ del padre o la madre’, cuando el fallecimiento ocurre con posterioridad al nacimiento del hijo; o que es el post-nacimiento, cuando el nacimiento del hijo ocurre con posterioridad a la muerte del padre o madre, caso en el cual el plazo comienza ‘desde el momento en que conocieron del nacimiento del hijo...’.**

Además, como se dejó dicho al inicio de las consideraciones, la impugnación de la paternidad aquí reclamada es la de hijo extramatrimonial, caso en el que la ley 75 de 1968, artículo 5º prevé claramente que tal acción podrá ser instaurada solamente por las personas, en los términos y por las causas indicadas en el artículo 248 del C.C; luego, no resulta viable tener como parámetros para determinar la caducidad, los planteados por la recurrente, pues como viene de verse, ellos son aplicables para impugnar por parte de los herederos, la paternidad legítima o la concebida en una unión marital de hecho.

Por último, tiene razón la recurrente cuando afirma que el a quo sí erró al haber omitido hacer pronunciamiento sobre los medios de prueba solicitados en el escrito de excepciones previas en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 del C.P.C; no obstante, tal situación no alcanza a desquiciar el auto materia de recurso, dado que el Juez puede decretar dichos medios de prueba, así como los que considere necesarios a fin de establecer, si en este caso, ha operado el fenómeno jurídico de la caducidad.»

**FUENTE NORMATIVA : LEY 1060 DE 2006, ARTÍCULO 7º  
: LEY 1060 DE 2006, ARTÍCULO 11  
: ARTÍCULO 217 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 248 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 248 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 335 DEL C.C.  
: ARTÍCULO 404 DEL C.C.**

<sup>2</sup>LAFONT PIANETTA, Pedro, “Derecho de Familia”, “Derecho Marital- Filial - Funcional” (leyes 54 de 1990 – 979 de 2005-721 de 2001 y 1060 de 2006) Cuarta edición, Librería Ediciones del Profesional Ltda., Págs. 382 y 383

FECHA : 2009-12-01  
PROCESO : ORDINARIO DE IMPUGNACIÓN DE LA PATERNIDAD  
PONENTE : Dra. GLORIA ISABEL ESPINEL FAJARDO  
DEMANDANTE : PEDRO MANUEL MORALES CUEVAS  
DEMANDADO : NESTOR DAVID MORALES VILLAMIL  
RADICACIÓN : 11001311000620070054201

1.3 Sala Laboral

1.3.1

**INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN LOS PROCESOS JUDICIALES EN CUMPLIMIENTO DE SUS FUNCIONES CONSTITUCIONALES.** *Debe ceñirse a reglas del debido proceso e igualdad por lo cual las excepciones que estime procedente proponer dentro del proceso en que interviene han de formularse en la oportunidad pertinente para no socavar las garantías de los demás intervinientes.*

*“Si, como lo dice la Corte Suprema, la actuación del Ministerio Público debe entenderse y acomodarse a los principios que gobierna el proceso laboral, habrá de concluirse que debe someterse a principios como el del **debido proceso**, esto es, someter su actuación a las diferentes etapas procesales, o lo que se ha llamado principio de la preclusión, (también llamado de la eventualidad), según el cual el proceso se halla articulado en secciones, o dividido en etapas o periodos, en cada uno de los cuales las partes, y el agente del ministerio público, deben realizar determinados actos, de suerte que si no los lleva a cabo dentro de la etapa o periodo señalado no puede ejercerlos después, pues cada etapa procesal debe agotarse y es presupuesto necesario para seguir a la siguiente. También debe respetarse el principio de **igualdad jurídica**, pues no puede, en manera alguna, y so pretexto de la defensa del patrimonio público, transgredir el orden jurídico, y sorprender al final del proceso NO SOLO a las partes sino también al mismo Juez. Debe también respetarse la **seguridad jurídica**, pues los conceptos de ley previa y las reglas propias del juicio, garantizan que los actos se cumplan en las oportunidades legales. El **acceso a la Justicia**, también debe protegerse, pues este principio democrático del derecho a participar en las decisiones de las autoridades que afecten sus intereses, implica que el ciudadano debe solo intervenir en las oportunidades indicadas para ello, y de lo cual no está relevado el ministerio público bajo ningún pretexto, pues socava el libre acceso a la justicia del ciudadano. Por último, la **tutela jurídica efectiva** es la garantía de que los jueces tomarán las decisiones que les corresponda de acuerdo con la intervención de las partes en el proceso y en los momentos del trámite correspondiente. De permitirse que el agente del ministerio público actúe al final del proceso, proponiendo, como en el presente caso, la excepción de prescripción, sin ni siquiera haber intervenido en ninguna de las etapas del proceso y solo hacer su aparición al momento de proferirse la sentencia de segunda instancia, crearía un anarquía judicial y rompería la igualdad de las partes frente a la ley y frente al proceso.*

*De conformidad con lo anterior, no se declarará la excepción de prescripción pues éste medio exceptivo solo puede proponerse en los términos del artículo 306 del C. de P. C., aplicable al laboral en virtud del principio de integración normativa contenido en el artículo 145 del CPTYSS.*

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 306 DEL C.P.C.  
: ARTÍCULO 145 DEL CPTYSS.

FECHA : 2011-05-13  
PROCESO : ORDINARIO  
PONENTE : Dr. JORGE ALBERTO GIRALDO GÓMEZ  
DEMANDANTE : LUIS ALBERTO LEIVA MUETE  
DEMANDADOS : INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES  
RADICACIÓN : 1100131050292010049701

## 1.4

### Sala Penal

Boletín informativo 017 del 13 de mayo de 2011

#### 1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

**1.1. M. P. AVELLA FRANCO PEDRO ORIOL – Rad. 110010704012200800037-02 (004 ED) (09-03-11) PROCESO DE EXTINCIÓN DE DOMINIO - CONGRUENCIA- La congruencia que se debe observar en el trámite extintivo es la REAL, FÁCTICA y JURÍDICA- Características y variabilidad / DEBIDO PROCESO- Debe garantizarse el derecho de contradicción - Nulidad por la no observancia.**

*“Entonces, de acuerdo con la naturaleza real de la acción de extinción del derecho de dominio, precisamente la primera congruencia que se debe observar en el trámite de estos diligenciamientos es la **REAL**, razón por la cual, la sentencia que declare la extinción del dominio, únicamente puede recaer sobre los bienes que la fiscalía haya iniciado el trámite, ya sea en la resolución de inicio o en sus adiciones correspondientes, porque si se llegase a incluir en la referida decisión, bienes distintos a los enlistados en las aludidas providencias, de acuerdo con lo planteado por la primera instancia y en lo cual acierta, indefectiblemente configuraría una nulidad por violación al debido proceso de los propietarios de los mismos; se concluye entonces, esta congruencia es de obligatoria observancia durante todo el transcurrir de la actuación que se lleva a cabo en el juzgado; a contrario sensu, en el trámite de fiscalía, este órgano tiene la facultad de realizar las adiciones de bienes correspondientes, ceñido al procedimiento establecido en la ley.*

*La incorporación de propiedades diferentes a las consideradas en el trámite surtido en fiscalía, durante el procedimiento que se surte ante juez, implicaría la pretermisión del primer segmento del proceso de Extinción, integrado por la fase de inicio y la de instrucción, respecto de las mismas.*

*Por otro lado, como quiera que todo proceso judicial parte de un supuesto fáctico, es decir, tiene su génesis en hechos que modifican la realidad de las cosas, en el proceso extintivo, son aquéllos que configuran la causal o causales correspondientes, entonces, en aras de garantizar, en especial, el derecho de contradicción de los opositores, es viable predicar en el trámite una congruencia **FÁCTICA**, pues a diferencia de lo planteado por el a quo, la sentencia debe observar el marco comportamental (de comportamiento en sentido lato) propuesto por la fiscalía en la respectiva resolución de procedencia o improcedencia.*

*Con todo, respecto de lo último, es necesario insistir en que no se puede desconocer que durante la etapa desarrollada en sede de fiscalía o en la causa, con ocasión del periodo probatorio que se desarrolla en dichos estadios procesales, pueden conocerse otros hechos que den sustento a las causales extintivas inicialmente indicadas o a otras diferentes, evento en el cual el operador jurídico, debe darlo a conocer a los afectados, para que éstos puedan ejercer el derecho de contradicción correspondiente, pues en el caso, de que la sentencia declare la extinción del derecho de dominio sobre los bienes afectados, lo haga con sustento en un hecho frente al cual las partes no hayan ejercido dicho derecho, la misma podría estar viciada de nulidad por la violación al debido proceso; cuestión diferente sucede, cuando el hecho novísimo se introduce en la resolución que decreta la procedencia, porque frente al mismo, se cuenta precisamente con el procedimiento ante jueces para poder ejercer el derecho de contradicción frente a éste.*

*En torno a la que podría denominarse la congruencia **JURÍDICA**, a diferencia de lo planteado por el fallo de primera instancia, la misma debe observarse en el proceso, aunque no con la rigidez que propone el recurrente. Valga decir, que las causales extintivas predicadas en la resolución de inicio o en sus adiciones, en principio, deben ser las mismas por las cuales el juez proceda a declarar la extinción de los bienes, pero al igual que sucede con la congruencia fáctica, en el desarrollo de los periodos probatorios en sede de fiscalía como en la etapa de la causa, puede establecerse la configuración de nuevas causales de extinción del derecho de dominio, lo cual conlleva a que este predicamento no sea estricto, a contrario sensu de las argumentaciones aducidas por el recurrente.*

*Empero, llama la atención de esta Sala, el hecho de que el a quo destaque que en la sentencia puede extinguir por causales distintas a las planteadas en la resolución de procedencia llanamente; proceder que puede dar lugar a violaciones del debido proceso, porque descocería el derecho de contradicción que le asiste al afectado.*

*En tales casos, cuando la gestión probatoria cumplida en sede del trámite ante el Juzgado, aporta realidades fácticas que determinen la configuración de causales diferentes o adicionales, es dable,*

con base en la integración normativa que señala el artículo 7° de la Ley 793 de 2002, procederse con una aplicación ajustada de las disposiciones del Código de Procedimiento Penal (Ley 600 de 2000), de acuerdo con lo establecido en su artículo 404 referente a la variación de la calificación jurídica. Aun teniendo en cuenta que en el trámite de extintivo no existe la celebración de audiencia pública, la aplicación de dicha normatividad, con el viso propio de esta acción, se daría en el sentido, de que si el juez de conocimiento observa que la causal invocada por la fiscalía en la resolución de procedencia no era la correcta, o que aplica otra u otras para el caso concreto, debe darlo a conocer a los afectados y demás partes, antes de la culminación del trámite, generando un nuevo periodo probatorio (plazo judicial razonable), para que puedan aquéllas ejercer el derecho de contradicción, en especial, impetrar las solicitudes probatorias correspondientes.

Con todo, debe señalarse que en la acción dirigida a la eventual Extinción del Derecho de Dominio, la posibilidad de que el juez la decreta, aun en los casos en que la postura final de la fiscalía sea de improcedencia, situación que le marca a la temática en estudio, tal como se dijo, unos especialísimos derroteros.”

Relatoría/consulta/2011/Extinción de Dominio /Sentencias

**1.2. M. P. AVELLA FRANCO PEDRO ORIOL – Rad. 110010704014201000023 02 (ED 018) (29-03-11) EXTINCIÓN DEL DERECHO DE DOMINIO – Procedencia de la acción cuando el bien inmueble está afectado como patrimonio de familia.**

“El problema jurídico remite a establecer si el patrimonio de familia que se constituyó sobre el bien inmueble identificado con matrícula inmobiliaria No. 280 – 153881, comprometido en esta actuación, da lugar a que se decreta la improcedencia de la acción de extinción del derecho del dominio sobre el mismo.

En este marco, la Sala, no pretende desconocer que el ordenamiento jurídico ha reconocido dentro de los derechos sociales, económicos y culturales a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, y en ese orden contempló un patrimonio exclusivo es su favor, sin embargo, la norma superior también aludió que cualquier forma de violencia se considera destructiva de su armonía y unidad, y será sancionada conforme a la ley.

De este modo cuando el legislador reconoció a la familia como el primer elemento del Estado, partió de un principio de legalidad, es decir, que los actos de quienes la integran deben estar ajustados al ordenamiento jurídico vigente. De permitirse que el aprovechamiento de este reconocimiento se pueda utilizar para actuar a su arbitrio e ilegalidad, además de contrariar la finalidad que quiso el constituyente, infringen las leyes establecidas, y dichas actividades deben ser sancionadas. Lejos de proteger a la familia, se encuentra el hecho de que el Estado garantice la propiedad a quien la utiliza para delinquir, adviértase que dicha situación en lugar de garantizar los derechos de los miembros de aquélla, está permitiendo que se realice, constituya y enseñe la manera de actuar en contra de la sociedad, el estado y sus semejantes.

Reprochable resulta la actuación de CLARA INÉS CASTILLO GUTIÉRREZ, quien no encaminó sus actos para proteger sus derechos patrimoniales y los de sus hijos, toda vez que en dos ocasiones se efectuó allanamiento y registro a su inmueble, en la primera diligencia del 6 de febrero de 2008, se capturó a CLARA INÉS CASTILLO GUTIÉRREZ, luego de que entregara 320 envoltorios en papel cuaderno que contenía una sustancia positiva para cocaína y en la segunda (4 de abril de 2008) se aprehendió a Wilton Avendaño, su compañero sentimental, y se incautaron 400 paquetes en las mismas condiciones y una bolsa plástica transparente con una sustancia, de donde se estableció un peso bruto de 213.6 y neto de 136.9 gramos, positivo para cocaína y sus derivados. Se establece que no le está permitido conservar un inmueble a quien lo utilizó para cometer actos ilícitos, pues atentó contra la salud pública de los conciudadanos e incumplió con la función ecológica y social que le es inherente a la propiedad privada, aunque éste se encuentre afectado como patrimonio de familia, se determinó que anterior a tal está la adquisición del título de manera legal y su destinación de acuerdo con el ordenamiento jurídico, situación segunda de la que se acreditó que su incumplimiento.

De este modo, se cuenta dentro del proceso con los registros civiles de nacimiento de los hijos de CLARA INÉS CASTILLO, con fechas de nacimiento del 8 de noviembre 1992, 18 de mayo de 1995, 21 de febrero de 1994 y 20 de febrero de 1998<sup>1</sup>. Efectivamente tiene hijos menores de edad, sin embargo, es menester señalar que dentro de este caso concreto no resulta imperioso efectuar un ejercicio de ponderación para determinar qué derecho prevalece sobre otro, pues se advierte que la moral social y la prevalencia de los derechos de los niños no están en contravía, toda vez que las medidas que se están tomando dentro de esta actuación buscan precisamente sancionar los actos que atentaron contra esa moralidad y que consecuentemente afectaron las garantías de los niños, pues como se sabe CLARA INÉS CASTILLO y sus hijos para la época en que le incautaron la

sustancia positiva en cocaína, estaban en el mismo predio, situación que va en contra de todas las protecciones que a ellos les persiste, pues no es sano que coexistan en un contexto de tal naturaleza.

Por lo expuesto este argumento del impugnante tampoco puede alcanzar la aquiescencia de la Sala, pues como se dijo, el ejercicio de ponderación no opera en este caso toda vez que la protección a la moral social no contraría, ni entra en conflicto con los derechos de los niños, debido a que “[e]n el caso concreto de los menores, la defensa de la moral no es para el Estado social de Derecho cuestión accidental, sino sustancial. Por ello el artículo 44 de la Carta Política dispone que los niños deben ser protegidos contra toda forma de **violencia moral**; y, por otra parte, el artículo 67 superior señala que corresponde al Estado velar por la mejor **formación moral** de los educandos. Así, la moral, sobre todo en el caso de los menores, aparece como objeto jurídico protegido”; y que “una de las formas de violencia moral que se ejerce contra los niños consiste en el escándalo público de que se les pueda hacer víctimas en el lugar donde residen, o en su vecindario, a través de actos como la exhibición pública de conductas obscenas, las riñas callejeras, la exteriorización de sentimientos o conductas agresivas a la vista de los menores, etc. El Estado tiene la obligación de prevenir y evitar que tales situaciones se presenten erigiéndose en atentado real o potencial contra el derecho fundamental de los menores a no ser agredidos física ni moralmente<sup>2</sup>”.

En consecuencia, en este caso, los derechos a la moral social y los de los menores lejos de estar en conflicto se armonizan, pues como medida de que el inmueble siga siendo destinado como medio para cometer actos ilícitos, se extingue su dominio, lo que aleja a los hijos menores de CASTILLO GUTIÉRREZ, de un ambiente mal sano, que va en contravía de su formación. “

Relatoría/consulta/2011/Extinción de Dominio /Sentencias

<sup>1</sup> Folios 157 – 160 del C O principal No. 1

<sup>2</sup> Corte Constitucional, T T-602 de 1995

**1.3. M. P. AVELLA FRANCO PEDRO ORIOL – Rad. 110010704013200900016 01 (ED.012) (31 – 03 – 2011) EXTINCIÓN DEL DERECHO DEL DOMINIO – Procedencia de la acción cuando el inmueble ha sido arrendado.**

“Hasta aquí lo analizado resulta suficiente para predicar que de conformidad con la Ley que regula este trámite se verifica la ocurrencia de una de las causales para extinguir el derecho del dominio sobre el bien en estudio, por cuanto se utilizó como medio o instrumento para la comisión de actividades ilícitas, ya sean destinadas a éstas o correspondan al objeto del delito (numeral 3° del artículo 2° de la Ley 793 de 2002); tal es el caso del Tráfico de sustancias para el procesamiento de narcóticos, en ese entonces contemplado en el artículo 43 de la Ley 30 de 1986 modificado por el artículo 20 de la Ley 365 de 1997 y actualmente en el artículo 382 de la Ley 599 de 2000 (Código Penal) que sanciona, entre otros comportamientos, el almacenamiento de disolventes y demás elementos que sirvan para el procesamiento de cocaína o de cualquiera otra droga que produzca dependencia.

(...) Como emerge evidente, lo aquí reseñado sirve de soporte para estimar que WINSTON ORLANDO GERARDI TORO otorgó la administración del bien inmueble comprometido al abogado Olmes Pérez Valencia, situación que acreditan los elementos probatorios descritos.

Del mismo modo se estableció que para la fecha de la ocurrencia de los hechos el afectado tenía arrendado el bien inmueble, lo que se efectuó a través de un abogado.

GIRARDI TORO de acuerdo con su experiencia en el arrendamiento de inmuebles le otorgó esa facultad de administrar el mismo a un profesional del derecho, precisamente para que observará las exigencias legales y verificara el cumplimiento de los contratos; no obstante, como de manera acertada lo refirió el A quo dio con una persona inidónea para el encargo de esa labor, por cuanto de lo que se ha reseñado tanto la veracidad del contrato de arrendamiento como la regencia del bien, resultan bastante cuestionables en tanto no se tiene certeza de si el mismo efectivamente se celebró y no se efectuó el estudio de los arrendatarios, lo que deparó que la destinación de la propiedad haya sido contraria a la Ley.

Circunstancia que en este caso no se puede atribuir al propietario pues aquél desplegó los actos que consideró necesarios, tendientes a lograr una administración adecuada del inmueble, para lo cual recurrió a un profesional del derecho, como era su costumbre.

Sin embargo, para la Sala, en el sub exámine, no resulta de recibo que respecto del afectado se predique la calidad de tercero de buena fe exento de culpa.

Por manera que según lo reseñado, cuando el legislador lo refiere y la Corte Constitucional interpreta la figura del tercero de buena fe, señalan tal calidad con relación a la forma cómo adquiere un título, es decir, dicha particularidad se circunscribe a la adquisición de la propiedad, o creación de

derechos, que cuando no sean exentos de culpas son aparentes.

Bajo esta óptica, resulta lógico estimar que la calidad de tercero de buena fe exento de culpa, a que refiere la norma, opera con relación a las causales que contemplan la adquisición de los bienes comprometidos y no aquellas que sancionan su indebida utilización o destinación.

De ahí que lo atinente a predicar con relación a WINSTON ORLANDO GIRARDI TORO, es la ajenidad en el momento en que se actualizó la causal en comento y no una buena fe exenta de culpa, por cuanto, como se indicó, sobre aquél no se creó ningún derecho que le permitiera adquirir tal calidad. Pues, su derecho de propiedad devino de otra fuente, como lo es la sucesión por causa de muerte.

Ello debido a que es afectado en cuanto detenta la titularidad de la propiedad del inmueble comprometido, más no es tercero de buena fe exento de culpa por cuanto ningún derecho diferente al aludido se creó a su favor con ocasión de la adquisición del bien referido.”

Relatoría/consulta/2011/Extinción de Dominio /Sentencias

**1.4. SALVAMENTO DE VOTO. AVELLA FRANCO PEDRO ORIOL Frente a providencia en la cual actuó como ponente la Magistrada NELLY DE JESÚS MENA MURILLO – Rad. 110016000098201080153 01 (14-04-11) LAVADO DE ACTIVOS. PREACUERDO POSTERIOR A LA PRESENTACIÓN DEL ESCRITO DE ACUSACIÓN Y ANTERIOR A LA AUDIENCIA DE FORMULACIÓN DE ACUSACIÓN – Es procedente la rebaja punitiva de hasta el 50% - Interpretación sistemática del artículo 352 de la Ley 906 de 2004.**

“El problema jurídico que enfrentó la Sala, se remitió a determinar si una vez presentado el escrito de acusación, lo cual ocurrió el 11 de agosto de 2010, y antes de formularse la acusación en audiencia pública, los respectivos preacuerdos celebrados en el interregno con JULIÁN ALEXANDER MARTÍNEZ GONZÁLEZ (31-08-10), de una parte y de otra, con CARLOS ANDRÉS CAMPUZANO LONDOÑO (09-09-10) de otra, por la Fiscalía General de la Nación, consistentes en aceptación pura y simple de los cargos a cambio de una rebaja punitiva, violaron el principio de legalidad de la pena, en cuanto concedieron una superior a la equivalente a la tercera parte de la imponible, lo que aparejaría la desaprobación de los correspondientes pactos.

(...)

La providencia de la Mayoría, asume que el límite para la procedencia de rebaja de hasta el 50%, es la presentación del escrito de acusación, lo que infiere de la interpretación concordada de los contenidos de los artículos 350, 351 y 352 de la Ley 906 de 2004, y que ocurrido ello, y aun antes de formularse oralmente la acusación, tal rebaja será de una tercera parte, si el negocio ocurre desde allí y hasta antes de ser interrogado el acusado al inicio del juicio respecto de su compromiso de responsabilidad, porque si fuere después, el descuento será de la sexta parte de la pena imponible.

En realidad la norma pertinente, esto es, el artículo 352 de la citada Ley, es del siguiente tenor:

**‘Artículo 352. Preacuerdos posteriores a la presentación de la acusación. Presentada la acusación** y hasta el momento en que sea interrogado el acusado al inicio del juicio oral sobre la aceptación de su responsabilidad, el fiscal y el acusado podrán realizar preacuerdos en los términos previstos en el artículo anterior.

Cuando los preacuerdos se realizaren en este ámbito procesal, la pena imponible se reducirá en una tercera parte.’ (Énfasis añadido).

Por manera que por lo menos desde la perspectivas gramatical y literal, la norma no señala como límite para la oportunidad de conceder hasta el cincuenta por ciento de rebaja la presentación “del escrito” de acusación, sino el acontecimiento procesal de estar “presentada la acusación”.

Y en el punto, considero que en este específico contexto, por tal acto, debe entenderse el complejo integrado por la presentación del escrito de acusación y por la formulación oral de la misma en la respectiva audiencia pública<sup>3</sup>.

Descontando entonces que la rebaja a la que refiere la norma lo es cuando el acuerdo no comporta modificación de los cargos, el límite temporal que se establece, para la procedibilidad de esa rebaja, esto es la tercera parte y no hasta el 50%, pero tampoco apenas una sexta porción de la imponible, comienza en el momento en que sea “presentada la acusación”, lo cual de suyo marca la terminación de la posibilidad de ese *quantum* de rebaja, pues en adelante solo será la tercera, se itera, y después, la sexta.

<sup>3</sup> En esto coincido integralmente, porque también lo hago respecto de las consecuencias jurídicas deducidas de tal postura en el marco de acuerdos, con lo resuelto por la sala de Decisión Penal del Tribunal superior del Distrito Judicial de Medellín presidida por el Magistrado Hender Augusto Andrade Becerra, en el auto del 12 de abril de 2011 y no desde luego con el salvamento de voto del doctor Nelson Saray Botero, advirtiendo además que según se infiere de ese texto, otras salas de ese Tribunal, son de la corriente contraria.

A diferencia de lo entendido, implícitamente, en el fallo mayoritario, la expresión “presentada la acusación” escogida por el legislador en el art. 352, no puede identificarse con la del art. 336 cuando en su epígrafe indica “Presentación de la Acusación”, porque un tal entendimiento se opone a la necesaria interpretación sistemática de la respectivas normas.

Esta última disposición, integra el capítulo primero, referido a los “REQUISITOS FORMALES”, “DE LA ACUSACIÓN (TÍTULO I), del LIBRO III, intitulado “EL JUICIO”, por manera que refiere, valga la repetición, a los requisitos formales (también a los sustanciales) del

escrito de acusación, como presupuesto de trámite, precedente de la formulación de acusación oral, dado que lo uno y lo otro integran este acto procesal propiamente tal. Esta la concepción de su condición compleja, como reconocida se tiene de manera pacífica en la jurisprudencia, y frente a los cual, en mi manera de entenderlo, también aplica respecto de las proporciones de rebaja punitiva, según el estadio procesal en el que se produzca el acuerdo negocial.

(...)

Lo referente con “PREACUERDOS Y NEGOCIACIONES ENTRE LA FISCALÍA Y EL IMPUTADO O ACUSADO” forma Título aparte, el II, aunque dentro del mismo Libro segundo, que como se adujo, refiere a las reglas del Juicio.

Esto implica que, lo referido a la temática de los preacuerdos y negociaciones, tiene su propia reglamentación, sin que se empalme o integre con lo concernido con la formulación de la acusación, deducido esto, preferiblemente, por un talante sistemático y lógico.

(...)

En fin, lo que en mi parecer debe entenderse de la ubicación de las disposiciones referidas a preacuerdos y negociaciones, que como itero, se ubican en título aparte e independiente, así sea como tiene que ser, necesariamente relacionado con el flujograma del proceso en general, es que en su conjunto las mismas comportan autonomía normativa.

Por ello, como por todo lo dicho es de mi comprensión que, cuando en este concreto contexto el legislador señala como límite final para la posibilidad de rebaja de hasta el 50% de la pena, la **presentación de la acusación**, no alude a la del escrito de acusación, sino al acto jurídico integral de la formulación de la acusación.

Esta forma de hermenéutica se acompasa mejor con las reglas de interpretación de tan añejo cuño, como las previstas en la ley 153 de 1887, si se trata de norma posterior, y además especial.

Igualmente con una postura *in favor rei*, y especialmente con una *pro homine*, obligada en un Estado Social y Democrático de Derecho, para casos en que por la textura normativa, se genere anomia, antinomia o laguna, pues se impone resolución del caso, así sea difícil, so pena de denegación de justicia, de irreverencia al derecho superior a tutela judicial efectiva.

(...)

En mi sentir, la mera entrega del escrito de acusación en el Centro de Servicios Judiciales o en la oficina que haga sus veces, no puede entenderse en el contexto de preacuerdos y negociaciones, como la “presentación de la acusación” sino que la acepción de esa expresión normativa dado su propósito reglamentador, como se ve desde la filosofía analítica, es decir, en el entendimiento de lo que realmente se quiere significar, remite es al acto complejo que se completa con la formulación de manera oral de la misma, porque además ello conjuga adecuada y lógicamente con el carácter oral que matiza esencialmente el ya no tan nuevo proceso penal acusatorio.

En lo que tiene que ver con el suceso procesal de la formulación de la acusación, que como insisto es desde mi parecer el límite que realmente implementó a los efectos de este estudio el legislador, la presentación del escrito de acusación, no es el acto, sino la potencia del mismo, como en la filosofía aristotélica<sup>4</sup>, por manera que el mismo sólo **es**, cuando además de la entrega del escrito, se ha concretado la facultad de acusación otorgada por la Carta Política a la Fiscalía General de la Nación, es decir cuando se haya agotado la respectiva audiencia pública diseñada en el código de procedimiento de la Ley 906 de 2004 al efecto.

Y desde lo pragmático (también desde la *pragmateia*, a propósito de los griegos), debe tenerse en cuenta que en el curso de la audiencia pública de acusación, pueden formularse observaciones sobre el escrito de acusación, y bien por ellas o por su iniciativa, el delegado de la fiscalía puede aclararlo, adicionarlo o corregirlo, ante lo cual el imputado<sup>4</sup>, bien puede, sería comprensible y razonable,

<sup>4</sup> En la filosofía aristotélica existe una distinción conceptual que intenta dar cuenta del dinamismo inherente a todos los seres vivos, del impulso que les lleva a desarrollarse por sí mismos y activar desde su propio interior el despliegue de la naturaleza esencial que les corresponde. Aristóteles distinguía entre “ser en potencia” y “ser en acto”. El “ser en acto” es aquello que cada cosa es ahora mismo, en su realidad material y concreta, afectada por las circunstancias ambientales que la condicionan; el “ser en potencia” es algo distinto. Fuente: <http://nobletradicion.blogspot.com/2011/03/ser-en-potencia.html>



promover de manera directa o a través de su defensa técnica ante el fiscal, incluso solicitar receso para ello, la celebración de un acuerdo, si encuentran que es lo más conveniente a los intereses de aquél.

Debe tenerse en cuenta que sólo después de cumplido esto, es que se concede la palabra al fiscal “para que formule la correspondiente acusación” 5.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

4 Solo será acusado cuando se complete el acto procesal de la acusación, valga el pleonismo.

5 Art. 339 de la L. 906 de 2004, que regenta el “Trámite” de la audiencia de formulación de acusación.

**1.5. M. P. AVELLA FRANCO PEDRO ORIOL – Rad. 110016000096200500024 05 (004 L.A.) (29-03-2011). LAVADO DE ACTIVOS. SISTEMA PENAL ACUSATORIO. IMPARCIALIDAD - Como componente fundamental del derecho al debido proceso / NULIDAD - Por no declarar impedimento cuando se emitió previo pronunciamiento con valoración de elementos materiales probatorios que serán aducidos como prueba en juicio / IMPEDIMENTO - Cuando se produce la ruptura de unidad procesal, con ocasión de terminaciones anticipadas de procesos, y el juez de conocimiento ha emitido la correspondiente sentencia, no se configura automáticamente la causal 6ª, sino solo cuando se haya efectuado valoración de elementos materiales probatorios y evidencia física / BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD - Consagración en instrumentos internacionales - Obligatoriedad de la interpretación de los tribunales internacionales.**

“...El derecho al juez natural es un derecho a un juez preestablecido, con competencias fijadas en la ley y que de esta manera permita que **en el juicio exista una garantía de imparcialidad**. El principio de juez natural excluye la posibilidad de que existan jueces ad hoc, nombrados para el caso y que puedan resolver los conflictos jurídicos **mediante apreciaciones preconcebidas**, parciales, no basadas exclusivamente en el “imperio de la ley” de que habla el artículo 230 CP...”<sup>1</sup> (Resaltado fuera del texto)

De lo anterior se colige que la imparcialidad también es un elemento estructural del derecho al debido proceso, y un principio basal de la administración de justicia, esto quiere decir, que los funcionarios judiciales siempre deben garantizar la imparcialidad frente a los casos que son sometidos a su conocimiento, a diferencia, por ejemplo de la administración pública, la cual es parcial en sus decisiones, ya que ésta puede llegar a ser parte en un proceso que adelante la jurisdicción contenciosa administrativa, esto referido a las expresiones “imparcial o parcial”, por lo que “...mientras el Poder Judicial en el desenvolvimiento de su función (jurisdiccional) siempre es “imparcial”, es decir que no es “parte” al resolver un litigio generado entre dos sujetos, la Administración pública siempre es “parte” en los asuntos en que interviene (lo cual significa que en la función administrativa no existe la “imparcialidad”)...”<sup>2</sup>.

Luego entonces, si la imparcialidad es exigida de cualquier funcionario judicial, en el proceso penal este mandato se enfatiza aún más, si se tiene en cuenta que este es el procedimiento más lesivo de los derechos fundamentales, por lo cual, como se ha indicado a lo largo de esta intervención, el mismo está sujeto a unos principios, que tienen origen no sólo en el Código de Procedimiento Penal, sino en fuentes normativas superiores como la Constitución Política y los tratados internacionales que sobre derechos humanos han sido suscritos por Colombia, en especial el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana de Derechos Humanos, mismos que hacen parte del denominado bloque de constitucionalidad, que precisamente en torno al tópico de la imparcialidad, han sido invocados como fundamento de los fallos que han tratado la materia, 3 ...

(...)

Normas que de acuerdo con la interpretación realizada por los tribunales internacionales, son de obligatoria observancia por los jueces nacionales, como se itera, se integran por bloque de constitucionalidad aspecto este que ha sido destacado por la doctrina<sup>4</sup>...

(...)

Por ende, y de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la imparcialidad del órgano judicial, es requisito sine qua non de la legitimidad del proceso penal, señalando que la misma es un presupuesto indispensable para que un procedimiento criminal se encuentre ajustado a la Carta Interamericana de Derechos Humanos<sup>5</sup>...

(...)

Sobre el particular ha destacado la Corte Suprema de Justicia, que cuando el juzgador reconoce la existencia del delito, luego de analizar su forma y tiempo de ejecución, la imparcialidad deja de estar garantizada en los términos que demanda el ordenamiento jurídico<sup>6</sup>...

(...)

Y no podría indicarse que la situación aquí esgrimida no generaba lugar a ningún impedimento, porque las causales que dan lugar a los mismos son taxativas, y el aspecto fáctico aquí planteado, no se encuentra señalado en ninguna de ellas; afirmación que resulta desvirtuada, porque ha sido la propia Corporación, la que ha señalado que un evento como el aquí planteado, da lugar a la causal 6ª del artículo 58 del Código de Procedimiento Penal, porque hubo participación del funcionario dentro del proceso, estribando el asunto que concita la atención de esta Sala, es que la evaluación de elementos materiales probatorios y emisión de juicios de valor que pueden dar al traste con la imparcialidad que se requiere del funcionario en la dirección del proceso, porque al momento de abordar el juicio oral, el juez tiene un preconcepto sobre el asunto<sup>7</sup>...

(...)

Por ende un juicio oral, avizorado el impedimento que se cierne sobre la funcionaria que viene conociendo del asunto, si se llega a adelantar en estas condiciones, por más probidad que muestre en el cumplimiento de su deber, no estaría en capacidad de garantizarle a los todos los sujetos procesales un proceso bajo condiciones de imparcialidad; éste como uno de los pilares fundantes de la actividad judicial, de acuerdo con lo señalado por la alta Corporación<sup>8</sup>.

(...)

Finalmente encuentra la Sala imprescindible precisar que la línea de pensamiento que de esta manera se estructura en la presente decisión, no puede identificarse con la ocurrencia automática e irremediable de causal de impedimento siempre que se produzca ruptura de unidad procesal, con ocasión de terminaciones anticipadas de procesos en caso de coimputados, bien porque hayan ocurrido manifestaciones de allanamiento a la imputación ora a cuenta de negociaciones celebradas por alguno o algunos con la Fiscalía, respecto de los cuales el correspondiente Juez de Conocimiento hubiese emitido las respectivas sentencias; por cuanto la que en el presente evento se establece, lo es concretamente porque en el fallo consecuencia de la aprobación del preacuerdo y al emitir el fallo que en derecho encontró procedente, la funcionaria estimó necesario realizar, y en efecto lo hizo, valoración de elementos materiales probatorios, evidencia física e información obtenida en la parte acusadora, en punto de la materialidad del delito por el que condenó a CÉSAR EDUARDO CABEZA MOGOLLÓN, y en ese discurrir, valoró, emitió juicios y edificó conclusiones, con base en los mismos, y al paso, incluyó afirmaciones respecto de otros acusados, algunos de los cuales ahora, una vez materializada la última ruptura de unidad procesal que se ordenó, deben enfrentar el subsiguiente juicio.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

BERNAL Pulido, Carlos. El derecho de los derechos. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. 2007. P. 362.

2 Tomado de <http://www.justiciasantafe.gov.ar/concurso/tema2.htm>

3 Corte Suprema de Justicia Auto del 19 de febrero de 2009 MP Dr. José Leonidas Bustos Martínez. Rad. 31.093.

4 URBANO Martínez, José Joaquín. La nueva estructura probatoria del proceso penal. Hacia una nueva propuesta de fundamentación del sistema acusatorio. Segunda edición. Ediciones Nueva Jurídica. Bogotá. 2010. P. 51.

5 Corte Interamericana de Derechos Humanos. caso Apitz Barbera y otros vs. Venezuela Sentencia del 5 de agosto de 2008..

6. Sala de Casación Penal. Auto del 3 de diciembre de 2009. MP. José Leonidas Bustos Martínez. Rad. 32826.

7Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal Auto del 19 de octubre de 2006. Rad. 26243.

8 Auto del 3 de diciembre de 2009. Rad. 32826 Op Cit.

Boletín de Sala Penal preparado por NOHORA LINDA ANGULO GARCÍA, Relatora de dicha Sala, y aprobado por Presidente y Vicepresidente de la misma.

**MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ**  
Presidente del Tribunal

**ALIRIO CORREAL BELTRÁN**  
Relator del Tribunal