



**RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
BOLETÍN 16 DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2011**

1. PROVIDENCIAS DE INTERÉS DE ESTA CORPORACIÓN

1.2. Sala Civil

EL RECLAMO DE LA EFECTIVIDAD DE LA GARANTÍA MÍNIMA PRESUNTA (AUTOMOTORES) DEBE HACERSE DENTRO DE SU VIGENCIA, UNA VEZ SE HAYA CUMPLIDO CON LO PACTADO, ANTE LA SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO.

Dispone el artículo 13 del Decreto 3466 de 1982 que habiéndose solicitado la efectividad de la garantía mínima presunta, en caso de repetirse la falla presentada inicialmente, el consumidor tendrá derecho de exigir el cambio del bien o la restitución del precio, salvo pacto en contrario y a condición de que tal solicitud se haga dentro del término de vigencia de la garantía.

Por tratarse los automotores de bienes cuyas condiciones de calidad e idoneidad deben estar inscritas o registradas en el correspondiente registro o licencia, como lo establece la Superintendencia de Industria y Comercio en su *Circular Única, título II, Capítulo Primero*¹, la garantía que se discute en el asunto *sub lite* –en principio- es la denominada “*garantía mínima presunta*”, que propende por que las condiciones de calidad e idoneidad señaladas en el registro o en la licencia correspondiente se mantengan.

Cuando se trata de vehículos, el tiempo durante el cual se extiende la mencionada garantía mínima está determinado por la Superintendencia de Industria y Comercio. Al efecto, establece el numeral “1.2.2.2.2” de la Circular Única reseñada líneas atrás, que el “*término de la garantía*” de calidad y servicio de posventa durante el cual se amparará el vehículo por todos los defectos no imputables al usuario, “*será de doce (12) meses contados a partir de la fecha de entrega del vehículo al comprador original o veinte mil (20.000) kilómetros de recorrido, lo que primero se cumpla*”.

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 13 DEL DECRETO 3466 DE 1982.
: NUMERAL 1.2.2.2.2 DE LA CIRCULAR ÚNICA
SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO
FECHA : 2010-09-28
PROCESO : VERBAL
PONENTE : Dr. GERMAN VALENZUELA VALBUENA
DEMANDANTE : JORGE MAHUND OCAMPO
RADICACIÓN : 110013199001 2006 08069 02

1.2. 1 Sala de Familia

ELCUMPLIMIENTO DE LO PREVISTO EN EL NUMERAL 11 DEL ARTÍCULO 75 DEL C. DE P. C. “DIRECCIÓN DE LA OFICINA O HABITACIÓN DONDE EL DEMANDANTE Y SU APODERADO RECIBIRAN NOTIFICACIONES, EN LA INADMISIÓN DE LA DEMANDA, TRAE COMO CONSECUENCIA EL RECHAZO DE LA MISMA

El a quo dispuso el rechazo de la demanda, por no haberse corregido el defecto puesto de presente en el numeral tercero del auto inadmisorio, concretamente “*Se cumpla respecto de la*

¹Procedimiento Civil Tomo 1. HERNAN FABIO LÓPEZ BLANCO, pág.476

¹Obra citada, pág. 128

demandante con el requisito previsto en el numeral 11 del art. 75 del C.P.C.”, es decir “La dirección de la oficina o habitación donde el demandante y su apoderado recibirán notificaciones personales, y donde han de hacerse al demandado o su representante...”, requisito que debe contener todo escrito de demanda, siendo cierto que no es obligación suministrar “dos direcciones, bastando una sola para que se entienda cumplido el requisito, si así lo desea el demandante²”, pero tal manifestación no se hizo, se guardó total silencio en el escrito subsanatorio y al momento de interponerse el recurso de reposición y apelaciones argumentó un hecho que no estaba en discusión, es decir que el escrito de demanda, sí contenía el acápite de notificaciones, pero lo solicitado se reitera, era que se indicara el lugar en que la demandante recibiría notificaciones.

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 75 NUMERAL 11 DEL C.P.C.

: ARTÍCULO 85 DEL C.P.C.

FECHA : 2011-05-24

PROCESO : ORDINARIO

PONENTE : Dr. OSCAR MAESTRE PALMERA

DEMANDANTE : MÓNICA CRISTINA BOADA RAMÍREZ

RADICACIÓN : 110013110007200100604701

1.2.2

LAS ACCIONES DE IMPUGNACIÓN RECLAMACIÓN Y RECTIFICACIÓN DEL ESTADO CIVIL Y EL NOMBRE, SE EJERCEN POR LA VÍA JUDICIAL, ANTE LOS JUECES DE FAMILIA

Para el caso de autos nos detenemos a analizar la acción de rectificación, la cual el tratadista JORGE ANGARITA GÓMEZ en su obra ESTADO CIVIL Y NOMBRE DE LA PERSONA NATURAL la define: “De Rectificación: si se persigue la corrección de un error en el estado civil, cometido en la inscripción misma, como sería el caso en que se pretende el cambio del nombre del padre o de la madre que figuran en el acta y que no concuerda con los datos antecedentes, fundamento de la inscripción o el cambio de una fecha de nacimiento o de matrimonio diferente a la que aparece en el folio de registro respectivo. (...)”³

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULO 649 NUMERAL 12 Y 650 DEL C.P.C.

FECHA : 2011-05-20

PROCESO : JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

PONENTE : Dr. OSCAR MAESTRE PALMERA

DEMANDANTE : MARÍA CARMENZA VALENZUELA LEÓN

RADICACIÓN : 110013110007200100604601

1.3.1 Sala laboral

RECONOCIMIENTO Y PAGO DE PENSIÓN DE SOBREVIVIENTE. FIDELIDAD AL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL.

1 El problema jurídico consiste en definir, si es viable el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, a los beneficiarios del afiliado al sistema de seguridad social que fallece antes del 20 de agosto de 2009 (Sentencia C-556 de 2009), sin completar el requisito de fidelidad al sistema establecido en los lit. b y c, num. 2° art. 12, de la Ley 797 de 2003.

Aunque los literales a) y b) del numeral 2° del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, se encontraban vigentes en la fecha del óbito de la causante de la pensión demandada, estos fueron excluidos del ordenamiento jurídico por la Corte Constitucional, mediante la sentencia C-556 de 2009, con fundamento en que “la exigencia de fidelidad de cotización, que no estaba prevista en la Ley 100 de 1993, es una medida regresiva en materia de seguridad social, pues establece un requisito, más riguroso para acceder a la pensión de sobrevivientes, desconociendo la naturaleza de esta prestación, la cual no debe estar cimentada en la acumulación de un capital, sino que encuentra su fundamento en el cubrimiento que del riesgo de fallecimiento del afiliado se está haciendo a sus beneficiarios. Uno de los principios fundantes del orden superior es el

reconocimiento, como regla general y sin discriminación, de la primacía de los derechos de la persona, razón por la cual el requisito de fidelidad resulta una medida agresiva, que pretendiendo proteger la viabilidad del sistema, reconoce el fin último de la pensión de sobrevivientes”.

Por lo anterior, la Sala hará efectiva la excepción de inconstitucionalidad sobre dicha norma, respecto de situaciones consolidadas antes de la expedición de la sentencia de inexequibilidad, para lo cual hace propio el argumento expuesto por la Corte Constitucional en acción de tutela, según la cual, la sentencia referida (C-556 de 2009) “lo único que hizo fue corregir una situación que desde siempre fue contraria al derecho fundamental a la seguridad social en pensiones y que, por consiguiente, se limitó a reafirmar el carácter irregular de una disposición que desde antes estaba en contra de la constitución, por consiguiente, el pronunciamiento de la Corte tendría un carácter declarativo y no constitutivo”.

FUENTE NORMATIVA : LEY 100 DE 1993 ARTÍCULOS 46 Y 47 MODIFICADA POR LA LEY 797 DE 2003 LITERAL B Y C ARTÍCULO 12 NUMERAL 2
: SENTENCIA DE LA CORTE CONSTITUCIONAL C-556 DE 2009
FECHA : 2011-08-31
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : DR. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
DEMANDANTE : JOSÉ IGNACIO MORA
DEMANDADO : ING PENSIONES Y CESANTÍAS S. A..
RADICACIÓN : 3420110002001

1.3.2

VALIDEZ DE LA RENUNCIA O DEL ACTO DE TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR MUTUO CONSENTIMIENTO, CELEBRADO CUANDO EL TRABAJADOR SE ENCUENTRA EN ESTADO DE ENAJENACIÓN MENTAL – TRANSITORIA EFECTOS JURÍDICOS.

El problema jurídico consiste en determinar si la renuncia, o el acto de terminación por mutuo consentimiento, celebrado por un trabajador en estado de enajenación mental transitoria, produce efectos jurídicos que se derivan de ello.

Para resolver lo pertinente se debe advertir que la renuncia es un acto jurídico unilateral, sujeto para su validez, de los requisitos del artículo 1502 del Código Civil señala que para los actos declaraciones de voluntad , entre los cuales el primero es, por esencia, la existencia de capacidad para obligarse en el agente que expresa la voluntad.

Respecto de la capacidad para obligarse, la doctrina ha entendido, con razón, que adolece de éste requisito, no sólo la persona declarada en interdicción por demencia o enajenación mental (respecto de quien se presume incapacidad), sino también la persona que sin haber sido declarada interdicta padece estados de enajenación mental transitorio o permanente que impiden el ejercicio de la propia voluntad, sólo que respecto de éstos últimos, la incapacidad no se presume y debe ser probada en un proceso judicial.

Al respecto, una vez revisado el expediente, la Sala concluye que el día 22 de septiembre de 2003 la señora LINA ALEXANDRA VELÁSQUEZ OSSA se encontraba en situación de incapacidad absoluta por demencia (en los términos del artículo 1504 del C.C.) y que esta situación era conocida por el empleador, lo que afecta de nulidad, no solo el acto jurídico unilateral de su renuncia, sino también la posterior convención o acuerdo de terminación del contrato que venía ejecutando a favor de la sociedad MEGABANCO S.A..

En consecuencia, se debe declarar la nulidad del acto unilateral de renuncia, y del bilateral de terminación del contrato por mutuo acuerdo, por incapacidad absoluta de la demandante, y en consonancia con lo que disponen los artículos 1741 inciso 2° y 1746 del Código Civil (aplicables por integración normativa a los asuntos laborales que no tengan norma específica que los regule [artículo 19 CST] disponer la restitución de las cosas “al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”, lo que sólo se logra ordenado el reintegro de la actora y el pago de los salarios y prestaciones sociales que se pudieron causar

entre la fecha de terminación del contrato y la fecha en que opere efectivamente el retorno al puesto de trabajo.

FUENTE NORMATIVA : ARTÍCULOS 1502,1504, 1741 INCISO 2° ,1746 Y 1502 C.C.
FECHA : 2011-08-31
PROCESO : ORDINARIO
PONENTE : DR. MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
DEMANDANTE : LINA ALEXANDRA VELÁSQUEZ OSSA
DEMANDADO : BANCO DE CRÉDITO Y DESARROLLO SOCIAL MEGABANCO S.A.
RADICACIÓN : 1620050073901

BOLETIN SALA PENAL

1. PROVIDENCIAS DE ESTA CORPORACIÓN

1.1. M. P. RENGIFO MATTA FRANCO Rad. 11001600000020100076701 (29-09-11) RESTRICCIÓN DEL ARTÍCULO 349 DE LA LEY 906 DE 2004 – No aplica en el allanamiento a cargos - Efectos prácticos contraproducentes que causaría su aplicación en el allanamiento a cargos

“Estimó la funcionaria de primera instancia que en desarrollo de la audiencia de formulación de imputación, cuando el delito por el que se procede implica incremento patrimonial para el procesado, hace necesaria la aplicación de lo contenido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal, esto es, que en caso que se pretenda llegar a una terminación abreviada del proceso por allanamiento, se debe equiparar esta figura con el preacuerdo para que se reintegre al menos la mitad del aumento económico percibido y se asegure el recaudo del remanente.

No obstante el sustento jurisprudencial en que se apoyó la a quo para llegar a la referida conclusión, estima conveniente la Sala hacer las siguientes precisiones:

Como fuente orientadora de la interpretación legal y constitucional⁴, la jurisprudencia enriquece las decisiones que en desarrollo de la función jurisdiccional adoptamos los Jueces de la República en todas las disciplinas e instancias. Esta construcción es una labor dinámica que evoluciona y con el curso del tiempo, a través de la unificación procura su perfeccionamiento.

Entonces, al existir múltiples pronunciamientos sobre el tema que es objeto de decisión en segunda instancia, no obstante el hecho de ser varios los fallos en los que se indicó que para el caso de los allanamientos es necesario dar aplicación a lo contenido en el artículo 349 de la norma adjetiva penal, debe precisarse que en uno más reciente a los citados por la funcionaria de primer grado, calendado 27 de abril de 2011, con ponencia del magistrado José Luís Barceló Camacho, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia indicó que no obstante el tratamiento de ambas figuras como justicia premial y de terminación anticipada, el preacuerdo y el allanamiento son dos instituciones diferentes, pues la primera obedece a una negociación entre defensa y fiscalía, mientras que la segunda responde a una decisión libre y voluntaria de quien ha sido imputado. Así se precisó que:

(...)

‘De lo dicho se desprende que por razón de las diferencias entre uno y otro instituto sus efectos no pueden ser los mismos, y es así como se explica que la prohibición que consagra el artículo 349 de la Ley 906 de 2004 se aplique respecto del acuerdo más no del allanamiento (Resalta la Sala).

En efecto, dígase que mientras en el allanamiento, entendido como la pura y simple aceptación de cargos, el acusado o imputado se somete voluntaria y unilateralmente a los cargos tal como se los formula la fiscalía sin posibilidad alguna de negociar alguno de los aspectos citados en precedencia, en el acuerdo o negociación, en contraste, puede decirse que el imputado o acusado tiene un cierto margen para, en consenso con la fiscalía, configurar los cargos en su contra.

Así, bien puede decirse que en el allanamiento solamente el que se somete es quien cede, mientras que en el preacuerdo ambas partes lo hacen (Resalta la Sala): el acusado o imputado porque renuncia a ejercer el derecho de defensa dentro de un juicio oral, público y contradictorio; y la fiscalía, por cuanto los términos de la acusación los fija, no de manera del todo autónoma sino en consenso con el sujeto pasivo de la acción penal’

(...)

Adicionalmente, encuentra la Sala que aceptar el planteamiento de la funcionaria de primera instancia, en aquellos casos en que existe incremento patrimonial fruto de la conducta típica, puede implicar efectos contraproducentes que se pasan a exponer:

- El allanamiento a los cargos en la audiencia de formulación de imputación perdería su razón de ser, pues desde todos los puntos de vista, resultaría más beneficioso para el procesado acudir a un escenario diferente para llegar a un pacto con la fiscalía en aras de terminar abreviadamente el procedimiento, aceptando su responsabilidad penal, pudiendo acordar el monto de la rebaja, el quantum punitivo y los beneficios que comportaría tal admisión.

⁴ Artículo 230 Inciso Segundo de la Constitución Política

- Se estaría sometiendo a todos los procesados que pretendieran aceptar los cargos, a acudir a la audiencia de formulación de imputación con suficiente provisión de fondos para asumir el pago del 50% del incremento que se pudiera estimar, obtuvo de la conducta típica y la forma de garantizar el restante.
- En caso que el imputado carezca de recursos, o la fiscalía no cuente con la suficiente información sobre el monto del incremento percibido con el delito, se estaría impidiendo la posibilidad de acogerse a una figura de terminación anticipada del proceso.
- La Fiscalía se encontraría en obligación de llegar a la audiencia de formulación de imputación con el pleno conocimiento sobre el incremento patrimonial obtenido por el presunto infractor, de suerte que para el Juez de Control de Garantías resultara claro que con el pago se está dando cabal cumplimiento a lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.
- Por la probable controversia respecto del aumento económico que hubiere podido obtener el imputado, la audiencia de formulación de imputación desnaturalizaría su esencia como un acto de comunicación para una probable aceptación, en la que se desplegaría una nueva labor argumentativa y dialéctica que necesariamente tendría que llevar a una conclusión (con fuerza vinculante) sobre el beneficio reportado para el imputado por la conducta típica.
- Se estaría sometiendo a consideración del Juez de Control de Garantías un estudio legal y probatorio que es exclusivo de los Jueces de Conocimiento.

Todas estas situaciones serían más protuberantes en los casos de captura en flagrancia, donde el material probatorio con que cuenta la fiscalía, generalmente es incipiente, especialmente por cuanto para las audiencias de legalización de captura, formulación de imputación y solicitud de medida de aseguramiento, el grado de conocimiento al que debe llegar el juez de control de garantías es inferior al que se requiere para la aprobación del preacuerdo en los términos del artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.

Así, el razonamiento presentado por la defensa en la argumentación del recurso de reposición y en subsidio apelación, según la cual, la comunicación efectuada en la audiencia de formulación de acusación resultó clara y completa es acertado, por lo que la labor del juez de conocimiento, en el control constitucional y legal no podía resultar permeada por el incumplimiento a una disposición que es imperiosa para los preacuerdos más no para los allanamientos.

(...)

Entonces, será obligación de la a quo continuar con el diligenciamiento, estudiando los presupuestos constitucionales y legales sobre el allanamiento a cargos que efectuaron los procesados en la audiencia preliminar, descartando en todo caso la aplicación de lo establecido en el artículo 349 del Código de Procedimiento Penal.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Autos

.2. M. P. RENGIFO MATTA FRANCO Rad.

11001600000020100076701 (24-08-11) APELACIÓN DE LA VÍCTIMA SOLICITANDO ABSOLUCIÓN – No puede ser tenida como una prueba – La oportunidad procesal para hacer sus manifestaciones es el juicio oral / PRUEBA DE REFERENCIA – Admisibilidad / INDICIOS – Construcción

“Ab initio, imperioso destacar que las manifestaciones dadas tanto por el procesado en el escrito de sustentación del recurso de apelación (fl. 16 a 19 carpeta), así como por la víctima en el libelo de la misma naturaleza (fl. 36 a 38 id), no constituyen más que una versión aislada de lo acontecido, pues de ninguna manera puede ser catalogado como prueba, ya que, el primero (acusado) no renunció al derecho a guardar silencio y tampoco se presentó en su juicio como testigo y, el lesionado, no declaró en la oportunidad prevista para tal ritualidad y por ello, el Juez de instancia ningún pronunciamiento hizo al respecto, por lo que la Sala en manera alguna puede analizar ese tópico, cuando se reitera, no se recepcionó esa prueba (declaración de la víctima) en el juicio oral y público; además, resulta importante señalar que el estadio procesal para hacer las manifestaciones plasmadas en sus libelos, no era otra que el juicio oral y público, lo cual no ocurrió y mal pueden en la actualidad efectuar aseveraciones que no fueron incorporadas de manera oportuna y legal, pretendiendo con ello distraer la administración de justicia.

(...)

Los dos anteriores testimonios de los policiales que conocieron del caso, el uno en auxilio de la víctima y el otro al incautar el arma y capturar al implicado, constituyen la prueba de cargo para imputar el grado de compromiso penal en cabeza del acusado, pues, los gendarmes del orden contaron lo que realmente percibieron, permitiendo reconstruir un cuadro histórico de lo acaecido.

Nótese como el uniformado Wilmer Eduardo Silva Mora, fue detallista al narrar en el juicio que una vez enterado de la existencia de un herido en un lugar cercano a donde se encontraba adelantando labores de patrullaje, se desplazó a aquél sitio encontrando a una persona de raza

negra, sacándose perdigones de la parte del estómago; que el lesionado se encontraba acompañado de su esposa L. M., quien le informó que quien había ocasionado la herida a su compañero había sido Ramón (sic).

Y, de otro lado, resulta coincidente que en el mismo sector, instantes posteriores, la patrulla en donde se transportaba el policial Jorge Enrique Moreno Rentería, observó a un sujeto emprendiendo la huida y sacando de la pretina de su pantalón un arma (sic) e ingresando al inmueble localizado en la transversal 18N Bis No. 69 R – 17 de esta capital, lugar a donde se desplazó, sin perderlo de vista, luego, con la debida autorización dada por su moradora Ana Otilia Guacaneme Cuesta, ingresó, encontró el elemento bélico y capturó a *Ramón A. O.*

Esa circunstancia especialísima no puede ser catalogada como una desafortunada coincidencia, es evidente el nexo causal o hilo secuencial en el desarrollo de los hechos, pues, *Ramón A. O.*, hirió con arma de fuego a Eddier Ramírez Caicedo, acontecimiento que se reportó a la central de radio de la Policía, por ello, el agente Wilmar Eduardo Silva Mora, de manera inmediata se trasladó a aquél lugar, en donde encontró al lesionado acompañado de su esposa L. M., quien le informó que *A. O.* hirió a su compañero y en el entretanto otra patrulla que coincidentalmente se encontraba por el sector, observó a un sujeto sacando de la pretina del pantalón un arma de fuego, emprendiendo la huida y refugiándose en la casa de la señora Ana Otilia Guacaneme Cuesta, lugar en donde fue capturado e incautada la escopeta, que valga decir y aunque no exista una pericia que así lo demuestre, es un artefacto de las mismas características del arma usada para herir al lesionado.

(...)

Importante resulta destacar que no siempre es factible que los testigos comparezcan personalmente al juicio, como ocurrió en este evento, dado que ni la víctima E. R. C., ni L. M. A. M. (denunciante), concurren al debate oral, muy a pesar del conocimiento de la existencia de la investigación penal, lo cual conllevó a la imposibilidad de recaudar esos testimonios como fuente directa.

En tal medida, ha de tenerse en cuenta que el artículo 375 del Código de Procedimiento Penal (Ley 906 de 2004), señala que el elemento material probatorio, la evidencia física y el medio de prueba serán pertinentes cuando se refieran directa o indirectamente, a los hechos o circunstancias relativos a la comisión de la conducta delictiva y a sus consecuencias, así como a la identidad o a la responsabilidad penal del acusado; y cuando solo sirvan para hacer más o menos probable uno de los hechos o circunstancias mencionados, o se refiera a la credibilidad de un testigo o de un perito. Y en el mismo orden de ideas, el artículo 379 dice una vez más que es excepcional la admisibilidad de las pruebas de referencia, porque la regla general es el acatamiento del principio de inmediación.

Corolario a lo anterior, nuestro máximo órgano jurisdiccional al decantar el tema de la prueba de referencia ha señalado:

‘...Por definición legal, la *prueba de referencia* es toda declaración realizada fuera del juicio oral y que es utilizada para probar o excluir uno o varios elementos del delito, el grado de intervención en el mismo, las circunstancias de atenuación o de agravación punitivas, la naturaleza o extensión del daño irrogado, y cualquier otro aspecto sustancial objeto del debate, cuando no sea posible practicarla en juicio⁵.

En términos menos abstrusos, puede decirse que *prueba de referencia* es la evidencia (medio probatorio) a través de la cual se pretende probar la verdad de una declaración realizada al margen del proceso por una persona determinada, no disponible para declarar en el juicio, que revela hechos de los cuales tuvo conocimiento personal, trascendentes para afirmar o negar la tipicidad de la conducta, el grado de intervención del sujeto agente, las circunstancias de atenuación o agravación concurrentes, la naturaleza o extensión del daño ocasionado, o cualquier otro aspecto sustancial del debate (antijuridicidad o culpabilidad, por ejemplo).

Para que una prueba pueda ser considerada *de referencia*, se requiere, por tanto, la concurrencia de varios elementos: (i) una declaración realizada por una persona fuera del juicio oral, (ii) que verse sobre aspectos que en forma directa o personal haya tenido la ocasión de observar o percibir, (iii) que exista un medio o modo de prueba que se ofrece como evidencia para probar la verdad de los hechos de que informa la declaración (testigo de oídas, por ejemplo), y (iv) que la verdad que se pretende probar tenga por objeto afirmar o negar aspectos sustanciales del debate (tipicidad de la conducta, grado de intervención, circunstancias de atenuación o agravación punitivas, naturaleza o extensión del daño causado, entre otros).

La doctrina comparada coincide en señalar, con criterio general, que la declaración que se realiza por fuera del juicio oral puede ser verbal o escrita, o provenir inclusive de otras formas de comunicación normalmente aceptadas, como ademanes o expresiones gesticulares que provoquen en quien las percibe la impresión de asentimiento, negación o respuesta.’ (Corte Suprema de Justicia, Sala de

⁵ Artículo 437 de la ley 906 de 2004.

Casación Penal, M.P. Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, sentencia de 6 de marzo de 2008)⁶ (negritas y subrayado fuera del texto).

En tal medida, no puede pasar inadvertido que el policial Wilmer Eduardo Silva Mora, fue quien observó al ofendido al frente de su casa de habitación, acompañado de su esposa L. M., quien le informó que *Ramón*, vecino del sector, había herido a su esposo, constituyéndose en un testigo de referencia de la imputación hecha por aquélla en contra del acusado, dado que ese hecho no le consta si no que le fue contado, precisamente por la compañera permanente del lesionado, quien sí lo presencié.

De otro lado, el gendarme del orden Jorge Enrique Moreno Rentería, para la calenda de los acontecimientos, instantes después y a una corta distancia del lugar en donde fue herido E. R. C., le incautó al procesado A. O., la escopeta, calibre 16, marca indumil, modelo 0016, con cachas de madera color café y cinco (5) cartuchos (fl. 238 id), pudiéndose establecer una coincidencia entre lo relatado por la esposa de la víctima y el procesado, dado que ella informó que a su compañero lo había herido *Ramón* (sic) correspondiendo su nombre a la misma persona capturada con un arma de las mismas características de la incautada al implicado y en un lugar cercano.

Así las cosas, los testimonios de los policiales como testigos directos, esto es, respecto a la incautación del arma de fuego, el haber encontrado al herido en la puerta de su morada con evidencias de impacto con una escopeta de perdigones y acompañado de su esposa, resultan verosímiles y creíbles, dado que aparecen corroborados con las evidencias probatorias incorporadas en el juicio oral y referidas anteriormente.

Además, el relato efectuado por el policial Wilmer Eduardo Silva Mora, como testigo de referencia, o sea, que la esposa del lesionado le informó que quien había herido a su esposo era *Ramón* (sic) merece valor judicial porque, a pesar del esfuerzo desplegado, ni la víctima ni su esposa acudieron al juicio y puede estarse frente a uno de los “eventos similares” previstos en la ley como excepción a la proscripción de la prueba de referencia. Pues, si ese relato se valora, se infiere que es verosímil, creíble y compatible con el restante recaudo probatorio.

(...)

De todas maneras, agrega la Sala con el propósito de abundar en consideraciones, la prueba en detrimento del enjuiciado de modo alguno se circunscribe a los deponentes cuestionados por la defensa. Por el contrario, como lo argumentó el a quo con indiscutible acierto, en el juicio oral fue demostrado plenamente un hecho a partir del cual se edifica una inferencia de cargo, en concreto, el indicio de presencia y oportunidad, dado que la captura de *Alarcón Osso*, se produjo a poca distancia del lugar en donde resultó herido Eddier Ramírez Caicedo y en un tiempo muy reducido, frente al instante en que se produjo el atentado, cuando al advertir la presencia de los uniformados emprende la huida, de donde emerge con claridad que él fue quien disparó el arma en la humanidad del lesionado y aunado a ello, la esposa del ofendido acaba de señalarlo como *Ramón* quien era residente del sector.

Como también lo puso de presente el a quo, aparece demostrado el indicio de posesión de un elemento material por parte del enjuiciado, dado que al momento de su captura portaba una escopeta, de la cual se quiso deshacer al ingresar a una morada desconocida arrojándola detrás de un sofá; así pues, cabe destacar que Eddier Ramírez Caicedo, fue herido con un arma de carga múltiple, similar a la incautada, siendo cuestionable que la Fiscalía no hubiere emprendido las labores pertinentes, ordenando la pericia al artefacto y se hubiere verificado si la escopeta incautada había sido disparada momentos antes con lo que muy seguramente se hubiere acrecentado el señalamiento penal en contra del enjuiciado.

En síntesis, el análisis conjunto de los medios de prueba legal, regular y oportunamente practicados e introducidos en el juicio oral y público, conducen al convencimiento reivindicado en el 381 de la ley 906 de 2004, esto es, más allá de toda duda sobre la conducta punible objeto de la acusación y de la pretensión punitiva de la Fiscalía así como en punto a la responsabilidad penal.”

Relatoría/consulta/2011/Acusatorio /Sentencias

1.3. M. P. RENGIFO MATTA FRANCO – ACCION DE TUTELA Rad. 11001310903220110007901 (21-09-11) DERECHO A LA SALUD – Carencia de prescripción médica no impide ordenar productos que de manera evidente requiere el usuario – *Ad quem* puede complementar las ordenes el *a quo* para lograr un amparo integral, así el usuario no haya sido el impugnante.

El problema propuesto por el recurrente se funda en la carencia de prescripción médica para el suministro de los productos ordenados por la tutela de primer grado a favor de C. J. F., presupuesto

⁶ Ver, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Dra. María del Rosario Gonzalez de Lemos, sentencia de 9 de febrero de 2009, rad. 30.598

indispensable para impartir el amparo y para lograr la materialización del recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga.

A este respecto, es necesario en primer término traer a consideración lo que previamente ha valorado la Corte Constitucional para casos como el presente, en el que el usuario del Sistema General de Seguridad Social en Salud se encuentra en condiciones de salubridad deficientes por el padecimiento físico que presenta, su imposibilidad de movilización, avanzada edad, y la carencia de recursos económicos de sus congéneres para asumir de su cuenta los productos que requiere para sobrellevar su cotidianidad, los que no obstante el hecho de no haber sido ordenados, resultan imperiosos para mantener su vida en condiciones de dignidad:

“Por otra parte, si bien es cierto que en el expediente de tutela no obra fórmula médica que permita precisar que al señor José de Jesús Posada le haya sido prescrito la utilización de pañales por un médico adscrito a la Nueva E.P.S., tal y como se señaló en el numeral anterior, de la historia clínica del paciente se deduce la necesidad de utilizar pañales desechables y guantes desechables dadas las características de las patologías presentadas.

En efecto, en la Sentencia T-099 de 1999⁷, la Corte tuteló los derechos fundamentales a la salud y a la vida digna de una persona perteneciente a la tercera edad que sufría de incontinencia urinaria ocasionada por una disfunción cerebral y a quien la entidad demandada le había negado el suministro de pañales desechables bajo el argumento de que se encontraban excluidos del P.O.S.; en tal oportunidad esta Corporación consideró que tal determinación, tornaba indigna la existencia del paciente por cuanto no le permitía el goce de una óptima calidad de vida...”⁸

Entonces, al examinar las piezas procesales, en especial la historia clínica del usuario, se verifica en primer término, que tal como lo expuso la a quo, C. J. F. demanda el suministro de pañales y otra serie de insumos para su cuidado personal; y en segundo lugar, que se encuentra en condiciones físicas que hacen inminente la atención del Estado, representado para el presente asunto por los jueces de tutela en primera y segunda instancia.

Es claro que el ciudadano C. J. F. se encuentra en una condición de debilidad manifiesta, lo que hace imperante el amparo en la forma adoptada en la sentencia de primer grado.

Tal como lo pone de presente el recurrente, de las pruebas obrantes en la actuación no se puede llegar al convencimiento exacto de cuáles son todos los procedimientos, servicios, productos o medicamentos que necesita el usuario dentro del tratamiento a la enfermedad que padece, su condición física, si estos insumos se encuentran en el Plan Obligatorio de Salud y en caso negativo, si existe un producto que brinde una respuesta análoga dentro de tal normativa.

Vale la pena recordar lo que la Corte Constitucional ha venido exponiendo frente a la ordenación de tratamientos médicos por parte del Juez de tutela:

“Los jueces de tutela no son competentes para ordenar tratamientos médicos y/o medicamentos no prescritos por el médico tratante al paciente. Se ha afirmado pues, que “[l]a actuación del Juez Constitucional no está dirigida a sustituir los criterios y conocimientos del médico sino a impedir la violación de los derechos fundamentales del paciente, luego el juez no puede valorar un tratamiento.” Por ello, la condición esencial “...para que el juez constitucional ordene que se suministre un determinado procedimiento médico (...) [es] que éste haya sido ordenado por el médico tratante.” Los criterios expuestos, en últimas justifican que el establecimiento de la idoneidad de los tratamientos médicos está en cabeza únicamente de los profesionales de la salud. Es decir, los coloca como únicos sujetos directamente vinculados por las obligaciones legales de los artículos 10 y 15 de la Ley 23 de 1981 y 7 y 9 del Decreto 3380 de 1981, según las cuales los médicos sólo podrán ordenar aquellos tratamientos y medicamentos necesarios para la patología del paciente, esto es, idóneos. Como se ve, el principio normativo establecido por la jurisprudencia de esta Corporación, a partir del cual se afirma que el juez no puede ordenar ni controvertir con argumentos jurídicos las disposiciones médicas en cuanto a la práctica de tratamientos médicos, tiene como contexto debates sobre la idoneidad de los procedimientos en cuestión. Ello ratifica lo afirmado respecto de la posición de los médicos como los únicos sujetos que pueden determinar la idoneidad de los tratamientos, mediante criterios médico-científicos no reemplazables por criterios jurídicos.”⁶

Este criterio jurisprudencial que ha sido reiterado en otros pronunciamientos de nuestro máximo Tribunal Constitucional⁷, no determina que en casos como el presente deba negarse el amparo. Todo lo contrario, debe rodearse de garantías al usuario para que surjan las prescripciones médicas y el tratamiento integral que ha sido ordenado surta un efecto totalmente positivo.

Es así como, privilegiando el claro convencimiento que se tiene sobre la condición de debilidad en que se encuentra Carlos Julio Forero, el paso a seguir por la Sala es el de adicionar el fallo y ordenar a la Entidad Promotora de Salud accionada, que conforme un comité interdisciplinario (*integrado por expertos en las diversas especialidades la salud que resulten atinentes al caso*), para que valoren al paciente estableciendo sus necesidades, especialmente en lo referente a:

- El grado de inconciencia en que se encuentra C. J. F..
- El grado de movilidad que el paciente posee
- La posible presencia de escaras dermatológicas
- Incapacidad para recibir alimentos por vía oral

⁷ Sentencia T-099 del 18 de febrero de 1999, M.P. Alfredo Beltrán Sierra.

⁸ Sentencia T-437 del 8 de junio de 2010, M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- Necesidad de vigilancia permanente por parte de personal especialista en manejo de pacientes como el que da cuenta la tutela
- Disponibilidad de enfermería las 24 horas del día
- Transporte especial
- Alimentación con suplementos nutricionales
- Implementos de aseo y manejo tales como pañales y guantes.

Una vez se logre esta valoración, surgirán necesariamente unas órdenes médicas frente a las cuales, por virtud del amparo integral no hay lugar a negativa de parte de la Entidad Promotora de Salud y se garantizará una protección en términos constitucionales más apropiada para el usuario.

Proceder de este modo no implica un exceso en la competencia del juez de tutela, se traduce en la armonización de los criterios jurisprudenciales para la inaplicación de las normas que gobiernan el Sistema General de Seguridad Social en Salud, respuesta que ha venido brindado la Corte Constitucional⁶.

Por lo analizado, la decisión de primera instancia será adicionada en el sentido de la conformación de un comité interdisciplinario para la valoración de C. J. F., en aras de lograr la expedición de fórmulas de productos, servicios y medicamentos que requiera dentro del tratamiento a la enfermedad que padece, los que deberán ser autorizados por Nueva E.P.S., contando con la posibilidad de repetir lo que pague y que exceda de las prestaciones del Plan Obligatorio de Salud ante el Fondo de Solidaridad y Garantía - Fosyga.”

Relatoría/consulta/2011/Tutelas

MARCO ANTONIO ÁLVAREZ GÓMEZ
Presidente del Tribunal

DORA ELSA USCÁTEGUI LARA
Relatora del Tribunal

⁶ T-234 29 de Marzo de 2007 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto

⁷ Ver entre otras la Sentencia T-670 del 30 de agosto de 2007 y T-346 del 11 de mayo de 2010

⁸ T-801 de 2004 y T-225 de 2003

