

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO
JUDICIAL DE CALI**

R E L A T O R I A

Henry Moreno Macias

R e l a t o r



B O L E T I N 4

2016

SALA DE GOBIERNO 2016- 2017

Presidente Dr. Antonio José Valencia Manzano.

Vicepresidente Dr. Julián Alberto Villegas Perea

SALA CIVIL

Presidente Dra. Ana Luz Escobar Lozano

Vicepresidente Dr. Jorge E. Jaramillo Villarreal.

SALA DE FAMILIA

Presidente Dra. Gloria Montoya Echeverry

Vicepresidente Dr. Henry Cadena Franco

SALA LABORAL

Presidente Dra. Luz Amparo Gómez Aristizabal.

Vicepresidente Dr. Carlos Alberto Oliver Gale

SALA PENAL

Presidente Dr. Víctor Manuel Chaparro Borda

Vicepresidente Dr. Orlando de Jesús Pérez Bedoya

Magistrados que integran la Corporación.

SALA CIVIL

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

Secretaria: María Eugenia García Contreras

RESTITUCION DE TIERRAS.

Aura Julia Realpe Oliva	Gloria del Socorro Victoria Giraldo
Nelson Ruiz Hernández.	

Secretaria: Gloria Lucía Zapata Londoño

SALA DE FAMILIA

José Antonio Cruz Suárez	Henry Cadena Franco
Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos	Gloria Montoya Echeverry

Secretario: Juan Carlos González Muriel

SALA LABORAL

Antonio José Valencia Manzano	Carlos Alberto Carreño Raga
Aura Esther Lamo Gómez	Luis Gabriel Moreno Lovera
Luz Amparo Gómez Aristizabal.	Carlos Alberto Oliver Gale
Ferney Arturo Ortega Fajardo	Germán Varela Collazos
Ariel Mora Ortíz	Carlos Freddy Aracú Benítez
Leomara del Carmen Gallo Mendoza	Elcy Jimena Valencia Castrillón

Secretario: Jesús Antonio Balanta

SALA PENAL.

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

Secretario: María Eugenia Henao

Henry Moreno Macías
Relator

Sala Civil

SANCION POR OCULTACION O DISTRACCION DE LOS BIENES SOCIALES. Disolución de la sociedad conyugal y partición de gananciales.

“El problema jurídico que abordará la Sala estriba en determinar si antes de la disolución de la sociedad conyugal, o al menos de notificarse el auto admisorio para tal cometido, uno o cualquiera de los cónyuges está impedido para la libre administración y enajenación de sus bienes y podría ser pasible de la sanción contenida en el artículo 1824 del Código Civil.”

(...)

“No remite a duda ninguna que la actora con las súplicas elevadas en su escrito rector reclamó la aplicación al demandado de la sanción contemplada en el artículo 1824 del Código Civil, en consecuencia pidió que fuera condenado a restituir doblados a la sociedad conyugal formada con L... M... B... los bienes pertenecientes a la misma, que dolosa y fraudulentamente ocultó o distrajo, juntos con sus respectivos frutos, además de disponer la pérdida de su derecho en aquéllos.

Menester es evocar que en ningún momento se acude a la acción de prevalencia o simulación absoluta ora relativa de los actos atacados, sino simplemente a la previsión contenida en el artículo 1824, con el estricto supuesto de hecho que consagra y reclama.

Como hechos relevantes debidamente acreditados, que lejos de ser cuestionados son admitidos por ambas partes, tenemos:

- 1.-Demandante y demandado contrajeron matrimonio civil el 30 de agosto de 1980.
- 2.-Que los bienes inmuebles afectos a este proceso fueron adquiridos dentro del matrimonio, según dan cuenta las escrituras públicas respectivas Nos. 4291 y 4293 del 12 de noviembre de 1991; 3181 de 1994, todas de la Notaría Once del círculo de Cali.
- 3.- Que los referidos bienes raíces fueron enajenados a favor de G... A... V... H... mediante escritura pública 4633 del 21 de diciembre de 1998, debida y oportunamente registrada.
- 4.- La demanda de divorcio formulada por la demandante tan solo fue admitida **el 15 de julio de 1999** por el juzgado Cuarto de Familia de Cali, **notificada personalmente el 15 de enero de 2001**, la sentencia decretando el divorcio fue proferida **el 15 de febrero de 2002**, y declaró disuelta y en estado de liquidación la sociedad conyugal.
- 5.- En sentencia de 3 de agosto de 2006 dictada por el juzgado 19 Penal de Circuito de Cali se condenó al demandado G... E... M... por falsedad en documento privado (sic), al encontrar que en la escritura de compraventa se anunció como soltero cuando en realidad tenía sociedad conyugal vigente, también se ordenó la cancelación de la escritura de venta. Decisión que recibió confirmación por parte de la Sala Penal del Tribunal de Cali en fallo de 9 de octubre de 2006.
- 6.- Es irrecusable entonces que la venta de los bienes por cuya distracción u ocultación se acciona se produjo durante la vigencia del matrimonio, esto es cuando cada uno de los cónyuges tenía la libre administración y disposición de los mismos, recuérdese que la demanda de divorcio fue presentada meses después y el divorcio fue decretado en el año 2002, después de algo más de tres años de la venta. Es más, recuérdese que el fallo penal se finca esencialmente que para la venta de tales bienes el vendedor (ahora demandado) tenía sociedad conyugal vigente por tanto no podía alterar su estado civil anunciándose como soltero.

Por último, cumple memorar que en fallo reciente y en asunto que guarda similares contornos fácticos con el aquí debatido la Corte Suprema sentenció que: *"Por lo mismo es que mientras no se haya disuelto, "ni el marido tiene derecho sobre los bienes de la sociedad manejados por la mujer, ni ésta tampoco sobre los bienes de la sociedad manejados por aquél", generándose una "doble administración de los bienes, cuyo carácter de sociales no viene a revelarse ante terceros sino al disolverse la sociedad"* (CSJSC de 20 de octubre de 1937, reiterada 18 de abril de 1939, 25 de abril de 1991, 5 de septiembre de 2001 y 19 de mayo de 2004, Rad. 7145, entre otras" (H. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de abril de 2015. M.P: Dr Fernando Giraldo Gutiérrez.

Resultado frustránea la sanción invocada como soporte basilar del libelo introductorio se releva la Sala de la consideración y análisis sobre la condena al pago de los frutos dejados de percibir solicitados, precisamente por sustracción de materia, pues tal tipología de condena está inescindiblemente ligada a la prosperidad de las pretensiones.

Así las cosas, no confluyen los presupuestos axiológicos recabados por el ordenamiento jurídico para la prosperidad de la pretensión, como certeramente lo decidió el señor juez de instancia, en argumentación que esta Sala comparte plenamente, por tanto se confirmará íntegramente la decisión fustigada."

Rad. 001 2010 00179 03 (25 05 2016). Acta 052.- M.P. Dr. Homero Mora Insuasty

=====
=====

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL. Contrato de cuenta de ahorro. Transacción fraudulenta a través de plataforma virtual para transferencias por internet. Carga probatoria.

. En este caso particular la Sala consideró que lo que se concluye es que el banco no demostró la culpa o negligencia del titular de la cuenta de ahorros al hacer las operaciones bancarias por medios virtuales por lo que la responsabilidad en cabeza de la entidad financiera convocada ajuicio no logró derruirse.

Lucro cesante. Indemnización. Tratándose de una obligación netamente comercial, los intereses que se deben aplicar son los comerciales moratorios (Art. 884 del Código de Comercio), porque son esos los que la entidad bancaria cobra en caso de mora para sus clientes cuando no se han convenido.

Daño moral. No cualquier tipo de molestias o frustraciones constituyen un daño moral resarcible. Se debió demostrar que existieron hechos ciertos a partir de los cuales se pueda inferir una afectación de la esfera psíquica del demandante generando en la víctima angustia, estrés, zozobra, intranquilidad, ansiedad, inquietud, aflicción y preocupación para así concluir a partir de una inferencia lógica que la entidad financiera causó el daño moral cuya reparación se petitionó en el libelo introductor.

"Lo relatado y analizado hasta el momento, ningún aporte probatorio hace al propósito de demostrar la culpa de la demandante, único medio para exonerarse de su responsabilidad, por el contrario ésta resulta más acentuada porque lo que demuestran las pruebas es que hubo negligencia de su parte en atender el llamado del cuenta ahorrista afectado con la transacción fraudulenta, así dicha negligencia sea innecesaria para tenerle como responsable, pues de esta actividad financiera en este caso se predica una responsabilidad objetiva.

Entonces, lo que se concluye es que el banco no demostró la culpa o negligencia del titular de la cuenta de ahorros al hacer las operaciones bancarias por medios virtuales por lo que la responsabilidad en cabeza de la entidad financiera convocada ajuicio no logró derruirse.

El haz probatorio no puede colmarse con simples inferencias o razones más o menos atendibles, pues debe darse a través de pruebas sólidas, seguras y completas, máxime que

se trata de enervar un juicio de responsabilidad objetivo como el derivado de transacciones bancarias, La carga probatoria que soportaba luce incumplida por entero.

Impera puntualizar que el contrato de cuenta de ahorros celebrado entre las partes facultó al cuenta ahorrista XXXXXX para hacer retiros y transferencias de los recursos que previamente había depositado, obligándose el banco no solamente a recibir, abonar y entregar las sumas de dinero de la cuenta del cliente, sino a atender satisfactoriamente todas aquellas operaciones de retiro y canjes, aplicando toda la diligencia y cuidado profesional con el avance de la tecnología que ha implementado para competir con sus pares, pues la infracción de una cualquiera de las medidas de seguridad o monitoreo, puede repercutir en el patrimonio de sus clientes y en la confianza pública de los sistemas de control, de ahí que el artículo 98 numeral 4 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero (Decreto 663 de 1993) obligue a las instituciones del sector a “*emplear la debida diligencia en la prestación de los servicios de los clientes*” lo mismo que a sus administradores el de “*obrar no sólo dentro del marco de la ley sino dentro del principio de la buena fe y de servicio a los intereses sociales*”. (Artículo 72).”

(...)

“...considerando que no cualquier tipo de molestias o frustraciones constituyen un daño moral resarcible, es forzoso concluir que en el contencioso que acapara nuestra atención, se debió demostrar que, como resultado del hecho dañoso (transacción fraudulenta), que ha quedado suficientemente demostrada, existieron otros hechos ciertos a partir de los cuales se puede inferir una afectación de la esfera psíquica del demandante generando en la víctima angustia, estrés, zozobra, intranquilidad, ansiedad, inquietud, aflicción y preocupación para así poder concluir a partir de una inferencia lógica que la entidad financiera causó el daño moral cuya reparación se petitionó en el libelo introductor.

Sin embargo, la carga probatoria que soportaba la parte demandante para sacar adelante la pretensión indemnizatoria de esta clase luce incumplida por entero pues de los elementos de juicio que acuden al plenario no se extrae la indiscutible lesión a la integridad moral y afectiva del señor XXXXXX con ocasión de la transferencia fraudulenta del dinero de su cuenta de ahorros, quien se limitó a blandir en el pliego introductor que la conducta del banco demandado quebrantó su intimidad y repercutió en la pérdida de la fe pública así como la confianza en el sistema bancario, sin que tales manifestaciones hayan tenido el eco probatorio necesario para configurar un hecho probado que permita inferir, más allá de toda duda razonable, que la entidad financiera causó un daño moral al convocante.

Las cargas procesales, entre las cuales se encuentra la labor de probar, implican la necesidad en que se colocan las partes de cumplir determinadas actividades para propiciar su propio éxito en el proceso, pero como no se puede pedir su cumplimiento de manera coactiva, sino que es eminentemente voluntaria o potestativa, resulta claro que su incumplimiento debe generar consecuencias adversas.

Colofón de lo anterior se impone revocar la condena al pago de perjuicios morales contra el Banco Comercial AV Villas S.A., proferida por la jueza de circuito.

Sabido es que tratándose de sumas de dinero debidas, el lucro cesante está representado por los frutos civiles, esto es los intereses que dicho monto llegasen a producir.

La jueza de circuito consideró que, dada la relación comercial entre las partes, la indemnización que deberá reconocer el banco demandado por lucro cesante y con ocasión de la responsabilidad contractual ya analizada, equivale a los intereses comerciales moratorios respecto a las sumas a que fuera condenado el extremo pasivo a título de perjuicios materiales que se liquidarán desde el 27 de octubre de 2009 hasta cuando se produzca el pago en atención a la previsión normativa del artículo 884 del Código de Comercio.

Tal ensayo hermenéutico será mantenido en esta instancia no sólo por cuanto este punto no fue objeto de alguna protesta por parte del recurrente, sino porque además el laborío analítico que verificó la falladora a quo goza de respaldo jurisprudencial pues en asuntos de responsabilidad bancaria que guardan estrecha simetría con el presente se ha sentenciado que tratándose de una obligación netamente comercial, los intereses que se

deben aplicar son los comerciales moratorios (Art. 884 del Código de Comercio), porque son esos los que la entidad bancaria cobra en caso de mora para sus clientes cuando no se han convenido (C.S,J: Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de Noviembre de 2001. M.P. Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo.)”

La Sala revocó y en su lugar exoneró al banco demandado del pago de perjuicios morales confirmando en lo demás.

Rad. 014 2010 00216 01 (07 06 2016).Acta 056. M.P. Dr. Homero Mora Insuasty

===== 0 =====

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. Reporte a centrales de riesgo. Solo la impericia y falta de previsión de la demandante podrían generar el alegado y no demostrado detrimento patrimonial, toda vez que como emerge del acervo probatorio, sin tener certeza de la aprobación del crédito pretendido contrajo obligaciones, desconociendo que no era forzoso para la entidad financiera su aprobación y desembolso, pues se encontraba frente a una mera expectativa, teniendo en cuenta que la aprobación dependía de varios factores, no solamente de la información contenida en las bases de datos financieros.

“Ahora bien, aun considerando *in grafía discution* que la demandante soportó un daño o menoscabo de su haber, (lo cual para la Sala no fue demostrado), la relación de causalidad entre el hecho culposo y éste no emerge clara, diáfana e indiscutible, porque como se enunció, tampoco aparece probado que los pretendidos perjuicios tuvieron como detonante exclusivo el indebido reporte efectuado por la entidad bancada, teniendo en cuenta que se afirma por la accionante que el reporte de datos equivocados y negativos a las bases de datos financieros, ocasionó que le fuera negado el crédito que solicitó para la compra de un vehículo de servicio público, en una relación causa-efecto, como se describe en el escrito de apelación.

Tal correlación se echa de menos, porque según se advierte en el sub-examine, el único crédito del que obra prueba de solicitud incoado ante la Inversora Pichincha y con el cual supuestamente la demandante cubriría las obligaciones adquiridas, fue solicitado el 25 de junio de 2009, y negado el 26 del mismo mes y año, bajo el concluyente argumento de **no haber cumplido con las políticas internas de la entidad.**

A su vez, al revisar el informe de la central de riesgos DATACREDITO, resulta evidente que para la fecha en que fue negado el crédito, no se habían efectuado los registros negativos a nombre de la demandante por parte del operador, pues a más de que la fecha de impresión del informe fue el 27 de octubre de 2009, se observa que la única anotación de la que obra data de reporte es de 30 de junio de 2009, calenda en la cual ya había sido negado el crédito solicitado.

Y es que contrario a lo alegado en el escrito impugnatorio, los testimonios recaudados no permiten arribar a la conclusión, de que tal suceso ocasionara los perjuicios reclamados, por cuanto mientras unos se-limitan a señalar las circunstancias de tiempo modo y lugar sobre actividades contractuales suscritas por la demandante con terceros, los demás refieren desconocer los motivos por los cuales le fue negado el crédito, o que para los meses de mayo y junio de 2009, la actora fue reportada correctamente.

Nótese que por el contrario, solo la impericia y falta de previsión de la demandante podrían generar el alegado y no demostrado detrimento patrimonial, toda vez que como emerge del acervo probatorio, sin tener certeza de la aprobación del crédito pretendido contrajo obligaciones, desconociendo que no era forzoso para la entidad financiera su aprobación y desembolso, pues se encontraba frente a una mera expectativa, teniendo en cuenta que la aprobación dependía de varios factores, no solamente de la información contenida en las bases de datos financieros.

Es más, por mandato legal, no puede ser sustento único de la negativa de un crédito en una entidad bancaria, el aparecer reportado en el banco de datos. Así lo establece el parágrafo del artículo 10 de la Ley 1266 de 2008, que dispone: "*Parágrafo 1: La administración*

de información financiera, crediticia, comercial, de servicios y la proveniente de terceros países, por parte de fuentes, usuarios y operadores deberá realizarse de forma que permita favorecer los fines de expansión y democratización del crédito. Los usuarios de este tipo de información deberán valorar este tipo de información en forma concurrente con otros factores o elementos de juicio que técnicamente inciden en el estudio de riesgo v el análisis crediticio, v no podrán basarse exclusivamente en la información relativa al incumplimiento de obligaciones suministrada por los operadores para adoptar decisiones frente a solicitudes de crédito.

La Superintendencia Financiera de Colombia podrá imponer las sanciones previstas en la presente ley a los usuarios de la información que nieguen una solicitud de crédito basados exclusivamente en el reporte de información negativa del solicitante". (Subrayado agregado)

Luego, de haberse demostrado (lo cual no ocurrió), que aquello era la causa de la negativa del crédito, la responsabilidad, atendiendo lo dispuesto en la norma, eventualmente habría de recaer en el banco y no en la fuente de la información.

La desidia de la actora en su actividad comercial sube de tono, cuando pese a que no hubo el desembolso del crédito que solicitó desde el mes de junio de 2009, y negado ese mismo mes, solo hasta noviembre se preocupó por averiguar sobre su aprobación, fecha para la cual ya había incumplido con las obligaciones *adquiridas (contrato de vinculación con la empresa transportadora Feda, exigible el 10 de junio de 2009, y la compraventa de vehículo de servicio público de 2 de julio siguiente)*, destacándose de otra parte, que una vez efectuó las respectivas reclamaciones el dato se corrigió de inmediato y le fue expedido el respectivo paz y salvo.

Finalmente, se resalta que las alegaciones planteadas por el actor en punto al reconocimiento de perjuicios morales y la vulneración por parte de la demandada de su derecho fundamental al habeas data, esbozadas en su escrito impugnatorio, no pueden ser debatidas en esta instancia, por razones de lealtad y seguridad jurídica, como quiera que no fueron planteadas ante el juez de conocimiento, y tal proceder atenta contra el derecho de defensa y contradicción de la pasiva, a quien no se puede sorprender con nuevas pretensiones, sin contar con la oportunidad de controvertirlas.

Así las cosas, no concurriendo los presupuestos sustanciales necesarios para el éxito de la pretensión se derrumban las aspiraciones procesales de la demandante, razonamiento suficiente para descartar la prosperidad de la alzada, y en consecuencia se impone la confirmación de la decisión en primera instancia adoptada."

Rad 009 2010 00174 02 (25 04 2016). Acta 30. M.P: Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

=====
=====

RESPONSABILIDAD MÉDICA. Contrato celebrado entre galeno y paciente. La Sala comulga de la hermenéutica desplegada por el juez a quo en lo atañedor al contrato celebrado entre el galeno y la paciente, pues no puede ponerse en duda que efectivamente se celebró el mismo de manera verbal, es decir no fue reducido a escrito, pero esta circunstancia conspira para que no quede establecido de manera nítida e indubitable los respectivos débitos prestaciones adquiridos por el galeno, es decir si se comprometió a la consecución de un resultado específico y determinado, o se sustrajo deliberadamente a ello, esto, según se reseñó en precedencia, es de vital importancia para efectos de radicar la responsabilidad profesional suplicada.

"El problema jurídico que abordará la Sala se confina a corroborar si en el plenario están o no demostrados irrefragablemente los presupuestos axiológicos de la responsabilidad contractual médica para que pueda edificarse el juicio de reproche pretendido.

No remite a duda que tratándose de responsabilidad civil médica resulta imperioso, para su buen suceso, la demostración del tríptico sobre el cual descansa, esto es la culpa, el daño y su nexa causal, carga probatoria que gravita en cabeza del actor, aunque ciertamente matizada por las circunstancias particulares de cada caso, o que el juez bajo una óptica flexible pueda acudir a la carga dinámica de la prueba, o deducir presunciones (simples o de hombre), relativas a la culpa, o de indicios endoprocesales por la conducta de las partes, o que acuda a razonamientos lógicos como el principio "res ipsa loquitur".

Así lo ha venido sosteniendo inveteradamente nuestra Corte Suprema, muestra de ello es la sentencia de 30 de enero de 2001, con ponencia del doctor José Fernando Ramírez Gómez, que al abordar el tópico de la responsabilidad médica, luego de hacer una reseña de antecedentes jurisprudenciales, concluye sentenciosamente que para deducir responsabilidad al profesional de la salud debe mediar la demostración de la culpa, con independencia de si la obligación encuentra una causa contractual o extracontractual. Manifiesta que en esta materia no pueden operar las presunciones de culpa, que en todo caso la actividad médica no puede ser calificada como una "empresa de riesgo", y que muy lejos está de poderse asimilar a una actividad peligrosa de que trata el artículo 2356 del C.C.

(...)

La jurisprudencia en orden a establecer este tipo de responsabilidades ha acudido a la clasificación de las obligaciones de medio y de resultado, para salvar ciertos valladares que se erigen en orden a su establecimiento, criterios que pueden ser de valiosa ayuda en determinados casos; no obstante ha vuelto a insistir que no se pueden deducir apriorísticamente, pues será en cada caso la tipología del contrato celebrado el que oriente el cumplimiento o no del débito adquirido, sin lugar a generalizaciones que pueden conducir a grandes inequidades o errores, ...

(...)

No puede ser de recibo, entonces, la afirmación generalizada y categórica de que siempre que se trate de una intervención médica en la especialidad de cirugía plástica o estética la obligación inexorablemente será de resultado, pues la misma jurisprudencia de nuestro máximo Tribunal de Casación ha sentenciado a porrillo, desde los albores del acogimiento de la distinción entre obligaciones de medio y de resultado (sentencias de 30 de noviembre de 1935 y 31 de mayo de 1938), que si bien es una herramienta útil para el juzgador en orden a la distribución de responsabilidades no puede caerse en el campo de las generalizaciones, pues *"lo fundamental girará en torno al contenido y alcance del contrato celebrado en el caso concreto, así como los particulares deberes de prestación que de él hayan surgido"*.

Abordando el caso de cirugía plástica con fines puramente estéticos, concluye sentenciosamente que lo esencial reside en las obligaciones o débitos que haya adquirido el galeno, esto es que hay que determinar el contenido y extensión del contrato médico paciente,...

(...)

La Sala comulga de la hermenéutica desplegada por el juez a quo en lo atañedor al contrato celebrado entre el galeno y la paciente, pues no puede ponerse en duda que efectivamente se celebró el mismo de manera verbal, es decir no fue reducido a escrito, pero esta circunstancia conspira para que no quede establecido de manera nítida e indubitable los respectivos débitos prestaciones adquiridos por el galeno, es decir si se comprometió a la consecución de un resultado específico y determinado, o se sustrajo deliberadamente a ello, esto, según se reseñó en precedencia, es de vital importancia para efectos de radicar la responsabilidad profesional suplicada.

De una vez debemos señalar la desidia probatoria observada por la parte demandante respecto de la suerte de sus pretensiones, que las dejó expósitas, y buscó inútilmente purgar dichas omisiones en segunda instancia, desde luego vanamente. Por ello, no existe ningún conato procesal demostrativo de las específicas cláusulas de las cuales pudiera colegirse que el médico se comprometió a la obtención de un resultado específico, o si, como de ordinario suele suceder, tan solo convino poner a favor de la paciente toda la diligencia, experticia y cuidado que según la *lex artis* deben desplegarse de ordinario para conseguir el mejor resultado, en este caso tiene sentado la jurisprudencia que *"El haber puesto estos medios, con arreglo a la ciencia y a la técnica, constituye el pago de esta clase de obligaciones"*.

En su interrogatorio de parte el doctor XXXXXX afirma que al brindar toda la información veraz y completa sobre el acto médico a realizar le explicó los probables riesgos y complicaciones que pueden suceder *"que tienen un riesgo quirúrgico implícito, así como*

unos riesgos transoperatorios y postoperatorios a corto, mediano y largo plazo", lo que viene a sembrar mayores dudas, que ya no pudieron disiparse, sobre las obligaciones contraídas.

En sentido contrario, en el cuerpo contentivo del consentimiento informado, y luego de una meticulosa relación de riesgos, complicaciones y efectos colaterales que eventualmente pudieren presentarse, se consigna lapidariamente " *Declaro que he sido advertido(a) por la clínica en el sentido de que la práctica de la intervención quirúrgica que requiero, compromete una actividad médica de medio, pero no de resultado*".

Así las cosas, la carga probatoria que pesaba en hombros de la demandante era mayúscula, pues debía probar en contra de dicho documento signado por ella, tenía que detractar irrecusablemente la letal afirmación allí contenida, pero tan solo se limitó a una contradicción dialéctica y puramente retórica, sin despliegue del más mínimo esfuerzo probatorio.

Pero, lo que llama poderosamente la atención es que la paciente luego de las intervenciones médicas realizadas el 13 de agosto de 2005 y de asistir a los controles postoperatorios, lejos de censurar o reprochar de alguna manera la conducta galénica se muestra satisfecha y complacida con los procedimientos, así lo da a conocer el facultativo quien se permite adosar material fotográfico tomado antes de la cirugía, otra al cabo de un mes y la última un año después, para luego declarar que "*...tan satisfecha estaba la paciente que al año de la cirugía se encuentra feliz, satisfecha y solo cubriéndose en su pudor, y solo tres años después aparece la paciente expresando inconformidades*"

Ciertamente, después de 3 años y con ocasión de algunas molestias corporales que atribuyó a la mamoplastia acudió donde el cirujano XXXXXX quien, previo diagnóstico de ruptura bilateral de los implantes, procedió a su retiro y a adoptar los correctivos del caso. Nótese como ella es consciente que dicha cirugía fue realizada por el médico XXXX y por tanto para su corrección o reintervención acudió donde él y no al médico XXXXXX.

Pero lo basilar reside en que no se queja de una mala praxis médica en sí, sino de la ruptura o estallido de los implantes utilizados, sin que se hubiere establecido la causa eficiente o determinante de tal daño, quedando en el plano de la más absoluta indefinición establecer su origen o génesis. Solo que ahora con la demanda agrega que abriga serias reservas sobre la liposucción realizada por el otro demandado por cuanto según otro facultativo médico, cuya ratificación o declaración nunca se pudo acopiar, presenta algunas alteraciones o deformaciones (fibrosis y asimetrías).

Bajo este escenario, gravitaba en cabeza del demandante acreditar con suficiencia la culpa médica, la existencia y extensión del daño y su necesario nexo causal, pero por su incuria todo quedó en el plano de la simple afirmación.

En efecto, no milita ningún medio de convicción que apunte al aspecto subjetivo de la responsabilidad médica, empezando porque la obligación adquirida por el profesional de la medicina lejos de ser de resultado se convino expresa y explícitamente que fuera de medio, con las consecuencias que le son propias, además curiosamente, se itera, la queja axial gira en torno a la ruptura de los implantes y su posterior retiro, con sus secuelas inherentes, dicha reclamación se efectúa casi tres años después de las intervenciones y se agrega, sin más, alguna objeción subjetiva sobre el resultado de la liposucción, pues sobre la cejiplastia nada se dice.

Ahora, la culpa no puede derivarse automáticamente por el simple hecho de que el médico no es cirujano plástico sino otorrinolaringólogo con subespecialidades en cirugía de cabeza y cuello, además de especializaciones en cirugía plástica facial y corporal y cirugía cosmética/estética (según densa hoja de vida adosada, C 4, a lo que debe agregarse su amplia experiencia clínica y docente, pero hay más, debe memorarse que la mamoplastia no fue ejecutada por XXXXX sino por el cirujano plástico estético y reconstructivo, doctor XXXXXX, sobre este tópico discurre con suficiencia el juzgador de instancia que releva de acotaciones adicionales que lucirían repetitivas e infociosas.

Se pretende articular controversia sobre la supuesta omisión en la elaboración de la historia clínica lo que daría lugar a deducir indicio en contra del demandado, sobre el punto diremos

que se trató de un procedimiento ambulatorio y que a la foliatura se trajo numerosa prueba documental que nos habla de la atención dispensada a la paciente desde su ingreso, la intervención y el postoperatorio, así militan las siguientes piezas que apuntan al propósito de hacer de bitácora médica: consentimiento informado, hoja de ingreso, otra denominada cirugía ambulatoria, nota operatoria, valoración preanestésica, documento denominado historia clínica seguimiento del tratamiento con OHB, hoja de control de tratamiento, notas de enfermería (fs. 141 a 150), como puede evidenciarse la susodicha omisión no existe y se trata de una argumentación contraevidente y hecho nuevo que solo viene a darse a conocer con ocasión de la apelación, pues no se erigió en soporte de la demanda.

Bajo este panorama no se estableció ni se intentó establecer que el médico hubiere dejado de atender las obligaciones contraídas a favor de su paciente, o la incorrección o mala práctica médica en los procedimientos quirúrgicos realizados, que haya habido negligencia o impericia en la actividad médica, en suma no se acreditó el actuar culpable, o como lo tiene sentado la jurisprudencia invariable de la Corte Suprema: *"...el médico responderá cuando cometa un error científico objetivamente injustificable para un profesional de su categoría o clase y no puede responder sino cuando su comportamiento dentro de la estimativa profesional, fue determinante del perjuicio causado"*.

No puede ni debe marginarse que en controversias de esta especie, y por tratarse de asuntos especializados o técnicos, no son suficientes para dilucidar el caso las reglas de la experiencia o del sentido común, o la lógica de lo razonable, por lo cual se precisa acudir al concepto de técnicos o expertos que posean los conocimientos científicos, técnicos o artísticos que el objeto del litigio reclama, que en este plenario brillan por su ausencia.

Por las mismas consideraciones nada obra sobre la existencia del daño y su cuantía, más allá de los honorarios pagados por la segunda intervención de retiro de implantes y corrección y los gastos externos para su atención, sin que específicamente y mediante prueba idónea y conducente se cuantifique los eventuales daños que guarden relación o sean determinados por la culpa médica.

Si no se ha demostrado la culpa médica y tampoco la existencia del daño es un imposible físico y jurídico que se pueda predicar relación de causalidad alguna por obvias y elementales razones, por tanto no lucen satisfechos los presupuestos axiológicos de la responsabilidad profesional médica deprecada, lo que de contera nos releva del estudio de los medios exceptivos blandidos, como certeramente hizo el juez cognoscente.

Sobre la responsabilidad atribuida a la sociedad Colombian Medical Internacional S.A., en su condición de proveedora de las prótesis mamarias, suministro que no está en discusión y luce suficientemente probado, además que fue admitido sin ambages, el escrito demandatorio luego de evocar su ruptura bilateral, la radica exclusivamente en su mala calidad, sostiene lapidariamente: *"...no existe una explicación, aparte de la mala calidad de las prótesis, para que se presente ruptura bilateral y promediando tan solo 2 años de implantadas"*.

La entidad demandada por su parte en su contestación aduce que dicha ruptura puede tener origen multifactorial y se permite a guisa de ejemplo listar algunos eventos tales como: *"...por un accidente, por una biopsia, ruptura de la envoltura del implante situación que se puede presentar accidentalmente durante la colocación del implante, por agrietamientos o fisuras cuando se forman o establecen pliegues por donde se quiebran o rasgan por fricción o roces, por contractura capsular, como consecuencia de reacción del organismo a un cuerpo extraño,...por desplazamiento del implante como consecuencias de golpes o de formación de cápsulas; por calcificación..."*.

En este escenario, el demandante asumía una carga probatoria específica y puntual: establecer la causa determinante, adecuada o al menos probable de la ruptura de los implantes, pero como se dejó reseñado, por su desidia procesal y probatoria se conformó con afirmar que todo residía en la mala calidad, sin ningún elemento probatorio para respaldar su dicho.

En nuestra particular óptica afirmar simultáneamente que hubo mala praxis médica en la intervención quirúrgica realizada a la demandante y que casi tres años después haya necesidad de retirar tales prótesis debido única y exclusivamente a su ruptura, al menos

deja la percepción que el acto médico en sí no fue mal realizado y todo se debió al material implantado; es curioso, pero sería una contradicción dialéctica que se afirme alguna incorrección del acto médico y al tiempo se sostenga que todo reside en la mala calidad de las prótesis utilizadas, que dicho sea de paso fueron autorizadas por el INVIMA, como lo resalta el señor juez.

La jurisprudencia ha dicho que si el interesado en suministrar la prueba no lo hace, o la allega imperfecta, descuida o equivoca su papel de probador, necesariamente ha de esperar un resultado adverso a sus pretensiones, pues se repite: *“demuestra quien prueba, no quien enuncia, no quien envía a otro a buscar la prueba”* (sentencias de febrero 26 y noviembre 19 de 2001).

Por lo discurrido y como el fallador de instancia arribó a la misma conclusión se impone su confirmación; al resolverse el recurso de manera adversa a su proponente hay lugar a condenación en costas (Art. 392-1 del C.P.C.).”

Rad. 001 2010 00151 02 (19 01 2016). Acta 004. M.P. Dr. Homero Mora Insuasty

=====
=====

RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL MÉDICA. Negligencia en la atención de los síntomas observados.

“Del precedente análisis se infiere que, en consideración a la edad del paciente (68 años), antecedentes médico (hipertensión y diabetes mellitus) y los mismos signos y síntomas que presentaba (mareo, vómito, dificultad para caminar, tensión arterial alta), y dada la formación profesional de los médicos que atendieron al paciente, el personal de la Clínica Saludcoop EPS y la Clínica Santiago de Cali, conforme a la lex artis se encontraban en capacidad de determinar que para una acertada diagnosis, debían valerse de recursos como la Tomografía y el ingreso a la Unidad de Cuidados Intensivos, pues solo así se actuaba de manera rápida y eficaz ante un ACV, a efectos de su adecuado manejo y evitar secuelas irreversibles en el paciente y hasta la muerte. Como lo señaló el especialista médico, en casos como el presentado las tres horas siguientes a la sintomatología de ACV son vitales para su tratamiento, conforme a lo consagrado en el protocolo de manejo enfermedades establecido por el Ministerio de la Protección Social, o en caso de que en ese(os) sitio (s) careciera (n) del instrumental para obtenerlo, la remisión de forma urgente, a donde fuera viable su realización, previsiones que no se tuvieron en cuenta en el sub-examine, descuido que se muestra con entidad para comprometer la responsabilidad institucional que se pide declarar. En otras palabras, no se agotó en forma oportuna y adecuada los procedimientos que la lex artis ad hoc recomienda para la patología presentada por el paciente.

*“En todo caso, sobre el punto, la Corte debe asentar una reflexión cardinal consistente en que será el error culposo en el que aquel incurra en el diagnóstico el que comprometerá su responsabilidad; vale decir, que como la ciencia médica ni quienes la ejercen son infalibles, ni cosa tal puede exigírseles, sólo los yerros derivados de la imprudencia, impericia, ligereza o del descuido de los galenos darán lugar a imponerles la obligación de reparar los daños que con un equivocada diagnosis ocasionen. Así ocurrirá, y esto se dice a manera simplemente ejemplificativa, cuando su parecer u opinión errada obedeció a defectos de actualización respecto del estado del arte de la profesión o la especialización, o porque no auscultaron correctamente al paciente, o **porque se abstuvieron de ordenar los exámenes o monitoreos recomendables, teniendo en consideración las circunstancias del caso**, entre otras hipótesis. En fin, comprometen su responsabilidad cuando, por ejemplo, emitan una impresión diagnóstica que otro profesional de su misma especialidad no habría acogido, **o cuando no se apoyaron, estando en la posibilidad de hacerlo, en los exámenes que ordinariamente deben practicarse para auscultar la causa del cuadro clínico**, o si tratándose de un caso que demanda el conocimiento de otros especialistas omiten interconsultarlo, o cuando, sin justificación valedera, dejan de acudir al uso de todos los recursos brindados por la ciencia”* (Sentencia de 28 de junio de 2011, exp. 1998-00869-00). (Negrilla y subrayado nuestro).

En suma, el reproche de la actuación médica deviene de la negligencia en que se incurrió en la valoración de los síntomas observados en la ciudad de Popayán, que ameritaron el

traslado del paciente a esta ciudad, la desatención sin causa atendible de las recomendaciones dadas por el ente remitente, esto es, la internación del paciente para monitoreo en UCI en institución de tercer nivel, y la realización inmediata de TAC, a más del irresponsable manejo del paciente que conllevó su caída de la camilla y equimosis en su cráneo, situaciones ajenas a un médico o institución prudente y diligente, con aptitud suficiente acorde a las reglas de la experiencia y sentido de razonabilidad, para desencadenar el resultado dañoso censurado en este asunto.

De todo lo expuesto emerge que, aunque el sentenciador de primer grado soportó en unos apartes su sentencia con doctrina y precedente del Tribunal español, ello no desvirtúa la realidad evidenciada en el asunto, que permite establecer que se desaprovecharon los medios diagnósticos, atención oportuna y cuidados en unidades especializadas aconsejados por la *lex artis* para proteger la vida del señor Julio César Mamian Cerón, pese a la patología que presentaba que no necesariamente tenía que concluir en su deceso.

Retomando los cuestionamientos de la recurrente EPS Saludcoop, respecto a su responsabilidad como Entidad Promotora de Salud, reiterada jurisprudencia ha sido enfática al señalar la responsabilidad de esas entidades en solidaridad con las IPS adscritas a su red de prestación de servicios, en los asuntos derivados de su actividad médica.

En efecto, en el caso sub-examine se advierte que el señor Julio César Mamian, se encontraba afiliado para la fecha en calidad de cotizante a la EPS Saludcoop, luego, aparece que en cumplimiento de sus obligaciones contractuales con su afiliado, esa entidad autoriza a sus I.P.S. vinculadas, las intervenciones que este requiere en el marco del POS, a través de sus médicos e instituciones adscritas, de donde aflora la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en arquetípico vínculo de solidaridad consagrado por el artículo 2344 del C.C., dada la "equivalencia de comportamientos" que existe entre el médico y la entidad a la que presta sus servicios, dirigidos a una prestación asistencial única.

Así lo ha establecido la jurisprudencia de la Corte Suprema:

*"...En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2o, Decreto 1485 de 1994). Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudar, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la *lex artis*, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas. La responsabilidad de las Entidades Prestadoras de Salud (EPS), es contractual o extracontractual. ...la responsabilidad en que pueden incurrir las Entidades Promotoras de Salud (EPS) respecto de terceros perjudicados por los daños al afiliado o usuario con ocasión de la prestación de los servicios médicos del plan obligatorio de salud, es extracontractual. Ahora, cuando se ocasiona el daño por varias personas o, en cuya causación intervienen varios agentes o autores, todos son solidariamente responsables frente a la víctima (art. 2344, Código Civil; cas. civ. sentencias de 30 de enero de 2001, exp. 5507, septiembre 11 de 2002, exp. 6430; 18 de mayo de 2005, SC-084-2005], exp. 14415) Sentencia del 17 de noviembre de 2011 Rad: 11001-3103-018-1999-00533-01 M.P. William Namén Vargas.*

De esta forma, aparece sin soporte fáctico y legal, la alegada presencia de "causa extraña" fundada en el presunto desconocimiento del "rol y funciones" de los diferentes integrantes del Sistema de Seguridad Social en Salud, en razón de haber sido la IPS Clínica Santiago de Cali, la que prestó el servicio médico al paciente de manera directa.

Ahora, respecto al reclamo de incongruencia del fallo, sus argumentos en nada permiten arribar a tal conclusión, en cuanto para nada se advierte condena por cantidad superior o por objeto distinto al pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta, (art.305 del C .de P.C esto es, no existe inconsonancia entre la parte resolutive de la sentencia con las pretensiones del libelo, y menos puede fundarse tal reparo en el "título de imputación" realizado por el juzgador o en la indebida valoración de la prueba documental aportada al expediente.

Del mismo modo, tampoco aparece fundado el reclamo de incongruencia respecto a la supuesta condena por "pérdida de oportunidad", que en el fallo brilla por su ausencia, es del caso reiterar al apelante, que pese a que el fallo de primera instancia refiere apartes de lo que doctrinalmente se ha definido como la pérdida de oportunidad, solamente reconoció perjuicios morales.

Atendido el reclamo de los apelantes, concluye esta Sala de decisión que por las motivaciones esbozadas en el cuerpo de este proveído y ante la concurrencia de los presupuestos procesales para que se declare la responsabilidad civil extracontractual de las demandadas Saludcoop EPS (hoy Saludcoop EPS O.C en liquidación) y la Clínica Santiago de Cali, se impone la confirmación de la providencia cuestionada."

Rad. 012 2012 00262 01 (25 04 206) Acta 30. M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

=====

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL MÉDICA. En modo alguno aparece demostrada de manera fehaciente, como lo asevera el impugnante, que el paciente adquirió su enfermedad a consecuencia de la cirugía de apendicitis o de la anestesia o medicamentos aplicados en razón de la misma, de donde ninguna relación de causalidad puede advertirse entre la enfermedad mental y el accionar del equipo médico cuando se practicó la operación o después de la misma.

"Hasta aquí, del panorama expuesto, en modo alguno aparece demostrada de manera fehaciente, como lo asevera el impugnante, que el paciente adquirió su enfermedad a consecuencia de la cirugía de apendicitis o de la anestesia o medicamentos aplicados en razón de la misma, de donde ninguna relación de causalidad puede advertirse entre la enfermedad mental y el accionar del equipo médico cuando se practicó la operación o después de la misma, la cual, como se vio, tornaba imperativo demostrar, no sólo que después de la operación se patentizó la patología, como parece creer el recurrente, sino además que ella se desencadenó directamente a consecuencia de la operación, lo que no se logró establecer en este caso.

De esta forma, como el requisito de causalidad entre el comportamiento de los médicos y el resultado dañoso, sólo resulta predicable cuando aquel fue determinante del perjuicio causado, lo que según viene de verse, no fue probado, la negativa frente a las pretensiones de la demanda resultaba imperativa.

Como si fuera poco lo anterior, cumple adicionar que ningún deber jurídico de atención y cuidado a cargo de las demandadas (o sus médicos adscritos), se acredita como desatendido o erróneo por parte de su personal médico en la atención del paciente; por tanto, las afirmaciones lanzadas por la parte demandante quedaron en ese simple plano, sin respaldo probatorio, en tanto sobre ella gravitaba la carga de probarlas.

Por ese camino, impera señalar que aunque señala el apelante que la existencia de un cuadro clínico previo implicaba para los galenos tratantes que realizaron la operación de apendicectomía tomar las precauciones del caso, para evitar que con la anestesia general se complicara su situación, lo cierto es que estas afirmaciones además de que sólo vinieron a alegarse en el recurso de alzada sin que se hubieren hecho en la demanda, tampoco contaron con el apoyo probatorio necesario para que pudieran tener un efecto jurídico favorable a la parte apelante.

En efecto, si la demanda se hubiese sustentado en la advertida falta de diligencia de los médicos, el demandante debía acreditar que la apendicetomía y la aplicación de anestesia general, de acuerdo con el protocolo médico, requieren una indagación sobre la existencia de cuadros psicóticos previos, por influir en la procedencia o posibilidad de realización de la operación o resultar condicionantes de la cantidad de anestesia a aplicar. Dicho en otros términos, como este tipo de responsabilidad (médica), comprende un presupuesto de ineludible demostración, cual es la culpa médica, era necesario que se acreditara que se desatendieron los cánones que la ciencia establece para este tipo de procedimientos, puntualmente, en lo referente al suministro de anestesia general a pacientes con cuadros psicóticos previos; es decir, que debía demostrarse que el médico desatendió el artículo 15 de la Ley 23 de 1981, al tenor del cual "el médico no expondrá a su paciente a riesgos injustificados".

Sin embargo, pese a la extemporaneidad del alegato, aflora del expediente la orfandad probatoria en relación con la negligencia que ahora se alega, por lo cual, la parte actora también debe cargar con las consecuencias negativas de la falencia probatoria en comento.

Finalmente, se advierte en el recurso sobre el decreto oficioso de un dictamen pericial que no fue practicado, alegando el apoderado recurrente que esa falencia no puede ser atribuida a su representado pues el mismo no fue enterado de las citas concedidas para el efecto, y qué además el juzgador debió insistir en su realización.

Al respecto, cumple señalar que conocidos son la potestad y el deber consagrados en los arts. 37, núm. 4, 179 y 180 del C. de P. C, para el decreto de pruebas de oficio, en caso de que, sin suplir la carga probatoria de las partes, conforme a su razonable juicio sobre su pertinencia, necesidad y coherencia, ello sea indispensable para establecer la verdad material o real y adoptar una decisión justa, así como también para evitar nulidades y providencias inhibitorias. También es cierto que "decretadas las pruebas, ya a petición de parte, ora ex officio, deben practicarse en oportunidad y término procesal, y que las partes tienen el deber de cooperar armónicamente con absoluta lealtad, transparencia, dinamismo y eficiencia en su práctica" (Sentencia del 20 de octubre de 2011, exp. 13001-3103-007-2003-00220-01).

Ahora bien, esencia de la prueba de oficio es que, atendidas las circunstancias propias del proceso respectivo, luzca de modo evidente y en forma antelada como indispensable para el hallazgo de la verdad real, de manera que el hecho recaudado y objeto de prueba trascienda a la decisión, como en los eventos en que, a guisa de ejemplo, el medio figura en el expediente, es determinante para la decisión, pero no puede ser estimado por el juzgador por faltar algún requisito necesario para considerarlo regularmente allegado a la causa, o cuando del material probatorio recaudado puede deducirse sin asomo de duda que una prueba faltante arrojaría la luz requerida para proferir un fallo justo y legal.

No obstante, en el caso que ocupa la atención de la Sala, la parte actora se guardó de pedir la práctica de un dictamen pericial, empero, el juzgado de conocimiento sin consideración alguna lo decretó, formulando cuestionario que debía absolver el Instituto Nacional de Medicina Legal y ante su negativa, el Hospital Psiquiátrico Universitario del Valle, quien otorgó cita en sendas oportunidades al demandante (Fls. 337-354), a ninguna de las cuales asistió (Fls. 338-476), al paso que nada dijo frente al auto por el cual se cerró la etapa probatoria y se corrió traslado para alegar de conclusión.

Por supuesto, debe señalarse que si bien es cierto, en su momento se decretó la práctica de una prueba pericial de oficio, también lo es que no por ello se deben entender derogados principios que gobiernan el proceso mismo, como el de preclusión, definido en la doctrina como "*la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal*" (Fundamentos del derecho procesal civil, Ed. B. de F., 4ª ed. Montevideo – Buenos Aires, pág 160) (Couture) y que caracteriza al proceso civil en cuanto que el mismo se desarrolla en diversas y sucesivas etapas, superadas las cuales, se impide su regreso, y cuya consagración se encuentra en el artículo 118 del Código de Procedimiento Civil.

En efecto, no hay que dejar de lado que con el decreto oficioso en realidad se estaba supliendo la carga probatoria de la demandante, la que, como se anticipó, había desestimado desde el libelo mismo. En otras palabras, no por el hecho de haberse decretado una prueba de oficio que no se practica, se está en presencia de una arbitrariedad o irregularidad.

Aún gravita en el litigante el principio consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, y en consecuencia soporta el deber procesal de demostrar los supuestos de hecho que invoca para la aplicación de las normas cuyo efecto persigue, lo que imponía a la parte interesada prestar su colaboración para atender las citas médicas que le fueron concedidas con el fin de recolectar la prueba, sin que la notificación se erigiera en requisito para ello, pues era su deber, atendiendo las cargas probatorias, estar pendiente de la actuación.

Así las cosas, por las razones planteadas en esta instancia se impone confirmar del fallo materia de apelación.”

Rad. 009 2012 00363 01 (23 05 2016).Acta 042. M.P. Dr. Carlos Alberto Romero Sánchez.

Sala de Familia

ACCION DE PETICION DE HERENCIA. Acción reivindicatoria. Demandado por el modo de la sucesión por causa de muerte adquirió para sí el inmueble , único bien herencial inventariado en la mortuoria, lo que vale decir que ocupó la herencia, muy a pesar del derecho prevalente y excluyente de la actora respecto de sus cesionarios en cuanto titular del primer orden hereditario.

“En este contexto, la buena fe cualificada o buena fe subjetiva, como un sector de la doctrina la reconoce, es aquel comportamiento activo de quien le interesa ir más allá para constatar un determinado hecho cuya demostración se afianza, en la presunción de la buena fe del artículo 769 del C.C. [denominada simple u objetiva], sin necesidad de despliegue de actividad alguna, lo que traído a la práctica en la especie de autos tiene su espacio en el ámbito del contrato de compraventa ajustado por el excepcionante con el codemandado J C F G, escenario en el que ha de constatarse si dentro de las circunstancias propias de ese negocio, objetivamente era necesario que el comprador L B hubiese desplegado la actividad adecuada al objetivo de verificar si su vendedor adquirió legítimamente el bien materia de la compraventa, hecho este que en este caso es el amparado por la presunción de buena fe.

Orientada la pesquisa en esa dirección, pertinente es señalar que nada dijo ni insinuó siquiera la demandante en su exposición fáctica, en orden a poner de presente que el comprador L B, previa o concomitantemente con la celebración de la compraventa conociese de su existencia y de su calidad de heredera de mejor derecho, como antecedente lógico necesario para suscitar en él la necesidad de establecer si lo que aparentemente se ofrecía como una adjudicación obtenida por el vendedor legítimamente, lo era en verdad o no; dicho de otro modo, objetivamente nada sabía de irregular que lo impulsara a verificar lo ocurrido en la liquidación de la herencia en detrimento de la actora, quien ni siquiera dijo que lo conociera, por lo que no cabe tildarlo de infractor de dicho modelo de comportamiento, tanto más cuando para la financiación del pago del precio de compra hubo de obtener crédito del FONDO NACIONAL DEL AHORRO, en cuya tramitación se surtió satisfactoriamente el estudio de los títulos, como consta en el documento del folio 164, de modo de no aparecer razonable exigirle, en tales circunstancias, una actividad de verificación innecesaria. Por lo demás, no puede omitirse señalar que en el proceso no hay prueba de hechos que conspiren contra la presunción de la buena fe con ta que obró el Señor L B, de quien no puede pensarse que se hubiese coludido con el demandado J C F G para fraguar la compraventa como estrategia para dificultar el goce del derecho herencial de la demandante; porque bien por el contrario, a ello se opone lógicamente el hecho de que hubiese invertido sus cesantías, adquirido un préstamo y constituido hipoteca sobre el inmueble, como consta en la escritura de

compraventa, lo que no sería razonable asumir que hiciese quien con tan grandes esfuerzos supiese del riesgo de poder perder el bien.

Se sigue de lo expuesto que la excepción en comento debe ser "acogida, lo que además de relevar al Tribunal del examen de las demás defensas opuestas, se traduce en la denegación de la implorada condena a la restitución del inmueble, hipótesis en la cual dispone el inciso segundo del artículo 1325 del C.C., que la actora conserva su derecho **"para que el que ocupó de mala fe la herencia le complete lo que por el recurso contra terceros poseedores no hubiere podido obtener y le deje enteramente indemne"**, ya que ante el anotado fracaso de la pretensión de reivindicación, a falta de petición de la actora que había podido formular como pretensión subsidiaria, nada puede disponerse ahora con sustento en lo contemplado en el artículo 1324 ibídem, que le da acción para implorar condena al pago del importe de la enajenación del bien contra el demandado vendedor de este J C F G por haber ocupado la herencia de mala fe, como sin duda se sigue de lo demostrado principalmente con base en los testimonios de M R C V y G M A C, complementados con la copia auténtica de la Resolución 253, del 16 de febrero de 1995, del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO DEL VALLE, -dejando de lado intencionalmente la actitud asumida por dicho demandado frente a las fotografías exhibidas para su reconocimiento- pues de allí se sigue que el causante tuvo una relación estable y duradera con la primera, quien es la madre de la demandante, tan sólida y seria como para merecer su reconocimiento en 1994 como sustitúa de la pensión de sobrevivientes a título propio y en representación de la hija entonces menor, en cuyo desarrollo hubo el natural trato que corrientemente se da con la familia extensa de la pareja, que en su dinámica propia se manifestó en visitas mutuas en sus lugares de vivienda, de los padres de su marido y de su hermano J C, tal como atendiblemente lo narró la primera secundada por la segunda, por haberlo presenciado ésta en la casa del Barrio Bretaña donde la Señora Castillo Vargas y su marido D F G tenían fijada su vivienda, de modo de lucir artificiosa la nesciencia que vino a plantear dicho accionado en relación con la existencia de su sobrina S creíblemente afirmada por la testigo Castillo, por lo que no puede menos de asumirse que aquél sabía que era hija de su fallecido hermano DALMIRO, de suerte que en el negocio de cesión como en el de liquidación de la herencia, tenía la clara conciencia de que los padres del causante enajenaron derecho que bien sabía él que no les correspondía a sus cedentes, y ulteriormente hizo valer ese negocio para ocupar la herencia en contravía del modelo conductual descrito en el artículo 768 del C.C., que define la buena fe como **"la conciencia de haberse adquirido el dominio de la cosa por medios legítimos, exentos de fraudes y de todo otro vicio"**, lo que da pie para que la Sala disponga, en vista de lo aseverado bajo juramento en la solicitud de liquidación notarial de la herencia (fol. 21 del cuaderno principal), en el sentido de no conocer a otras personas distintas de los padres del difunto con mejor derecho a la herencia, que por la Secretaría de la Sala, y antes de la devolución del expediente, se compulse copia del expediente con destino a la Fiscalía, para la investigación del delito que hubiere podido cometer el demandado J C F G."

La Sala declaró que la demandante en su condición de hija del causante es heredera de mejor derecho que los padres del cujus, cedentes de ese derecho adjudicado en el acto notarial de su liquidación al cesionario demandado.

Rad. 000 2009 00831 02 (22 04 2016).Acta 00045. M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

=====

INTERDICCION POR INCAPACIDAD ABSOLUTA. Dictamen pericial. Esquizofrenia crónica indiferenciada.

"Conviene al acaso recordar que el dictamen pericial, como toda prueba, es un medio de conocimiento que se le ofrece al juzgador para producir su convicción acerca de un determinado hecho, que en su caso requiere de los especiales conocimientos científicos

que posee el experto, prueba que como toda debe ser evaluada individualmente y de conjunto (art. 187 C.P.C.) en orden a definir el poder de convicción que le representa, de modo que es el juez, y no el perito, quien en últimas decide la cuestión litigiosa con base en lo demostrado; de no ser así, este pasaría de ser auxiliar de la justicia a asumir la función decisoria de la controversia encomendada a aquél. En este sentido, conviene reproducir un fragmento de la sentencia C-124/11 de la Corte Constitucional, según la cual **"el tercer ámbito de control del dictamen pericial es el ejercicio de la función judicial de apreciación y valoración de la prueba. Es evidente que a pesar que la experticia está sometida a métodos particulares de contradicción como los antes explicados, no por ello el juez queda limitado para valorar el dictamen pericial como uno más de los medios de pruebas incorporados en el proceso. En ese sentido, bien puede apartarse el funcionario judicial de las conclusiones del dictamen, cuando concluyese, por supuesto de manera motivada, que la pericia no interpreta adecuadamente los hechos materia de análisis, o que sufre de algún otro vicio que le reste aptitud probatoria. A su vez, la libre apreciación de la prueba por parte del juez al momento de adoptar la decisión que ponga fin al proceso, también habilita a las partes para que en sus alegatos conclusivos analicen y cuestionen el contenido del dictamen, en aras de hacerlo compatible con la satisfacción de sus pretensiones. Existe, en este orden de ideas, un deber judicial de valoración autónoma del dictamen pericial, el cual no se agota con su evaluación a través de los mecanismos de aclaración, adición y objeción antes descritos. Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha señalado que "... la peritación únicamente "es procedente para verificar hechos que interesan al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos", no para que suplan al Juez en la tarea de ponderar las pruebas, siendo claro, en adición, que "el sentenciador de instancia goza de autonomía para calificar y apreciar la firmeza, precisión y calidad de los fundamentos del dictamen pericial, (...) mientras que la conclusión que él saque no sea contraevidente, sus juicios al respecto son inmodificables. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de abril de 2005. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo.)"**.

Apreciado el dictamen pericial en tal contexto, advierte la Sala que el experto anduvo notoriamente desenfocado en torno de la estimación de la severidad de las afecciones mentales que aquejan a RAHS, pues debiéndose entender que ello alude al grado de intensidad que de suyo comporta médicamente la patología diagnosticada, en este caso la ESQUIZOFRENIA CRONICA INDIFERENCIADA, sin embargo la asoció a la mayor o menor intermitencia de sus **"recurrentes"** manifestaciones concretada en cuadros psicóticos desencadenados por la inobservancia del tratamiento farmacológico y el uso de estupefacientes. Esto significa que el evaluado es indiscutiblemente un enfermo mental a quien afecta una enfermedad lo suficientemente severa como para determinar que nunca sea posible lograr la plenitud de su normalidad psíquica, muy a pesar de la **"conservación de la capacidad del juicio y de la realidad"** al momento del examen, como lo aclaró el experto, aspecto aquel (severidad) que a criterio de la Sala no se desdibuja porque, como lo expresó el perito, en los periodos intercrisis la funcionalidad del enfermo pueda ser la "normal" pero a condición de que permanentemente esté medicado, lo que de suyo sugiere la idea de que lo que sufre no es una enfermedad que pueda ser considerada como leve, como podría pensarse si la medicación bastara para eliminar los síntomas al aparecer estos, en un caso en el que la historia clínica es elocuentemente demostrativa de que el Sr. RAHS tiene una trayectoria de anormalidad psíquica progresiva, perceptible al reparar - como ya se dijo en otro lugar- en la inicial evaluación de la Junta de Calificación de Eventos de Salud del Seguro que de moderada pasó a ser lo suficientemente severa como para determinar la **"pérdida de la capacidad laboral"** del 50.10% en consideración al diagnóstico de ESQUIZOFRENIA INDIFERENCIADA CRONICA.

La conclusión que se impone es la de que a los fines de brindarle la protección requerida, RAHS debe ser declarado en interdicción judicial a causa de discapacidad mental absoluta derivada de la ESQUIZOFRENIA CRONICA INDIFERENCIADA que padece desde temprana edad, por lo que la sentencia apelada debe revocarse para en su lugar acceder a la implorada declaratoria de interdicción, y proveerle la guarda a la demandante en su condición de madre y cuidadora del enfermo, de conformidad con lo previsto en el artículo

68 de la ley 1306 de 2009, parentesco debidamente acreditado mediante copia del folio de registro civil de nacimiento del incapaz anexado a la demanda.”

La Sala revocó la sentencia apelada y en su lugar declaró en interdicción por discapacidad mental absoluta al sr. (...)

Rad. 000 2014 00162 01 (06 04 2016) Acta 035. M.P. Dr. Carlos Hernando Sanmiguel Cubillos.

=====

UNION MARITAL DE HECHO. Sociedad patrimonial entre compañeros permanentes.

“La comunidad de vida es entre dos, por exigencia de la misma ley, y si esa comunidad es de “la vida”, no se trata de compartir fragmentariamente la vida profesional, la vida sexual, la vida social, la vida íntima, ni siquiera de la vida familiar, sino de compartir toda la “vida”.

“Pero aun admitiendo en modo de hipótesis que GMCE y GLO se comportaban como “pareja” y que en tal condición compartieron, durante la existencia de la relación, la mayor parte del tiempo, concurriendo a actividades sociales y paseos y que hubiesen acordado cada uno vivir en residencias separadas, y que, según palabras del apelante, tuvieron una vida permanente en comunidad aunque “no estuvieron amarrados en forma inseparable minuto a minuto porque tanto como sus temperamentos como sus ocupaciones no lo permitieron”, una relación de dicho temperamento jamás podrá fundar una unión marital de hecho, pues ausente se haya una de sus características torales cual es la comunidad de vida, ya que no es lo mismo ni puede refundirse la convivencia bajo un mismo techo “permanentemente”, con una convivencia pasajera o casual o con una mera relación afectiva ayuna de convivencia.”

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 8 de julio de 2009, expediente C-0500131100112004-00787-01, M.P. JAIME ALBERTO ARRUBLA PAUCAR, enseñó.

"La "comunidad de vida permanente y singular" de una pareja, es cierto, es lo que caracteriza la unión marital de hecho, según el artículo 10 de la Ley 54 de 1990. La Corte, a decir verdad, se ha pronunciado sobre el particular al señalar que la definición "implica compartir la vida misma" y que además de significar lazos afectivos "obliga el cohabitar compartiendo techo" en forma "constante y continua".

En otra ocasión explicó que el concepto "comunidad de vida" se encuentra integrado por elementos fácticos objetivos, como la "convivencia, la ayuda y el socorro mutuos", entre otros, y subjetivos, referidos al "ánimo mutuo de pertenencia, de unidad y la affectio maritales", de donde se derivaban de manera "indubitable aspectos tales como la convivencia de ordinario bajo un mismo techo, esto es la cohabitación, el compartir lecho y mesa y asumir en forma permanente y estable ese diario quehacer existencial, que por consiguiente implica no una vinculación transitoria o esporádica, sino un proyecto de vida y hogar comunes que, se insiste, no podría darse sin la cohabitación que posibilita que una pareja comparta todos los aspectos y avatares de esa vida en común".

Cohabitar, por lo tanto, bajo un mismo techo, no traduce, por sí, la existencia de una unión marital de hecho, porque no es infrecuente que las personas, por diversas razones, compartan una vivienda, pero sin la intención de formar vida en común ni menos entablar una auténtica relación de pareja, porque es perfectamente posible que haya hogar doméstico sin que haya vida conyugal o, en su caso, de compañeros permanentes. De ahí que en palabras de la Corte, para el efecto "No basta vivir; menester es convivir. Y más señaladamente, hacer vida marital, esto es, como marido y mujer".

Como lo tiene sentado la Sala, si la "comunidad de vida es entre dos, por exigencia de la misma ley, y si esa comunidad es de 'la vida', no se trata de compartir fragmentariamente la vida profesional, la vida sexual, la vida social, la vida íntima, ni siquiera de la vida familiar, sino de compartir toda 'la vida'".

(...)

“Entonces, analizado con ponderada ecuanimidad de criterio y de manera integral el interrogatorio de parte absuelto por la demandante, la prueba documental y testimonial acopiada al paginario, brota evidente que la parte actora no logró demostrar los presupuestos de la suplicada unión marital de hecho, esto es, no se probó que entre los señores GMCE y G L O se dio una comunidad de vida permanente y singular, conforme lo exige la ley sustancial, de la cual se deriven efectos patrimoniales, ya que el examen conjunto de esas pruebas llevan sí a evidenciar un trato cercano o amoroso si se quiere, pero no llevan al convencimiento de la existencia de la relación marital reclamada.

En consecuencia, al no cumplir la demandante con la carga que le impone la ley de probar sus aseveraciones, necesariamente sus pretensiones están llamadas a no prosperar, como bien lo sentenció el a quo, por lo que se confirmará el fallo impugnado y se condenará en costas a la actora, ordenando incluir como agencias en derecho la suma de DOS SALARIOS MÍNIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (2SMLMV), conforme lo reglado en el Acuerdo No. 2222 de 2003 emanado de la Sala Administrativa del Consejo Superior de la Judicatura, el cual modificó el acuerdo 1887 de la misma anualidad.”

La Sala confirmó la providencia apelada que negó la pretensión.

Rad. 007 2012 00419 01 (21 04 2016) Acta 44. M.P. Dr. José Antonio Cruz Suárez

=====
=====

Sala Laboral

INDEMNIZACION POR DESPIDO INJUSTO. Contrato de trabajo a término indefinido. Empresa de empleos temporales. Solidaridad

“En virtud de lo expuesto, se tiene que la prestación de servicios que realizaba la actora en beneficio de la entidad demandada, CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P., desbordó los límites previstos por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990, por lo cual, se considera a ésta como la empleadora directa, toda vez que la reiteración de dicha contratación, va en contravía de las expresas situaciones permitidas, por la normativa en mención; y, a la empresa de servicios temporales, como deudora solidaria de todas las obligaciones laborales consecuentes, según el numeral 3o del artículo 35 del C.S.T.

Al quedar establecido que debido a la forma de contratación utilizada por la entidad demandada, en relación con la actora, éstas, van en contravía de las situaciones permitidas en la norma antes expuesta, en consecuencia, la demandante tuvo a la empresa usuaria como directo empleador, en este caso, CIUDAD LIMPIA S.A. E.S.P. y, la empresa de servicios temporales SOLUCIONES INMEDIATAS S.A., como deudora solidaria, de todas las obligaciones laborales, siendo el contrato a término fijo.

INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO INJUSTO

Al quedar establecido que, el contrato que ligó a las partes era a término indefinido, entra la Sala a estudiar la indemnización por despido injusto.

Cabe resaltar que desde los pronunciamientos del Tribunal Supremo del Trabajo como de la Sala de Casación Laboral de la Corte, han considerado que al trabajador sólo le basta con demostrar el hecho del despido, y al empleador demandado que aspire a salir adelante

ante la declaración y/o condena pretendida por su antiguo trabajador, debe acreditar que éste incurrió en una conducta contraria a las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales acordadas previamente, que ameriten su despido unilateral por justa causa.

En torno a lo anterior, la Corte Suprema de Justicia ha sentado su criterio reiterado en diversos pronunciamientos que no hay lugar a variar, como por ejemplo en el de 11 de octubre de 1973, cuyo texto pertinente es:

"La jurisprudencia tanto del extinguido tribunal supremo como de ésta Sala, ha considerado que al trabajador le basta con demostrar el hecho del despido, y que al patrono corresponde probar su justificación. Y es natural que así sea, pues el trabajador debe demostrar que el patrono no cumplió con su obligación de respetar el término del contrato, y este último para exonerarse de la indemnización proveniente de la rescisión del contrato, debe comprobar que dejó de cumplir su obligación por haberse producido alguna de las causales señaladas en la ley (...)"

En igual sentido, el 20 de enero de 1995, radicado 7022, sostuvo que:

Reitera la Sala que probado el despido por el trabajador, es al empleador a quien incumbe la carga de la prueba de su justificación. Además, en el presente caso se aportaron las incapacidades expedidas por el Instituto, con lo que se pone de manifiesto la justificación de la ausencia, <sin que sea menester exigir al demandante, como lo pretende la censura, una carga probatoria adicional, que contrario a lo que afirma, sí la cumplió sin estar obligado a ello...".

La demandante demostró el despido por parte del empleador o su representante, pues, acompañó al plenario comunicación del 12 de agosto de 2010, donde le informan la terminación del contrato de trabajo, aduciendo que "la labor por la que fue contratada había finalizado" (fl 243-244), causa que no resulta encuadrar en alguna de la justas causa consagradas en el ordenamiento jurídico laboral (artículo 7 Decreto 2351 de 1965, modificatorio de los artículos 62 y 63 del CST), más si se tiene en cuenta que el contrato que ligaba a las partes en realidad era a término indefinido.

En lo que respecta al monto de la indemnización solicitada se encuentra estipulado en el inciso 4º numeral 2 literal a del artículo 64 del C.S.T.

Tiene derecho la demandante a 30 días de salarios por el primer año de servicios y a 20 días de salario adicionales por cada año de servicios subsiguientes al primero y proporcionalmente por fracción.

En ese orden de ideas, como los extremos temporales del contrato van desde el 2 de febrero de 2009 al 12 de agosto de 2010, es decir, le corresponden 30 días de salario por el primer año y en forma proporcional 10.41 días por la fracción de año.

Partimos de la base de que el salario mínimo devengado por la demandante era la suma de \$515.000.00, le corresponde por indemnización la suma de \$693.705.00.

Se descarta, la interpretación hecha por el apoderado del demandante, en el sentido de que la indemnización equivale a 171 días de salario al considerar que el contrato es a término fijo, pues, como se dijo en otro aparte de esta providencia, el contrato era a término indefinido, puesto que la obra era indeterminada y no se estableció un término final para entender que el contrato era a término fijo."

Rad. 008 2011 00839 01 (31 05 2016) Acta 039. M.P. Dr. Carlos Alberto Oliver Gale

SALA PENAL.

ACCION DE REVISION. Caso de suplantación. Resulta procedente la causal de revisión invocada por el hoy accionante, ya que dentro del presente asunto logró demostrarse que el Juzgado al momento de valorar los antecedentes penales del condenado se basó en una prueba que si bien en ese momento no podía predicarse falsa, se demostró que dicho antecedente en realidad no correspondía al hoy accionante, ya que se trató de un caso de suplantación como se demostró en precedencia.

“Descendiendo al caso concreto se tiene que efectivamente el Juzgado Primero Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali mediante sentencia No.6 de febrero 7 de 2013 condenó al señor J E M a la pena principal de 33 meses de prisión al hallarlo responsable del delito de HURTO CALIFICADO AGRAVADO, habiéndosele negado la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

Providencia en la que se anotó que el señor M no era derecho a la diminuyente del artículo 268 del Código Penal, toda vez que registraba antecedente penal vigente, más concretamente sentencia del 7 de junio de 2012 proferida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali por el delito de hurto agravado dentro del radicado 76001-6000-193-2012-08434-00.

Ahora bien, acude el señor M a través de apoderado judicial a la acción de revisión en aras que se invalide de manera parcial la providencia emitida por el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali, ello de conformidad al numeral 6 del artículo 192 de la Ley 906 de 2004, pues considera que dicha sentencia se basó en prueba falsa fundante para su conclusión en lo relativo a la concesión de la diminuyente que consagra el artículo 268 del Código Penal, ya que el antecedente penal que le registraba se trató de un caso donde el hoy accionante fue suplantado, tema que ya fue resuelto, lo que denota que de modo alguno contaba con antecedentes penales al momento de emitirse sentencia en su contra.

Solicitud que como se anotó en audiencia de decreto de pruebas y alegatos finales celebrada el 4 de febrero de 2016 será avalada por la Sala, dado que de las pruebas allegadas por el apoderado judicial del señor J E M, objetivamente se demostró con la prueba documental que sí hubo un antecedente que se le endilgó al hoy accionante con fundamento en una prueba que si bien no es falsa, correspondía a la identidad que otra persona tiene en realidad, que usó el nombre e identificación del señor M, por lo que es evidente que son dos personas distintas, tal y como quedó registrado por los jueces que han actuado en éste proceso, veamos:

Efectivamente el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Cali, mediante sentencia No.59 Bis del 7 de junio de 2012 condenó al señor J E M como autor responsable del delito de hurto agravado a la pena principal de 6 meses de prisión.

Providencia que figuraba como antecedente penal al señor M al momento que el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali lo condenara pro el delito de hurto calificado agravado el día 7 de febrero de 2013 y ocasionó que no fuera derecho a la rebaja de pena establecida en el artículo 268 del código penal.

No obstante lo anterior, según las pruebas allegadas a éste asunto, logró establecerse que en la sentencia emitida por el Juzgado Diecinueve Penal Municipal de Cali se presentó un

caso de suplantación, lo que denota que efectivamente a quien se condenó en ese momento fue a una persona que se hizo pasar por el señor J E M.”

(...)

“De allí entonces que resulte procedente la causal de revisión invocada por el hoy accionante, ya que dentro del presente asunto logró demostrarse que el Juzgado Primero Penal Municipal de Cali al momento de valorar los antecedentes penales del señor J E M se basó en una prueba que si bien en ese momento no podía predicarse falsa, se demostró que dicho antecedente en realidad no correspondía al hoy accionante, ya que se trató de un caso de suplantación como se demostró en precedencia.”

La Sala declaró fundada la acción de revisión e invalidó parcialmente la sentencia.

Rad.000 2015 00306 00 (11 03 2016). Acta 046. M.P. Dr. Orlando Echeverry Salazar

=====

PREACUERDO. Receptación. Posesión de celulares hurtados. En este caso no se estableció por parte de la fiscalía, ni siquiera sumariamente, que con la conducta punible que aquel ejecutó -poseer 26 celulares que previamente habían sido reportados como hurtados, sin que diera explicación de su procedencia- haya obtenido un incremento patrimonial, además que esos objetos fueron incautados y puestos a disposición del Ente Investigador.

“En el caso concreto, la Receptación, tipificado en el art. 447 del C.P., es un delito contra la Eficaz y Recta Impartición de Justicia que en su estructura típica no implica necesariamente la obtención de un provecho económico para el sujeto activo pero que podría generar un incremento patrimonial en él -**ubicándose entonces en la tercera hipótesis planteada en la jurisprudencia citada**-, de tal suerte que la aplicación de la exigencia prevista en el art. 349 del C. de P.P., dependerá de que en la actuación se acredite el aumento patrimonial.

En otras palabras, **serían los hechos objeto de investigación y lo que se determine y acredite en la actuación**, los elementos de juicio para establecer en cada caso en particular si se generó un incremento patrimonial en el sujeto activo, para que se exija el reintegro por lo menos del 50 % del valor equivalente al incremento percibido y se asegure el recaudo del remanente.

En la actuación seguida a J V L no se estableció por parte de la fiscalía, ni siquiera sumariamente, que con la conducta punible que aquel ejecutó -poseer 26 celulares que previamente habían sido reportados como hurtados, sin que diera explicación de su procedencia- haya obtenido un incremento patrimonial, además que esos objetos fueron incautados y puestos a disposición del Ente Investigador.

En ese orden de ideas, y respaldados en la decisión de la Corte, no era procedente en este caso concreto, la exigencia del artículo 349 del C. de P.P., como equivocadamente lo consideró el A quo.

De otro lado, la Sala advierte que si bien, J V L fue capturado en flagrancia el 20 de marzo de 2013, fecha en la que ya estaba vigente la Ley 1453 de 2011, concretamente, el art. 57 que modificó el 301 de la Ley 906 de 2004, norma que en su párrafo indica que la rebaja que se debe otorgar a la persona que haya sido capturada en flagrancia, será de la 1/4 del beneficio, lo cierto es que, en decisión reciente de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, SP2168-2016, rad. 45736 del 24 de febrero de 2016, M.P. Eyder Patino Cabrera, se consideró:

“Lo que parece incomodar al Tribunal es que, no obstante la captura en flagrancia de los procesados, se haya preacordado degradar su forma de participación y la consecuente imposición de una pena que conlleva una rebaja en monto superior al previsto en el párrafo del artículo 301 de la Ley 906 de 2004, según la modificación introducida por el 57 de la Ley 1453 de 2011.

Tal entendimiento es equivocado y si bien en algunas decisiones de tutela adoptadas por esta Corporación, se ha llegado a similar conclusión, consistente en que en casos de flagrancia la mengua a convenir no puede ser superior a la contemplada en la última norma citada, es esta la oportunidad para hacer las precisiones correspondientes.

Cosa distinta ocurre si se hace una negociación sobre los hechos o sus consecuencias, de modo que haya una degradación en la tipicidad, como sería, por ejemplo, eliminar alguna causal de agravación, incluir un dispositivo amplificador o degradar su forma de participación, toda vez que la consecuencia es imponer la pena que corresponda y tenerla como soporte para estudiar los subrogados y sustitutos. Ninguna remisión ha de hacerse a los montos de que hablan los cánones 351 y 352 del estatuto procesal de 2004.

Entonces, hay que tener en cuenta que todo dependerá de lo que las partes acuerden, pues -se insiste- una cosa es que convengan disminución en la cantidad de pena imponible, caso en el cual queda indemne el grado de participación imputado y no se podrá pactar una disminución distinta a la del párrafo del artículo 301, en concordancia con los preceptos 351 y 352 del Código de Procedimiento Penal. Y, otra desemejante es si, como acaeció en esta oportunidad, se hizo un negocio en punto de la tipicidad, degradando el título de la participación, en cuanto la pena será la prevista para el cómplice, con todas sus consecuencias, y ninguna injerencia tiene el límite de rebaja por razón de la captura en flagrancia", (subrayado de la Sala).

Quiere decir lo anterior, que el preacuerdo celebrado entre la Fiscalía 163 Seccional de Cali y el procesado J V L, es legal, motivo por el cual, debe impartírsele aprobación."

La Sala revocó la decisión adoptada por el juzgado e impartió aprobación al preacuerdo celebrado.

Rad.193 2013 08744 00 (27 04 2016).Acta 102. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

=====
=====

PRESUNCION DE INOCENCIA. Lesiones personales culposas. Accidente de tránsito. Compensación de culpas. No fue el actuar del procesado la causa generadora del resultado lesión. Imprudencia de las víctimas.

"El art. 131, lits. b17 y c4 de la Ley 769 de 2002 -Código Nacional de Tránsito-, consagran, respectivamente: "**Multas. Los infractores de las normas de tránsito serán sancionados con la imposición de multas, de acuerdo con el tipo de infracción así: ...Abandonar un vehículo de servicio público con pasajeros" y "estacionar un vehículo sin tomar las debidas precauciones o sin colocar a la distancia señalada por este código, las señales de peligro reglamentarias".**

La fiscalía no logró demostrar que el procesado (...) haya violado esa normatividad, porque, en síntesis, como ya se indicó, de un lado, las testigos víctimas fueron precisas en afirmar que cuando se subieron al vehículo no estaba el conductor en su interior, tampoco él les autorizado su ingreso -ni siquiera lo conocían o habían visto para el día de los hechos- y mucho menos se haya acreditado idóneamente que el rodante estuviese bajo su exclusivo cuidado, y de otro lado, el Agente de Tránsito señaló que tampoco le constaba esa situación.

Además, fueron aquellas quienes refirieron constantemente que su actuar lo agotaron porque era costumbre ingresar a los vehículos para coger puesto, sin el conductor en su interior, amén que, **hubo contradicción en sus testimonios, porque mientras R M G T afirmó categóricamente que en el lugar solo se encontraba la buseta que abordaron (min. 34:04), P A G T manifestó que habían 6 busetas, incluyendo la que ingresaron (min. 42:09).**

De igual manera, mientras P A G T manifestó que al llegar al lugar le preguntaron a un despachador cuál era la buseta que seguía en turno, R M G T, nada dijo al respecto, es decir, que esa situación también quedó indemostrada, no entendiendo la Magistratura, en

qué momento aquella pudo haberlo preguntado, si ambas fueron precisas en afirmar que se subieron rápido al micro bus para lograr coger puesto por la cantidad de personas que llegaban al sitio.

Para la Sala, de lo consignado en precedencia no le queda duda que fue el actuar imprudente de las víctimas lo que las puso en riesgo. De igual manera, que la costumbre que ambas testigos predicaron, que para la Sala se traduce básicamente en ingresar al rodante sin las debidas precauciones, asumiendo su propio riesgo, se traduce en una razón suficiente para descartar la responsabilidad endilgada al aquí procesado.

En este sentido se consideró por la Jurisprudencia, en sentencia del 20 de febrero de 2008, rad. 26900, M.P. Javier Zapata Ortiz:

"Si bien la "compensación de culpas" no procede en el derecho penal, lo cierto es que, cuando víctima y victimario actúan imprudentemente se incrementa el riesgo permitido, en tales condiciones, tendrá que constatarse cuál de los dos comportamientos, vulneró el deber objetivo de cuidado determinando el resultado antijurídico. Por tanto, si la imprudencia del agente resulta jurídicamente irrelevante y la de la víctima "prevalente", la culpa es exclusiva, "indiscutiblemente", de ésta".

En ese orden de ideas, lo que la Magistratura observa es que no fue el actuar del procesado, la causa generadora del resultado lesión, como tampoco existe prueba que él haya violado el deber objetivo de cuidado.

Para la Sala se logra determinar con claridad meridiana que si se excluye el actuar de las víctimas, jamás se habría ocasionado el resultado lesión aquí conocido, motivo por el cual, tal y como lo argumentó el apelante, no se logró desvirtuar la presunción de inocencia que le asiste a W T V."

La Sala revocó la sentencia del juzgado y absolvió al procesado del delito de Lesiones Personales Culposas.

Rad. 196 2009 0340 00 (25 05 2016). Acta 147. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

=====
=====

PRUEBA. Manejo de la prueba en el Sistema Penal Acusatorio. Exclusión, rechazo e inadmisibilidad de los medios de prueba. Prueba pericial. Prueba documental. Reconocimiento por medio de fotografías o videos. Admisión de álbumes fotográficos entrevistas, noticias criminales e informes de investigación de campo.

Si bien las noticias criminales, informes de investigador de campo, entrevistas, así como los formatos de captura en flagrancia, acta de incautación de elementos, derechos del capturado, constancia de buen trato, y el arraigo socio-familiar, ontológicamente tienen la apariencia de documentos, estos por no tener un contenido representativo sino declarativo, deben regirse por las reglas de la prueba testimonial.

Conducta punible: Concierto para Delinquir Agravado, Secuestro Simple, Hurto Calificado Agravado y Utilización Ilegal de Uniformes e Insignias.

"En primer lugar, debe establecerse como premisa jurídica indubitable que la estructura probatoria del sistema penal acusatorio, aparece definida entre otras disposiciones en los artículos 250 numerales 3, 4 y 9 de la Constitución Política, referidos a la custodia de los elementos materiales de prueba e información legalmente obtenida como deber a cargo del ente instructor hasta que sean llevados al juicio oral con el objeto de incorporarlos como prueba; el segundo artículo, consagra el deber de la Fiscalía cuando decida acusar, de descubrir los elementos materiales de prueba, evidencia física e información legalmente obtenida de que tenga noticia, incluidos los que sean favorables a la defensa y la última disposición consagra por primera vez la Constitucionalización de los principios que rigen la prueba en el sistema procesal penal, tales como la oralidad, publicidad, contradicción, intermediación y concentración, normas superiores desarrolladas por el Código de

Procedimiento Penal en los artículos 9, 12, 15, 16,17, 18, 254 y ss., 273, 275, 373, 378, 379, 402 etc.

Esta estructura probatoria corresponde a un sistema adversarial, de partes enfrentadas, donde cada una tiene asignada una responsabilidad para sustentar probatoriamente su propia Teoría del caso y se exige una actitud diligente, responsable y comprometida, siendo un espacio en donde la dialéctica de la ley de los contrarios empieza a delinear y dibujarse desde la audiencia de formulación de acusación, se depura en la audiencia preparatoria y se materializa en la audiencia de juicio oral; trámite en el cual las partes actúan en un plano de igualdad, lealtad, en el que se requiere un comportamiento prístino, transparente, honesto y diligente, siendo el juez de conocimiento un tercero imparcial, ante el cual las partes practican la prueba testimonial y pericial, solicitando la incorporación de evidencias, resolviendo las objeciones planteadas así como las solicitudes de rechazo, exclusión o inadmisión que presenten las partes y/o el agente del Ministerio Público, para finalmente luego de escuchados los alegatos de conclusión emita el sentido del fallo que en derecho considere viable, resolviendo a favor de una de las dos pretensiones enfrentadas.

Así las cosas, podemos sostener sin lugar a dudas, haciendo un análisis desde la sentencia hacia la acusación, que el juez de conocimiento **no podrá valorar** aquellas pruebas que **no hayan sido debidamente practicadas o incorporadas** en el juicio oral en su presencia. Y a su vez **no podrán practicarse o incorporarse** en el juicio oral, **aquellas pruebas que no hayan sido decretadas en la audiencia preparatoria** o excepcionalmente en el juicio oral (previos unos requisitos legales). Y tampoco podrán decretarse aquellas evidencias que no hayan sido **descubiertas, enunciadas, solicitadas y establecida su legalidad, pertinencia, conducencia y utilidad en su debida oportunidad**, siendo esta la razón por la cual el art.359 del CPP, prescribe la posibilidad de que el juez de conocimiento rechace, excluya o in-admita las pruebas solicitadas por las partes, como un control direccionado a que el fallo, sea producto de las pruebas legalmente decretadas y practicadas en el juicio oral, trámite que por excelencia debe realizarse en la audiencia preparatoria, que constituye la fase previa de depuración probatoria.

Ahora bien, bajo la ritualidad de ley 906 de 2004, cada medio de conocimiento tiene específicamente regulada la forma de aducción o práctica en la audiencia de juicio oral y reglas específicas de valoración, quedando claramente diferenciada la prueba testimonial o pericial de la prueba documental, pues las primeras se rigen bajo las reglas de la prueba testimonial y pericial, artículos 389, 390, 391 y siguientes, aunado a los artículos específicos de la prueba pericial como tal, reglada en los artículos 405 y siguientes, existiendo unas instrucciones precisas para el interrogatorio al perito, según se desprende de los arts. 417 y siguientes, cuya valoración se rige por los artículos 404 y 420.

A su vez la prueba documental, constituye un elemento material de prueba de los enlistados en el art.275 literales e, f y g de la ley 906 de 2004, la cual tiene reglas específicas distintas a cualquier otro elemento material de prueba por el **carácter representativo de su contenido**, así las cosas, estos elementos siempre ingresan al juicio a través de un órgano de acreditación, que debe ser con quien se establece la autenticidad extrínseca del documento, esto es del contenedor, del soporte material, para acreditar ante el juez de conocimiento el origen y la inalterabilidad del mismo, pero la parte interesada en esta prueba, a su vez, debe acreditar la autenticidad del contenido de tipo representativo, a través de los medios de prueba que estime pertinentes, de tal suerte que la prueba documental se regula conforme a los artículos de la cadena de custodia 254 y siguientes, así como los artículos 424 y siguientes de la misma ley procesal penal referida.

En este orden de ideas, existe un debido proceso probatorio por lo que en caso de no presentarse o incorporarse los medios de prueba a través de las reglas señaladas por la ley deben inadmitirse o no valorarse, en el hipotético evento de haber ingresado sin acatamiento de las normas legales de la prueba, tal como claramente lo ratificó la H. Corte Suprema de Justicia en el radicado 30.214 de 2008, en un caso de accidente de tránsito donde se incorporaron en la audiencia de juicio oral las bases de opinión pericial relativas a las lesiones y al problema mecánico por fallas en los frenos de la buseta, elementos que ingresaron con el investigador y no concurrieron los peritos que las suscribieron para explicar no solo su idoneidad para llegar a tales conclusiones, sino el procedimiento, los principios, equipos, instrumentos y técnicas empleadas; evento en el cual se casó el fallo condenatorio, cuya absolución se sustentó en no haber acatado el debido proceso probatorio, para acreditar legalmente cada uno de los elementos del tipo penal, pues se confundió prueba documental con prueba pericial.

Por otra parte, es conveniente recordar que el concepto de prueba documental está necesariamente ligado al testigo de acreditación quien debe ser interrogado sobre e) mismo para lograr su introducción, toda vez que por su intermedio se realiza el proceso de identificación, reconocimiento y cadena de custodia, para clarificar al juez de conocimiento que dicho documento es lo que la parte sostuvo que es, que no ha sido alterado, ni cambiado, que se encuentra en las mismas condiciones, y en el caso de fotografías, imágenes, videos o similares, adicionalmente debe acreditarse que el contenido de tales documentos representan fielmente los elementos que fueron ubicados, fijados y recolectados.

De ahí la importancia de resaltar la modificación introducida al artículo 429 inciso 2o ídem por Ley 1453 de 2011 art.63, en virtud de la cual se autoriza el ingreso de documentos cuando concurre el investigador que participó en el caso o con quien recolectó o recibió el EMP o EF, por lo que ya no es exigible que deban incorporarse necesariamente con el investigador que directa y personalmente la recolectó, sino que pueden aducirse con otro investigador que haya estado en el procedimiento y ofrezca confiabilidad de que dicha evidencia es lo que la parte afirma que es.

CASO CONCRETO:

Se ha precisado que dentro de su sistemática, el Estatuto de procedimiento penal en el artículo 357 faculta al juez para **decretar "...la práctica de las pruebas solicitadas cuando ellas se refieran a los hechos de la acusación que requieran prueba, de acuerdo con las reglas de la pertinencia y admisibilidad previstas en éste Código..."**, lo cual significa que en su labor, el administrador judicial deberá consultar las reglas que rigen la materia teniendo presente que las partes y el Ministerio Público se encuentran facultados para solicitar la **exclusión**, rechazo o inadmisibilidad de los medios de prueba en el entendido que **se excluyen las evidencias ilícitas o ilegales, se rechazan aquellos medios cognoscitivos que no hayan sido descubiertos y/o lo fue de manera incompleta, y se inadmiten las que resulten "inadmisibles, impertinentes, inútiles, repetitivas o encaminadas a probar hechos notorios o que por otro motivo no requieran prueba"** - artículo 359-2-

En el caso de la exclusión, entonces, el Juez debe verificar si la prueba ha sido conseguida a través de un procedimiento ilegal, que conlleve a la afectación o restricción de un derecho fundamental de celosa protección, pudiendo la Sala advertir lo desatinado del argumento expuesto por la defensa de la acusada A L H M, que huérfana de sustento insinúa que el recaudo de los álbumes fotográficos no se hizo conforme a los presupuestos legales.

Siendo como es, que las órdenes a policía judicial impartidas por el fiscal de conocimiento en desarrollo de los ítems trazados en el plan metodológico, no son objeto de descubrimiento, constituyen en una herramienta diseñada para una mejor organización de la investigación en función de los objetivos a desarrollar, entre los que se encuentran las actividades dirigidas a la plena individualización de los autores y partícipes del delito, como en efecto ocurrió en este asunto en el que a través de la elaboración de sendos álbumes fotográficos se obtuvo la plena individualización e identificación de los presuntos responsables del concurso de delitos enrostrados.

Orden dada a policía de la que incluso se entregó copia a la contraparte sin estar la fiscalía obligada a hacerlo y que, de acuerdo con la intervención de la funcionaria Delegada en la audiencia, demandaba la individualización e identificación de todas las personas que integran la organización delincinencial de la que tiene conocimiento, se dedicaba al hurto de vehículos y su posterior venta, orden que desde luego comprendía todas aquellas actividades dirigidas a lograr dicho propósito, tal como lo es el reconocimiento fotográfico a través de la construcción de álbumes fotográficos, al tenor de lo dispuesto en el artículo 252 adjetivo penal.

Para el caso de la señora H Q, se elaboraron dos (2) de los cuales, como muestra de lealtad del ente requirente, se entregó copia a color a la defensa cuyas imágenes, como lo constata la fiscalía, responden a personas con características y rasgos similares a los de ella como indiciada (acusada), cumpliéndose así con las exigencias del artículo 252 C.P.P; medio que fue de suma importancia para su identificación, sin querer decir que ello la hace responsable pues, su presunta participación en los hechos delictivos será objeto de discusión en el juicio al que están convocadas las víctimas como testigos de cargo, a quienes la defensa tendrá la oportunidad de contrainterrogar sobre las incongruencias que dice, incurrieron cuando en su momento rindieron entrevista.

Identificación que no tuvo lugar a través de reconocimiento en fila de personas como lo reclama la defensa, en el entendido que, precisamente, a raíz de la tarea de individualizar e identificar a las personas a judicializar, es que la fiscalía con apoyo de policía judicial y la colaboración de las víctimas, recurrió al medio permitido por el artículo 252 pues, para ese momento apenas se ejecutaban las primeras actividades tendientes a perfilar la investigación en lo concerniente a la identidad de los presuntos infractores, y a partir de esos señalamientos por medio fotográfico es que se finiquitó el punto; la captura es consecuencia del resultado que arrojó.

Luego, las inquietudes que plantea el recurrente frente al rechazo de los álbumes fotográficos por las diferencias físicas entre las imágenes y la apariencia de la acusada, así como el posible cambio de fotografías, son aspectos que deben de abordarse en desarrollo de la audiencia de juicio oral donde, por una parte, el ente acusador en aras de establecer la legitimidad de dicho acto de investigación y determinar la autenticidad de dicho documento de carácter representativo y así acreditar su confiabilidad y fortalecer su valor suasorio, realizando el interrogatorio de rigor y autenticándolo con el respectivo órgano de acreditación; y de otra, la defensa en ejercicio del contrainterrogatorio tendrá la oportunidad de hacerle ver al juez de conocimiento las posibles diferencias físicas entre las personas que integran los respectivos álbumes, así como el procedimiento empleado para su elaboración, pudiendo en los alegatos de cierre exponer los argumentos que, anticipadamente, se permitió traer al escenario de la preparatoria.

A igual conclusión llega la instancia respecto de lo pedido por la defensa de la también acusada L F Le Mo, en cuanto sean inadmitidas las noticias criminales (denuncias), entrevistas e informes de policía judicial, toda vez que, según su entender, errado por demás, su ingreso al juicio fue autorizado como prueba directa.

Si bien las noticias criminales, informes de investigador de campo, entrevistas, así como los formatos de captura en flagrancia, acta de incautación de elementos, derechos del capturado, constancia de buen trato, y el arraigo socio-familiar, ontológicamente tienen la apariencia de documentos, estos por no tener un contenido representativo sino declarativo, deben regirse por las reglas de la prueba testimonial, toda vez que en ellos se consigna la forma como ocurrieron los hechos, se materializó la captura, sitio, hora, identificación de la persona aprehendida, el delito que se le endilga, sus generales de ley, los nombres de las personas a las que se llamó para enterarlos de tales hechos y de quienes conviven e integran su núcleo familiar, así como todos los datos sobre las evidencias incautadas - donde estaban ubicadas, personas que intervinieron, etc-; por lo que dichos formatos o actas contienen la declaración de la víctima (en el caso de la noticia criminal) o del agente captor o del policía judicial a cargo de la investigación sobre la forma como se llevó a cabo tal procedimiento (en los otros ejemplos).

De ahí que tales documentos no puedan tener el tratamiento de prueba documental sino testimonial, pues toda la información contenida en ellos ingresa al juicio a través de la declaración de la víctima, el agente captor o el funcionario de policía judicial que la suscribe, según el caso, para facilitar a la contraparte la contradicción y confrontación sobre tales procedimientos u actos de investigación realizados en la etapa previa a la fase del juicio, pues de lo contrario, aceptar su ingreso como prueba documental sería una forma velada de conservar el instituto de permanencia de la prueba vigente en Ley 600 de 2000 y proscrito en el sistema acusatorio, además de vulnerar las reglas de la práctica probatoria. Siendo así las cosas, no resulta factible permitir su ingreso de manera directa y autónoma, salvo las excepciones de la prueba de referencia y la prueba anticipada.

En este caso, la juez de instancia hizo la precisión que para la fiscalía acreditar su teoría del caso traerá prueba de naturaleza documental que guarda relación directa o indirecta con los hechos que enervan la acusación, la cual se empleará dentro de los estrictos cauces trazados por la jurisprudencia, utilizarla (noticias criminales, entrevistas e informes) para refrescar la memoria del testigo, impugnar su credibilidad o en el supuesto evento que concurren los presupuestos para aducirla como prueba de referencia. Se trata, básicamente, de información que constituye el cimiento de la investigación llevada a cabo por policía judicial bajo la dirección de la fiscalía; luego riñe con la realidad procesal la afirmación de la defensa, según la cual dichos elementos de contenido declarativo fueron admitidos a la contraparte como prueba directa y autónoma.

Ahora, distinto es que llegado el escenario del juicio oral la defensa pueda mostrar oposición a la introducción de uno cualquiera de los elementos probatorios enunciados (documentos), en caso que no se haga con la técnica debida o no se cumpla con el propósito por el cual

se permita la exhibición del mismo; esto es una eventualidad diferente que de llegar a presentarse, bien podrá discutirse en ese momento, y no en esta etapa que de ningún modo podría anticiparse o entrar a suponer lo que pueda acontecer en la práctica probatoria.

Como última consideración sea del caso exhortar a las partes, especialmente a la bancada de la defensa, para que asuman su compromiso profesional con entera lealtad y transparencia, evitando maniobras dilatorias a efectos de impulsar y tramitar con la mayor celeridad y diligencia que demanda el ordenamiento jurídico penal, el proceso de marras con la decisión que en derecho corresponda.”

Rad. 000 2015 00308 00 (18 04 2016). Acta 118. M.P. Dra. María Consuelo Córdoba Muñoz

=====

RETRACTACION. Declaración de menor víctima. Prueba a través de la cámara Gesell. Si el testigo varía el contenido de una declaración en una intervención posterior, o se retracta de lo dicho, ello en manera alguna traduce que la totalidad de sus afirmaciones deben ser descartadas.

Conducta punible: Acceso Carnal Violento Agravado.

“Ahora bien, se aprecia en el registro de video de la diligencia, la reticencia y temor que al menor le producía estar en el lugar, pues durante el tiempo que duró la práctica de la prueba expresaba "*miedo a ser multado*"; pese a que en varias ocasiones los presentes le explicaron que ello no ocurriría, no fue posible convencerlo de lo contrario, incluso cada vez se mostraba más intranquilo, circunstancia que derivó en la suspensión de la diligencia; situación que también fue advertida por el A quo, al señalar como el menor intentó agredirlo.

Del mismo modo debe tenerse en consideración que al momento de su declaración en cámara Gesell, G.M.H., tenía 17 años de edad, es decir que habían transcurrido alrededor de 3 años del episodio traumático, indicando con su comportamiento que la evocación de tales acontecimientos generaba en el menor un estado de alteración que corresponde a lo señalado por el Psicólogo Perito en el año 2009, al sostener que tiene sentimientos revictimizantes, pudiendo concluir esta instancia, que los mismos persistían al momento de la prueba.

Aunque el menor indicó que había mentido en las declaraciones iniciales, expresando diferentes motivos para ello, los cuales iban desde llamar la atención de su madre, hasta hacerle daño al acusado, tales atestaciones tuvieron un halo de temor, tristeza y agresividad, el cual se insiste, fue evidente durante toda su declaración.

En este orden de ideas, la retractación de la víctima respecto a lo manifestado inicialmente, no conlleva a que se descarte el valor probatorio de lo primero, toda vez que al valorar las pruebas en su conjunto se establece con claridad la existencia de los hechos, así como la responsabilidad penal del señor J E M V, basta analizar los resultados de los exámenes sexológico y psicológico, las manifestaciones del ofendido, de los padres y de la señora F S P, a quienes relató de manera consistente y directa las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que ocurrieron los hechos, y quienes a su vez las expusieron sin contradicción alguna en el juicio oral.

Así las cosas, la Sala comparte la apreciación realizada por el funcionario de primer grado, dado que la versión rendida por el menor y el señalamiento directo que realizó desde un principio en contra del señor M V son dignos de credibilidad y pese a las manifestaciones expresadas por el adolescente en la cámara Gesell, se tiene que las mismas fueron vertidas bajo un estado de alteración que se reflejó en el estado anímico del deponente, lo cual invariablemente afectó la logocidad y coherencia de sus dichos.

Así las cosas, ningún reparo tiene la Sala para frente a la sentencia proferida en primera instancia, no quedando otro camino que confirmar la decisión emitida por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Cali.”

Rad. 195 2009 01224. (17 03 2016). Acta 70. M.P. Dr. Juan Manuel Tello Sánchez.

=====

=====

RUPTURA DE LA UNIDAD PROCESAL. Ley 600 y Ley 906.

Desacierta la defensa al pretender que una investigación compleja por el número de delitos, entre ellos el Fraude procesal, cuyo recaudo de EMP y EF inició a la luz de las disposiciones que rigen el Sistema penal oral con tendencia acusatorio, tenga que retrotraerse para ser ajustada a las reglas del procedimiento anterior, cuando además de ser opuestas en sus principios rectores y filosofía, ambas son garantistas de un proceso legal y justo siendo incluso, en cuanto al vencimiento de términos y oportunidades procesales, más céleres las consignas de la Ley 906 de 2004.

Conducta punible: Fraude procesal. Falsedad en Documento Privado y Obtención de Documento Público Falso.

“Pretende la defensa se decrete la ruptura de la unidad procesal porque los hechos adecuados típicamente a Falsedad en documento privado y Obtención de documento público falso tuvieron ocurrencia en vigencia de la ley 600 de 2000, norma a partir de la cual, en su sentir, ha de construirse dicha investigación, debiendo continuar por este rito - L906/04- solo lo que compete al Fraude procesal ya que su ejecución y efectos se reputan de su vigencia.

Petición que ya se había presentado en anterior escenario cuando se formalizó la convocatoria a juicio con la sustentación oral del escrito de acusación, oportunidad en la que la defensa ventiló una supuesta causal de nulidad y ahora, persiguiendo el mismo fin - lograr dos investigaciones por cuerdas procesales diferentes-, se vale de la figura de ruptura de la unidad procesal prescrita en el artículo 53 C.P.P, a riesgo de todas las consecuencias jurídicas y costos que para el proceso, y sobre todo para los intereses del acusado, acarrearía una decisión en ese sentido, haciendo caso omiso además, a lo estipulado en el canon 51 ídem sobre la conexidad.

Así, lo que a primera vista se evidencia es que son razones de practicidad y conveniencia las que tuvo la Fiscalía para que el asunto que se adelanta contra el señor AL AZ se tramite por una misma cuerda procesal y bajo la ritualidad de la ley 906 de 2004 pues, de una parte se trata de una serie de comportamientos conexos, unos (ofensivos de la fe pública) ejecutados para facilitar la comisión de otro (Fraude procesal); y de otra, aunque los primeros surgieron a la vida jurídica cuando todavía no estaba en vigencia el sistema penal adversarial, ninguna irregularidad implica el hacerlo del modo que ahora se conoce cuando, además de constituir una excepción a la regla, como lo indica la jurisprudencia de la que se viene haciendo su cita textual, ciertamente los hechos fueron denunciados por la víctima en septiembre 27 de 2012 cuando ya ha avanzado varios años en su vigencia el sistema procesal penal con tendencia acusatorio.

Ello explica la razón por la cual la fiscalía empezó a realizar actos propios de investigación con apego a lo dispuesto en la ley 906 de 2004, que cuando logró recoger un mínimo de elementos materiales probatorios formuló ante la instancia de Control de Garantías la correspondiente imputación (abril 1 de 2014) contra el señor SA AN AL AZ como presunto responsable de las conductas de Fraude procesal, Falsedad en documento privado y Obtención de documento público falso, diligencia en la que él estuvo presente. Luego, en virtud del principio de progresividad en las etapas del proceso y guardando coherencia con los supuestos enrostrados, se presentó escrito de acusación de cuyas líneas se extracta que al mencionado se le investiga porque, presuntamente, actuó el 18 de noviembre de 2005 con un poder espurio para correr en la Notaría 6 de Cali la Escritura pública No.4733 de venta, sobre un bien raíz distinguido con matrícula inmobiliaria 370-262628 del que no tenía disposición, la cual finalmente, en febrero 1 de 2006, se registró ante la dependencia de Instrumentos públicos; luego, bajo la misma ritualidad debe adelantarse el juicio ante el escrito de acusación que se radicara en junio 4 del mismo año.

Época en la que fueron ejecutadas las conductas ofensivas de la fe pública, en la que sin duda se encontraba vigente la Ley 600 de 2000, que si bien es opuesta en su esencia y principios rectores a la Ley 906 de 2004 con base en la cual se ha convocado a juicio, el no adelantarlo al ritmo de sus disposiciones no lesiona los derechos del acusado y de la víctima así como las garantías del proceso pues, resulta de suma importancia insistir en la fecha en que acaeció la noticia criminal, en tanto que la misma, bajo el imperio de la ley 906 de

2004, dio la pauta para adelantar todas aquellas actividades y pesquisas tendientes a dar claridad a los hechos de connotación jurídica e identificar al o los presuntos infractores.

De allí que sea válido afirmar que la esencia está en la época que data la denuncia y la normatividad instrumental bajo la cual, consecuentemente, se iniciaron los actos de investigación, siendo del caso insistir que ambas disposiciones de procedimiento penal (Ley 600 de 2000 y Ley 906 de 2004) se sujetan a principios y reglas distintas que hacen que esta clase de comportamientos sean investigados a la luz de un mismo rito procesal, sin querer decir que una resulta más garantista o favorable que la otra; aconteciendo en el caso sub examine que tratándose de comportamientos conexos -así las falsedades sean de ejecución instantánea y el fraude tenga efectos permanentes en el tiempo- las pesquisas se recaudaron en cumplimiento a los presupuestos que impone la nueva ritualidad procesal penal, luego sobre los linderos de la misma es que ha de darse su impulso. Tanto la denuncia como la comunidad de prueba son conceptos que involucra el tema de conexidad procesal.

Aunque rigen sistemas de procedimiento distintos, cada cual es garantista del debido proceso y con esto, de los derechos que le asisten a quien es sujeto pasivo de la acción represora del Estado; así lo concibió el legislador, por ejemplo, en la Ley 906 de 2004 al decantar como principios rectores, entre otros, de oralidad, inmediación y concentración que hacen que la dinámica de la investigación de un hecho delictivo tenga un desarrollo distinto al anterior Código, aún vigente y cuya característica principal lo es la permanencia de la prueba.

De manera que desacierta la defensa al pretender que una investigación compleja por el número de delitos, entre ellos el Fraude procesal, cuyo recaudo de EMP y EF inició a la luz de las disposiciones que rigen el Sistema penal oral con tendencia acusatorio, tenga que retrotraerse para ser ajustada a las reglas del procedimiento anterior, cuando además de ser opuestas en sus principios rectores y filosofía, ambas son garantistas de un proceso legal y justo siendo incluso, en cuanto al vencimiento de términos y oportunidades procesales, más céleres las consignas de la Ley 906 de 2004.

En estos términos, la Sala da por resuelta la inquietud del recurrente, no encontrando razones para acceder a lo pedido, luego lo que se impone es confirmar el auto recurrido.”

Rad. 000 2014 00542 00 (18 04 2016). Acta 119. M.P: Dr. María Consuelo Córdoba Muñoz

TUTELAS

VIDA DIGNA. SALUD. Derecho fundamental a la salud de los niños, niñas y adolescentes.

“el abuelo cotizante es el medio de ingreso al sistema de salud (general o especial) de su nieto, siempre que éste dependa económicamente de él, y en caso de que el menor no cuente con ninguna otra alternativa de cobertura en el servicio de salud.”

Régimen Especial de Seguridad Social en Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional.

“El actor pretende que, mediante el mecanismo de la tutela, se amparen los derechos fundamentales de su nieto (...), porque, en su criterio, están siendo vulnerados por los accionados al no incluir al menor como beneficiario en el Subsistema de Salud de la Policía Nacional.

En el caso sub examine, se tiene que la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, Seccional Valle del Cauca, resolvió negativamente la solicitud del accionante de que se afiliara a su nieto al Subsistema de Salud de la Policía Nacional, argumentando que el

artículo 24 del Decreto Ley 1795 de 2000 no incluye a los nietos entre quienes tienen derecho a ser inscritos como beneficiarios.

De lo dicho se vislumbra una vulneración a los derechos fundamentales del menor (...), pues actualmente cuenta con más de 9 meses de edad y no ha sido afiliado a ninguno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social para así acceder al Sistema de Salud.

Lo anterior en cuanto a que, por un lado, se tiene que no puede ser beneficiario de su madre, la señora L T B H toda vez que no se encuentra afiliada en el régimen contributivo de salud en calidad de cotizante, pues tiene una pérdida de capacidad laboral estimada en el 71.35%°, lo que le impide sostener vínculo laboral alguno y cotizar de manera autónoma al sistema, estando vinculada al Subsistema de Salud de la Policía Nacional como beneficiaría de su padre, el señor D R B H, de quien también depende económicamente.

Razón le asiste entonces al accionante al sostener que no se configuran los supuestos de hecho para que el menor pueda ser afiliado a un sistema de salud, pues él, al igual que su madre, se encuentran en una relación de dependencia económica respecto de él, como su abuelo y padre, respectivamente, por lo que no pueden afiliarse al régimen contributivo o subsidiado, debido a que, al depender económicamente de otra persona, no poseen capacidad de pago para afiliarse al régimen contributivo y tampoco se encuentran en una situación de pobreza o abandono que les haga posible acceder al régimen subsidiado.

Se tiene, además, que, según lo dicho por el accionante, se desconoce el paradero del padre del menor y que, a través de la Resolución N° 081 del 30 de marzo de 2016, el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar, Regional Valle del Cauca, confirmó la medida de restablecimiento de derechos en favor del menor J S B H adoptada por medio del Auto N° 2122 del 14 de diciembre de 2015, otorgando su custodia y cuidado personal a sus abuelos D R B y R H DE B".

Así, recuérdese que la H. Corte Constitucional en su Jurisprudencia ha dicho que (...) *para extender la cobertura del sistema y reducir el margen de personas desprotegidas, en virtud de la prevalencia de los derechos del niño y de los deberes de solidaridad de la familia, se concluye que el abuelo cotizante es el medio de ingreso al sistema de salud (general o especial) de su nieto, siempre que éste dependa económicamente de él, y en caso de que el menor no cuente con ninguna otra alternativa de cobertura en el servicio de salud.*"

Corte Constitucional, Sentencia T-065 de 2014, Magistrado Ponente Dr. Luis Guillermo Guerrero Pérez

En similar sentido lo ha expresado la Corte de la siguiente manera: "si una persona puede mantener afiliado al sistema a un miembro de su núcleo familiar sin capacidad económica ni otras alternativas de cobertura, especialmente cuando este último se encuentra en una situación de debilidad manifiesta, debe facilitarse el cumplimiento de ese deber de solidaridad, antes que dejar expuesto a ese beneficiario a una total desprotección del servicio de salud." (Sentencia T-456 de 2007 M.P. Alvaro Tafur Galvis) Cfr. T-635 de 2007, M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-015 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Corte Constitucional, Sentencia T-632 de 2013 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

(...)

"Es por lo anterior que, en el caso *Sub Judice*, los derechos fundamentales del menor J S B H están siendo vulnerados por la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, Seccional Valle del Cauca, lo que ha conllevado a que actualmente se encuentre desprotegido en materia de prestación del servicio de salud por no encontrarse afiliado a ninguno de los regímenes del Sistema de Seguridad Social, poniendo en riesgo la salud y el bienestar del menor, atendiendo los riesgos propios de su edad.

Por lo tanto, siguiendo los lineamientos de la Corte Constitucional frente al tema, la accionada tiene la obligación Constitucional de afiliar al Subsistema de Salud de la Policía Nacional al menor, teniendo en cuenta que su abuelo, el señor D R B, se encuentra afiliado a dicho sistema en calidad de pensionado y que tanto su hija como su nieto dependen económicamente de él, agregando que no se tiene conocimiento del paradero del padre del menor.

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE CALI
RELATORIA

BOLETIN 4

2016

En consecuencia, la alternativa para garantizar los derechos fundamentales a la salud y a la seguridad social del menor es su afiliación como beneficiario a través del señor D R B, quien cotiza al Subsistema de Salud de la Policía Nacional

Lo anterior en aras de salvaguardar los derechos fundamentales del infante por ser un sujeto de especial protección constitucional cuyo derecho fundamental en sí mismo tiene un carácter prevalente, por tal motivo, se ordenará a la Dirección de Sanidad de la Policía Nacional, Seccional Valle del Cauca, la afiliación de J S B H al Subsistema de Salud de la Policía Nacional en calidad de beneficiario de su abuelo D R B.”

La Sala tuteló los derechos fundamentales del menor.

Rad. 000 2016 99428 00 (15 06 2016) Acta 203. M.P. Dr. Roberto Felipe Muñoz Ortiz.



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

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

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