



BOLETÍN No. 70

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BARRANQUILLA

ENERO-FEBRERO- MARZO 2021

SALA CIVIL - FAMILIA

M.S: Dr. YAENS LORENA CASTELLON GIRALDO
RADICACIÓN: 08758-31-84-002-2019-00407-01 (00100-2020F TYBA)

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: RESTITUCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES- Oportunidad para interponer este trámite: Debe ser dentro del año del traslado de los menores/ **CONDICIONES DE ARRAIGO-** Fueron constatadas por la visita de la trabajadora social y de los documentos allegados al proceso/

DEMANDANTE: Stephanie Dina Pento Saldarriaga A Través Del Defensor De Familia Del Instituto Colombiano De Bienestar Familiar -ICBF-.

DEMANDADO: Luis Carlos Rodelo De La Hoz

FECHA: Febrero 25 de 2021

Síntesis del caso:

En el presente asunto, la madre de los menores residente en los Estados Unidos por intermedio del ICBF, solicita la restitución de sus menores hijos a ese país, no obstante, el padre solicitó la regulación de la custodia y cuidado personal de los mismos, quien en la respectiva audiencia de conciliación manifestó su intención de no devolverlos a su progenitora.

Extractos:

“Descendiendo al asunto sometido al estudio de la Sala, se tiene que la señora STEPHANIE PENTO inició la restitución ante la Autoridad Central de los Estados Unidos en Washington, país en el que residía con sus hijos CARLOS y DYLAN desde octubre de 2016, por haber sido estos trasladados a Colombia y resistirse su padre a su devolución acordada. Habiendo fracasado la conciliación y por ende los intentos de restitución voluntaria, se dio inicio al trámite judicial, que culminó con sentencia desestimatoria de las pretensiones.

En ese orden, se observa que la demandante eleva varias críticas contra dicho fallo, relativas a la interposición oportuna de la acción, indebida valoración probatoria respecto a la integración de los menores al ambiente en Colombia, así como el proceder del padre y la relación con la madre.

En este orden, la Sala aborda primeramente lo relativo a la iniciación de la acción de restitución, advirtiéndose que el traslado de los niños hacia Colombia ocurrió el 20 de mayo de 2018, y el trámite fue radicado por la señora STEPHANIE ante la Autoridad Central de los Estados Unidos en Washington el 8 de febrero de 2019, quien a su vez la trasladó al INSTITUTO COLOMBIANO DE BIENESTAR FAMILIAR el 11 de febrero de 2019, lo cual fue confirmado por esta mediante correo electrónico del 13 de febrero de ese mismo año.

De conformidad con lo anterior, le asiste razón a la apelante en el sentido que radicó la solicitud de restitución antes de que se cumpliera un año contado a partir de la fecha del traslado de los menores a Colombia, que de todas formas no implica que automáticamente deba accederse a lo pretendido, como bien lo ha estipulado el inciso 2º del artículo 12 del Convenio de La Haya, que reza:

“Art. 12.- Cuando un niño hubiere sido ilícitamente trasladado o retenido en el sentido del artículo 3º y que hubiere transcurrido un período de un año por lo menos a partir del traslado o no regreso antes de la iniciación de la demanda ante la autoridad administrativa o judicial del Estado Contratante donde se hallare el niño, la autoridad interesada ordenará su regreso inmediato.

La autoridad judicial o administrativa incluso si estuviere enterada después del vencimiento del período de un año previsto en el inciso anterior, deberá también ordenar el regreso del niño a menos que estuviere demostrado que el niño se ha integrado a su nuevo medio.

Cuando la autoridad administrativa o judicial del Estado requerido tuviere motivos para creer que el niño ha sido llevado a otro Estado, podrá suspender el procedimiento o rechazar la solicitud de regreso del niño.”

Y fue precisamente esa disposición la tomada en cuenta por la A quo para adoptar su decisión, debiendo entonces remitirnos a los diferentes elementos de prueba que obran en el expediente a efectos de determinar dicha integración.

En ese sentido, milita FORMATO DE VERIFICACIÓN DE GARANTÍA DE DERECHOS

ALIMENTACIÓN, NUTRICIÓN Y VACUNACIÓN, en el que se consignó que ambos niños se encuentran estudiando, están afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud a través de la EPS SALUDTOTAL, describiendo que tienen actitudes y pensamientos acordes a su edad. De igual forma, su padre manifestó que los menores comparten con su familia paterna, esto es, con sus abuelos, tíos y primos, asistiendo a actividades familiares. Valga señalar que el bienestar de los niños fue

ratificado con el testimonio rendido por la madre de la demandante, señora IVONNA SÁNCHEZ SALDARRIAGA, quien al preguntársele en diligencia de “¿Cómo observa usted el estado actual de los niños?”, respondió “No soy una profesional, pero yo los veo muy bien, es lo único que voy a decir”.

Ello fue ratificado por la Trabajadora Social conforme la prueba decretada por la Jueza de primera instancia, concluyendo en su informe que “Dylan y Carlos cuentan con red de apoyo, satisfacción de sus necesidades básicas se les ha brindado un entorno protector y garantía de sus derechos fundamentales a la salud, se encuentran afiliados al SGSS régimen contributivo de salud en la EPS Salud Total; garantía al derecho de la educación, se encuentran escolarizados, Dylan cursa transición y Carlos cursa 2º en la Institución Educativa Glen Doman, garantía al derecho de la identidad”.

En punto a la demostración del arraigo del menor, la H. Corte Constitucional ha expresado:

“La determinación de si un menor se ha integrado o no a un nuevo centro de vida requiere del experticio de especialistas y profesionales idóneos de diversas áreas que permitan conocer su situación emocional y psicológica, único medio para conocer el alcance y la verdadera situación en la que se encuentra viviendo. Además, el uso de la palabra “nuevo” es significativo, y debe comprender el lugar, el hogar, la escuela, las personas, los amigos, las actividades y las oportunidades; no encontrándose allí comprendida la relación con el sustractor, pues se infiere que esta siempre ha existido de manera cercana y cariñosa. Es por ello, que los informes emitidos por los profesionales deben ser tenidos en cuenta como pruebas determinantes a la hora de demostrar el grado de integración del menor”.

Entonces, a pesar que como lo expresa la apelante, el simple paso del tiempo no conlleva per se la integración del menor a este ambiente y que no fueron aportadas pruebas por el demandado, lo cierto es que si militan en el plenario elementos demostrativos al respecto, como son las actas de las visitas sociales practicadas, de las que puede desprenderse su acoplamiento a las condiciones de vida proporcionadas por su padre en Colombia.

Ahora bien, aunque los menores no manifestaron de forma expresa su repudio a volver a los Estados Unidos, como lo alega la opugnante, lo cierto es que CARLOS sí expresó su deseo de permanecer en Colombia con su padre pues “nunca han sido maltratado(s) por él, lo que ha generado confianza y deseo de seguir conviviendo con él. A diferencia de su madre quien le ha pegado con constancia”. Tales manifestaciones coinciden con lo que el demandado expresó aquellos le dijeron, señalando que “cuando los niños llegaron de los Estados Unidos me dijeron a los 2 días, papi nosotros no queremos irnos a Estados Unidos más” y añadió que “los niños dijeron no nos vamos, mi mamá nos deja solos, mi

mamá nos pega”.

Precisamente, sobre la posibilidad de escuchar a los niños no obstante su minoría de edad, se refiere el numeral 2° del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos de los Niños, al establecer que “2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, precepto recogido en el artículo 26 del Código de Infancia y Adolescencia.

Sobre este tópico, la H. Corte Constitucional ha señalado:

“Siguiendo las recomendaciones que emitió el Comité sobre los Derechos del Niño acerca de esta importante garantía, la Corte considera relevante señalar que la opinión del menor de dieciocho años debe siempre tenerse en cuenta en donde la razonabilidad o no de su dicho, dependerá de la madurez con que exprese sus juicios acerca de los hechos que los afectan, razón por la que en cada caso se impone su análisis independientemente de la edad del niño, niña o adolescente.

“Se ha indicado que la madurez y la autonomía de este grupo de especial protección no están asociadas a la edad, sino a su entorno familiar, social, cultural en el que se han desenvuelto. En este contexto, la opinión del niño, niña y adolescente siempre debe tenerse en cuenta, y su ‘madurez’ debe analizarse para cada caso concreto, es decir, a partir de la capacidad que demuestre el niño, niña o adolescente involucrado para entender lo que está sucediendo”.

Entonces, a pesar de la corta edad de los niños, lo cierto es que fueron consistentes en sus relatos, al señalar que su madre los dejaba solos y que les pegaba, siendo descritos por la Trabajadora Social como niños que “reconocen el rol que cada padre ha asumido frente a sus cuidados y la forma en que la han ejercido. Con su madre se observa resentimiento hacia el comportamiento y las situaciones presentadas en su vivir con ella, pero no se muestra desdibujada la figura materna la reconocen como su madre y la aceptan tal y como es”; como consecuencia de lo cual, se considera atinado el análisis hecho al respecto en la sentencia impugnada.

Entonces, no obstante la recurrente se apoya en la sentencia anteriormente citada a efectos de cuestionar la valoración de la opinión de los menores, así como para enfatizar que debe existir su repudio expreso a volver al país del que fueron sustraídos, lo cierto es que de un análisis integral de la misma frente a los supuestos fácticos de este asunto, se desprende que los menores fueron enfáticos en expresar su deseo de permanecer en Colombia, por lo que no se advierte yerro en la valoración que la Juez A quo hizo al respecto.

Igualmente, no existe evidencia que en algún momento el padre quisiera desprenderse del cuidado y crianza de sus hijos, pues si bien la madre viajaba a Estados Unidos en la etapa final de los embarazos, era para proporcionarles la doble nacionalidad y siempre retornaba a Colombia.

Observa la Sala que si bien se alega que los niños retornaron a nuestro país únicamente con un permiso para vacacionar, pero llama la atención que el demandado informara que la madre debía venir en el mes de agosto de 2018 a recogerlos y sufragar el costo de los pasajes de regreso, con lo cual no cumplió e incluso pasaron varios meses sin que se tuvieran noticias de ella, logrando establecerse contacto con la misma solo hasta el mes de septiembre de esa anualidad, en el cual aquella le manifestó que se encontraba en República Dominicana para realizarse una cirugía, la cual según lo manifestado en diligencia de testimonio por su bisabuela, señora ELVIA SALDARRIAGA, era de carácter estético y sin constancia que con posterioridad la madre viajara a establecer nuevamente contacto con sus hijos, siendo que ella cuenta con doble nacionalidad que le permite ingresar sin restricciones a Estados Unidos y Colombia.

También resulta relevante que el demandado declaró que no conocía las verdaderas intenciones de la progenitora al momento de otorgar el permiso, declarando el señor LUIS CARLOS que “ella siempre me dijo que me estaba solicitando, que ella estaba haciendo la solicitud de visa para que yo residiera con mis hijos”, lo que se corrobora con lo atestiguado por IVONNA SÁNCHEZ SALDARRIAGA, sobre las situaciones al momento del traslado de los niños a Estados Unidos, manifestando la deponente que la madre “empezó cuando llegó aquí a desahogarse y decirme lo que había sufrido en esos años con Luis Carlos y que los planes eran radicarse aquí en Estados Unidos con sus hijos y ponerse a trabajar y estudiar” y añadió que “Ella se vino fugándose y cuando llegó aquí se desahogó y dijo mami yo me quiero quedar aquí, yo no quiero regresar”.

Ahora, si bien no desconoce la Sala la importancia de las manifestaciones de la señora STEPHANIE respecto a haber sido víctima de violencia intrafamiliar por parte del señor LUIS CARLOS cuando eran pareja, aportando denuncia instaurada en su contra el día 16 de septiembre de 2016, así como de diferentes imágenes de chats sostenidos con él, la mayoría de ellos sin fecha y otros que datan del 25 de junio y 1 de agosto de 2017, y de la incapacidad que le otorgó el INSTITUTO DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES el día 19 de septiembre de 2016, lo cierto es que se trata de situaciones que solo han sido alegadas en este proceso, sin que se tenga constancia de los resultados de la denuncia incoada por la demandante, siendo dicho acto insuficiente para demostrar tales hechos de violencia. En todo caso, adviértase que los padres cuentan con la posibilidad de adelantar las acciones pertinentes respecto a la custodia de los menores, debiendo sopesarse en dicho escenario las consecuencias legales de tales

hechos.

De todas formas, lo cierto es que en este escenario se busca la primacía de los intereses de los niños, quienes por su parte manifestaron sentirse protegidos por su padre, quien no los deja solos ni maltrata o golpea, actitudes que sí relataron respecto a su madre, como se expuso líneas arriba.

Además de lo expuesto, es oportuno enfatizar que tal y como lo argumentó el demandado al descorrer el traslado del presente recurso, la Juez A quo no solo encontró demostrada la excepción contenida en el inciso 2º del artículo 12 del Convenio de La Haya, sino también la estipulada en el literal b del artículo 13 de dicho Estatuto, que reza:

Art.13.- No obstante las disposiciones del artículo anterior, la autoridad judicial o administrativa no estará obligada a ordenar el regreso del niño cuando la persona, institución u organismo que se opusiere a su regreso probare:

(...)

b) Que existe un grave riesgo que el regreso del niño no lo someta a un peligro físico o psíquico o de cualquier otra manera no lo coloque en una situación intolerable.

En torno a ello, se tiene que durante la visita social realizada a los niños ambos manifestaron que la señora STEPHANIE los dejaba al cuidado de un señor de nombre JAIME, y que no estaban seguros de si era su abuelo, documentándose que CARLOS expresó "con su respiración acelerada y mirada de tristeza (...) que el abuelo Jaime le tocaba "las partes íntimas a Dilan" tema del cual no quiso seguir hablando, no quiso indicar mediante dibujo la parte exacta a la que él se refería", mientras que DYLAN afirmó que "el señor Jaime le tocó sus partes íntimas en varias ocasiones".

Por su parte la demandante al ser indagada sobre quién es el señor JAIME, relató que "Fue pareja de mi mamá durante 4 años, pero ya no están juntos, ellos le tenían mucho amor al señor Jaime, le decían abuelo" y añadió que "eran vecinos míos, ellos vivían en la casa de al lado", aunado a lo cual aceptó haber dejado a los niños bajo su cuidado, indicando "yo trabajaba en un preescolar y durante el verano no hay trabajo en el preescolar, entonces yo tenía un trabajo medio tiempo que trabajaba de noche desde 11 de la noche hasta las 2 de la mañana y durante ese período mi mamá me cuidaba a los niños en su casa con el señor Jaime".

Así las cosas, si bien no logró ahondarse en el decurso del proceso sobre el relato de los menores al respecto, lo cierto es que coincide con lo dicho por su madre frente a la existencia del señor JAIME y el rol que jugaba en sus vidas en los Estados Unidos, llamando la atención que no existió coincidencia entre el relato

de la señora STEPHANIE, su madre IVONNA y su abuela ELVIA, en torno a quién se quedaba a cargo de los niños, pues a pesar de que las dos primeras narraron que la señora IVONNA cuidaba en ocasiones a los menores en compañía del aludido señor, la última afirmó que fue ella quien ejerció ese papel de cuidadora de forma exclusiva.

Es oportuno entonces reiterar que si bien no se ignoran los graves hechos de violencia que presuntamente cometió el señor LUIS CARLOS contra la señora STEPHANIE, lo cierto es que también se tiene registro en el proceso de posibles abusos a los que pudieron ser sometidos los menores mientras se encontraban conviviendo con su madre en los Estados Unidos, como consecuencia de lo cual es necesario sopesar tales aseveraciones, debiendo siempre primar los intereses de los menores de edad. Aunado a ello, es menester recordar que la decisión aquí adoptada no obsta para que los progenitores inicien las acciones sobre custodia y patria potestad que estimen pertinentes, como bien lo ha precisado la H. Corte Constitucional en asuntos similares, así:

“Para finalizar, es importante resaltar que este tipo de decisiones no tienen por objeto dilucidar cuál de los progenitores se considera o resulta más apto para ejercer la guarda o tenencia del menor. La finalidad de estas actuaciones corresponde al otorgamiento de soluciones urgentes enfocadas en restablecer el statu quo del menor sustraído o retenido ilícitamente. Dicho objetivo, no constituye un impedimento para que los padres discutan las cuestiones inherentes a la custodia por las vías procesales pertinentes(...)”.

En ese orden de ideas, considera la Sala que no están llamados a prosperar los argumentos esgrimidos por la parte demandante tendientes a enervar los efectos de la sentencia, teniendo en cuenta que durante el proceso fueron los mismos niños quienes se encargaron de expresar haber sido presuntamente sometidos a una situación que vulnera flagrantemente sus derechos, y que impide acceder a la restitución deprecada por la madre. Y, si bien la opugnante cuestiona que ambos menores se hayan referido al hecho con similares palabras, no existe evidencia en el plenario que denote fueron inducidos a ello.

Además, a pesar de que se duele la recurrente de que la Juez de primera instancia fue la encargada de la carga de la prueba, habida cuenta el demandado no contestó la demanda, frente a ello valga anotar que en aplicación del artículo 169 del C.G.P.22 el Funcionario Judicial se encuentra plenamente facultado para decretar de oficio las pruebas que considere pertinentes a efectos de esclarecer el asunto sometido a su consideración, en especial en este tipo de casos en los que se encuentran involucrados derechos de los niños.”

DECISIÓN: Confirma decisión apelada.

M.S: Dra. GUIOMAR ELENA PORRAS DEL VECCHIO
RADICACIÓN: 08-001-31-03-013-2009-00162-01/ Número Interno: 42849

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: HISTORIA CLÍNICA- Su análisis debe ser objetivo/ CARGA DE LA PRUEBA-La parte actora no trajo al plenario elementos de juicio que sacaran avante la declaratoria de responsabilidad de los galenos demandados

DEMANDANTE: Mauricio Guio Ibáñez, Lira Alicia Cervantes Suárez, Diego Mauricio Guio Cervantes y Andrea Carolina Guio Cervantes

DEMANDADO: Asociación Clínica Bautista, la empresa de medicina Prepagada Colmédica SA y Carlos Jaller Raad

Síntesis del caso:

En el presente asunto, se estudia la alzada contra la sentencia desestimatoria de las pretensiones de declaratoria de responsabilidad civil en la atención médica y asistencial prestada al occiso, en el postoperatorio inmediato de la axiloetmoidectomía más septoplastia más turbinoplastia bilateral practicada a fin de corregirle sinusitis crónica, desviación septal e hipertrofia de cornetes.

Extractos:

“Los argumentos capitales de los recurrentes, se basaron en la falta de valoración de la juez A quo, en relación a las pruebas que daban cuenta del ineficiente monitoreo que se le realizó al señor Mauricio Guio Ibáñez una vez finalizó la referida intervención quirúrgica, y que conforme su aserto impidió que se advirtiera de manera temprana la complicación que tuvo como consecuencia un daño cerebral irreversible del paciente.

Pero además de ello, insistieron en la omisión del cirujano, consistente en no brindar una información debidamente anticipada que le permitiera al paciente asumir de manera consciente los riesgos que con la cirugía se podían materializar. Así mismo, hicieron hincapié en la intubación tórpida, en la falta de una UCI disponible en tiempo real y en la inexistencia de una secuencia cronológica dentro de la historia clínica que permitiera conocer qué atención se brindó en el periodo transcurrido entre el paro cardiorespiratorio y el ingreso a UCI.

2.2. Siendo procedente tal ataque panorámico a la valoración de las pruebas, se expresa que es deber de esta corporación, realizar un nuevo análisis de la masa de elementos materiales de convicción, a efectos de determinar si de ellos se deriva la culpa de los demandados, o de uno de ellos, en relación con los servicios médicos asistenciales prestados al señor Mauricio Guio Ibáñez.

2.2.1. Inicia la Sala precisando que de ninguno de los dictámenes periciales allegados se desprende con exactitud la causa del paro cardiorespiratorio sufrido por el señor Guio Ibañez, que derivó en la ya mencionada encefalopatía hipóxica.

Son 3 los documentos científicos que dan cuenta de lo ocurrido.

Dos de ellos fueron suscritos por el otorrinolaringólogo Álvaro García Montalvo, quien contestó interrogantes de apoderados de ambas partes y precisó ante la última pregunta del apoderado de la parte pasiva, que la manifestación clínica del paciente pudo estar relacionada con una reacción idiosincrásica impredecible, evento que previamente había definido como una "reacción determinada genéticamente y aparentemente anormal que algunos pacientes presentan frente a un fármaco, y que para lo cual no hay una explicación determinada", resaltando su carácter multifactorial.

La idiosincracia, según reportó el experto, está relacionada con alteraciones genéticas, inmunológicas o adquiridas del propio paciente que lo hacen propenso a reacciones adversas.

El otro documento obrante en el informativo es el suscrito por el Comité Técnico Científico de la Clínica Bautista, conformado por el subdirector médico asistencial de la mencionada institución, un intensivista, un médico de UCI, tres auditores médicos y tres anestesiólogos que trataron al paciente en mención. En él se establece como posibles causas del paro cardiorespiratorio, "una obstrucción de la vía aérea en contexto de paciente con anatomía de cuello corto micrognatia y retrognatico con mallampati II-III; antecedentes de apnea del sueño, y/o posible reanarcotización".

Significa lo anterior, que en el acervo probatorio existen 4 hipótesis que pudieron secundar el paro cardiorespiratorio, ninguna de las cuales pudo ser confirmada por el personal científico que suscribió los documentos, ni por el médico anestesiólogo, que en su testimonio afirmó que el paro pudo darse por múltiples causas, y que no conocía cual había atendido al caso concreto. Pero además debe resaltarse, que ninguna de esas relevadas hipótesis dejó entrever algún tipo de impericia por parte del equipo quirúrgico.

2.2.2. Como quiera entonces que no hubo una causa que pudiera endilgarse al personal médico asistencial que intervino en el acto quirúrgico, la parte demandante se centró en enrostrar otro tipo de errores que conforme su aserto, determinaron la encefalopatía hipóxica sufrida, pero lo cierto es que del análisis de la masa de elementos materiales, no pudo arribarse a conclusión diferente a la de la juez a-quo, por lo que resulta inviable reafirmar las teorías expuestas en el libelo y en el recurso de apelación.

Pasa la Sala la explicar las razones.

2.2.2.1. Alegaron los demandantes, una demora en la percepción de los síntomas propios del evento adverso, mora que acaeció, conforme lo dicho en demanda, en su estadia en la sala de recuperación.

Para los actores, el personal que debía supervisar al señor Guio Ibáñez, lo dejó desatendido y sin monitoreo, permitiendo la ocurrencia del paro cardiorespiratorio que derivó en la encefalopatía hipóxica.

Dejan ver en demanda que el paciente fue dejado en esas condiciones – sin monitoreo ni observación – por un periodo prolongado, desde la 8:40 a.m. que terminó la cirugía y fue puesto en manos de la enfermera Noris Hernández en el pasillo contiguo a la Sala de cirugía, hasta las 9:15 a.m. que fue recibido por la enfermera jefe de recuperación.¹

No obstante, de la historia clínica no se puede extraer tal información, pues, en la descripción quirúrgica allegada con la demanda, se observa claramente que la cirugía inició a las 6:00 a.m. y terminó a las 9:00 a.m., lo que se ratifica en el registro anestésico obrante a folio siguiente, según el cual, la cirugía tuvo una duración exacta de tres horas. Es decir que hay reporte de que a las 9:00 a.m del día 31 de enero de 2007, el paciente aun se encontraba en la sala de quirófano, derrotándose con ello la afirmación de los demandantes, referente a que el traslado hacía recuperación había iniciado a las 8:40 a.m.

Pero además, tampoco pudo establecerse que el paciente hubiera sido trasladado del quirófano inmediatamente. En efecto y conforme da cuenta el perito, no pudo determinarse el tiempo exacto en que el paciente fue recibido en sala de recuperación luego de la terminación del acto quirúrgico, pues “siempre permanece un tiempo en la sala de cirugía en espera de recuperación que podría ser de 10 a 15 minutos”.

Entonces el acto quirúrgico - que incluyó el anestésico - culminó en realidad a las 9:00 a.m., pudiendo el paciente permanecer unos minutos más en quirófano, al cuidado del personal de esta sala, mientras se daban las condiciones para ser pasado a una camilla y transportado al servicio de recuperación, traslado que conforme el testimonio del anesthesiólogo Jaime Sotter Amin, debió tener una duración aproximada de 40 a 60 segundos, lo que descarta lo expuesto en demanda en relación con la desatención del paciente durante 35 minutos.

Pero además de ello, la claridad de los datos consignados en la historia clínica, que permitió a la Sala conocer que no hubo tal desatención, también permitió desestimar la enrostrada omisión de información en aquel documento, en la medida en que no existió ese periodo que conforme los actores dejó de registrarse.

Lo anterior fue razón para que el perito expresara que en la historia clínica aparecía “detallada y cronológicamente, de acuerdo a las notas de enfermería lo sucedido antes de que ocurriera el “paro”, así como que la historia clínica contenía toda la información postquirúrgica del paciente.

2.2.2.2. Otro de los reparos que no encontró sustento probatorio, fue la supuesta contradicción relievada en el escrito introductor, entre el estado del paciente descrito por el cirujano, el anestesiólogo y las enfermeras.

Para los actores, el hecho de que el personal de quirófano hubiere hablado de un paciente lúcido y conciente, mientras que la enfermera de recuperación reportaba un estado somnoliento del paciente, resultaba indicativo de una divergencia fáctica.

Al respecto se precisa, que al culminar el acto quirúrgico, y conforme se observa en la historia, el paciente manifestó al cirujano sentirse bien, sin dolor, sin sangrado y con respiración normal, lo que se corrobora con la anotación del anestesiólogo que describe a un paciente lúcido y conciente.

Y por su parte, la enfermera Noris Hernández reportó en su descripción, que el paciente “se traslada a la sala de recuperación somnoliento, conciente y orientado”, dejándose claro que la lucidez y la conciencia, no son excluyentes de un estado somnoliento, de manera que la descripción de la enfermera jefe de la sala de recuperación, que lo recibió somnoliento y procedió a colocarle máscara de oxígeno, dista de contradecir a la expuesta por el personal de quirófano.

Lo anterior fue confirmado por el perito en respuesta a la pregunta n°. 17 formulada por el apoderado de la parte demandante: “En el folio 00401 (405) en las hoja de anestesia en observaciones, el anestesiólogo anota paciente lucido conciente, responde a ordenes con palabras, saturación de oxígeno 100%, buena ventilación y ordena traslado a la sala de recuperación. En el folio 000403 (407) nota de enfermería de la circulante, última anotación: PA:108/60, pulso 97, saturación de oxígeno 96% y escribe termina procedimiento quirurgico de doctor Jaller, deja mechas furacinadas en fosas nasales. Doctor Sotter, aspira secreciones, estuvo a paciente y se traslada a la sala de recuperación. Somnoliento, conciente y orientado” lo cual hace pensar que el paciente si estaba consciente y somnoliento por efecto de la anestesia y es trasladado en camilla a la sala de recuperación.

La nota del anestesiólogo concuerda con la nota del circulante.” (sic)

2.2.2.3. Otra de las inconformidades de la demanda, fue la colocación de una máscara de oxígeno, que según los actores, estaba contraindicada en

pacientes con mechas nasales, afirmación que valga resaltarse, no vino acompañada de un sustento científico ni buscó refuerzo mediante solicitud de pruebas.

Respecto de tal reproche debe anotarse que, quedó claro no solo que estaba indicada para este tipo de cirugías con taponamiento nasal, en la medida en que el paciente aprovechaba el oxígeno vía orotraqueal, sino que este tipo de pacientes, con patologías de origen nasal, estaban acostumbrados a esta forma de respiración. De allí que no exista en el informativo evidencia de negligencia por este particular actuar.

Así no solo lo explicó el cirujano en su declaración de parte, si no que su versión fue reafirmada por el perito en este sentido: "Todos los pacientes en su postoperatorio de cirugías nasales y que se le dejen taponamiento nasal anterior pueden respirar sin ningún problema por la boca con mascarilla de oxigenación. Estos pacientes son respiradores bucales crónicos por presentar obstrucción nasales (sic) (ya sea desviación septal hipertrofia de cornetes, poliposis nasal, masa tumorales etc.) Motivo por el cual es la indicación para realizar el acto quirúrgico." (sic).

2.2.2.4. Siguiendo con los reparos del recurrente, que alegó la falta de una Unidad de Cuidados Intensivos en tiempo real, se indica que aunque tal presupuesto de hecho atiende a la realidad, como que en la misma historia clínica quedó sentado que no había en tal momento disponibilidad de camas en ese servicio, no es menos cierto que el paciente fue conectado a las máquinas destinadas a quirófano hasta que fue trasladado a la citada UCI, y además fue atendido por un médico adscrito a esta dependencia. Así figura en la historia clínica y en el acta del comité técnico científico: "Acude al llamado del equipo de la Dra. Beatriz Altamiranda, médico de la UCI a la sala de recuperación, para el soporte integral posquirúrgico y postresucitación cardiopulmonar, una vez compensado el paciente es trasladado a Sala de operaciones y manejado en máquina de anestesia para ventilación y oxigenación dado que no se contaba con camas disponibles en la UCI en ese momento".

2.2.2.5. En relación a la intubación tórpidas, que según la parte activa se dio por el intento fallido con tubos de diferentes diámetros, se denota una confusión de la parte demandante, pues la historia clínica da cuenta de una intubación a primera intención con TOT No. 8., y la nota de enfermería que describe el procedimiento habla sobre una intubación del doctor Rafael Pantoja con tubo nº. 8, y de una apertura de un tubo uno 7.5, sin que se reporte la utilización de este último, queriendo indicar con esto que no hay registro de intentos fallidos con tubos de ambos diámetros.

En efecto, así lo explicó el perito cuando expresó que “Según lo descrito en la nota de enfermería folio 00405 (409) el doctor Pantoja realiza la entubación oro-traqueal al paciente sin ninguna dificultad pasándole un tubo #8 y en estos casos de urgencias se puede dar el caso de abrir otro tubo de un calibre menor como lo dice la nota (7.5) en caso de que no se pueda realizar la entubación con el #8 que no es el caso de nuestro paciente, donde realizaron la entubación oro-traqueal con #8 desde el primer intento.”

En resumen, lo expuesto en demanda resulta más una interpretación subjetivísima de la historia clínica, que un recuento real de los hechos acaecidos el 31 de enero de 2007 en las instalaciones de la Clínica Bautista, pues ninguna de las conclusiones a que arribó la parte activa, encuentra sustento en los elementos materiales de convicción arribados.

Los únicos eventos extraídos por esta Sala del expediente, contentivo de la historia clínica y de la lectura que de ella hizo el perito nombrado, fueron de una parte, que el cuerpo del paciente reaccionó de una manera inesperada y desfavorable a la cirugía que le fue practicada, sin que se conozca a la fecha la causa originaria, y de otro, que a pesar de las actuaciones que el personal médico y asistencial adelantó frente a este evento adverso, no se pudo lograr un restablecimiento de la salud del paciente, resaltándose que conforme el experto “sí fue manejado el evento adverso cardiocerebro pulmonar según las normas vigentes en reanimación como aparece en la historia clínica y los diferentes profesionales, que intervinieron en ese momento.”

Ello quiere decir, que la mala praxis endilgada tanto a los galenos como al personal de asistencia que trató al señor Mauricio Guío Ibañez, está huérfana de pruebas, en tanto el mero resultado adverso en el campo de la medicina, no es per se indicativo de responsabilidad, teniendo en cuenta que la obligación es, por regla general, exclusivamente de medios.

2.2.2.6. De otro lado, insistió también la parte actora, en la omisión del cirujano consistente en no haber brindado una información adelantada que le permitiera al paciente asumir de manera consciente los riesgos que con la cirugía se podían materializar.

Se resalta entonces que la queja no versa sobre una falta de consentimiento informado, además desvirtuada con ocasión del arrime del mismo a folio 398 (consecutivo 00394), sino sobre una debida anticipación en su consecución.

Empero, no se conoce con precisión a qué debida antelación se refiere el vocero judicial de los actores, ni está establecido por ley o por desarrollo jurisprudencial, un tiempo mínimo que deba transcurrir entre la información brindada y el procedimiento escogido.

Lo cierto es que no está en tela de juicio que al momento de ingresar a la institución médica, el señor Mauricio Guio Ibañez conocía el procedimiento a que iba a ser sometido y los riesgos del mismo.

En relación a este tópico el apoderado de la parte demandante preguntó al doctor Jorge Jaller Raad, en la declaración que este último rindió ante el Juzgado 13° Civil del Circuito de Barranquilla, si se había consignado en la historia clínica las posibles complicaciones secundarias a la cirugía, a lo que el galeno contestó que existían dos consentimientos. Unos suscrito en el consultorio y el segundo en la propia clínica, a lo que aunó haberle explicado de manera clara y concienzuda al paciente sobre los riesgos quirúrgicos y las posibles alternativas, siendo escogido por el mismo señor Guio Ibañez, el método aplicado en el quirófano.

Aquello no pudo ser refutado mediante ningún medio de prueba, máxime, si como ya viene advertido, el consentimiento escrito reposa en el expediente.

Además, de frente al consentimiento debe advertirse, que el riesgo que se materializó en este preciso evento, estuvo lejos de considerarse común, y prueba de ello es que nisiquiera pudo determinarse la causa que originó el paro cardiorespiratorio y la encefalopatía hipóxica en que aquel desembocó.

En ese orden de ideas, si conforme el artículo 16 de la Ley 23 de 1981, la responsabilidad en este sentido llega hasta el riesgo previsto, y teniendo en cuenta además que conforme el superior funcional "No es dable exigir que se consignent situaciones extraordinarias que, a pesar de ser previsibles, tengan un margen de probabilidad muy bajo", no hay lugar a tildar de viciado el consentimiento otorgado por el paciente, de suerte que este reparo tampoco tenga un llamado a la prosperidad."

DECISIÓN: Confirma decisión de primera instancia.

M.S: Dr. ALFREDO DE JESÚS CASTILLA TORRES
RADICACIÓN No. 08001-31-53-005-2017-00343-02/Núm. Interno: 42.887

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: FACTURAS SOAT- Para su exigibilidad ejecutivamente deben allegarse un conjunto de documentos que conformen un título complejo/SALVAMENTO DE VOTO: Las facturas al ser títulos valores no necesitan de requisitos adicionales para su cobro ejecutivo

FECHA: Febrero 17 de 2021

DEMANDANTE: Clínica de Fracturas Centro de Ortopedia y Traumatología S.A.

DEMANDADO: Compañía Mundial de Seguros S.A.

Síntesis del caso:

En el presente evento, se presentan al cobro ejecutivo una serie considerable de facturaciones expedidas con ocasiones al cubrimiento de eventos SOAT, razón por la cual se pretende la satisfacción de las mismas a través del cumplimiento o pago.

Extractos:

“Procede esta Sala de Decisión, a estudiar los argumentos esgrimidos por la ejecutada Compañía Mundial de Seguros S.A., que persiste en que se declare la prosperidad de las excepciones de mérito formuladas contra la demanda.

La jurisprudencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia {Véase nota12}, ha determinado que de conformidad con el artículo 228 de la Constitución Política Nacional y los artículos 4, 11 y numeral 2 del artículo 42 del C.G.P., los operadores judiciales tienen la "potestad-deber" de revisar aún "de oficio" el "título ejecutivo" a la hora de dictar sentencia, ya sea esta de única, primera o segunda instancia. Así pues, procede esta Sala de Decisión a estudiar los reproches de la aseguradora a los títulos ejecutivos objeto de cobro judicial.

En el caso bajo estudio, nos encontramos frente a la ejecución de una institución prestadora de servicios de salud (Clínica de Fracturas Centro de Ortopedia y Traumatología S.A.) ante una aseguradora (Compañía Mundial de Seguros S.A.), derivada de las coberturas de pólizas del Seguro Obligatorio de Daños Corporales causados a las Personas en Accidentes de Tránsito – SOAT. En ese orden de ideas, es necesario destacar que la aseguradora ejecutada; Primero, no es una Entidad Prestadora de Salud (EPS) es decir, no es genéricamente responsable del pago de servicios de salud. Y segundo, no se trata de cualquier tipo de prestación de servicios de urgencia, sino del reclamo a una aseguradora por los costos generados en ocasión de la cobertura de las pólizas, expedidas por esta misma para cubrir el riesgo de la atención médica por lesiones causados en Accidentes de Tránsito.

Corolario de lo expuesto, no estamos en presencia de “aspectos formales de redacción” de los documentos aportados como títulos de recaudo ejecutivo, sino de un aspecto de derecho sustancial de que no pueden aplicarse para resolver la presente controversia las normas de carácter general que se aplican a las ventas y servicios que no tengan una norma especial que los regule. Así como tampoco, las normas especiales que regulan el pago de las EPS a las IPS, de facturas por concepto de atención de emergencias dentro del marco general del Sistema de Seguridad Social en Salud. En ese sentido, habrá lugar a darle aplicación a las normas especiales que regulan tal actividad dentro del

marco específico del régimen del Seguro Obligatorio de Accidente de Tránsito, como lo son:

- Decreto 663 de 1993 - Estatuto Orgánico del Sistema Financiero:
Artículo 192. Aspectos generales. (...) 4. Normatividad aplicable al seguro obligatorio de accidentes de tránsito. En lo no previsto en el presente capítulo el seguro obligatorio de accidentes de tránsito se regirá por las normas que regulan el contrato de seguro terrestre en el Código de Comercio y por este Estatuto.

(...) Artículo 195. Atención de las víctimas. (...) 4. Acción para reclamar. Los establecimientos hospitalarios o clínicos y las entidades de seguridad y previsión social de los subsectores oficial y privado que presten la atención médica, quirúrgica, farmacéutica u hospitalaria por daños corporales causados a las personas en accidentes de tránsito, o quien hubiere cancelado su valor, así como quien hubiere incurrido en los gastos del transporte de las víctimas, serán titulares de la acción para presentar la correspondiente reclamación a las entidades aseguradoras.

Una vez se entregue la reclamación, acompañada de las pruebas del accidente y de los daños corporales; de su cuantía, si fuere necesario, y de la calidad de causahabiente, en su caso, las entidades aseguradoras pagarán la indemnización dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aún extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador, de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al asegurado o beneficiario, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa de interés prevista en el artículo 83 de la Ley 45 de 1990.

El Decreto 56 de 2015 (publicado en el Diario Oficial No. 49.394 de 14 de enero de 2015 y vigente desde esa fecha) Por el cual se establecen las reglas para el funcionamiento de la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito (ECAT), y las condiciones de cobertura, reconocimiento y pago de los servicios de salud, indemnizaciones y gastos derivados de accidentes de tránsito, eventos catastróficos de origen natural, eventos terroristas o los demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del Fosyga, por parte de la Subcuenta ECAT del Fosyga y de las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT:

Artículo 26. Documentos exigidos para presentar la solicitud de pago de los servicios de salud. Para elevar la solicitud de pago de los servicios de salud prestados a víctimas de accidentes de tránsito, de eventos catastróficos de origen natural, de eventos terroristas y demás eventos aprobados por el Ministerio de Salud y Protección Social en su calidad de Consejo de Administración del

Fosyga, los prestadores de servicios de salud deberán radicar ante el Ministerio de Salud y Protección Social, o la entidad que se defina para el efecto o ante la aseguradora, según corresponda, los siguientes documentos: 1. Formulario de reclamación que para el efecto adopte la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social del Ministerio de Salud y de Protección Social, debidamente diligenciado. El medio magnético deberá contar con una firma digital certificada. 2. Cuando se trate de una víctima de accidente de tránsito: 2.1. Epicrisis o resumen clínico de atención según corresponda, documento que debe contener los datos específicos señalados en los artículos 31 y 32 del presente decreto. 2.2. Los documentos que soportan el contenido de la historia clínica o el resumen clínico de atención señalados en la reglamentación que expida el Ministerio de Salud y Protección Social para el efecto.

(...) Artículo 33. Requisitos de la factura por prestación de servicios de salud o documento equivalente. La factura o documento equivalente, presentada por los Prestadores de Servicios de Salud, debe cumplir con los requisitos establecidos en las normas legales y reglamentarias vigentes.

(...) Artículo 36. Verificación de requisitos. Presentada la reclamación, las compañías de seguros autorizadas para operar el SOAT y el Ministerio de Salud y Protección Social o quien este designe, según corresponda, estudiarán su procedencia, para lo cual, deberán verificar la ocurrencia del hecho, la acreditación de la calidad de víctima o del beneficiario, según sea el caso, la cuantía de la reclamación, su presentación dentro del término a que refiere este decreto y si esta ha sido o no reconocida y/o pagada con anterioridad. Con el objeto de evitar duplicidad de pagos, dichas entidades podrán cruzar los datos que consten en las reclamaciones presentadas, con aquellos disponibles en la base de datos SII ECAT, la base de pólizas expedidas y pagos realizados por las aseguradoras, y la base de datos de indemnizaciones de la Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, entre otras.

Parágrafo 1°. Las instituciones prestadoras de servicios de salud, deberán adoptar mecanismos tendientes a garantizar la adecuada recopilación y diligenciamiento de la información requerida y demás datos necesarios para el pago. La Superintendencia Nacional de Salud de acuerdo con sus competencias, vigilará que las precitadas instituciones den cumplimiento a lo ordenado en esta disposición, so pena de la imposición de las sanciones correspondientes.

(...) Artículo 38. Término para resolver y pagar las reclamaciones. (...) Las reclamaciones presentadas ante las entidades aseguradoras autorizadas para operar el SOAT se pagarán dentro del mes siguiente a la fecha en que el asegurado o beneficiario acredite, aun extrajudicialmente, su derecho ante el asegurador de acuerdo con el artículo 1077 del Código de Comercio. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará al reclamante, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratoria igual al

certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera aumentado en la mitad.

(...) Artículo 41. Condiciones del SOAT. Adicional a las condiciones de cobertura y a lo previsto en el presente decreto, son condiciones generales aplicables a la póliza del SOAT, las siguientes: 1. Pago de reclamaciones. Para tal efecto, las instituciones prestadoras de servicios de salud o las personas beneficiarias, según sea el caso, deberán presentar las reclamaciones económicas a que tengan derecho con cargo a la póliza del SOAT, ante la respectiva compañía de seguros, dentro del término de prescripción establecido en el artículo 1081 del Código de Comercio, contado a partir de: 1.1. La fecha en que la víctima fue atendida o aquella en que egresó de la institución prestadora de servicios de salud con ocasión de la atención médica que se le haya prestado, tratándose de reclamaciones por gastos de servicios de salud. 1.2. La fecha de defunción de la víctima para indemnizaciones por muerte y gastos funerarios. 1.3. La fecha en que adquirió firmeza el dictamen de pérdida de capacidad laboral, tratándose de indemnizaciones por incapacidad. 1.4. La fecha en que se prestó el servicio de transporte, tratándose de gastos relacionados con el transporte y movilización de la víctima. El pago por parte de dichas compañías, deberá efectuarse dentro del término establecido en el artículo 1080 del Código de Comercio o la norma que lo modifique, adicione o sustituya. Vencido este plazo, el asegurador reconocerá y pagará a la institución prestadora de servicio de salud o beneficiario según sea el caso, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, un interés moratorio igual al certificado como bancario corriente por la Superintendencia Financiera de Colombia, aumentado en la mitad.

(...) 8. Régimen legal. En lo no regulado en el presente decreto para el SOAT, se aplicarán las disposiciones previstas para las aseguradoras y el contrato de seguro, establecidas en el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, en el Código de Comercio y demás disposiciones concordantes.

Analizadas estas disposiciones, se advierte que en ellas se reitera la naturaleza de contrato de seguro del SOAT, que se le aplican las reglas particulares de este tipo de contratos, y que con relación a las “reclamaciones” que deben efectuar las IPS ante las aseguradoras en aras de obtener el pago de los servicios de salud prestados a víctimas de accidentes de tránsito, señalan que documentos deben ser anexados a tales reclamaciones, y en qué condiciones las mismas podrán prestar mérito ejecutivo.

Así pues, para el pretendido recaudo ejecutivo de las indemnizaciones a que considera tener derecho la ejecutante por la prestación de servicios médicos a personas accidentadas cubiertas por pólizas del SOAT, le correspondía a ésta, acreditar que en forma oportuna presentó a la aseguradora la “reclamación” correspondiente, con el acompañamiento de toda la documentación requerida para acreditar la ocurrencia del suceso y su cuantía, e indicar que habían vencido los términos correspondiente para objetarlas, para generar un título

ejecutivo de acuerdo a las reglamentaciones del contrato de seguro, en lugar de pretender cubrir tal carga con las meras facturas expedidas unilateralmente por ella invocando unas normas jurídicas que no son aplicables al presente asunto.

En ese sentido, la Clínica de Fracturas Centro de Ortopedia y Traumatología S.A., podía darle a su “reclamación” el formato de factura, empero ella no siendo un “título valor” debía cumplir las normas y reglas de derecho sustancial antes de indicada de ser acompañada con los anexos que acreditaran la existencia y valor del siniestro ante la Compañía de Seguros. Para que con la acreditación de que se trata de “una reclamación completa”, pudieran contarse los términos correspondientes ante la Aseguradora y así constituirse el título ejecutivo complejo que resulta necesario que el Juez valore para poder ordenar la ejecución solicitada.

Los documentos allegados a la demanda como títulos de recaudo ejecutivo, “facturas”, aun tienen en blanco el espacio que se les diseñó para recaudar la firma del paciente que es la persona que puede acreditar que el “servicio fue prestado” y no tienen ninguna constancia de que en el momento, de su alegada entrega a la Aseguradora hubieran estado acompañadas por los respectivos anexos, y si bien se reformó la demanda para “incluir esos anexos”, esta nueva documentación tampoco acredita que fue entregada simultáneamente a la Aseguradora con las facturas.

Así las cosas, no era del caso el entrar a averiguar si la aseguradora devolvió, objetó o glosó las facturas dentro de los plazos establecidos por la Ley, por el contrario, no debió librarse mandamiento de pago, puesto que al no acompañarse las facturas aportadas con los documentos exigidos en la normatividad antes citada, no es posible determinar los precisos parámetros de las obligaciones o su exigibilidad, motivo por el cual, estas facturas por sí solas no cumplen con las exigencias legales de “reclamación completa” para poder ser consideradas títulos de recaudo ejecutivo; en este caso título complejo.”

NOTA DE RELATORÍA: Esta providencia tiene salvamento de voto de la Magistrada Yaens Lorena Castellón Giraldo, se exponen los argumentos principales de disenso, así:

“...si bien no ignora la suscrita Magistrada la reiterada posición esgrimida por la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en lo atinente a la facultad del Funcionario Judicial para volver sobre el estudio de los requisitos de los títulos valores al momento de dictar sentencia, lo cierto es que el análisis inicial sobre el cumplimiento de dichos requisitos se realizó por el A quo y por esta Sala en sede de apelación de auto, concluyendo que las facturas cumplen con las

exigencias generales de los artículos 621 y 774 del C. Co., así como con el de aceptación del numeral 3º del artículo 773 de dicho Estatuto, el cual se ve colmado con el sello de recibido de la demandada, y con las exigencias del artículo 26 del Decreto 056 de 2015 en punto a las emitidas por prestación de servicios de salud a pacientes que ingresan con pólizas SOAT.

Aunado a lo anterior, lo cierto es que no se puntualizaron por la ejecutada los requisitos que en su sentir no se colmaron, pues únicamente se limitó a señalar que no se acató lo preceptuado por el Decreto 056 de 2015, y si bien al formular dicha excepción e incluso como reparo contra la sentencia se esgrimió como crítica la inexistencia de contrato entre las partes con ocasión al cual se expedieran las facturas, y por tal razón arguyó son inexistentes o inexigibles, se advierte que en la etapa de fijación del litigio el único hecho que ambas partes acordaron tener por demostrado fue el consistente en la prestación de los servicios de salud, por tanto, no es admisible que con posterioridad a ello la ejecutada pretenda exonerarse con dicho pretexto.

(...)

Al respecto, estimo atinada la alegación de la actora en cuanto a que el término de prescripción del que trata el artículo 1081 del C. Co. sobre las pólizas de seguro SOAT, se refiere a la interposición de la reclamación ante la compañía de seguros, no así a la de la acción cambiaria derivada de los títulos valores, como es el caso de las facturas que ahora concitan la atención de la Sala, con sustento en lo sentado por la H. Corte Constitucional en Sentencia T-160A del 9 de abril de 2019 con ponencia del Magistrado Luis Guillermo Guerrero Pérez y en concepto N° 3- 2014-018905 de la Superintendencia de Salud¹.

DECISIÓN: Revoca decisión de primera instancia.

SALA LABORAL

M.S: Dra. CLAUDIA MARÍA FANDIÑO DE MUÑIZ
Radicación: 08-001-31-05-013-2019-00107-01/Número Interno: 68.737

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

¹ 1 Bolefín Jurídico N° 34, Enero – Marzo 2015. Concepto bajo referencia 3-2014-018905. https://docs.supersalud.gov.co/PortalWeb/Juridica/BoletinJuridico/Boletin%20J_2015_34.pdf

TEMAS: FUERO DE SALUD-Alcance/ Procedencia/ TRABAJADOR INCAPACITADO- Operó dese antes de la terminación del contrato de trabajo pues el actor fue incapacitado debido al accidente de trabajo ocurrido

DEMANDANTE: Alexander Enrique Borelly Gonzalez

DEMANDADO: DITAR S.A.

FECHA PROVIDENCIA: Febrero 26 de 2021

Síntesis del caso:

El demandante pretende se ordene su reintegro sin solución de continuidad; el pago del retroactivo de todos los salarios y prestaciones sociales, hasta la fecha del reintegro, el pago de 180 días de salario por el despido sin autorización de Minprotección, la indexación de los dineros dejados de cancelar oportunamente y las costas del proceso, por considerar que fue despedido injustamente encontrándose incapacitado.

Extractos:

“Descendiendo al caso sub-examine, tenemos que no son hechos discutidos en esta instancia lo referente a la existencia y la fecha de finalización de la relación laboral, que lo fue el 1 de septiembre de 2016, que el actor estaba vinculado mediante un contrato a término indefinido que fue terminado de manera unilateral por el empleador. Centrándose la discusión en si para la fecha de terminación del contrato, el demandante se encontraba con disminución física o una afección en su salud que le imposibilitara a la demandada dar por terminado el vínculo laboral.

El demandante aportó con su demanda RX de columna lumbosacra de fecha 8 de febrero de 2016, en la que se constata lo siguiente “PACIENTE: ALEXANDER BORELLY GONZALEZ (...) LIGERA DESVIACIÓN DEL EJE DEL RAQUIS LUMBAR A IZQUIERDA DE ASPECTO POSTURAL POSICIONAL INCIPIENTES CAMBIOS DISCOARTRÓDICOS A DESCARTAR DISCOPATIA A NIVEL DE L5-S1”, suscrita por la Dra Liana Mendoza, Médico – Radiólogo, prueba de la que se extrae que antes de la terminación del contrato de trabajo, el actor presentaba problemas en su salud, generados en el eje del raquis lumbar, lo cual podía afectar el desarrollo normal en sus actividades laborales.

Así mismo, milita informe del accidente de trabajo que sufrió el demandante y donde la ARL Sura el 29 de junio de 2016, refiriéndose al señor Alexander Borelly González, registra lo siguiente: “Tipo de vinculación laboral empleador, nombre o razón social Ditar SA, identificación de la persona que se accidentó Borelly González Alexander Enrique, información sobre el accidente, fecha del accidente 28 de junio de 2016, 14:20:00, que si estaba dentro de la empresa, si

estaba realizando su labor, Tipo de accidente propios del trabajo, sitio áreas de producción, descripción del accidente: el trabajador sufrió fuerte dolor en la zona lumbar al momento de levantar cajas producto terminado que posteriormente llevaría a la bodega", documento que refleja que el hecho acaeció en las instalaciones de la empresa y con ocasión del servicio prestado, que la ARL hizo el respectivo informe del accidente de trabajo, el cual tuvo que ser de conocimiento del empleador porque el accidente ocurrió cuando estaba realizando sus labores.

También obra la carta de terminación de contrato, de fecha 31 de agosto de 2016, de la que se reseña: "Nos permitimos comunicarle que a partir del día 01 de septiembre de 2016 la empresa ha decidido dar por terminado su contrato individual de trabajo a término indefinido que usted celebra con la compañía desde el 17 de diciembre de 2012. Oportunamente le estaremos cancelando su respectiva liquidación de prestaciones sociales, acercándose a nuestras oficinas administrativas. A su vez le estamos entregando la orden de los exámenes de egreso, lo cual tiene una vigencia de cinco (5) días posteriores a la fecha de su recibo.", de donde resulta claro que la terminación del contrato del actor fue de manera unilateral, de lo que se reitera, no fue punto de discusión. Sin embargo, si se evidencia que desde la fecha del accidente de trabajo a la terminación del contrato de trabajo del demandante trascurrieron tan solo 64 días, tiempo muy breve entre el accidente y la terminación del contrato, que pone de presente que el despido desprovisto de una causa justa, obedeció al estado de salud que estaba afectado por el reciente accidente de trabajo que sufrió el trabajador en las propias instalaciones de la empresa y sin obrar prueba de la autorización previa dada por el Ministerio de Trabajo.

Refuerza el anterior entendimiento el informe médico ocupacional de aptitud emitida por Olympus IPS SAS, de 1 de septiembre de 2016, que fue aportado por la propia demandada, en el que se distingue "EXAMEN DE RETIRO CON DOLOR REFERIDO LUMBAR", resultando manifiesto que en el momento del retiro era evidente que el demandante seguía presentando las dolencia ocasionadas en su estado de salud por el reciente accidente de trabajo que sufrió el 28 de junio de 2016, a escasos 64 días y que revela la discriminación de que fue objeto el demandante por su situación de salud que lo aquejaba.

Además, que conforme lo pone de presente los resultados de la resonancia magnética lumbrosacra simple (1,5T), del 8 de noviembre de 2018, que se le practicó al demandante, se concluyó presentar "CAMBIOS DE OSTEOCONDROSIS INTERVERTEBRAL L4-L5, S1 CON UNA HERNIA DISCAL PROTRUIDA CENTRAL Y SUBARTICULAR IZQUIERDA EN L4-L5 QUE CONDICIONA COMPRESIÓN DE LA RAIZ DE L5 IZQUIERDA A NIVEL INTRA RAQUIDEO EN LOCALIZACIÓN SUBARTICULAR CON COMPROMISO DE LA AMPLITUD DE LOS FORAMENES DE CONJUNCIÓN SIN COMPROMISO RADICULAR EN LOS FORAMENES 2. CAMBIOS

ARTROSICOS FACETARIOS DISCRETOS A MODERADOS EN LOS NIVELES DESCRITOS." la cual, no obstante, ser posterior a la fecha del retiro del demandante, corrobora que el actor continúa presentando problemas en su estado de salud.

Todo lo anterior en su conjunto pone de presente, que antes de la terminación del contrato de trabajo, el actor presentaba problemas en su estado de salud, debido al accidente de trabajo ocurrido en las instalaciones de la demandada, lo cual fue de conocimiento del empleador y que sorpresivamente se le dio por terminado su contrato de trabajo de forma unilateral por parte de la demandada, no obstante que en el examen de retiro se reflejaba el compromiso de su estado de salud, lo que pone en evidencia una discriminación de que fue objeto por su estado de salud y que no aparece desvirtuada por causales objetivas que permitan concluir que el despido estaba fundado en razones distintas a la situación de salud del trabajador, por consiguiente, el despido resulta ineficaz y en consecuencia, resultan procedente el reconocimiento y pago de todas las prestaciones sociales compatibles con el reintegro, aclarándose que con relación a las cesantías debe ordenarse su consignación al Fondo donde se encuentre afiliado el demandante, imponiéndose revocar la sentencia apelada.

Consecuente con lo anterior, la demandada deberá reintegrar al trabajador a su puesto de trabajo o a uno de igual o mayor relevancia, junto con el pago de los salarios legales y extralegales y prestaciones dejadas de cancelar, que resulten compatibles con el reintegro, de manera indexada, más la sanción de 180 días de salario consagrada en el Art. 26 de la ley 361 de 1997, equivalentes a \$6.476.980,62.

Respecto a la apelación de la demandada, basta señalar que se accederá a revocar la condena impuesta por el a quo respecto a la reliquidación de indemnización por despido sin justa causa, teniendo en cuenta que al haber prosperado las pretensiones principales, se cae por su propio peso la condena concedida en primera instancia concerniente a las pretensiones subsidiarias.

Resulta también oportuno precisar que al obrar dentro del proceso prueba de la liquidación de prestaciones sociales¹⁸, constancia de pago de liquidación de contrato¹⁹ y comprobante de egreso de la misma²⁰, con constancia de recibido por el demandante, donde se constata el pago que se le hizo correspondiente a indemnización por despido injusto por valor de \$2'996.906 y el pago de cesantías por la suma de \$774.073, debe ser reintegradas al empleador ante el reintegro ordenado, entendiéndose para tal efecto que el contrato sigue vigente sin solución de continuidad, razón por la cual se autorizara al empleador descontar de las sumas debida, los valores cancelados por los anteriores conceptos."

DECISIÓN: Revoca sentencia de primera instancia. Ordena reintegro y pago de salarios y prestaciones dejadas de percibir debidamente indexadas.

M.S: Dr. CÉSAR RAFAEL MARCUCCI DIAZGRANADOS
Radicación: 08-001-31-05-012-2017-00349-01/Número Interno: 66.977-C

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de auto
TEMAS: EXCEPCIONES PREVIAS- Trámite/ **FALTA DE COMPETENCIA- RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA-** Como requisito de procedibilidad debe acreditarse para adelantar el trámite en vía judicial
DEMANDANTE: Carlos Pérez Herazo
DEMANDADO: Administradora Colombiana De Pensiones- Colpensiones Y Otro
FECHA PROVIDENCIA: Enero 29 de 2021

Caso fáctico:

En el presente asunto, se pretende se declare probada la excepción de falta de reclamación administrativa, por considerar la demandada que no se sometió a su conocimiento previo la reclamación que el actor hoy lleva a sede judicial.

Extractos:

“EXCEPCIÓN PREVIA DE FALTA DE AGOTAMIENTO DE LA RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA.

El artículo 6 del C.P.T.S.S., dispone:

“RECLAMACIÓN ADMINISTRATIVA. <Aparte subrayado **CONDICIONALMENTE** exequible. Artículo modificado por el artículo 4o. de la Ley 712 de 2001. El nuevo texto es el siguiente:> Las acciones contenciosas contra la Nación, las entidades territoriales y cualquiera otra entidad de la administración pública sólo podrán iniciarse cuando se haya agotado la reclamación administrativa. Esta reclamación consiste en el simple reclamo escrito del servidor público o trabajador sobre el derecho que pretenda, y se agota cuando se haya decidido o cuando transcurrido un mes desde su presentación no ha sido resuelta. (...).

En materia laboral, para acudir ante la justicia laboral y llamar a juicio a las entidades públicas, cualquiera que sea su naturaleza, es un requisito de procedibilidad presentar de forma previa ante éstas la reclamación o agotamiento administrativo, conforme lo establece el artículo 6º del C.P.T.S.S., modificado por el artículo 4º de la Ley 712 de 2001, la cual tiene como objeto esencial otorgarle a la administración la oportunidad de pronunciarse sobre la

petición del asociado y como una garantía para éste de obtener una respuesta por parte de la entidad sin que tenga que acudir a una instancia judicial.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en la Sentencia de 13 de octubre de 1999, radicación No. 12221, dispuso que:

“... el anterior procedimiento gubernativo tiene por finalidad que las entidades de derecho público y social con antelación a cualquier controversia ante los juzgados laborales, tengan la oportunidad de establecer, previo el estudio fáctico y jurídico que sea del caso, la procedencia o no del derecho que se pretende por el peticionario, y que de ajustarse a la ley la respectiva.

ARTICULO 6º- Modificado por el art. 4, Ley 712 de 2001. Acciones contra entidades de derecho público, administrativas o sociales. Las acciones contra una entidad de derecho público, una persona administrativa autónoma, o una institución o entidad de derecho social podrán iniciarse sólo cuando se haya agotado el procedimiento gubernativo o reglamentario correspondiente.

reclamación, la misma sea reconocida directamente por el ente obligado, logrando así, sin la intervención del Juez Laboral, la solución de un conflicto en cierne.”

“(...) a través del instituto de la vía gubernativa se le da a dichas entidades, la oportunidad de ejercer una especie de justicia interna, como que la misma ley les permite conocer de manera primigenia, es decir, antes que a los propios jueces del trabajo, las inconformidades de orden laboral que tengan las personas legitimadas para formularles esta clase de cuestionamientos, para que sean tales organismos, actuando como juez de sus propias decisiones, los que definan la viabilidad de aquellas y puedan así corregir por si mismas, cualquier error en que hayan podido incurrir en torno a las actuaciones que originaron tales desavenencias y evitar de esta manera los traumatismos propios de una controversia judicial”.

Conforme se observa, la ley procesal laboral consagró la reclamación administrativa como un factor de competencia determinante para los jueces laborales, en la medida que éstos sólo podían asumir el conocimiento de los procesos una vez que se agotara la reclamación administrativa.

Respecto a ello, en la Sentencia No. 12221 de 1999, se explicó:

“Sí la parte accionada procede de esta forma, es decir, que ante la ausencia del cumplimiento de la exigencia consagrada en el artículo 6 del C. de P.L., propone oportunamente alguna de las anteriores excepciones, lo cual según las voces del artículo 32 ibídem, bien puede hacer en la contestación de la

demanda o en la primera audiencia de trámite, la decisión interlocutoria que adopte el Juez Laboral sobre este asunto, claro está, una vez ejecutoriada la misma, pone punto final a toda discusión sobre este tema, y en consecuencia cualquier vicio de procedimiento en torno al presupuesto procesal de competencia queda debidamente saneado y, por tanto, llegado el momento de dirimir el conflicto el juzgador debe emitir un fallo que resuelva de mérito la controversia planteada.

Ahora, si la entidad demandada no utiliza en tiempo procesal oportuno las excepciones atrás indicadas para corregir o enmendar el vicio de procedimiento de la falta de competencia del Juez Laboral, surgido como consecuencia de haberse admitido por este funcionario judicial la demanda sin avistar el incumplimiento del requerimiento consagrado en el art. 6° del Estatuto Procesal Laboral, lo que, como ya se vio, constituye no sólo una carga procesal para aquélla sino un deber y una obligación en virtud del principio de lealtad procesal, la anomalía procedimental proveniente de tal falta de competencia quedará saneada a la luz de lo preceptuado en el numeral 5., del artículo 144 del C. de P.C., modificado por el D.E. 2282 de 1989, art. 1°, num. 84, norma que dispone que "La nulidad se considerara saneada... Cuando la falta de competencia distinta de la funcional no se haya alegado como excepción previa. Saneada esta nulidad, el Juez seguirá conociendo del proceso."

Este criterio fue reiterado por la Corte, entre otras en las sentencias de 20 de mayo de 2008, con radicación 30672, 15 de febrero de 2011, radicación 35131 y 1 de marzo de 2011, con radicación 40206.

De acuerdo a lo anterior, es una obligación del juez de conocimiento verificar en el momento de la admisión de la demanda cuando se trate de entidades públicas, que se cumpla con el requisito de procedibilidad consagrado en el artículo 6° del CPTSS, esto es, verificar si se presentó la reclamación administrativa sobre los derechos pretendidos en la demanda. Y en esta circunstancia pueden sobrevenir dos posibilidades, la primera de ellas, que el juez de conocimiento advierta que no se cumplió con el referido requisito de procedibilidad, caso en el cual debe rechazar de plano la demanda por falta de competencia; y, la segunda, se estructuraría cuando el juez omita este deber procesal de vigilar el cumplimiento de esta etapa prejudicial y admita la demanda existiendo esta falencia, por lo que le corresponde a la parte demandada, proponer oportunamente la excepción previa de falta de competencia por la falta de agotamiento de la vía gubernativa o falta de agotamiento de la reclamación administrativa.

Descendiendo al caso concreto, observa la Sala que la demandante aportó con la demanda documento denominado formulario de reclamación, visto a folio 10, el cual fue radicado ante el Instituto de Seguros Sociales en liquidación, el 13 de

enero de 2013, en el cual solicitó, entre otras cosas, la nivelación de la mesada pensional en un 100%, la que fue resuelta por esa entidad como se observa en acta de notificación personal de folio 23.

En este punto, es preciso recordar que la demandante promovió el juicio para obtener de Colpensiones el pago de la nivelación pensional en un 100%, conforme la Convención Colectiva de Trabajo del ISS.

Ahora bien, a pesar de que la actora elevó una reclamación para obtener dicha nivelación, la misma fue presentada ante el ISS en liquidación el 13 de enero de 2013, cuando COLPENSIONES ya había iniciado operaciones, de conformidad con el Decreto 2011 del 28 de septiembre de 2012, que señala en su artículo 1:

“A partir de la fecha de publicación del presente Decreto, la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES inicia operaciones como administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida.”

De igual manera, el artículo 3 del mismo decreto, dispuso el deber de COLPENSIONES de resolver las solicitudes de reconocimiento de derechos pensionales, incluyendo las que fueron presentadas ante el ISS que no se hubieran resuelto a la entrada en vigencia de dicha norma.

Por su parte, el artículo 3º. Del Decreto 2013 de 2012 dispuso: Prohibición para iniciar Nuevas Actividades. El Instituto de Seguros Sociales en liquidación a partir de la vigencia del presente decreto, no podrá iniciar nuevas actividades en desarrollo de su objeto social y conservará su capacidad jurídica únicamente para expedir actos, realizar operaciones y celebrar contratos necesarios para su liquidación....”, salvo las excepciones contempladas expresamente en el decreto de liquidación.

Por lo tanto, si la demanda se dirige contra COLPENSIONES para obtener el reajuste o nivelación de una pensión, es preciso que la reclamación se presente ante la misma, pues ya había empezado operaciones por disposición legal, entidad que es sucesora procesal del ISS en cuanto a pensiones se refiere, más no como empleador.

Sin embargo, y a pesar de lo anterior, la reclamación de la demandante fue presentada ante el ISS en liquidación, con posterioridad a la entrada en funcionamiento de la Administradora Colombiana de Pensiones, lo que impidió que la demandada conociera en sede administrativa los pedimentos de la actora.”

DECISIÓN: Revoca auto apelado. Declara terminado el proceso.

SALA PENAL

M.S: Dr. JORGE ELIECER MOLA CAPERA

Radicación: 08-638-600-1259-2019-01929-00/ Número interno: 2020-00122-P-MC

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: VIOLENCIA INTRAFAMILIAR AGRAVADA Y MALTRATO ANIMAL- Concurso heterógeno de conductas punibles/ **ERROR DE PROHIBICIÓN-** No se puede decir que existe un error de prohibición invencible por cuanto que no conocía esta conducta estaba tipificada penalmente/**CONDICIONES DE MARGINALIDAD-**No fueron demostradas/ El sujeto activo es persona totalmente imputable, socializada y con grado de escolaridad mínima.

FECHA: Enero 14 de 2021

PROCESADO: Bladimir Cassiany Jimenez

Síntesis del caso:

En el presente asunto, el abogado defensor apela la sentencia de primera instancia solicitando la absolución de su prohijado condenado por los delitos de violencia familiar agravada, sobre la persona de su hermana, y maltrato animal, por haber matado con un hacha al gato doméstico de su vivienda.

Extractos:

“Pues bien, en el presente asunto son varios los fundamentos del recurrente para controvertir la decisión de primera instancia, en primer lugar, sostiene que dentro de la actuación judicial no se demostró mediante un medio de prueba idóneo la relación entre la víctima y el acusado, por lo que, a su consideración al no demostrarse esto mediante de una prueba como registro civil no se puede hablar de violencia intrafamiliar, y, en segundo, afirma que el fallador de primera instancia obvió hacer una valoración sobre el estado de marginalidad, ignorancia y pobreza extrema de su prohijado, planteando que hubo un error de prohibición invencible que no fue tomado en cuenta por el a quo.

Visto de ese modo, y en relación al primer punto de discordia del recurrente debe destacarse que en el sistema penal acusatorio no existe el principio de tarifa legal, de modo que el vínculo como hermana se pudo acreditar por medios diferentes al del Registro Civil, máxime porque el delito de violencia intrafamiliar se puede dar entre personas con comunidad de vida, independientemente que sean hermanos por lazos de sangre, bien pueden ser adoptivos, de crianza o personas que convivan sin ser familiares necesariamente, de modo que la exigencia del defensor no la hace el legislador para la tipificación del primer delito acusado.

Así entonces, la regla de mejor evidencia que es aludida por recurrente no viene al caso en concreto, pues como se ha establecido por la jurisprudencia colombiana esta opera cuando se exhiben pruebas documentales, en cuyo caso deben presentarse los originales, pues para evitar ciertos riesgos en la tergiversación o alteración de estos medios de prueba, y facilitar el ejercicio del debido proceso, la contradicción y la confrontación.

En efecto, se tiene que la acreditación de la relación de consanguinidad a través de un registro civil no es requisito sine qua non, precisando el abogado defensor que el Ente Acusador tiene la obligación de recaudar y llevar las pruebas suficientes para sustentar una eventual condena, considerando que en el caso sub judice no fue así, esta Corporación considera que el libelista le crea una tarifa legal que no corresponde además que el representante del ente acusador llevó a juicio el testimonio de la propia víctima quien estableció que BLADIMIR CASANNY es su hermano y que habitaban en la misma casa en compañía de otras personas, estos relatos nunca fueron confrontados por la defensa técnica, además en las pocas oportunidades en las que el señor BLADIMYR CASIANY tomó la palabra siempre se refirió a que la víctima era su hermana.

De otra, no se puede hablar que de no se demostró el núcleo familiar y su entorno o la relación entre sujeto activo y sujeto pasivo, y que para ello únicamente se acudió a la presunción y suposición de la existencia de la relación familiar no solo entre la víctima y el acusado sino además de la demás personas que coexistían en el mismo domicilio, mucho menos se puede decir que el bien jurídico de la unidad familiar no fue afectado porque no se llevó el registro civil de las personas implicadas a sede de juicio.

En ese orden de ideas, es necesario dejar claro que la señora MILENA CASIANY JIMENEZ al dar su testimonio fue clara al reseñar que el judicializado es su hermano que convivían en la misma residencia, que el 4 de noviembre del 2019 BLADIMIR CASIANY, intentó pegarle con un hacha que en medio de esto tomó el gato y con el hacha le quita la vida, que mediante la persigue y desplegó amenazas contra ella afirmando que le realizaría lo mismo que le hizo al gato, además que estas conductas de amenazas y violencia psicológica ya se habían presentado anteriormente, que las mismas ocurrían cuando se encontraba bajo los efectos de estupefacientes donde se tornaba violento dañando cosas, y en una ocasión fue golpeada por el afirmando que estos hechos los denunció en agosto de 2019.

A lo anterior se suma los demás testimonios de cargo que fueron decretados en audiencia preparatoria y válidamente practicados en juicio, se contó con los testimonios de los patrulleros MOISES ELIAS ORJUELA SANTIAGO adscrito a la Policía Nacional compañero de patrulla de LUIS ALBERTO DE LEON MARTINEZ quienes para la fecha de 4 de noviembre de 2019, fueron los funcionarios de la Policía Nacional quienes asistieron al lugar de los hechos, y quienes si bien no

presenciaron los hechos de manera directa de la muerte del gato y el intento del acusado de agredir a su hermana, estos sí presenciaron los momentos posteriores donde lo encontraron alterado gritándole palabras soeces a la víctima una vez aprehendido fueron testigos de la amenaza lanzada contra su hermana donde “Le decía que cuando saliera la iba a matar”, dejando entrever las agresiones verbales e intimidaciones mayores afectando el núcleo familiar.

Por otro lado, otro de los desacuerdos del recurrente es que la a que no tuvo en cuenta al momento de fallar que el acusado es una persona marginada socialmente, que no sabe leer ni escribir, laxamente analfabeta e ignorante, y que se encontraba bajo los efectos de drogas al momento de realizar la conducta según lo expuesto por los testigos, y que dado a ello no comprendía que con su actuar infringió normas penales, y además, que por desconocía la protección brindada legalmente a los animales domésticos aun cuando este era su dueño.

De las pruebas que obran en el expediente se cuenta con que si BLADIMIR CASIANY vivía en la calle 36 No. 22-78 barrio Evaristo Sourdis del municipio de Sabanalarga, que ahí habitaba en compañía de sus familiares (madre, hermanos y sobrinas), que es una persona que cuenta con estudios básicos que cursó hasta primaria y si bien es una persona de escasos recursos la marginalidad o pobreza no le impedían conocer la ilicitud de su conducta, pues hasta alguien sin estudio alguno sabe que amenazar con un hacha a su hermana y quitarle la vida a un gato es una conducta punible y eminentemente dolosa.

Tampoco se observa que el actuar del endilgado haya estado amparado bajo un error de prohibición, máxime porque el “matar” a un animal doméstico tal como un gato, con un hacha en nuestra sociedad no se encuentra visto como una conducta normal y si bien en el caso sub examine el gato un animal doméstico era propiedad del enjuiciado no quiere decir que tenga la potestad de quitarle la vida y como bien lo anotó la Juez de instancia, si bien el delito de maltrato animal tipificado en el artículo 339º del C.P. fue adicionado por el artículo 5 de la Ley 1774 de 2016, anteriormente existían disposiciones legales para la protección de este tipo de animales, entonces no se puede decir que existe un error de prohibición invencible por cuanto que no conocía esta conducta estaba tipificada penalmente.

Es que, para esta Corporación el endilgado cuenta con estudios básicos y es más son conocimientos que desde el seno del hogar cuando es un infante se le enseña al niño ciertos valores por las demás personas y cuidado de animales del tipo doméstico, no puede pretender el recurrente, que visto normal quitarle la vida, ya sea un perro o un gato que son los animales que por lo general

“ pertenece a especies acostumbradas a la convivencia con el hombre”², siendo evidente y como el lo establece en su alzada la distinción que hay entre animales de “salvajes o de corral”.

Ni mucho menos, decir que por una persona es un “marginado social” o que se encontraba bajo los efectos de sustancias estupefacientes, como así lo expresa la defensa técnica, esta no comprenda que arremeter en contra de un miembro de su propio núcleo familiar o cualquier otra persona con la cual conviva, sea una conducta anormal que se encuentra tipificada y que la misma está prohibida, es evidente que MILENA CASIANY señaló que había sido víctima de violencia por parte de su hermano en distintas oportunidades a tal punto que denunció al mismo por pegarle en el mes de agosto del 2019 y que mucho tiempo después este seguía con agresiones verbales y hasta dañando objetos en la casa donde vivían, esto significa que el procesado es una persona violenta, que bajo el influjo de drogas agredía psicológicamente a su hermana hasta en una ocasión empleó el uso de la fuerza física.

Se tiene entonces que el procesado es una persona perfectamente imputable, totalmente socializada, sin asomo alguno de anomalía siquica que impidiera su desenvolvimiento normal, comprendía que con su actuar estaba lesionando bienes jurídicos tutelados y aun así optó por realizar la conducta.”

DECISIÓN: Confirma íntegramente la sentencia apelada.

M.S: Dr. JORGE ELIECER CABRERA JIMENEZ

Radicación: 0800160010552020009902 /Número Interno: 2020-00163-P-CJ

TIPO DE PROVIDENCIA: Apelación de sentencia

TEMAS: **PRISIÓN DOMICILIARIA**-Procedencia/Requisitos legales deben cumplirse para poder acceder a este beneficio/**REPRESENTANTE DE VÍCTIMAS**- No le fueron soslayados sus derechos con el preacuerdo al encontrarse presente en la sala virtual de la audiencia y tener conocimiento de los términos del mismo.

FECHA: Febrero 19 de 2021

PROCESADOS: Luis Enrique De la Rosa Polo

² Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española.

Caso fáctico:

En el presente asunto, se estudian los recursos de apelación tanto de la Fiscalía como del representante de víctimas, centrados en la concesión del subrogado penal de prisión domiciliaria con el que se benefició al procesado, tras concluir el Juez a quo que se colmaban los requisitos legales para ser otorgado.

Extractos:

“Para solucionar el problema jurídico que emerge luego de contrastar las censuras que guardan idéntica pretensión de que se revoque la prisión domiciliaria al enjuiciado y los argumentos vertidos por el Juez, en especial, en el acápite de subrogados penales de la sentencia de primera instancia; el Tribunal hará un breve recorrido por la norma que explica sin lugar a equívocos tanto el deber del Juez de verificar los requisitos legales de los subrogados penales cuando ha proferido una sentencia condenatoria.

Lo primero que ha de precisarse es que, contrario a lo que afirma la representante de víctimas, sí está facultado el juez de conocimiento para disponer la forma en cómo ha de cumplirse la pena de prisión impuesta al penalmente responsable; precisamente el legislador penal creó los subrogados penales como medidas de reemplazo a las penas restrictivas de la libertad por una que se considere más favorable con el fin de humanizar el derecho penal y motivar la resocialización del delincuente.

La prisión domiciliaria, aunque igual es restrictiva de la libertad, ha sido considerada como un subrogado penal porque si bien no concede la libertad de locomoción a su beneficiario, sí permite un grado más amplio de este derecho que el que puede haber en un establecimiento penitenciario; de manera que al final del proceso penal, luego de que un juez encuentre que ha sido vencida la presunción de inocencia del procesado, está en la obligación de determinar la sanción que ha de cumplir y si frente a la misma se cumplen los requisitos legales para la suspensión condicional de su ejecución o la prisión domiciliaria como la que aquí nos ocupa. Situación diferente es aquella que luego de la condena sobrevengan circunstancias que también ameriten el estudio de la prisión domiciliaria, pues ahí si es el juez de ejecución de penas al que corresponde hacer las verificaciones de rigor para sustituir o no la pena intramural por una en el lugar de residencia del sentenciado.

Haciendo aclaro lo anterior, ahora sí la Sala recordará cuales son esos requisitos que debe cumplir todo procesado para hacerse merecedor de la pena de prisión domiciliaria según lo que la ley dispone como requisitos de ineluctable cumplimiento, veamos:

Artículo 38B. Requisitos para conceder la prisión domiciliaria. <Artículo adicionado por el artículo 23 de la Ley 1709 de 2014. El nuevo texto es el siguiente:> Son requisitos para conceder la prisión domiciliaria:

1. Que la sentencia se imponga por conducta punible cuya pena mínima prevista en la ley sea de ocho (8) años de prisión o menos.
2. Que no se trate de uno de los delitos incluidos en el inciso 2o del artículo 68A de la Ley 599 de 2000.
3. Que se demuestre el arraigo familiar y social del condenado.
En todo caso corresponde al juez de conocimiento, que imponga la medida, establecer con todos los elementos de prueba allegados a la actuación la existencia o inexistencia del arraigo.
4. Que se garantice mediante caución el cumplimiento de las siguientes obligaciones:
 - a) No cambiar de residencia sin autorización, previa del funcionario judicial;
 - b) Que dentro del término que fije el juez sean reparados los daños ocasionados con el delito. El pago de la indemnización debe asegurarse mediante garantía personal, real, bancaria o mediante acuerdo con la víctima, salvo que demuestre insolvencia;
 - c) Comparecer personalmente ante la autoridad judicial que vigile el cumplimiento de la pena cuando fuere requerido para ello;
 - d) Permitir la entrada a la residencia de los servidores públicos encargados de realizar la vigilancia del cumplimiento de la reclusión. Además deberá cumplir las condiciones de seguridad que le hayan sido impuestas en la sentencia, las contenidas en los reglamentos del Inpec para el cumplimiento de la prisión domiciliaria y las adicionales que impusiere el Juez de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad.

De estos requisitos que el Juez de primera instancia estimó cumplidos, la Fiscalía por un lado, extraña el primero porque la pena mínima establecida en la ley para los delitos objeto de acusación supera los 8 años; y la representante de víctimas, el cuarto porque no se estableció ni se verificó la prestación de alguna garantía sobre la reparación e indemnización a su representado que es, a la postre, quien sufrió el ataque contra su vida.

A ambos asiste razón porque basta una simple verificación del acápite que el Juez destinó para el estudio de este subrogado penal para percatarse de que ciertamente soslayó ambas exigencias legales porque, primeramente, afirmó sin ningún asomo de verdad que: "...la pena pactada por el concurso de delitos entre Homicidio tentado y Fabricación, Tráfico o porte de armas de fuego es de noventa y cuatro (94) meses, la cual es inferior a la exigida en el numeral 1º del artículo 38B de la Ley 599/2000 (C.P.) para acceder a la prisión domiciliaria por lo que en consecuencia, en el caso bajo estudio es perceptible el cumplimiento de dicho requerimiento objetivo."

Toda vez que si bien es cierto que esa fue la pena definitiva que se impuso a Luis Enrique de la Rosa Polo, el requisito objetivo no tiene nada que ver con la sanción tasada, sino con la disposición legal que contempla el extremo mínimo de la pena de prisión para los delitos objeto de acusación, que tanto para el homicidio en grado de tentativa como para la fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, accesorios, partes o municiones es superior a 8 años, porque:

1. El artículo 104 del Código Penal, que establece la pena para el delito de homicidio agravado prevé una pena que, disminuida de la mitad a las tres cuartas partes por el grado de tentativa, resultaba en una mínima de 108 meses de prisión. Es decir, que la pena mínima para este delito era superior a los 8 años establecidos en el primer requisito objetivo.

2. El artículo 365 ejusdem señala que quien cometa este delito contra la seguridad pública, incurrirá en prisión de 9 a 12 años; de manera que también se excede el monto establecido en la primera exigencia para acceder a la prisión domiciliaria.

No entiende el Tribunal a que se debe el error del a quo al apreciar los montos de la pena para conceder el subrogado penal, su argumentación además de escasa y confusa pasó por alto que según lo ha explicado recientemente la jurisprudencia cuando el proceso penal termina en virtud de un preacuerdo de este tipo, es decir, donde no se ha variado la calificación jurídica sino que se toma una norma que prevé una condición más favorable para efectos de la dosificación punitiva; los subrogados penales han de ser estudiados teniendo en cuenta las penas establecidas en los delitos aceptados y no aquellas que hayan sido resultado de la negociación. Recordemos que, en este caso, el preacuerdo sólo versó frente a la conducta punible de fabricación, tráfico, tenencia o porte de armas de fuego frente al cual se reconoció para efectos de la pena el grado de participación de cómplice, pero sobre la responsabilidad penal por el homicidio agravado en grado de tentativa no hubo de ninguna negociación, ello quiere decir que aún bajo la hipótesis de que se tuviera en cuenta la pena para cada delito aceptado, la prisión domiciliaria tampoco era procedente.

Recientemente, sobre este tema en particular, la Corte explicó que:

“La Corte avala los preacuerdos en los casos en los que el acuerdo está encaminado a variar la calificación jurídica, sino solamente, como se dio en este caso, a hacer alusión a una norma favorable punitivamente para el procesado, que no se ajusta a la hipótesis fáctica aceptada y que tiene solo el carácter teleológico de establecer el monto de la rebaja punitiva, sin tocar la responsabilidad.

En esa modalidad no se busca que el juez al emitir la sentencia incluya el precepto acordado y cambie la calificación jurídica dada a los hechos, de ahí que el debate no se suscita en sede de tipicidad a fin de establecer si el aspecto fáctico guarda correspondencia con la norma aplicada, sino en el ámbito de la punibilidad para establecer el monto de rebaja o beneficio acordado.

También en esa decisión la Corte abordó los casos en los que el acuerdo no está encaminado a variar la calificación jurídica, sino solamente, como se dio en este caso, a hacer alusión a una norma favorable punitivamente para el procesado, que no se ajusta a la hipótesis fáctica aceptada y que tiene solo el carácter teleológico de establecer el monto de la rebaja punitiva, sin tocar la responsabilidad.

En uno y otro caso, la Corporación enfatizó que rige el principio de discrecionalidad reglada, pues el Fiscal debe ser riguroso al realizar los juicios de imputación y de acusación a fin de explicar si se trata de la modificación de los cargos o solo de una concesión punitiva:

“...para establecer el monto de la concesión otorgada los fiscales deben tener en cuenta, entre otras cosas: (i) el momento de la actuación en el que se realiza el acuerdo, según las pautas establecidas por el legislador; (ii) el daño infligido a las víctimas y la reparación del mismo, (iii) el arrepentimiento del procesado, lo que incluye su actitud frente a los beneficios económicos y de todo orden derivados del delito; (iv) su colaboración para el esclarecimiento de los hechos, y (v) el suministro de información para lograr el procesamiento de otros autores o partícipes, para lo que debe abordarse sistemáticamente el ordenamiento jurídico, en orden a establecer en qué eventos se justifican las mayores rebajas o beneficios.

Como aquí no se cambió la calificación jurídica, pues el acuerdo fue celebrado por el prurito de disminuir la pena, pero su forma de ejecución o suspensión de la misma no fue materia del acuerdo, por lo que los juzgadores estaban facultados para analizar en relación con el delito aceptado la concesión o no del subrogado penal.

A la postre, es cierto como lo sostiene la representante de víctimas que en ninguna parte de la sentencia emitida por el Juez de primera instancia se consideró lo concerniente a la caución que garantizaría el cumplimiento de, entre otras, la obligación que debía ser impuesta a Luis Enrique de la Rosa Polo de reparar los daños e indemnizar a la víctima del injusto por el que estaba siendo condenado. Por lo que, además de equivocado, el estudio que el a quo hizo de los subrogados penales, fue completamente parcelado o incompleto en punto de los requisitos que obligatoriamente deben verificarse para poder concederlo a quien fue declarado penalmente responsable.

Solo resta por referirnos a la inconformidad que presenta la representante de víctimas sobre la falta de participación de su asistido durante el proceso y, por ello, la Sala se dio a la tarea de verificar que hubiera sido citado a las audiencias virtuales en primera instancia encontrando que, en efecto, aunque en las primeras sesiones estuvo ausente el señor José Gregorio de la Espriella hizo presencia en la sala virtual de la audiencia donde se presentó el preacuerdo de fecha 21 de octubre de 2.020; por lo tanto conoció sus términos y, aunque no tiene poder de veto sobre el mismo, si fue informado sobre la intención de la Fiscalía y el procesado de celebrarlo; por lo que estima la Sala se garantizaron los derechos de que fuera oído y la muestra de ello es que ahora se está atendiendo la censura que bien presentó al ver soslayados su pretensión resarcitoria en la indebida concesión de la prisión domiciliaria."

DECISIÓN: Revoca parcialmente la decisión impugnada. Niega prisión domiciliaria. Confirma en lo demás.

ACCIONES CONSTITUCIONALES

M.S: Dr. DEMOSTENES CAMARGO DE AVILA

Radicación: 08-001-31-87-005-2021-00001-00/ Número Interno: 2021-00100-T-CA

TIPO DE PROVIDENCIA: Tutela de segundo nivel

TEMAS: DEBIDO PROCESO EN CONCURSO DE MÉRITOS- Vulneración cuando no se tienen como acreditados los requisitos mínimos del aspirante/ **CONVOCATORIA PÚBLICA-** El proceso de admisión debe ser coherente con los requisitos y exigencias puestas de presentes al momento de la inscripción del concursante

ACCIONANTE: Joan Navarro Fernández

ACCIONADO: Comisión Nacional del Servicio Civil y Universidad Sergio Arboleda

FECHA: Marzo 25 de 2021

Síntesis del caso:

En el presente asunto, estima el accionante vulnerado sus derechos al debido proceso administrativo y su aspiración de acceder a un cargo público ofertado por la CNSC, en la planta de personal de la Gobernación del Atlántico, al inobservarse por parte del ente universitario encargado del estudio de los requisitos académicos, los aportados por el aspirante, hoy tutelante.

Extractos:

“Pues bien, en el caso objeto de análisis el demandante acusa que la lesión de sus derechos fundamentales emerge del proceder de la Universidad Sergio Arboleda, la cual no lo admitió a la convocatoria No. 1343 de 2019 realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil a fin de proveer empleos pertenecientes al sistema general de carrera administrativa de la planta de personal de la Gobernación del Atlántico, la cual fue abierta con ocasión de la convocatoria territorial 2019 II, precisando que optó al cargo de denominación técnico administrativo grado 12, código 367 y OPEC 75400.

(...)

Al tenor de ello, la Sala estima que la presente acción de tutela es procedente, pues es notorio que resultaría desproporcionado someter al actor a las temporalidades que comúnmente se tarda la jurisdicción contencioso administrativa, las cuales no se compaginan con la naturaleza y objeto de los concursos de méritos, máxime cuando el debate ventilado se da en la fase génesis del proceso de selección, esto es, el análisis del cumplimiento de los requisitos mínimos, es decir, ni siquiera se han realizado las pruebas correspondientes.

Es más, claramente el actor no se sometería a un proceso contencioso administrativo ante una expectativa tan gaseosa, pues ni siquiera ha aprobado las fases eliminatorias del concurso de méritos.

(...)

El fundamento esgrimido para la no admisión del señor NAVARRO FERNÁNDEZ al proceso de selección adelantado a fin de proveer el cargo de denominación técnico administrativo grado 12, código 367 y OPEC 75400 ofertado en la convocatoria 1343 de 2019 fue que éste no acreditó el cumplimiento de los requisitos mínimos previstos para acceder al citado cargo, esto es, “título de formación técnica o tecnológica en el núcleo básico del conocimiento en derecho y afines, administración y dieciocho (18) meses de experiencia relacionada.”. O su alternativa de “terminación y aprobación de seis (6) semestres de educación superior, en el núcleo básico del conocimiento en Derecho y afines, Administración y dieciocho (18) meses de experiencia relacionada.”.

Al respecto se tiene que el actor probó que adjuntó a la plataforma SIMO la certificación del 11 de diciembre de 2018 expedida por el Departamento de Admisiones y Registro Académico de la Universidad del Atlántico, la cual alude que el accionante se encuentra ubicado académicamente en octavo semestre, es decir, que ya había cursado académicamente los primeros siete

semestres, por lo que, sin lugar a equívocos, había terminado y aprobado seis semestres de educación superior.

Es más, resulta absurdo que uno de los argumentos recogidos por la Universidad Sergio Arboleda para no admitir al actor al citado proceso de selección fuese que la plurimentada certificación no indicara "el nivel de avance cursado y aprobado" como dispondría la Guía de Orientación al Aspirante de Verificación de Requisitos Mínimos, pues dicha cartilla fue publicada el 31 de enero del presente, mientras que el periodo de inscripción iba del 19 de septiembre al 31 de octubre de 2019, culminó el con posterioridad a los periodos de inscripción.

Es decir, al reclamante se le cuestionó por desconocer las directrices de un documento que no había sido publicitado durante el proceso de inscripción correspondiente. Es más, resulta bastante torpe el darle el nombre de "Guía de Orientación al Aspirante de Verificación de Requisitos Mínimos" y que la misma se les entere a los interesados con tres meses después del cargue de los documentos aducidos para acreditar los requisitos mínimos.

Inclusive, debemos precisar que en lo relativo a la certificación de la educación el anexo del acuerdo CNSC No. 20191000008636 del 20 de agosto de 2019, el cual estableció las reglas para el proceso de selección relativo a la convocatoria No. 1343 de 2019, prevé que "los Estudios se acreditarán mediante la presentación de certificaciones, diplomas, actas de grado o títulos otorgados por las instituciones correspondientes. Para su validez requerirán de los registros y autenticaciones que determinen las normas vigentes sobre la materia. La Tarjeta Profesional o Matrícula correspondiente, según sea el caso, excluye la presentación de los documentos enunciados anteriormente.", es decir, no contiene las especificaciones antes reseñadas.

Visto de ese modo, es palpable la lesión del derecho fundamental al debido proceso del reclamante, por lo que se revocará la sentencia impugnada y, en su lugar, se concederá el amparo del mismo y, consecuentemente, se le ordenará a la Universidad Sergio Arboleda que, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este proveído, proceda a manifestarse nuevamente sobre la admisión del señor JOAN NAVARRO FERNÁNDEZ al proceso de selección adelantado a fin de proveer el cargo de denominación técnico administrativo grado 12, código 367 y OPEC 75400 ofertado dentro de la convocatoria No. 1343 de 2019 realizada por la Comisión Nacional del Servicio Civil, para lo cual deberá tener como acreditado que éste cumple con el requisito correspondiente a la "terminación y aprobación de seis (6) semestres de educación superior, en el núcleo básico del conocimiento en Derecho y afines, Administración".

DECISIÓN: Revoca decisión primera instancia. Concede amparo constitucional. Ordena al ente universitario accionado realice nuevo estudio acerca de los requisitos acreditados por el aspirante

M.S: Dr. ABDÓN ALBERTO SIERRA GUTIERREZ

Radicación: 08001-22-13-000-2021-00109-00/ **Número Interno:** T-000109-2021

TIPO DE PROVIDENCIA: Tutela de primer nivel

TEMAS: **CUSTODIA Y CUIDADOS PERSONALES**-Objetivo que persigue este proceso/ Prevalece el interés superior del niño/ **PRUEBA PERICIAL**-Las valoraciones psicológicas de los padres de la menor constituyen prueba fundamental en el juicio donde se debate su custodia/**HISTORIA CLÍNICA**-De la madre de la menor resulta relevante en la valoración de las condiciones de salud mental como cuidadora de su hija

ACCIONANTE: Ramón Antonio Contreras Miranda

ACCIONADO: Juzgado Sexto de Familia de Barranquilla

FECHA: Marzo 8 de 2021

Síntesis del caso:

En el presente caso, advierte el Tribunal que le asiste razón al tutelante al considerer vulnerados sus derechos fundamentale con la negativa del juzgado de familia accionado en materia del decreto de pruebas documentales y periciales tendientes a esclarecer el estado mental de la madre de su menor hija.

Extractos:

“Se cuestionan las providencias judiciales dictadas los días 18 de noviembre de 2020 y 02 de febrero de 2021, mediante las cuales el juzgado accionado decretó la prueba testimonial solicitada por la señora, Farah Ajami Peralta, y denegó algunas pruebas requeridas por la parte demandante –aquí accionante- dentro del juicio de custodia y cuidado personales que involucra a la niña ACA.

(...)

Ahora bien, examinadas las consideraciones expuestas por el fallador en las providencias objeto de reproche constitucional da cuentan que de un lado, explicita que, si bien los testimonios solicitados por la parte demandada en el juicio de custodia y cuidados personales no indicaron alguna de las formalidades del artículo 212 del Código General del Proceso, tal formalidad no tiene la virtualidad de socavar la sustancialidad del asunto, amén, de interpretar

la demanda y tener mayor entendimiento, claridad y verdad procesal. Siendo así, loable la argumentación sin que pueda advertirse en la misma animosidad de capricho o arbitrariedad.

No ocurre lo mismo con la motivación utilizada para negar la solicitud de la historia clínica de la señora Ajami Peralta y el sometimiento a un dictamen de ambos progenitores, pues dice que “no existen en el expediente elementos que justifiquen esas pruebas, ni motivo para tener recelo de que la salud de la menor corra peligro por problemas psiquiátricos de alguno de sus padres.

Por lo anterior, no se justifica violar el derecho a la intimidad de las partes, y sería actualmente desproporcionado hacerlo, so pretexto de presuntos riesgos no acreditados”. Y justamente el proceso de custodia y cuidados personales busca valorar objetivamente la situación de los padres –en este caso- para depositar ese deber en quien está en condiciones de proporcionar seguridad, bienestar y desarrollo integral de los niñas, niños y adolescentes involucrados; siendo, entonces que en cada caso particular deberán analizarse las condiciones y situaciones en que se encuentre el menor en un momento dado y evaluar si el otorgamiento del cuidado y custodia pueda implicar eventualmente una modificación desventajosa de dicho estado; ello sin olvidar que las pretensiones de custodia y cuidados personales deben ceder ante el interés superior de los niños, niñas y adolescentes y el derecho que le asiste a tener una familia y no ser separados de ellas.

Y la única manera de establecer las mentadas condiciones o situaciones de seguridad y bienestar es a través de los denominados medios de pruebas entendidos como aquellos instrumentos jurídicos válidos para demostrar las hipótesis traídas por las partes en contienda. Medios de prueba enunciados en el artículo 165 del Código General del Proceso, y los cuales serán considerados por el juez tomando en cuenta la licitud, la pertinencia, la conducencia y la utilidad de los mismos. En el asunto de marras desde la presentación de la demanda de custodia la parte demandante aduce que la parte demandada padece constantes períodos de depresión, lo que impide que despliegue la atención y los cuidados requeridos por la niña ACA de tan solo un año y nueve meses de edad. E incluso en la contestación de la demanda reconoce el período de depresión moderada aducido -ya presuntamente superado- lo que no afectó ni afecta el amor y el cuidado a su hija. También, solicitó la práctica de valoraciones a la parte demandante, aquí accionante.

De tal manera, que siendo el riesgo patológico alegado el fundamento sobre el cual se edifica la litis, corresponde a las partes su demostración fáctica con los elementos de prueba, así como, constituye un deber del juez adentrarse a la búsqueda de las pruebas que lo permitan máxime cuando hay un sujeto de especial protección constitucional –niña-, al que debe garantizarse su interés

superior como sujeto titular de derechos prevalentes, y tal como se ha indicado por la jurisprudencia constitucional con base en los instrumentos internacionales “la plena aplicación del concepto de interés superior del niño exige adoptar un enfoque basado en derechos, para garantizar la integridad física, psicológica, moral y espiritual de los niños, niñas y adolescentes, además de promover su dignidad humana”, lo cual traduce el interés superior en tres dimensiones: i) un derecho sustantivo; ii) un principio jurídico interpretativo fundamental; y, iii) una norma de procedimiento, última noción sobre la que se enfatiza que las autoridades administrativas y judiciales “deberán explicar cómo se ha respetado este derecho en la decisión, es decir, qué se ha considerado que atendía al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya se trate de cuestiones normativas generales o de casos concretos.

En tal sentido, la determinación a adoptar por el juez accionado dentro del asunto reprocha no resulta de poca monta pues evidentemente tiene repercusiones importantes en la vida y desarrollo de la niña involucrada, lo que presupone que vele porque el interés superior rija en toda las situaciones y decisiones que imparta. Evento que incluye el decreto y práctica de las pruebas tendientes a la determinación de las mejores condiciones de seguridad y bienestar ofrecidas por cada progenitor en su deber de crianza y guía de su hija. Así, la negación de las pruebas solicitadas, esto es, la historia clínica de la señora Farah Ajami Peralta y realización de valoraciones psicológicas y psiquiátricas a los padres de la niña constituye un acto desatinado o descuidado a lo querido en el juicio, a más, que resultan inexcusables para los cometidos de la lid a decidir.”

Decisión: Concede amparo constitucional solicitado. Ordena al juzgado accionado acceder a las pruebas denegadas a la parte accionante.

NOTA DE RELATORÍA:

Las providencias publicadas en este boletín fueron enviadas por los respectivos Magistrados Sustanciadores y recibidas a través del correo electrónico y/o por intermedio del auxiliar judicial autorizado. En caso de atender eventuales inconsistencias, se sugiere que sean puestas en conocimiento de la Relatoría.

De igual forma, si bien la responsabilidad por el compendio de la Jurisprudencia del Tribunal y la elaboración de los índices temáticos y resúmenes de las providencias citadas corresponde a la Relatoría, se recomienda consultar los audios completos de las sentencias incluidas en el presente boletín. Cualquier tipo de observación o solicitud, podrá ser remitida al correo electrónico:

rtsupbqlla@cendoj.ramajudicial.gov.co

NORA EDITH MENDEZ ALVAREZ
PRESIDENTE

MARIA MERCEDES BARRIOS BORRERO
RELATORA

“Sea coronación de nuestra labor el propósito que abrigamos de poner en su punto el Derecho jurisprudencial, aquel que se aplica a cada paso en el vivir cotidiano, el que se forma a nuestro lado, el que copia el estado de nuestra sociedad y costumbres, y refleja el carácter de nuestra democracia”

Gaceta Judicial, XLII, No. 1897, Página 1, 1936

