

No.
1
2
3
4
5

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, M.P. Yesid Ramírez Bastidas, Proceso No. 29206 de 2000
Sentencia STC12822-2017, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, 23 de agosto de 2017
00147-01.

Sentencia SP920-2021, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Radicación No. 57230 de 2021.
Sentencia Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sala de Revisión de Tutelas Número 3. M. P.
94910 de 31 de octubre de 2017

Ver Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Radicación No. 76001-31-03-003-2008-00091- 01 de 2008



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

Magistrado ponente

STC12822-2017

Radicación n.º 76001-22-10-000-2017-00147-01

(Aprobado en sesión de veintitrés de agosto de dos mil diecisiete)

Bogotá, D. C., veintitrés (23) de agosto de dos mil diecisiete (2017).

Decídese la impugnación interpuesta frente a la sentencia del 14 de julio de 2017, dictada por la Sala de Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro de la tutela instaurada por Aldemar Romero Agredo contra la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, extensiva a la Tercera Zona de Reclutamiento de la misma institución, con ocasión de la causa disciplinaria seguida respecto del aquí gestor.

1. ANTECEDENTES

1. El promotor suplica la protección de la prerrogativa al debido proceso, presuntamente vulnerada por la autoridad acusada.

2. Aldemar Romero Agredo, por intermedio de apoderada, sostiene como base de su reclamo, en síntesis, lo siguiente (fls. 2 a 5):

2.1. De acuerdo a un informe rendido por el “*Oficial de Evaluación y Seguimiento COREC*”, se señaló al gestor de haber realizado en calidad de comandante del Distrito n° 17 de la Tercera Zona de Reclutamiento, “(...) *movimientos no autorizados en el sistema fénix, altera[ndo] la información de 217 ciudadanos*”.

2.2. El 4 de agosto de 2016, el Director de Reclutamiento del Ejército Nacional dio apertura del proceso disciplinario n° 014-2016, contra el aquí impulsor, por la presunta comisión de la “(...) *falta gravísima estipulada en el artículo 58 n° 22 de la Ley 836 de 2003*”.

2.3. Manifiesta que ese funcionario no es el competente para asumir la investigación en su contra, conforme a los apartados 74 y 78 de la citada legislación, pues corresponde el conocimiento a la “(...) *Tercera Zona de Reclutamiento, ubicada en la ciudad de Cali*”, quien es su superior inmediato.

2.4. Asegura que se practicaron pruebas, como la declaración de testigos, sin informársele, pues se recaudaron con anterioridad a la vinculación del tutelante a ese decurso.

2.5. Por lo anterior, pidió la nulidad de toda la actuación, negada por el querellado el 13 de febrero de 2017.

2.6. Contra esa decisión formuló recurso de reposición, desestimado por auto del 11 de abril de 2017.

3. Implora invalidar el “(...) *total de la investigación disciplinaria n° 014-2016, desde [su] apertura*”.

1.1. Respuesta del accionado y la vinculada

a) El Director de Reclutamiento del Ejército Nacional, se opuso al resguardo alegando que el asunto cuestionado se encuentra en trámite, y por tanto es allí donde el promotor puede ejercer su derecho de defensa.

Sobre el recaudo de los testimonios, afirmó que no se hizo en presencia del implicado, pues no se había notificado aún, no obstante, ello no impedía su práctica, en los términos de la regla 91 del Código Único Disciplinario “(...) *que por principio de integración (artículo 106 Ley 836 de 2003) es procedente aplicar en este caso*”, y agregó que de las pruebas se le corrió traslado al procesado al momento de su notificación.

Precisó que asumió la competencia de la investigación con fundamento en las reglas 74 y 75 de la Ley 836 de 2003, y lo expresado por la Corte Constitucional en sentencia C-1079 de 2005 (fls. 283 a 294).

b) La entidad vinculada guardó silencio.

1.2. La sentencia impugnada

Desestimó el auxilio tras estimar:

“(...) no se evidencia una actuación de la Dirección de Reclutamiento del Ejército Nacional, vulneradora de los derechos fundamentales deprecados por el accionante y por consecuencia necesaria, no se concederá la tutela deprecada, toda vez que dicha actuación cuenta con el respaldo legal y jurisprudencial (...). [L]as circunstancias por virtud de las cuales se inició la investigación disciplinaria se originaron, no de una actividad adelantada por el superior inmediato (...), sino con base en un informe de auditoría de usuario que fue reportado (...), al Mayor General Marco Lino Tamayo Tamayo, quien funge como Jefe de la [Dirección] de Reclutamiento y Control de Reservas de la ciudad de Bogotá (...).”

“En relación con las alegaciones del señor Aldemar Romero Agredo, en el sentido de haberse vulnerado su derecho de defensa, por cuanto no fue notificado de la fecha y hora en que se ejecutarían las audiencias para practicar las declaraciones [de los testigos] (...) no pueden ser de recibo por la Sala, toda vez que como lo expuso la accionada en su contestación, la forma en la[s] que fue[ron] [realizadas] cuenta con el respaldo del artículo 91 de la Ley 734 de 2002 y no vulnera su derecho a la defensa ni el debido proceso” (fls. 295 a 300).

1.3. La impugnación

La formuló el promotor, con argumentos similares a los esgrimidos en el libelo introductor (fls. 305 a 309).

2. CONSIDERACIONES

1. Aldemar Romero Agredo acusa a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, de incurrir en violación de su garantía al debido proceso, al negar la nulidad formulada en el juicio disciplinario seguido en su contra y objeto de este ruego, la cual se configuró i) al haberse recaudado pruebas sin informársele previamente y ii) por falta de competencia del ente querellado para el conocimiento del asunto.

2. Frente al primer aspecto, revisada la providencia de 13 de febrero de 2017 (fls. 235 a 243), mediante la cual se desestimó la invalidez planteada por el quejoso, se extrae una motivación ajustada a la normatividad y a la situación fáctica ventilada.

Con relación a lo anterior, la Dirección convocada destacó,

“(...) En atención a (...) [las probanzas], que es el punto que ataca la defensa con petición de nulidad, al decir que no se le informó la fecha y hora de su práctica al sujeto disciplinable, o lo que resulta lo mismo no se le comunicó; ha de decirse que estas diligencias se adelantaron concomitantemente a los trámites que se adelantaron para efectos de notificar la apertura de investigación disciplinaria al señor Mayor Aldemar Romero Agredo, notificación que como se tiene se llevó a cabo el día 25 de octubre de 2016 (V No. 106), posterior a que se hicieran las citaciones del caso para que compareciera a notificarse (...)”.

“Es decir, mientras se surtía dicho trámite [de enteramiento] era dable y permitido que se practicaran estas diligencias juramentadas, por cuanto el trámite de la instrucción no se interrumpe de forma alguna mientras se adelanta (...) la respectiva notificación, atendiendo para ello lo dispuesto en el

artículo 91 de la Ley 734 de 2002, que por principio de integración (artículo 16 Ley 836 de 2003) resulta compatible con la acción disciplinaria al interior de las Fuerzas Militares.

“Artículo 91. Calidad de investigado. (...) El funcionario encargado de la investigación, notificará de manera personal la decisión de apertura, al disciplinado. Para tal efecto lo citará a la dirección registrada en el expediente o a aquella que aparezca registrada en su hoja de vida. De no ser posible la notificación personal, se le notificará por edicto de la manera prevista en este Código.

“El trámite de la notificación personal no suspende en ningún caso la actuación probatoria encaminada a demostrar la existencia del hecho y la responsabilidad del disciplinado. Con todo, aquéllas pruebas que se hayan practicado sin la presencia del implicado, en tanto se surtía dicho trámite de notificación, deberán ser ampliadas o reiteradas, en los puntos que solicite el disciplinado (...)” (resaltado original) (fls. 235 a 246).

En lo que respecta a la primera causal invocada, para esta Corporación, la decisión se ajusta a la legislación disciplinaria aplicable, por cuanto en la cuestionada investigación no se configuraba la nulidad señalada por el allí procesado.

Nótese, en lo relativo a las pruebas recaudadas en la investigación, esa gestión se funda en el canon 91 del Código Único Disciplinario, precepto que faculta para incorporar los medios probatorios pertinentes, los cuales pueden ser posteriormente ampliados o aclarados a petición del investigado, empero, en el caso, el tutelante no hizo uso de esos mecanismos.

3. Frente a la falta de competencia, la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional se limitó a indicar:

“(...) indistintamente de quien falle la actuación, esta Dirección podía haber ordenado la presente investigación y adelantar las diligencias que se consideraran pertinentes para el esclarecimiento de los hechos, debiendo posteriormente definir quién debía fallar el proceso o tomar las decisiones que en derecho correspondan” (fl. 243).

Al desatar la reposición deprecada contra esta decisión, el mismo accionado coligió:

“(...) Aunado a los argumentos planteados en el auto que desató el incidente de nulidad propuesto por la apoderada del aquí encartado, agréguese (...) que no le asiste la razón, cuando [el investigado] pretende exponer que la Dirección de Reclutamiento, no tenía competencia para iniciar la presente investigación, (...) de acuerdo a las atribuciones disciplinarias que la Ley 836 de 2003 le confiere a esta Dirección, si se podría iniciar la misma, ahora que entratándose (sic) del fallo si ello no es competencia de esta Dirección, se remitirá previa evaluación de lo actuado, ante quien se considere competente para proseguir con la actuación” (fls.257 a 265).

En su determinación, el querellado no demostró ni explicó los motivos fundantes que lo llevaron a concluir la negativa de la invalidez.

Por tanto, los actos denunciados frente a dicho tópico, carecen de coherencia, no reflejan simetría con la interpretación dada por el órgano de cierre de la jurisdicción constitucional.

El artículo 78 de la Ley 836 de 2003¹, dicta:

¹ Vigente para este asunto en virtud del artículo 251 de la Ley 1862 de 2017: *“Los procesos que se Encuentren con auto de cargos al entrar en vigencia la presente ley, continuarán tramitándose de conformidad con las ritualidades consagradas en el procedimiento anterior. En caso contrario, la actuación se adecuará al procedimiento previsto en esta Ley”.*

“Primer Grado: Para sancionar por faltas gravísimas. Es competente para sancionar a un oficial por faltas gravísimas el superior jerárquico, inmediato o no, dentro de la línea de dependencia del infractor, que sea comandante de unidad operativa mayor o menor o jefe de la respectiva jefatura dentro de la estructura orgánica del Cuartel General del Comando de la Fuerza” (subrayado fuera de texto).

La hermenéutica de la normativa transcrita ha sido expuesta por la Corte Constitucional en pautas del siguiente tenor:

“Esta Corporación estima indispensable señalar que la expresión “inmediato o no” contenida en el inciso primero del artículo 78 de la Ley 836 de 2003 y en los incisos sexto y séptimo del artículo 79 de la misma Ley, presentan a simple vista un grave problema de indeterminación. En efecto, las disposiciones reseñadas le otorgan competencia al superior jerárquico del sujeto disciplinado en las fuerzas militares para ejercer sobre él las potestades sancionatorias previstas en la ley. Sin embargo, en lugar de limitar el alcance de dicha distribución de competencias exclusivamente al funcionario que sigue de manera escalonada dentro de la misma línea de dependencia del investigado, parecería permitir que otro funcionario distinto, independientemente de su relación castrense con el servidor infractor, ejerza el citado poder disciplinario en su contra, con la única obligación de ser “superior jerárquico”. Para esta Corporación, a partir de la interpretación sistemática de las normas acusadas y de la Ley 836 de 2002 (sic), es claro que la competencia asignada por dichas disposiciones no desconoce la obligación constitucional de fijar de manera previa, clara y explícita la autoridad competente para ejercer la función disciplinaria en las fuerzas militares, pues las citadas normas deben interpretarse en el sentido que: a) La competencia disciplinaria no se confiere a cualquier “superior jerárquico” en general sino al “superior específico” del sujeto disciplinado, como ocurre en todos los casos señalados en los artículos 74 a 92 del Reglamento Disciplinario para las Fuerzas Militares; b) Dicho superior se puede identificar a partir de la línea de dependencia del infractor de conformidad con el esquema previsto en las regulaciones vigentes; y finalmente, c) La línea de dependencia

*no es sólo orgánica sino también funcional*² (subrayado fuera de texto).

4. En contraste, la postura de la Dirección enjuiciada, vulnera de la prerrogativa al debido proceso administrativo, porque, conforme a lo expresado por la Corte Constitucional, las pruebas allegadas³ y lo dispuesto en el artículo 5 literal g del Decreto 2084 de 1993⁴, el conocimiento de la causa sancionatoria objeto de estudio corresponde al superior inmediato, que para el caso es la Tercera Zona de Reclutamiento, y no la accionada.

Así las cosas, la deficiencia al resolver la invalidez, quebranta el mandato 29 de la Carta, pues ello impidió que el caso fuera debatido ante la autoridad que corresponde. Además, al no haber finalizado la actuación, el impulsor carece de otro mecanismo de defensa.

5. La Corte Constitucional, en torno a la mencionada garantía *iusfundamental*, ha anotado que ésta comprende

“(...) «(i) ser oído durante toda la actuación, (ii) a la notificación oportuna y de conformidad con la ley, (iii) a que la actuación se surta sin dilaciones injustificadas, (iv) a que se permita la participación en la actuación desde su inicio hasta su culminación, (v) a que la actuación se adelante por autoridad competente y con el pleno respeto de las formas propias previstas en el ordenamiento jurídico, (vi) a gozar de la presunción de inocencia, (vii) al ejercicio del derecho de defensa

² CC Sentencia C - 1079 de 2005.

³ Fl. 62. Resolución de apertura de investigación disciplinaria al “Mayor Aldemar Romero Agredo (...) como comandante del Distrito Militar n.º 17 orgánico de la Tercera Zona de Reclutamiento”.

⁴ ARTÍCULO 5o. Son funciones de los Comandantes de Zona: Las que correspondan al Manual de Funciones y Procedimientos de control interno, expedidos al efecto; entre otras tendrán las siguientes: (...)

“g) Conocer en primera instancia de las infracciones cometidas por las personas naturales o jurídicas, de acuerdo con la ley. Y en segunda instancia, de las infracciones de competencia de los Comandantes de Distrito Militar”

*y contradicción, (viii) a solicitar, aportar y controvertir pruebas, y (ix) a impugnar las decisiones y a promover la nulidad de aquellas obtenidas con violación del debido proceso (...)*⁵
(subrayado fuera de texto).

6. Si bien esta Corte ha considerado que en la labor de administrar justicia, los funcionarios gozan de libertad para la exégesis del ordenamiento jurídico, motivo por el cual el fallador de tutela no puede inmiscuirse en sus pronunciamientos; en los eventos en los cuales la autoridad profiere una decisión ostensiblemente contradictoria o desajustada del plexo normativo o de la jurisprudencia, como la aquí atacada, es factible la intervención de esta particular jurisdicción, por cuanto, se afecta rectamente el debido proceso y el principio de identidad en la construcción del silogismo judicial, menoscabando el derecho a la defensa.

Deviene fértil abrir paso a la protección invocada por virtud del control legal y constitucional que atañe en esta sede al juez, compatible con el necesario ejercicio de control convencional, siguiendo el Pacto de San José de Costa Rica de 22 de noviembre de 1969⁶ (art. 8º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), a fin de garantizar la garantía fundamental reclamada.

7. Por tanto, se revocará el fallo impugnado, para en su lugar otorgar el amparo al debido proceso administrativo.

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SC-980 de 2010

⁶ Adoptado por Colombia mediante la Ley 16 del 30 de diciembre de 1972.

3. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Casación Civil, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de fecha y lugar de procedencia anotada para, en su lugar, **CONCEDER** el amparo reclamado.

En consecuencia, se ordena a la Dirección de Reclutamiento y Control de Reservas del Ejército Nacional, que en el término de cinco (5) días siguientes a la notificación de esta decisión, deje sin efecto la Resolución de 11 de abril de 2017, mediante la cual se desató la reposición deprecada contra la decisión de negar la nulidad formulada por Aldemar Romero Agredo y proceda a decidir nuevamente ese recurso, en punto de la competencia alegada por el interesado, conforme a las reglas que la rigen y según lo expresado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Notifíquese lo así decidido, mediante comunicación telegráfica, a todos los interesados y remítase oportunamente el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

LUIS ALONSO RICO PUERTA
Presidente de Sala

MARGARITA CABELLO BLANCO
Ausencia justificada

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO

AROLD WILSON QUIROZ MONSALVO

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia

Sala de Casación Penal
Sala de Decisión de Tutelas n.º 3

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

Magistrado Ponente

STP18232-2017

Radicación N° 94910

Acta 362

Bogotá, D.C., treinta y uno (31) de octubre de dos mil diecisiete (2017).

Se pronuncia la Sala acerca de las impugnaciones interpuestas por la accionante JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS y la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia –Corantioquia-, contra el fallo de tutela de 28 de septiembre de 2017, proferido por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, mediante el cual le negó el amparo de sus derechos fundamentales de petición, trabajo, educación y familia, presuntamente vulnerados por la Procuraduría General de la Nación, así como que tuteló la garantía fundamental al debido proceso, vulnerado por la citada

Corporación, en actuación que vinculó a los Juzgados 2° de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad y 19 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín y a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia –COMFAMA-.

ANTECEDENTES

Así fueron sintetizados por la Sala Penal del Tribunal
A quo:

Del escrito de tutela y sus anexos se extracta que en julio 9 de 2013 el Juzgado Diecinueve Penal del Circuito con Funciones de Conocimiento de Medellín condenó a Juan David Sepúlveda Vargas a la pena principal de dieciséis (16) meses de prisión y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, al hallarlo penalmente responsable del delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos agravado.

Asimismo, el accionante relató que no obstante mediante auto del 3 de septiembre de 2014, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia decretó la extinción de la sanción penal por pena cumplida, la Procuraduría General de la Nación continúa certificando el referido antecedente penal hasta el 8 de junio de 2018.

El pasado 15 de agosto solicitó a la Procuraduría General de la Nación conceptuar si está o no inhabilitado para desempeñar practica laboral en Corantioquia, para efectos de lo cual relato: *i)* es estudiante de la Tecnología en Gobierno Local que ofrece el Sena; *ii)* que estuvo vinculado en Corantioquia del 15 de febrero al 1° de agosto de 2017 como aprendiz, por intermedio de

Centro de Ciencia y Tecnología de Antioquia CTA, específicamente en la Oficina Territorial Tahamies con sede en Santa Rosa de Osos (Antioquia); *iii*) que le hacen falta 5 meses de etapa productiva o práctica de los 11 meses en total que se requieren para poder graduarse; *iv*) por lo anterior se postuló al programa Estado Joven para realizar prácticas en Corantioquia; y, *v*) Corantioquia impide su vinculación formativa por intermedio de Comfama en virtud de la inhabilidad para contratar con el Estado que registra la Procuraduría General de la Nación.

El ciudadano expone que para proveerse el mínimo vital tuvo que trasladarse a Medellín, donde actualmente reside, y dejar a su hija con dos años al cuidado de su abuela materna dado que no cuenta con apoyo con esta ciudad para ello.

El actor pretende que el juez constitucional ordene a la Procuraduría General de la Nación que emita concepto positivo a su consulta y que se le permita desarrollar las prácticas laborales en Corantioquia, por intermedio de Comfama y luego elimine la inhabilidad que registra como antecedente.

TRÁMITE EN PRIMERA INSTANCIA

Avocado el conocimiento del asunto, el Tribunal a quo ordenó correr traslado a las autoridades accionadas para que ejercieran el derecho de contradicción que le asiste, obteniéndose las siguientes respuestas:

1. El Representante Legal de la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA, luego de explicar en qué

consiste el programa Estado Joven, indicó que JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS fue seleccionado para la plaza 1625964577-23 de Corantioquia, razón por la que se le solicitó la documentación necesaria para continuar con su proceso de vinculación formativa, sin embargo, luego la citada entidad pública desistió del proceso de vinculación por los antecedentes que presentaba el joven.

2. El Secretario General de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia –Corantioquia- dijo no haber vinculado al programa Estado Joven al accionante por cuanto al revisar sus antecedentes disciplinarios se encontró que tenía inhabilidad para el ejercicio de derechos de derechos y funciones públicas emitido por la Procuraduría General de la Nación.

3. La apoderada de la Procuraduría General de la Nación, solicitó declarar la improcedencia de la acción por cuanto la petición objeto de censura fue debidamente tramitada mediante oficio de respuesta CGS2200 del 19 de septiembre de 2017, amén de que la información que se registra en el certificado de antecedentes se funda en razones fácticas y jurídicas que motivan tal anotación.

4. Las demás autoridades guardaron silencio sobre el particular dentro del traslado concedido para el efecto.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

El 28 de septiembre de 2017 la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, negó el amparo invocado respecto del derecho fundamental de petición al haberse superado el hecho que lo originó, en tanto la Procuraduría General de la Nación el 19 de septiembre de la presenta anualidad emitió el concepto solicitado por JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS, desbordando incluso sus funciones consultivas.

No obstante, tuteló el derecho fundamental al debido proceso vulnerado por la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, al no haberle propiciado un espacio que le permitiera al accionante controvertir u oponerse a la decisión de excluirlo de la selección para el programa Estado Joven.

En consecuencia, le ordenó a la Corantioquia proferir acto administrativo debidamente motivado en que defina sobre la vinculación de JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS a la entidad e indicara los recursos que contra él proceden.

De otra parte, consideró que dada la subsidiariedad y residualidad de la acción de tutela, no es viable ordenar a COMFAMA o Corantioquia que dejen al actor continuar en el programa de selección, pues para ello cuenta con otros mecanismos administrativos, como lo es agotar la vía gubernativa y la Jurisdicción Contencioso Administrativa de persistir la decisión de exclusión del programa al cual considera tiene derecho.

IMPUGNACIONES

1. JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS mostró inconformidad con el fallo, como quiera que el Tribunal no se pronunció sobre la eliminación del antecedente que registra en la Procuraduría General de Nación, máxime cuando el Juzgado 2 de Ejecución de Penas y Medidas de Antioquia extinguió la sanción impuesta por el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos agravado.

2. El Secretario General de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia – Corantioquia, solicitó revocar el fallo, pues en manera alguna ha vulnerado el debido proceso del accionante, en tanto, quien debe expedir el acto administrativo informándole si continua o no en el proceso de selección es la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA, pues éstos son los administradores y operadores del programa al que se postuló el accionante.

CONSIDERACIONES

De conformidad con el artículo 1º numeral 2º del Decreto 1382 de 12 de julio de 2000, en armonía con el artículo 32 del Decreto 2591 de 1991, la Sala es competente para pronunciarse sobre la impugnación interpuesta contra

la decisión adoptada por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín, al ser su superior funcional.

Como son dos los temas a resolver, la Sala para una mejor comprensión los resolverá en forma separada.

1. Pretende JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS por vía constitucional, se le ordene a la Procuraduría General de la Nación no reportar en sus antecedentes las anotaciones judiciales que se registran a su nombre en razón de la sentencia condenatoria que le fue impuesta por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín, por el delito de empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos agravado, toda vez que ya fue declarada extinta, pues considera que ello lesiona sus derechos fundamentales al trabajo y educación, en tanto le impide acceder al programa gubernamental Estado Joven.

Al respecto, lo primero que habrá de señalarse, es que en el escrito de tutela el accionante no desconoce las sanciones impuestas en la actuación penal en la que resultó condenado por el Juzgado 19 Penal del Circuito de Conocimiento de Medellín por el delito previsto en el artículo 359 del Código Penal, modificado por el artículo 10 de la Ley 1453 de 2011 - empleo o lanzamiento de sustancias u objetos peligrosos -, esto es, la pena de prisión de 16 meses y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término, así como tampoco discute que dicha sentencia cobró ejecutoria el 9

de julio de 2013¹.

Ahora, conforme a las previsiones establecidas en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, es deber de la Procuraduría de la General de la Nación mantener esos antecedentes en sus registros, especialmente lo relacionado con las inhabilidades para el ejercicio de cargos públicos. Obsérvese:

El Código Disciplinario Único en su artículo 174 estipula lo referente al registro de las sanciones de la siguiente manera:

Art. 174. Las sanciones penales y disciplinarias, las inhabilidades que se deriven de las relaciones contractuales con el Estado, de los fallos con responsabilidad fiscal, de las decisiones de pérdida de investidura y de las condenas proferidas contra servidores, ex servidores públicos y particulares que desempeñen funciones públicas en ejercicio de la acción de repetición o llamamiento en garantía, deberán ser **registradas en la División de Registro y Control y Correspondencia de la Procuraduría General de la Nación, para efectos de la expedición del certificado de antecedentes.**

El funcionario competente para adoptar la decisión a que se refiere el inciso anterior o para levantar la inhabilidad de que trata el párrafo 1o. del artículo 38 de este Código, deberá comunicar su contenido al Procurador General de la Nación en el formato diseñado para el efecto, una vez quede en firme la providencia o acto administrativo correspondiente.

¹ Fl. 10 C.O. 1.

La certificación de antecedentes deberá contener las anotaciones de providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento”. (Negrillas fuera de texto).

Esta norma fue objeto de estudio por la Corte Constitucional mediante sentencia C – 1066 de 2002, en la que se indicó:

En síntesis podemos afirmar que la certificación de antecedentes debe contener las providencias ejecutoriadas que hayan impuesto sanciones dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición, aunque la duración de las mismas sea inferior o sea instantánea. También contendrá las sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes al momento en que ella se expida, aunque hayan transcurrido más de cinco (5) años o sean inhabilidades intemporales como, por ejemplo, la prevista en el Art. 122 de la Constitución Política

En consecuencia, esa Corporación resolvió:

Declarar EXEQUIBLE el inciso final del Art. 174 de la Ley 734 de 2002, en el entendido de que sólo se incluirán en las certificaciones de que trata dicha disposición las providencias ejecutoriadas dentro de los cinco (5) años anteriores a su expedición y, en todo caso, aquellas que se refieren a sanciones o inhabilidades que se encuentren vigentes en dicho momento.².

Así pues, la función de la entidad demandada se

² Ibidem.

circunscribe al deber legal de registrar de conformidad con la norma anterior la información dada por las autoridades respectivas y hacerlas constar en el certificado de antecedentes, la cual debe corresponder a los datos suministrados por los despachos judiciales competentes, por el término que señala la norma.

Entonces, las anotaciones a que hizo referencia el demandante en el escrito de tutela y que son objeto de queja se ajustan a los parámetros establecidos en el ordenamiento jurídico, no comportando vulneración alguna a los derechos impetrados, pues mal haría el juez de tutela, y sin fundamento alguno, apartarse de lo establecido en el artículo 174 de la Ley 734 de 2002, pues hasta el momento no han transcurrido los 5 años desde que quedó ejecutoriada la sentencia a la que se hizo alusión.

En efecto, si la sentencia condenatoria que declaró responsable a JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS quedó ejecutoria el 9 de julio de 2013, el registro de la pena de prisión y la inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas que se le impuso por el término de 16 meses, precluirá el 9 de julio de 2018.

En tales condiciones, lo que se evidencia es que la parte demandada obró con apego a lo legalmente establecido frente al registro de sanciones, sin que se observe en dicho actuar alguna acción u omisión

constitutiva de vía de hecho, por lo que no existe agravio o amenaza a los derechos fundamentales a que hace referencia el libelista, motivo por el cual la acción de tutela incoada resulta improcedente en lo que este aspecto se refiere.

2. Ahora, procede la Sala a determinar si asiste razón al Secretario General de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia – Corantioquia, en señalar que el competente para expedir el acto administrativo informándole al accionante si continua o no en el proceso de selección es la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA, al ser éstos los administradores y operadores del programa al que se postuló el accionante.

Al respecto, lo primero que tendrá que señalar la Sala es que la Ley 1780 del 2016, encomendó al Ministerio del Trabajo y al Departamento Administrativo de la Función Pública, el desarrollo y reglamentación de una política que incentive, fomente y coordine los programas de jóvenes talentos, para que los jóvenes sin experiencia puedan realizar prácticas laborales, judicatura y relación docencia de servicio en el área de la salud, en las entidades públicas. En otras palabras, la mencionada ley pretendió «impulsar la generación de empleo para los jóvenes entre 18 y 28 años de edad, sentando las bases institucionales para el diseño y ejecución de políticas de empleo, emprendimiento y la creación de nuevas empresas jóvenes, junto con la promoción de mecanismos que impacten positivamente en la vinculación laboral con enfoque

diferencial para este grupo poblacional en Colombia»³.

En ese sentido el artículo 15 de la mencionada normatividad, estableció:

Artículo 15. Naturaleza, definición y reglamentación de la práctica laboral. La práctica laboral es una actividad formativa desarrollada por un estudiante de programas de formación complementaria ofrecidos por las escuelas normales superiores y educación superior de pregrado, durante un tiempo determinado, en un ambiente laboral real, con supervisión y sobre asuntos relacionados con su área de estudio o desempeño y su tipo de formación; para el cumplimiento de un requisito para culminar sus estudios u obtener un título que lo acreditará para el desempeño laboral. Por tratarse de una actividad formativa, la práctica laboral no constituye relación de trabajo. A su vez, el artículo

Por otro lado, la Resolución 4566 de 2016 expedida por el Ministerio del Trabajo creó el Programa «*Estado Joven*», como incentivo para las prácticas laborales y judicatura en el sector público, estableciéndose las condiciones para su puesta en marcha.

Fue así como Corantioquia postuló 28 plazas de práctica en el marco de la 2ª convocatoria del Programa Estado Joven, por lo que adquirió, entre otras, las siguientes responsabilidades y obligaciones⁴:

³ Artículo 1º Ley 1786 de 2016.

⁴ Manual Operativo Prácticas laborales en el Sector Público expedido por el Ministerio de Trabajo.

- Realizar su proceso de postulación como entidad pública y de sus plazas de práctica, de acuerdo a los requisitos, tiempos y procedimientos que se establezcan en cada convocatoria a entidades públicas.
- Realizar el proceso de registro de la entidad y las plazas de práctica aprobadas en el SISE, bajo el acompañamiento de la Agencia de Gestión y Colocación de la CCF.
- Definir los criterios de selección de los aspirantes a sus plazas de práctica, de acuerdo a lo establecido en cada convocatoria a entidades públicas.
- Socializar con los aspirantes remitidos por la Agencia de Gestión y Colocación de la CCF, los criterios de selección que utilizará para continuar en el proceso.
- Realizar el proceso de selección del practicante de acuerdo a los criterios previamente establecidos.
- Notificar a la CCF los resultados del proceso de selección
- Realizar la vinculación formativa del practicante seleccionado, mediante acto administrativo o acto jurídico. Esta vinculación, es de carácter especial y NO laboral, su objetivo es permitir a un estudiante, realizar su práctica en la entidad pública.

Así lo certificó incluso el 24 de mayo de 2017 el Coordinador del Grupo Interno de Trabajo Talento Humano de la Corporación Autónoma Regional del Centro de Antioquia, al postular las plazas de práctica en el marco del programa Estado Joven⁵ y seleccionar a la Caja de

⁵ Fl. 60 C.O. 1.

Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA para que llevara a cabo dicha demanda.

Ahora, según el Manual Operativo expedido por el Ministerio del Trabajo para el desarrollo de las prácticas laborales en el sector público en el marco del Programa Estado Joven, a las Cajas de Compensación Familiar en su calidad de administradoras de los recursos del Fondo de Fomento al Empleo y Protección al Cesante FOSFEC y administradoras de dicho programa, les corresponde entre otras obligaciones, las siguientes:

Gestionar la oferta y demanda de las plazas de práctica laboral, de acuerdo a las convocatorias.

Realizar el registro de entidades públicas, plazas de práctica y estudiantes aspirantes en SISE.

Realizar la verificación de requisitos de los estudiantes postulados al programa en cada convocatoria.

Remitir los listados de postulados que **cumplen** los requisitos, a las entidades públicas para realizar el proceso de selección.

Hacer seguimiento al proceso de selección de aspirantes en cada plaza de práctica ofertada.

Informar a todos los estudiantes postulados los resultados del proceso de selección.

En ese contexto, asistió razón al impugnante en señalar que el competente para informarle al accionante

que no continuaba en el proceso de selección es la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA, pues según el Manual Operativo de las Prácticas Laborales en el Sector Público, quien se encarga de realizar la verificación de los requisitos de los estudiantes postulados al programa en cada convocatoria lo es la Caja de Compensación Familiar, es más, solo tiene que remitir a la entidad pública el listado de aquellos que cumplen con los requisitos establecidos para el efecto.

Ahora, como la inconformidad no recayó en el amparo concedido ante la vulneración de la garantía fundamental al debido proceso, sino en el competente para cumplir la orden expedida, se modificará ésta, en el sentido de ordenar a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA, que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida acto administrativo que defina positiva o negativamente si JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS cumple con los requisitos establecidos en la normatividad para que sea seleccionado por Corantioquia dentro de las plazas de práctica ofertadas en el marco del programa Estado Joven e indicarle los recursos que proceden contra dicha decisión.

En ese sentido se modificará el numeral tercero de la parte resolutive de la sentencia impugnada.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, en Sala de Decisión de Tutelas, administrando justicia en nombre de la República

y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Modificar el numeral tercero del fallo emitido el 28 de septiembre de 2017 por la Sala Penal del Tribunal Superior de Medellín que amparó el derecho fundamental al debido proceso del que es titular JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS, para en su lugar ordenarle a la Caja de Compensación Familiar de Antioquia COMFAMA que dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de esta sentencia, expida acto administrativo que defina positiva o negativamente si JUAN DAVID SEPÚLVEDA VARGAS cumple con los requisitos establecidos en la normatividad para que sea seleccionado por Corantioquia dentro de las plazas de práctica ofertadas en el marco del programa Estado Joven e indicarle los recursos que proceden contra dicha decisión.

2. En lo demás la sentencia será confirmada.

3. Notificar a las partes de acuerdo con lo previsto en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

4. Remitir el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión, una vez ejecutoriado el presente proveído.

Cúmplase

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR

NUBIA YOLANDA NOVA GARCÍA

Secretaria

Proceso No 29206

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN PENAL**

**Magistrado Ponente:
YESID RAMÍREZ BASTIDAS
Aprobado Acta N° 119**

Bogotá, D. C., jueves, quince (15) de mayo de dos mil ocho (2008).

VISTOS:

Resuelve la Sala el recurso de casación interpuesto por el defensor del procesado ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN contra la sentencia proferida por el Tribunal Superior de Yopal por medio de la cual lo condenó a las penas de prisión de 85 meses, multa en cuantía de 25 salarios mínimos legales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de funciones públicas, al encontrarlo autor penalmente responsable de las conductas punibles de *peculado por aplicación oficial diferente y celebración indebida de contratos* (Código Penal de 1980, artículos 136 y 146).

HECHOS Y ACTUACIÓN PROCESAL:

1. El 7 de julio de 2000 el Contralor General de la República remitió a la Fiscalía General de la Nación copia del informe de auditoría realizado a los gastos e inversiones que hizo el municipio de Aguazul, Casanare, en el que se estableció que los dineros recibidos por concepto de regalías no habían sido destinados durante los años 1997, 1998 y 1999 a los fines determinados por el artículo 15 de la Ley 141 de 1994.

La autoridad encargada del control fiscal comprobó que los recursos derivados de las regalías fueron reservados en gran parte a cubrir gastos de funcionamiento, gastos generales y a soportar los costos de proyectos que no estaban incluidos en el plan de desarrollo municipal, en tanto que para el gasto social reservó apenas el 36,09% en 1997, el 29,66% en 1998 y el 36,34% en 1999.

El informe estableció que algunos contratos celebrados con los dineros provenientes de las regalías petroleras contravenían los principios de la contratación pública y se suscribieron sin el cumplimiento de los requisitos legales.

2. Cumplidas algunas diligencias de verificación el 20 de octubre de 2000 se ordenó la apertura de la instrucción y se escuchó en diligencia de indagatoria a ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN, Alcalde de Aguazul, a quien se le impuso medida de aseguramiento al ser encontrado como posible autor responsable de un concurso homogéneo y sucesivo de los delitos de *peculado por aplicación oficial*

diferente y contrato sin cumplimiento de requisitos legales, en concurso heterogéneo.

3. Al proceso fueron vinculadas otras personas y una vez agotado el ciclo instructivo se profirió resolución acusatoria en contra de SALAMANCA LEÓN y se rompió la unidad procesal, decisión que al ser apelada fue confirmada y adicionada por un Fiscal Delegado ante el Tribunal Superior de Bogotá¹, de modo que en definitiva el pliego de cargos se edificó por los delitos de *peculado por apropiación, peculado por aplicación oficial diferente e indebida celebración de contratos por suscripción sin el cumplimiento de los requisitos legales*, en concurso homogéneo, heterogéneo y sucesivo.

4. La etapa del juicio correspondió tramitarla al Juzgado Segundo Penal del Circuito de Yopal, autoridad que el 4 de julio de 2007, una vez cumplidas las audiencias preparatoria y de juzgamiento, absolvió al procesado al considerar que su conducta no era antijurídica.

5. La decisión del *a quo* fue apelada por el Agente del Ministerio Público y el Tribunal Superior de Yopal en sentencia de 18 de septiembre de 2007, revocó el fallo de primera instancia y condenó a ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN a las penas principales de 85 meses de prisión, multa en cuantía de 25 salarios mínimos legales mensuales vigentes e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por un lapso de 36 meses. En el resuelve segundo también se dispuso condenar al procesado a la pena accesoria de 85 meses de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas.

¹ La resolución acusatoria de segunda instancia fue suscrita el 28 de noviembre de 2001.

6. Contra la sentencia del Tribunal se interpuso por parte del defensor del procesado el recurso extraordinario de casación, el cual fue concedido el 23 de octubre de 2007 y subsiguientemente remitido a esta Corporación.

LA DEMANDA:

El defensor presentó tres cargos contra la sentencia, así:

Primer cargo: Se apoya en el apartado segundo del numeral 1° del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal de 2000 al estimar que la sentencia viola indirectamente la ley sustancial al incurrir en errores de hecho, configurados en la valoración que permitió declarar al procesado como responsable del delito de *peculado por destinación oficial diferente*.

Señala que el Tribunal incurrió en errores al suponer o imaginar un hecho carente de demostración, no apreciar en su conjunto y sin distorsiones el contenido material de la prueba y vulnerar las reglas de la sana crítica:

(i) Supuso la existencia de un contrato de compraventa de un bien inmueble para la vivienda del Alcalde;

(ii) Desconoció que el artículo 15 de la Ley 141 de 1994 permitía que de las regalías petroleras se destinara hasta un 20% a otros menesteres diferentes al gasto social;

(iii) Ignoró u omitió pruebas que establecían la existencia de proyectos, decretos y acuerdos municipales que aluden a la definición de gastos de funcionamiento;

(iv) Dio por establecido que determinadas erogaciones eran de funcionamiento cuando en los presupuestos se hacía mención a los mismos como gasto social;

(v) Admitió como gastos de funcionamiento aquellos que presupuestalmente se dispusieron bajo el rubro gastos generales;

(vi) Dio por establecido que toda erogación que se ejecute por fuera del artículo 15 citado afecta la inversión social;

(vii) Haber dado valor probatorio absoluto al informe de la Contraloría y al informe de Auditoría, cuando los mismos apenas contienen una relación de acontecimientos; y,

(viii) Omitió valorar toda la prueba y acudiendo a hechos no demostrados elaboró una lista de gastos de funcionamiento sin percatarse del alcance del artículo 15 de la Ley 141 de 1994.

Consideró que tales errores llevaron a una aplicación indebida de los artículos 15 citado, 36 y 136 del Código Penal de 1980, 32 de la Ley 190 de 1995 y 399 del Código Penal de 2000, que constituyeron el fundamento jurídico de la condena impuesta al procesado.

Segundo cargo: Proclama que en la sentencia se produjo una violación indirecta de la ley sustancial (Código de Procedimiento Penal, artículo 207-1 aparte segundo), cuyo origen finca en errores de

hecho por suponer o imaginar sucesos carentes de demostración, no apreciar en su conjunto y sin distorsiones o tergiversaciones la prueba y desconocer las reglas de la sana crítica, lo que permitió declarar penalmente responsable al procesado del delito de celebración indebida de contratos.

Enlista los siguientes errores:

(i) Ignorar u omitir pruebas que establecían la existencia de proyectos, decretos y acuerdos municipales que aluden a la definición de gastos de funcionamiento;

(ii) Haber dado valor probatorio absoluto al informe de la Contraloría y al informe de Auditoría, cuando los mismos apenas contienen una relación de acontecimientos;

(iii) Considerar la existencia de un fraccionamiento contractual sin que estuviera demostrado, más cuando la planta procesadora de lácteos contratada con Sattler Ltda. se encuentra en buen funcionamiento y se justificó la inversión;

(iv) Afirmar la existencia de un fraccionamiento contractual desconociendo las declaraciones testimoniales aportadas en el periodo de instrucción y en la etapa de juzgamiento, lo explicado por el procesado y desconociendo las responsabilidades de cada uno de los funcionarios de la administración municipal.

Con tales pruebas demuestra que no existió voluntad de eludir la licitación pública sino que la contratación directa fue el medio idóneo para realizar el gasto social.

Tercer cargo: Al amparo del cuerpo primero del numeral 1 del artículo 207 del Código de Procedimiento Penal acusa la sentencia de haber incurrido en una violación directa de la ley sustancial.

Considera que el fallo demandado vulneró por interpretación errónea el artículo 15 de la Ley 141 de 1994 y que fueron aplicados indebidamente los artículos 36 y 136 del Código Penal de 1980 (modificado por el artículo 32 de la Ley 190 de 1995 y adicionado por el artículo 399 del Código Penal de 2000).

La interpretación errónea se edifica cuando el Tribunal no deja espacio para que del monto total de las regalías que recibe un ente territorial hasta un 20% se pueda destinar a gastos diferentes a los sociales, como expresamente aparece previsto en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994.

Critica que el Tribunal haya aplicado el artículo 14 de la Ley 756 de 2002 a los hechos materia de la acusación, cuando dicha norma no estaba vigente para el momento de los mismos.

Señala que lo anterior condujo a que el Tribunal no tuviera en cuenta la excepción de gastos, de donde surgió un fundamento errático para condenar por el delito de *peculado por destinación oficial diferente*.

Con fundamento en lo expuesto el censor solicita que se case la sentencia demandada y se proceda a dejar en firme la decisión de primera instancia.

CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO:

El Procurador Primero Delegado para la Casación Penal advierte algunas deficiencias en el discurso lógico jurídico de la censura, porque postula errores de manera indiscriminada y sin la debida segregación en capítulos independientes, amén de considerar que la impugnación deja los cargos huérfanos de demostración y en el discurso simplemente se esboza el particular punto de vista del libelista.

Independientemente de lo anterior y luego de analizar conjuntamente los **cargos primero y segundo**, concluye que la decisión de condena se apoya en un ponderado análisis probatorio.

Observa que en el informe de la Contraloría General de la República se establece claramente que el porcentaje del monto de las regalías destinado a la inversión social es muy inferior al 80% que ordena el artículo 15 de la Ley 141 de 1994, de donde surge con diafanidad el *peculado por destinación oficial diferente*.

Y sobre la responsabilidad del procesado frente a la acusación que por el delito de celebración de *contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales*, destaca que sí existió fraccionamiento en los contratos de adquisición del homogenizador y en la construcción de las redes de alcantarillado, situación que se hace evidente cuando se observa un mismo objeto, montos similares y ejecución simultánea, todo lo cual se hizo con el evidente propósito de celebrar contratos directamente sin acudir a la vía de la licitación pública, como debía

hacerse por imperativo de las reglas de contratación y en cumplimiento de los principios que gobiernan el ejercicio de la función pública.

El Agente del Ministerio Público conceptúa que los cargos primero y segundo no están llamados a prosperar.

En cuanto al **cargo tercero** referido a una violación directa de la ley sustancial lo considera intrascendente en tanto el artículo 14 de la Ley 756 de 2002 recoge en esencia lo dispuesto en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994. Adicionalmente, el demandante no demostró que el municipio de Aguazul hubiera alcanzado las coberturas mínimas señaladas por el Gobierno Nacional para los años 1997 a 1999.

Subraya que durante las citadas anualidades el gasto social siempre quedó fijado en porcentajes muy inferiores a los exigidos normativamente, de donde concluye que aplicando el 80% o el 75% establecido en las leyes 141 y 756, respectivamente, en todo caso se demuestra que el alcalde procesado infringió la norma punitiva que sanciona la indisciplina en el gasto presupuestal y su prioritaria destinación a salud, educación, etc.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Ministerio Público concluye que no se dio la indebida aplicación normativa alegada por el recurrente y por ello considera que el cargo no debe prosperar.

El Procurador considera que se debe **casar oficiosamente** la sentencia porque en la fijación de las penas se produjo una vulneración del principio del *non bis in idem* dado que al procesado se le impuso doblemente la pena de inhabilitación para el ejercicio de

derechos y funciones públicas, porque como sanción principal se le inhabilitó por el lapso de 36 meses y como pena accesoria la inhabilitación fue establecida en 85 meses.

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que no resulta legítimo imponer una misma pena al mismo tiempo como principal y accesoria, solicita que por favorabilidad y en los términos del Código Penal de 1980 se disponga que la pena de inhabilitación que corresponde al procesado es de 36 meses.

CONSIDERACIONES DE LA CORTE:

1. La demanda admitida a trámite tiene como propósito destruir la presunción de veracidad y acierto que milita a favor de la sentencia de condena impuesta a ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN, en la que se determina su responsabilidad por las conductas punibles de *peculado por aplicación oficial diferente y celebración indebida de contratos* (Código Penal de 1980, artículos 136 y 146).

2. La función pública, los principios que la rigen y el bien jurídico protegido

Como los punibles que han sido investigados en el presente asunto tienen que ver con el bien jurídico administración pública, la Corte procede a precisar conceptos esenciales que configuran el marco teórico a partir del cual se tomará la decisión correspondiente.

2.1. Administración pública y función pública

Los conceptos *administración pública* y *función pública* en el derecho penal no tienen el mismo sentido y extensión conforme se conocen y aplican en el derecho constitucional o administrativo.

La mejor doctrina elaborada durante la vigencia del Código Penal de 1936 enseñó que el contenido del concepto *administración pública* que se utiliza en la legislación penal es muy amplio. En un sentido lato, el concepto administración pública comprende toda la actividad del Estado; en ella quedan cobijadas las tres *funciones* fundamentales del Estado: la legislativa, la jurisdiccional y la denominada *actividad jurídica* que comprende específicamente la actividad puramente administrativa².

Actualmente "se viene aceptando por *función pública* la diversa forma de manifestación de la actividad del Estado, o por mejor decir, la manifestación del poder público desde un punto de vista teleológico, finalista. Esto es: la función pública se caracteriza, en cualquiera de sus manifestaciones, por su contenido final, al modo que expusiera ZANOBINI, de que "el Estado procede a la consecución de sus fines por medio de una serie de actividades que constituyen sus funciones", que se proyecta en la triple dimensión legislativa, judicial y administrativa"³.

Para la Corte el moderno concepto de administración pública lleva implícito el ejercicio de aquellas actividades necesarias para el cumplimiento de los objetivos estatales trazados en las políticas, planes, programas y tareas a desarrollar, para cuya realización

² JESÚS BERNAL PINZÓN, *Delitos contra la administración pública y asociación para delinquir*. Bogotá, Editorial Temis, 1965, p. 1.

³ MANUEL COBO DEL ROSAL, «Examen crítico del parágrafo 3º del artículo 119 del código penal español», en *RGLJ*, tomo XLIV, núm. 2, feb. de 1962, p. 230.

requiere de la utilización de recursos físicos, técnicos, financieros y humanos sobre la base de un soporte normativo que la regule y oriente; por ello se considera que "administrar es gobernar, controlar, custodiar, manejar, recaudar, distribuir, pagar, percibir, negociar, disponer, etc., es decir, todo un conjunto de actividades que dan al término un sentido amplio, que es como el legislador lo quiso emplear⁴.

Desde la jurisprudencia constitucional se afirma que el moderno concepto de Estado Social de Derecho apareja un insoslayable aumento del intervencionismo estatal, como mecanismo necesario para la realización efectiva de los derechos. Esta circunstancia supone que el concepto clásico de la función administrativa se vea reemplazado por otro más acorde con la nueva realidad jurídica y que, así mismo, la organización del Estado moderno responda a nuevos criterios. Las formas de organización actuales no son en manera alguna aquellas propias del llamado Estado gendarme, sino que corresponden más bien al concepto de Estado social servidor, e implican un movimiento tendiente hacia la descentralización administrativa y hacia nuevas formas de delegación y desconcentración en la administración centralizada. La eficacia de la función administrativa se logra entonces mediante el mecanismo de la desconcentración, entre otros que permiten una distribución racional de funciones⁵.

En fin, el ejercicio de la función pública implica la disposición de medios para su ejercicio, los que normalmente corresponden a bienes que hacen parte del patrimonio público.

2.2. Los principios que rigen la función pública

⁴ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Auto de 14 de junio de 1996.

⁵ Corte Constitucional, sentencia C-722/99.

Entendido como ha quedado el concepto *función pública*, imprescindible resulta examinar el fundamento axiológico que la gobierna. Igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, son los principios constitucionales -artículo 209- que deben guiar el ejercicio de la función pública.

Tales principios no deben ser letra muerta sino que, por el contrario, deben ser observados diariamente en el ejercicio de la función pública porque los mismos son la Constitución viva. Con razón se ha afirmado que la Constitución no sólo pretende que los derechos de los ciudadanos se hagan efectivos, esto es, que se borre la consabida brecha entre normas válidas y normas eficaces, también pretende que los mecanismos por medio de los cuales los ciudadanos ven garantizados sus derechos sean efectivos. De ahí el énfasis en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad de la función administrativa consagrada en el artículo 209 y la exigencia contemplada en el precepto 228 para que los términos procesales se observen con diligencia so pena de sanciones⁶.

El artículo 209 Superior establece los principios, objeto y el control de la función administrativa, distinguiéndolos entre principios *finalísticos*, *funcionales* y *organizacionales*. Entre los primeros (finalísticos), se tiene que la función administrativa propiamente dicha está al servicio de los intereses generales del Estado; entre los funcionales se encuentran la igualdad, la moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; y, por último, entre los

⁶ Corte Constitucional, sentencia C-165/93.

organizacionales se hallan la descentralización, desconcentración y delegación de funciones⁷.

Valga señalar que legislativamente se vienen consagrando unos principios coincidentes con los aquí precisados, como ocurre con la Ley 489 de 1998, que tiene incidencia en todos los órdenes de la función pública, así como otras disposiciones que buscan como fin gobernar particularmente determinadas actividades⁸.

Merece una referencia especial el Decreto 01 de 1984 o Código Contencioso Administrativo, estatuto que a pesar de haber sido expedido en el marco constitucional de 1886, dedica varias disposiciones a la forma como se deben desarrollar las actuaciones administrativas, resaltando que su objeto es el cumplimiento de los cometidos estatales como lo señalan las leyes, la adecuada prestación de los servicios públicos y la efectividad de los derechos e intereses de los administrados, reconocidos por la ley -artículo 2º-; así mismo consagra los principios que gobiernan las actuaciones administrativas, es decir, el ejercicio de la función pública: economía, celeridad, eficacia, imparcialidad, publicidad y contradicción -artículo 3º-.

Las reglas de interpretación enseñan que los principios de naturaleza constitucional son de orden superior a los de naturaleza legal, pero en la medida en que éstos últimos no se oponen a los primeros, les sirven de complemento.

⁷ Corte Constitucional, sentencia C-561/99.

⁸ Así por ejemplo, la Ley 42 de 1993, art. 8º, señala los principios que gobiernan la vigilancia de la gestión fiscal -eficiencia, economía, eficacia, equidad y valoración de costos ambientales- y la Ley 80 de 1993, artículos 23 y s.s. consagra unos principios orientadores de la actividad contractual del estado -transparencia, economía, responsabilidad y en general los que rigen la función pública-.

Los siguientes son los principios constitucionales y legales que orientan el ejercicio de la función pública en Colombia:

(i). **IGUALDAD**: Este principio-derecho aparece regulado en el art. 13 de la Carta. Como principio de la función pública, obliga a la administración a actuar conforme la regla de la no discriminación y a promover dentro del ámbito de sus competencias que la igualdad sea real y efectiva, adoptar medidas en favor de los grupos discriminados o marginados, así como proteger especialmente a quienes por su condición económica, física o mental estén en circunstancias de debilidad manifiesta.

En palabras del Tribunal Constitucional este principio implica la exigencia constitucional de que la gestión de la Administración Pública no establezca distinciones injustificadas entre los administrados y obre respecto de ellos y de sus intereses guardando equilibrio, de modo que garantice a todos, en condiciones adecuadas a sus circunstancias, el acceso a ella y a sus funcionarios y la misma importancia en cuanto al disfrute de los beneficios que genera la actividad estatal⁹.

La no discriminación es un componente axial de la igualdad, por lo que se ha afirmado que

el principio de igualdad no le impide al legislador reconocer entre las personas, distinciones legítimas, sino que inadmite tratos desiguales que sean irracionales, esto es, que no contengan una justificación objetiva y razonable, o que no guarden

⁹ Véase Corte constitucional, sentencia T-489/99. Así mismo, en la sentencia C-124/96 se dice que la igualdad en abstracto, implica una identidad en la oportunidad, al paso que en lo específico requiere un discernimiento, una diferencia y una proporcionalidad: se iguala lo diverso, no por homologación, sino por adecuación.

proporcionalidad entre los hechos que le sirven de causa a la norma y los fines que ésta persigue¹⁰.

(ii). **MORALIDAD**¹¹: La moral como principio constitucional aparece en seis oportunidades en la Carta y debe ser siempre entendida como “moral social”, así: en la obligación del Estado de ejercer inspección y vigilancia de la educación con el fin de velar por su calidad, por el cumplimiento de sus fines y por la mejor formación moral, intelectual y física de los educandos (artículo 67); en la extinción del dominio sobre bienes adquiridos mediante enriquecimiento ilícito, en perjuicio del Tesoro público o con grave deterioro de la moral social (artículo 34); en la función administrativa que se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad (artículo 209); en la obligación de los congresistas de poner en conocimiento de la respectiva Cámara las situaciones de carácter moral o económico que los inhiban para participar en el trámite de los asuntos sometidos a su consideración (artículo 182); en las acciones populares, que podrán ser invocadas para la protección de los derechos e intereses colectivos, relacionados con la moral administrativa (artículo 88); y, como causa de formulación de peticiones por parte de los miembros de la fuerza pública (artículo 219)¹².

La moralidad no responde a exigencias confesionales o subjetivas, sino al marco ético conceptual, propio de la moral media o social al que se refiere la Constitución en su artículo 34.

El principio de moralidad busca la honestidad en la actuación de los servidores públicos. Se proponen como ejemplos contrarios a tal

¹⁰ Corte Constitucional, sentencia C-339/96.

¹¹ Corte Constitucional, sentencia C-427/94.

¹² Corte Constitucional, sentencia T-602/92.

moral (i) el irrespeto a la autoridad jerárquica, (ii) las faltas contra la honra de las personas o su intimidad, (iii) el trato discriminatorio o vejatorio contra alguien, (iv) la traición del interés nacional en beneficio del exterior, (v) las afrentas a la dignidad inherente a la persona humana, (vi) la expedición de actos administrativos o celebración de contratos con desconocimiento del régimen de inhabilidades¹³, (vii) incompatibilidades¹⁴ y (viii) requisitos o calidades para el desempeño de la función pública.

(iii). **EFICACIA**: Este principio implica el compromiso de la Carta con la producción de efectos prácticos de la acción administrativa. Se trata de abandonar la retórica y el formalismo para valorar el cumplimiento oportuno, útil y efectivo de la acción administrativa. El principio impone el logro de resultados mínimos en relación con las responsabilidades confiadas a los organismos estatales, con miras a la efectividad de los derechos colectivos e individuales¹⁵.

¹³ Conforme al diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, la expresión "inhabilidad" tiene entre otras acepciones la de "defecto o impedimento para ejercer un empleo u oficio". La Corte Suprema de Justicia la definió como "aquella circunstancia negativa del individuo, el defecto o impedimento para ejercer u obtener un empleo o que le resta mérito para ejercer ciertas funciones en un cargo determinado y se traduce en la prohibición legal para desempeñarlo independientemente de otros" (sentencia de 9 de junio de 1988). Las inhabilidades, entonces, son aquellas circunstancias creadas por la Constitución o la ley que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público, y en ciertos casos, impiden el ejercicio del empleo a quienes ya se encuentran vinculados al servicio, y tienen como objetivo primordial lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

Así las cosas, las inhabilidades son de distinta índole, v.gr. generales, es decir, que operan para toda clase de empleados del sector público; específicas, para una determinada entidad o rama del poder, limitadas en el tiempo, permanentes, absolutas, relativas, etc. Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara, y pueden hacer parte del estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público [Cfr. Corte Constitucional, sentencias C-546/93 y C-147/98].

¹⁴ La incompatibilidad comporta una prohibición dirigida al titular de una función pública a quien, por ese hecho, se le impide ocuparse de ciertas actividades o ejercer, simultáneamente, las competencias propias de la función que desempeña y las correspondientes a otros cargos o empleos, en guarda del interés superior que puede verse afectado por una indebida acumulación de funciones o por la confluencia de intereses poco conciliables y capaces, en todo caso, de afectar la imparcialidad y la independencia que deben guiar las actuaciones de quien ejerce la autoridad en nombre del Estado. Cfr. Corte Constitucional, sentencia C-181/97.

¹⁵ Corte Constitucional, sentencia T-489/99. Ver también sentencia C-449/92.

La eficacia está contenida en varios preceptos constitucionales como perentoria exigencia de la actividad pública: en el artículo 2º, al prever como uno de los fines esenciales del Estado el de garantizar la efectividad de los principios, deberes y derechos consagrados en la Constitución; en el 209 como principio de obligatorio acatamiento por quienes ejercen la función administrativa; en el 365 como uno de los objetivos en la prestación de los servicios públicos; y, en los artículos 256 numeral 4º, 268 numeral 2º, 277 numeral 5º y 343, relativos al control de gestión y resultados¹⁶.

La Corte Constitucional ha insistido¹⁷ en que la eficacia de la función administrativa, que resume en general todos los demás principios a que se refiere la norma precitada, se logra entonces mediante el mecanismo de descentralización¹⁸, desconcentración¹⁹ y delegación²⁰, que permiten una distribución racional de funciones.

(iv). **ECONOMIA**: La maximación de los resultados o beneficios sociales con la menor cantidad de recursos y en el menor tiempo posible es lo que comprende el principio de *economía*. Se sabe que no siempre la utilización de más recursos de los estrictamente necesarios implica una vulneración a este dogma pues en ciertos casos el

¹⁶ Corte Constitucional, sentencia SU-086/99.

¹⁷ Corte Constitucional, sentencia C-722/99.

¹⁸ En el fenómeno jurídico de la descentralización, se produce un traslado de asuntos que serían de conocimiento de la autoridad central, a las autoridades territoriales, o de la administración central a otras autoridades a quienes se confía el desempeño de labores especializadas, de tal suerte, que la decisión administrativa en los dos casos, no se adopta por la autoridad central, sino por un ente territorial, o por la entidad prestadora del servicio, o encargada del ejercicio de funciones administrativas [Corte Constitucional, sentencia C-561/99].

¹⁹ Consiste en el otorgamiento de ciertas funciones a agentes nacionales, regionales o locales, las cuales se ejercen siempre y en todo momento a nombre de la entidad otorgante. [Corte Constitucional, sentencias C-216/94 y C-722/99].

²⁰ La delegación se realiza y revoca por la autoridad administrativa titular de la atribución, en busca de descongestionar los órganos superiores que conforman el aparato administrativo y, facilitar y agilizar la gestión de los asuntos administrativos, con el objeto de realizar y desarrollar los fines del Estado en beneficio de los administrados, en cumplimiento y desarrollo de los preceptos constitucionales [Corte Constitucional, sentencia C-561/99].

beneficio social se encuentra justamente en el empleo de tales recursos.

(v). **CELERIDAD:** Con este principio que aparece indisolublemente vinculado con la prevalencia del derecho sustancial²¹, se busca la agilidad en el trámite y la gestión administrativa. Es congruente con lo prescrito en el artículo 84 de la Constitución que prohíbe a las autoridades públicas la creación de licencias, requisitos o permisos adicionales cuando un derecho o una actividad hayan sido reglamentados de manera general. Comporta la indispensable agilidad en el cumplimiento de las tareas a cargo de entidades y servidores públicos para lograr que alcancen sus cometidos básicos con prontitud, asegurando que el efecto de su gestión se proyecte oportunamente en la atención de las necesidades y aspiraciones de sus destinatarios²².

(vi). **IMPARCIALIDAD:** Que significa o se entiende desde las obligaciones inherentes a los poderes públicos de obrar sin tomar partido respecto de los intereses privados²³. El principio de imparcialidad pretende asegurar y garantizar los derechos de todas las personas sin discriminación alguna, mediante la igualdad de trato y el respeto al orden en que actúan²⁴.

(vii). **PUBLICIDAD:** Para permitir el control ciudadano sobre la función pública es que nace el principio de *publicidad*. La efectividad de este principio se logra cuando la administración comunica, publica

²¹ Corte Constitucional, sentencia T-526/92.

²² Corte Constitucional, sentencia T-489/99.

²³ Cfr. ENRIQUE ORTOS BERENQUER e INMACULADA VALEIJE ÁLVAREZ, «Delitos contra la administración pública», en TOMÁS SALVADOR VIVES ANTÓN, (coordinador), *Comentarios al Código Penal de 1995*, volumen II, Valencia, Editorial Tirant lo Blanch, 1996, pág. 1810.

²⁴ ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la administración pública*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, p. 25.

o notifica sus decisiones y cuando cumple “el deber de motivar los actos administrativos”²⁵. Por ello, en principio no deben existir en la administración actuaciones secretas ajenas al conocimiento público y a la correspondiente fiscalización popular. Un orden institucional participativo necesariamente se vincula a la publicidad de las acciones y actos que se desarrollan desde la administración, con lo que se explica la existencia de las veedurías ciudadanas²⁶.

En la Ley 489 de 1998, artículo 3º, nominado *principios de la función administrativa*, se dispone que el desarrollo de la función administrativa atenderá particularmente los principios constitucionales de buena fe, igualdad, moralidad, celeridad, economía, imparcialidad, eficacia, eficiencia, participación, publicidad, responsabilidad y transparencia, con lo que se adiciona el art. 209 de la Carta, así:

(viii). **BUENA FE**: Como lo ha entendido la Corte Constitucional en una gran cantidad de fallos, este principio es de doble vía, es decir predicable tanto de los particulares como de la administración pública, en la forma de pilar del estado social de derecho y de la convivencia pacífica, siendo exigible en un grado mayor para la administración, en razón de su poder y posición dominante que mantiene sobre los gobernados y la indefensión de éstos, para así evitar caer en abusos.

Con el principio de la buena fe -indisolublemente vinculado a la celeridad, eficiencia y economía de la gestión estatal- se busca garantizar el derecho a que se crea en la palabra de las personas,

²⁵ Corte Constitucional, sentencia C-054/96.

²⁶ En este sentido Corte Constitucional, sentencia T-187/93. En la sentencia C-053/95 se indica que el principio de publicidad se expresa por medio del derecho de acceso a los documentos. Por esto en la sentencia C-038/96 se dice que toda limitación al derecho de acceso a los documentos debe realizarse en términos de razonabilidad y proporcionalidad.

esencial para la protección de la confianza tanto en la ética como en materia de seguridad del tráfico jurídico²⁷.

(ix). **EFICIENCIA**: El concepto de eficiencia, que en términos económicos se traduce en el logro del máximo rendimiento con los menores costos, y que, aplicado a la gestión estatal, significa la adecuada gestión de los asuntos objeto de ella partiendo del supuesto de los recursos financieros -casi siempre limitados- de los que dispone la hacienda pública. En otros términos, el Estado, por razones de interés general, está obligado a efectuar una adecuada planeación del gasto de modo tal que se oriente con certeza a la satisfacción de las necesidades prioritarias para la comunidad sin despilfarro ni erogaciones innecesarias.

A la eficiencia, como principio rector de la gestión pública, aluden preceptos constitucionales como los contenidos en los artículos 48, 49 y 268, numerales 2 y 6, de la Constitución Política²⁸.

(x). **PARTICIPACIÓN**: Entendida la democracia, desde el punto de vista formal, como

un gobierno en el cual los destinatarios de las normas son los mismos que las producen, pues las decisiones colectivas son tomadas por los propios miembros de la comunidad,

ha de aceptarse que la participación de los ciudadanos en la toma de esas decisiones es elemento fundamental, sin el cual no puede concebirse la existencia de dicho sistema²⁹.

²⁷ Corte Constitucional, sentencia C-575/92.

²⁸ Corte Constitucional, sentencia SU-086/99. También en sentencias C-134/93, en la que se indica los organismos responsables de la prestación del servicio público como destinatarios del principio, y T-238/93, que trata de la integración de los principios de moralidad y buena fe con el de eficiencia.

²⁹ Corte Constitucional, sentencia C-337/97.

Como fuera señalado por la jurisprudencia³⁰, el concepto de democracia participativa lleva ínsita la aplicación de los principios democráticos que informan la práctica política a esferas diferentes de la electoral. Comporta una revaloración y un dimensionamiento vigoroso del concepto ciudadano y un replanteamiento de su papel en la vida nacional. No comprende simplemente la consagración de mecanismos para que los ciudadanos tomen decisiones en referendos o consultas populares, o para que revoquen el mandato de quienes han sido elegidos, sino que implica adicionalmente que el ciudadano puede participar permanentemente en los procesos decisorios no electorales que incidirán significativamente en el rumbo de su vida. Se busca así fortalecer los canales de representación, democratizarlos y promover un pluralismo más equilibrado y menos desigual.

(xi). **RESPONSABILIDAD**: Debe entenderse el principio como la pretensión de exigibilidad del ejercicio positivo y diligente de las competencias legales atribuidas a las autoridades administrativas cuando su actuación es indispensable para realizar los intereses generales o proteger un bien jurídico que tutela el derecho y cuya omisión es susceptible de generar riesgos y peligros inminentes que la norma configuradora del derecho ha querido prevenir o evitar.

Las autoridades públicas, sin excepción alguna, tienen el deber - *responsabilidad*- de procurar por todos los medios el bienestar general y el mejoramiento de la calidad de vida de los asociados, mediante el cumplimiento de las obligaciones establecidas en la Carta Política³¹.

(xii). **TRANSPARENCIA**: Este principio está vinculado a los de igualdad y publicidad. Implica el desarrollo de la función pública con

³⁰ Corte Constitucional, sentencia C-180/94.

³¹ En estos términos Corte Constitucional, sentencia C-366/93.

claridad, nitidez, refulgencia, limpieza, pureza, es decir, todo lo contrario a oscuridad, nebulosidad, turbiedad, equivocidad, suciedad o fuliginosidad, por lo que, por ejemplo, en apoyo de este principio, se establecen las inhabilidades que rigen sobre

los familiares de determinados servidores públicos que, conforme al criterio del Legislador, pueden incidir en la contratación... toda vez que se procura la salvaguarda del interés general que rige la contratación pública³².

(xiii). Así mismo, el ejercicio de la función administrativa se rige por los principios de **COORDINACIÓN** y **COLABORACIÓN** [Constitución, artículo 113 inc. 3º y Ley 489 de 1998, artículo 6º], que imponen a las autoridades el deber de garantizar la armonía en el ejercicio de sus respectivas labores con el fin de lograr los fines y cometidos estatales, a pesar de que los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas³³.

2.3. El bien jurídico protegido

Durante la vigencia de la Constitución de 1886 la doctrina nacional se había inclinado por considerar "la función pública" como bien jurídico protegido en los delitos contra la Administración Pública, argumentando que en él se podían incluir todas las formas de **deslealtad** posibles en contra del bien común³⁴.

También se dijo que con tales tipos se amparaba penalmente al Estado, no por el aspecto político, como ocurre con los delitos contra

³² Corte Constitucional, sentencia C-429/97.

³³ La referencia normativa permite constatar que el principio de coordinación es de naturaleza constitucional y no legal, como equivocadamente lo sostiene GÓMEZ MÉNDEZ, *Delitos contra la administración pública*, ob. cit., p. 25.

³⁴ ALFONSO REYES ECHANDÍA, *Derecho Penal Parte General*. Bogotá, 10ª edición, Universidad Externado de Colombia, 1986, p. 153 y 154.

la existencia del Estado y la organización institucional de éste, sino por el aspecto funcional o de servicio. Se precisó que

El objeto *genérico* de la tutela penal es el deber de **fidelidad** de los funcionarios con la administración pública y el respeto que a ella y a quienes la representan deben los particulares. El objeto *específico* lo constituyen los diversos aspectos en que se descompone ese deber general, como son: dar a los caudales públicos la aplicación ordenada por la ley, no atentar contra el patrimonio del Estado, no exigir utilidades indebidas por la prestación de los servicios públicos, no corromper, ser imparciales, no atentar contra la libre determinación de los empleados públicos, etc.³⁵.

Hasta finales de la década de los ochenta se defendió que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública era "el ejercicio de la función pública dentro de parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad"³⁶.

A pesar del buen criterio que en materia de bien jurídico se utilizó en la exposición de motivos de la parte general del proyecto de nuevo Código Penal de 2000, en otro lugar se retrocedió cuando se afirmó que en el caso de los delitos contra la Administración Pública se está ante un servidor público que defrauda la confianza que en él depositó el ente estatal³⁷.

Los criterios signados son próximos a los planteados por rancia jurisprudencia³⁸ que, mantenida de manera aislada en el pasado próximo³⁹, entendió "la independencia, honestidad e imparcialidad de

³⁵ ANTONIO VICENTE ARENAS, *Compendio de Derecho Penal*. Bogotá, Editorial Temis, 1989, p. 137.

³⁶ ALFONSO GÓMEZ MÉNDEZ, «*Delitos contra la administración pública*», en *Derecho penal parte especial tomo I*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 1987, p. 24.

³⁷ Fiscalía General de la Nación. *Proyecto de ley por la cual se expide el código penal*. Imprenta Nacional de Colombia, Santafé de Bogotá, 1998, p. 63.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, auto de 14 de noviembre de 1956.

³⁹ *Verbi gratia*, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 12 de noviembre de 1997, proceso 9887, en la que se señala que en el delito de peculado se presenta primordialmente una *traición* a la confianza depositada por la administración pública en el agente para la custodia de bienes.

los funcionarios" como bien jurídico protegido por el antiguo artículo 167 de la codificación de 1936⁴⁰ o que el prevaricato estaba constituido por la "falta a sabiendas y deliberada contra los deberes que impone el normal desempeño de un cargo público o se viole el juramento prestado de cumplir con los dictados de la ley"⁴¹.

No sobra agregar que algunos autores citan como bien jurídico protegido en los *delitos de corrupción* el prestigio y/o decoro de la Administración, el deber de fidelidad para con la misma, el deber del cargo, los deberes de disciplina, etc.⁴². También, se utiliza otra taxonomía para significar que en los delitos de corrupción se protege el bien jurídico "sociedad" o "la Administración"⁴³.

En la dogmática más reciente se rechazan por totalitaristas todas aquellas concepciones que consideran los delitos contra el ejercicio y funcionamiento de los poderes públicos, como una violación o quebrantamiento de los deberes de lealtad u honestidad, pues la violación de deberes sólo puede tener carta de naturaleza, no como fundamento de la responsabilidad, sino como ulterior requisito para determinar la culpabilidad del sujeto, pero siempre en unión a la ofensa de un bien jurídico; la infracción del deber únicamente tiene incidencia en la relación que se establece entre servidor público y Administración, siendo su naturaleza exclusivamente disciplinaria⁴⁴, sin

⁴⁰ Que corresponden al artículo 145 del Código Penal 1980 y al 409 del Código Penal de 2000.

⁴¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, autos de 6 de septiembre de 1946, de 1° de octubre de 1948, de 27 de noviembre de 1951 y de 15 de mayo de 1952.

⁴² Sobre el particular pueden consultarse: EMILIO OCTAVIO DE TOLEDO, *La Prevaricación del funcionario público*, Madrid, Editorial Civitas, 1980, p. 213; T. S. VIVES ANTÓN y otros. *Derecho Penal Parte Especial...*, ob. cit., p. 271 a 294 y 405 a 498; F. MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial...*, ob. cit., p. 699 a 762.

⁴³ Opinión sostenida, entre muchos, por la Corte Constitucional, sentencia C-244/96.

⁴⁴ Así, por ejemplo: INMA VALEIJE ÁLVAREZ, «Consideraciones sobre el bien jurídico protegido en el delito de cohecho», *Estudios Penales y Criminológicos XVIII*, Santiago de Compostela, Universidad de Santiago de Compostela, 1995, p. 295 a 369; LORENZO MORILLAS CUEVA y GUSTAVO PORTILLA CONTRERAS, «Revelación de secretos, cohecho y tráfico de influencias», en MANUEL COBO DEL ROSAL, *Comentarios a la Legislación Penal*, Tomo XVI, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1994, p. 179 a 187.

que ello autorice a considerar que cualquier incumplimiento de un deber constituya *per se* infracción disciplinaria.

La Constitución de 1991 ha obligado tanto a la doctrina como a la jurisprudencia a reconsiderar los criterios sostenidos hasta antes de su entrada en vigencia. Obras de reciente publicación empiezan a inclinarse por una concepción del bien jurídico protegido en este Título a partir de los parámetros de legalidad, eficiencia y honestidad que se derivan del artículo 209 de la Constitución, precepto en el que se encuentran los principios y objeto de la función administrativa.

A su vez, la Corte⁴⁵ últimamente ha señalado que

el bien jurídico protegido, de acuerdo con la descripción legal, es la Administración Pública. Se trata de un interés funcional o institucional porque la salvaguarda apunta directamente a las vías o procedimientos que facilitan la relación entre los individuos o el ejercicio de los derechos en la comunidad.

En todo caso no se tutela directamente la libertad de opinión, la igualdad, el derecho al sufragio, la autodeterminación o cualquier privilegio radicado en los individuos, sino que se protege de manera inmediata el ejercicio debido o correcto de la administración con el fin de que los primeros bienes mencionados puedan ser reales y efectivos.

Es necesario hacer trascender la diferencia entre bienes jurídicos individuales e institucionales, porque si bien los segundos están al servicio de los primeros, como vía para su realización, la antijuridicidad material debe referirse, en principio, al interés expresamente escogido y tutelado por la ley.

Y se ha agregado:

En los delitos contra la administración pública ésta se tutela como un interés al servicio de la comunidad y los gobernados, de tal manera que aparezca protegido algo funcional y dinámico, pues, de lo contrario, se sancionaría como delito la mera

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 19 de mayo de 1999.

desobediencia a la ley (violación de prohibiciones o mandatos) y no la real trasgresión de bienes jurídicos. El *ius puniendi*, por su naturaleza extrema, no puede disponerse para aislados quebrantamientos de deberes profesionales o para la protección de una vaga pureza de la administración pública, pues ello se traduciría en una visión totalitaria de la actividad administrativa, sino que es preciso establecer que la conducta juzgada pone en riesgo concreto los procedimientos que los miembros de la colectividad tienen para resolver sus conflictos. Así pues, aunque el proceso de adecuación típica de una acción u omisión prevaricadora no está determinado por los móviles del juez sino por la justificación jurídica de lo que hizo o dejó de hacer, lo cierto es que esas tendencias anímicas del funcionario (simpatía o animadversión, por ejemplo), por referirse directamente a los partícipes o involucrados en el cumplimiento del deber jurídico (que es el elemento normativo determinante de la existencia de la omisión), sin duda contribuyen a evidenciar de mejor manera el dolo requerido en esta clase de comportamientos delictivos⁴⁶.

Como quiera que la Carta mantiene como propósito fortalecer *la igualdad* de los asociados (Preámbulo), que el Estado promueve *la prevalencia del interés general* sobre el particular (art. 1º), que entre los fines esenciales del Estado aparece el de *servir a la comunidad* (art. 2º), y que la función administrativa está al servicio de los intereses generales (art. 209), se ha de tener como consecuencia directa de las disposiciones referidas, que uno de los bienes jurídicos protegidos **es la imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración en su labor de satisfacer los intereses generales de los ciudadanos**⁴⁷.

⁴⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de 18 de mayo de 1999, proceso 13827.

⁴⁷ En el sistema jurídico español, de acuerdo con lo previsto en la Constitución de 1978 -art. 103, precepto en el que se lee que *la Administración Pública sirve con **objetividad** los intereses generales* y que los funcionarios públicos deben actuar con *imparcialidad en el ejercicio de sus funciones*- la doctrina mayoritaria sostiene que **el bien jurídico protegido es el deber de objetividad e imparcialidad que ha de regir el funcionamiento de la Administración**. Cfr. L. MORILLAS CUEVA y G. PORTILLA CONTRERAS, «Revelación de secretos, cohecho y tráfico de influencias», ob. cit.; E. OCTAVIO DE TOLEDO, *La Prevaricación...*, ob. cit.; T. S. VIVES ANTON y otros, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1993; FRANCISCO MUÑOZ CONDE, *Derecho Penal Parte Especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1988; JOSÉ LUIS GONZÁLEZ CUSSAC, *El Delito de prevaricación de funcionario público*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1994, y MERCEDES GARCÍA ARAN, *La Prevaricación Judicial*, Madrid, editorial Tecnos, 1990, entre otros.

La Ley 489 de 1998, en su artículo 4º, “por la cual se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, se expiden las disposiciones, principios y reglas generales para el ejercicio de las atribuciones previstas en los numerales 15 y 16 del art. 189 de la Constitución Política y se dictan otras disposiciones”, reitera que la finalidad de la función pública consiste en la búsqueda de la satisfacción de las necesidades generales de todos los habitantes.

Actualmente, entonces, se debe entender que en los delitos que nacen de conductas corruptas, se protege no un sólo bien jurídico sino varios, e incluso algunos tipos penales procuran la indemnidad de varios bienes -*delitos pluriofensivos* como es el caso de la *concusión*-. Todos estos bienes jurídicos dimanar de la realidad social y, en forma mediata o inmediata, de la propia Ley Fundamental, pues ella consigna las reglas que entienden a los servidores públicos, y los justifican, en tanto en cuanto estén al servicio del Estado y de la comunidad y, en consecuencia, se les impone a éstos el deber de ejercer sus funciones en la forma prevista por la Constitución -y demás normas- (artículo 123, inciso 2º).

Como lo exponen destacadas voces de la doctrina⁴⁸, se lesiona el correcto desarrollo de la Administración Pública o *el interés del Estado en el buen funcionamiento de la Administración*⁴⁹, desde el instante en que se vulneran las reglas que rigen el ejercicio de las funciones administrativas. Se busca evitar que los servidores públicos aboguen por intereses privados en el ejercicio de la función pública, prevaleciéndose para ello de su calidad.

⁴⁸ Cfr. L. MORILLAS CUEVA y G. PORTILLA CONTRERAS, en «Revelación...», ob. cit., p. 192 y s.s.

⁴⁹ Cfr. T. S. VIVES ANTON, y otros. *Derecho Penal Parte Especial...*, ob. cit., p. 271.

De modo genérico, se puede afirmar que con la protección de estos bienes jurídicos se pretenden evitar lesiones o puestas en peligro mediante todos los tipos de ataque destructivos de la eficacia de la organización funcionarial del Estado, mediante comportamientos o acciones abusivas de servidores públicos.

La fuerza preventiva de las figuras jurídicas que describen este tipo de delitos, está dirigida a evitar el menoscabo del interés de todos los ciudadanos por conseguir una administración y servidores probos, que cumplan sus funciones, que no utilicen las instancias estatales para beneficio propio y menos con fines de usufructo personal; en fin, se protege la sociedad castigando conductas que atentan contra ella, cuando servidores públicos, o particulares prevalidos de sus cargos, quebrantan la pureza de la Administración pública en general, vulneran la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones y se consigue, finalmente, desviar los objetivos centrales que debe perseguir el ejercicio de la función pública en un Estado social y democrático: asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo, mediante la exaltación de la dignidad humana y la consolidación del bien común.

En conclusión, las conductas corruptas afectan la función pública que los funcionarios han de ejercitar conforme al interés general según la legalidad existente⁵⁰, por manera que los bienes jurídicos indicados en las conductas sancionables procuran mantener el funcionamiento normal de los servicios que el Estado brinda a los asociados de acuerdo a las normas vigentes en un momento histórico determinado⁵¹.

⁵⁰ Cfr. J. L. GONZÁLEZ CUSSAC, *El Delito...*, ob. cit., p. 20.

⁵¹ Cfr. E. ORTS BERENQUER y I. VALEIJE ÁLVAREZ, «Delitos contra la administración pública, » ob. cit., p. 1810.

Según todo lo expuesto se ha de entender, en general, que el bien jurídico protegido en los delitos contra la administración pública se concentra en los servicios y funciones que las ramas del poder público están obligados a ofrecer por medio de servidores públicos a los miembros de la comunidad, con arreglo a principios y criterios marcados por la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico.

3. El artículo 15 de la Ley 141 de 1994 y la destinación de las regalías

La Ley 141 de 1994, “Por la cual se crean el Fondo Nacional de Regalías y la Comisión Nacional de Regalías, se regula el derecho del Estado a percibir regalías por la explotación de recursos naturales no renovables, se establecen las reglas para su liquidación y distribución y se dictan otras disposiciones”, en su artículo 15 dicta la forma como los municipios tenían que utilizar los recursos provenientes de las regalías, así:

ARTÍCULO 15. UTILIZACIÓN POR LOS MUNICIPIOS DE LAS PARTICIPACIONES ESTABLECIDAS EN ESTA LEY. Los recursos de regalías y compensaciones monetarias distribuidos a los municipios productores y a los municipios portuarios serán destinados en el cien por ciento (100%) a inversión en proyectos de desarrollo municipal contenidas en el plan de desarrollo con prioridad para aquellas dirigidas al saneamiento ambiental y para las destinadas a la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 132 del Código de Minas (Decreto-ley número 2655 de 1988)⁵². Para tal efecto y mientras las entidades municipales no alcancen coberturas mínimas en los sectores señalados asignarán por lo menos el

⁵² Decreto Ley 2655 de 1988, Artículo 132. Participación económica. Los municipios que perciban regalías o participaciones provenientes de explotaciones mineras ubicadas en los territorios indígenas de que trata el artículo 124, deberán destinar los correspondientes ingresos a obras y servicios que beneficien directamente a las comunidades y grupos aborígenes asentados en tales territorios.

ochenta por ciento (80%) del total de sus participaciones para estos propósitos. En el presupuesto anual se separará claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen para los fines anteriores.

El Gobierno Nacional reglamentará lo referente a la cobertura mínima.

La anterior disposición estuvo vigente entre el 30 de julio de 1994, día de su publicación en el *Diario Oficial*, y el 20 de octubre de 2000, fecha en la que fue modificada por el artículo 12 de la Ley 619 de 2000, lo que significa que dicho precepto es el que se debe tomar como referencia para determinar las consecuencias jurídicas de los hechos del *sub examine*.

La Sala precisa que por razones de favorabilidad es posible que hechos ocurridos durante la vigencia del original artículo 15 de la Ley 141 de 1994 sean cubiertos por las precisiones del artículo 12 de la Ley 619 de 2000, porque en dicho precepto se autorizó que excepcionalmente y

Mientras las entidades municipales no alcancen coberturas mínimas en los sectores señalados asignarán por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del total de sus participaciones para estos propósitos,

de donde se tiene que la nueva normatividad fue menos exigente en la cantidad porcentual de recursos que debían destinar los municipios al gasto social, situación que se mantuvo en el estatuto actualmente vigente sobre la materia (Ley 756 de 2002, artículo 14, penúltimo inciso) en el que se reitera que

Mientras las entidades municipales no alcancen coberturas mínimas en los sectores señalados, asignarán por lo menos el setenta y cinco por ciento (75%) del total de sus participaciones para estos propósitos. En el presupuesto anual se separarán

claramente los recursos provenientes de las regalías que se destinen para los anteriores fines.

Del artículo 15 de la Ley 141 se desprenden las siguientes exigencias que recaen directamente en las autoridades municipales - el alcalde- encargadas de ejecutar los recursos provenientes de las regalías:

1). La totalidad de los recursos provenientes de las regalías se deben destinar al gasto social;

2). La inversión debe hacerse en proyectos de desarrollo municipal contenidos en el plan de desarrollo;

3). Prioritariamente la inversión debe estar dirigida a las necesidades de saneamiento ambiental y la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales; y

4). Excepcionalmente, y dependiendo de las coberturas mínimas en los sectores señalados, se podrá asignar por lo menos el ochenta por ciento (80%) del total de sus participaciones para estos propósitos.

Jurisprudencialmente se ha definido la regalía como

una contraprestación económica que percibe el Estado y que está a cargo de las personas a quienes se otorga el derecho a explorar o explotar recursos naturales no renovables; esa contraprestación consiste en un porcentaje sobre el producto bruto explotado que el Estado exige como propietario de los recursos naturales no renovables, bien directamente o a través

de las empresas industriales o comerciales del Estado, titulares de los aportes donde se encuentran las minas en producción⁵³.

El artículo 15 de la Ley 141 de 1994 regula la destinación específica de las rentas nacionales en las que participan los municipios, facultad excepcional que asume el legislador siempre y cuando se den los presupuestos del artículo 359-1 de la Constitución Política⁵⁴.

La Corte Constitucional, cuando examinó la exequibilidad de los artículos 14 y 15 de la Ley 141 de 1994, señaló que dichas disposiciones

son de carácter indicativo y general que se ocupan de ordenar unas medidas razonables relacionadas con la planeación del gasto de inversión social y en la definición de unas reglas por las cuales se establecen las correspondientes reglas de prioridad del gasto que se debe atender con los recursos nacionales provenientes de las regalías, atendiendo, en buena medida, a la experiencia histórica concreta del inmediato pasado en materia de la falta de una orientación racional y de planeación técnica de la orientación de la inversión de los recursos mencionados.

La Sala recuerda que antiguamente no existían mayores restricciones respecto del tipo de gastos que podían asumir las entidades territoriales con los recursos provenientes de las regalías, pero dado el despilfarro y la corrupción que acompañó la utilización de tales ingresos llevaron a que se consagraran legalmente las exigencias señaladas *supra*.

Adicionalmente y dadas las carencias de todo orden que ancestralmente han padecido las comarcas que tienen un subsuelo rico en recursos naturales, el legislador consideró conveniente que los

⁵³ Corte Constitucional, sentencia C-567/95.

⁵⁴ Corte Constitucional, sentencia C-317/98.

regalías se destinaran fundamentalmente al **gasto público social**, entendiéndose por tal el destinado a solucionar las insuficiencias que padecen las áreas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda⁵⁵, para signar las más importantes, y que en la Ley 179 de 1994, artículo 17, inciso primero, se definió así:

Se entiende por gasto público social aquel cuyo objetivo es la solución de las necesidades básicas insatisfechas de salud, educación, saneamiento ambiental, agua potable, vivienda, y las tendientes al bienestar general y al mejoramiento de la calidad de vida de la población, programados tanto en funcionamiento como en inversión.

Como el gasto público social corresponde a uno de los imperativos del Estado social, allí se encuentra el fundamento por el cual el legislador estableció que el Presupuesto de Inversión Social no se podrá disminuir porcentualmente en relación con el del año anterior respecto del gasto total de la correspondiente ley de apropiaciones (Ley 179 de 1994, artículo 17), supuesto normativo que consulta una realidad que impone la destinación progresiva de más recursos para atender las necesidades básicas de la población, no sólo por su aumento demográfico sino por la necesidad de brindar mejores condiciones de vida a los asociados.

De lo expuesto se sigue que la utilización de los recursos provenientes de las regalías en actividades diferentes a las previstas por el legislador en la cantidad porcentual mínima, no sólo constituye un grave ataque a la convivencia social, porque se priva a la ciudadanía de satisfacer sus necesidades básicas, sino que además implica la realización de comportamiento punible sancionable en los términos del artículo 136 del Código Penal de 1980 (Modificado por la

⁵⁵ Corte Constitucional, sentencia C-541/95.

Ley 190 de 1995, artículos 18 y 32), precepto en el que se dispone que

El servidor público que dé a los bienes del Estado o de empresas o instituciones en que éste tenga parte, cuya administración o custodia se le haya confiado por razón de sus funciones, aplicación oficial diferente de aquella a que están destinados, o comprometa sumas superiores a las fijadas en el presupuesto, o las invierta o utilice en forma no prevista en éste, incurrirá en prisión de seis (6) meses a tres (3) años, multa de diez (10) a cincuenta (50) salarios mínimos legales vigentes e interdicción de derechos y funciones públicas de uno a tres años.

El legislador penal de 2000 reiteró la punibilidad de tal comportamiento y lo adicionó con una referencia normativa al exigir que esa aplicación oficial del presupuesto perjudicara la inversión social o los salarios o prestaciones sociales de los servidores públicos (Ley 599, artículo 399).

4. El fraccionamiento de contratos como modalidad de celebración indebida

En supuestos de celebración de contrato sin el cumplimiento de los requisitos legales la Sala tiene dicho que para la realización del tipo objetivo, es necesario (i) que el autor ostente la calidad de servidor público y sea el titular de la competencia funcional para intervenir en la tramitación, celebración o liquidación del contrato, y (ii) desarrollar la conducta prohibida, concretada en la intervención en una de las mencionadas fases del contrato estatal sin acatar los requisitos legales esenciales para su validez⁵⁶.

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 9 de febrero de 2005, radicación 21547, en la que se reitera lo expresado en sentencia de única instancia de 13 de octubre de 2004, radicación 18911.

En cuanto a la conducta prohibida descrita en el tipo penal del artículo 146 del Código Penal de 1980, reitera la Corte⁵⁷ que ella se concreta a "tramitar contrato sin observancia de los requisitos legales esenciales o celebrarlo o liquidarlo sin verificar su cumplimiento". De manera que se está ante un tipo penal de conducta alternativa, que contempla tres hipótesis a partir de las cuales se desencadena la reacción punitiva respecto del servidor público revestido de la función contractual, o parte de ella, a saber: por la "tramitación" del contrato sin la observancia de requisitos legales esenciales para su formación, etapa contractual que esta Sala ha precisado comprende "los pasos que la administración debe seguir hasta la fase de "celebración" del compromiso contractual" ; por la "celebración" del contrato sin verificar el cumplimiento de los requisitos legales esenciales del mismo, incluidos, claro está, aquellos que de acuerdo con el Estatuto de Contratación son de forzoso acatamiento dentro de la fase precontractual y que constituyen solemnidades insoslayables; y, finalmente, por su "liquidación" en similares condiciones.

No se puede pasar por alto que la administración pública cuando desarrolla actividad contractual, como lo dice el Consejo de Estado

no es, ni puede ser, una aventura, ni un procedimiento emanado de un poder discrecional, sino, por el contrario, es un procedimiento reglado en cuanto a su planeación, proyección, ejecución e interventoría, orientado a impedir el despilfarro de los dineros públicos⁵⁸.

De lo anterior se tiene que en los términos de la Ley 80 de 1993 la contratación estatal es el resultado de estudios, diseños y proyectos requeridos, que llevan a la elaboración de los pliegos de condiciones o

⁵⁷ Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia de casación de 9 de febrero de 2005, radicación 21547.

⁵⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, sentencia de 1 de junio de 1995.

términos de referencia con antelación al procedimiento de selección del contratista o a la firma del contrato.

Dependiendo del monto al que ascienda un contrato celebrado por la administración pública se sigue que las etapas para llegar a la suscripción del contrato pueden resultar más o menos complejas, de modo que los asuntos que implican las más grandes inversiones imponen el trámite de la licitación pública.

De acuerdo con lo que establecía el artículo 3° del Decreto 855 de 1994⁵⁹, vigente para el momento en que tuvieron lugar las contrataciones que dieron lugar al presente proceso, en orden a satisfacer el postulado de selección objetiva del contratista, propósito que el legislador no declina en el trámite simplificado de contratación directa, es menester agotar diversas exigencias impuestas bien en función de los recursos que se van a comprometer a través del contrato, ora por la complejidad del objeto a desarrollar.

De esta forma establece la norma en cita que tratándose de contratos de menor cuantía cuyo valor sea igual o superior a cien salarios mínimos legales mensuales y al mismo tiempo superen el cincuenta por ciento (50%) de la menor cuantía establecida para la respectiva entidad estatal en términos del artículo 24 de la Ley 80 de 1993, además de la obtención de por lo menos dos ofertas escritas, debe hacerse de manera antecedente invitación pública a través de un aviso colocado en un lugar visible de la misma entidad por un término no menor de dos días, requisito último que puede obviarse si la necesidad inminente del bien o servicio objeto del contrato no lo permite, de lo cual, en todo caso, debe dejarse constancia escrita.

⁵⁹ Posteriormente derogado por el 29 del Decreto 2170 de 2002.

A su turno, la misma disposición prescribe que la solicitud de oferta debe ser escrita cuando la complejidad del objeto a contratar así lo amerite, al paso que se puntualiza cómo ella debe contener por lo menos la información básica sobre las características generales y particulares de los bienes, obras o servicios requeridos, las condiciones de pago, los términos para su presentación y demás aspectos que se estime den claridad al proponente sobre el contrato que se pretende.

Hábilmente algunos ordenadores del gasto, con evidente desconocimiento de los principios que imperan en el proceso de contratación estatal, evitan acudir a la licitación pública mediante el fraccionamiento de la obra a contratar y, por ello, en lugar de hacer una convocatoria abierta y transparente en procura de seleccionar objetivamente la mejor propuesta, dividen la obra en diferentes niveles y segmentos para con ello tener la facultad de seleccionar directamente los varios contratistas que ejecutarán las obras, las que examinadas en un contexto global constituyen un solo proyecto.

De tal suerte que el fraccionamiento contractual al que se hace referencia es aquel que resulta del examen de una labor en la que el todo se puede consolidar en un solo acto, y que por lo tanto la ejecución de una obra debería ser adjudicada a un solo contratista mediante proceso de licitación pública, pero que con el propósito de eludir tal procedimiento termina siendo entregada en forma directa y segmentada a uno o varios proponentes.

Lo dicho significa que cuando se habla de fraccionar contratos no se pretende hacer referencia al contenido y consecuencia jurídicos

previstos en los Decretos 150 de 1976 y 222 de 1983, sino a su contenido gramatical.

5. El caso concreto

El censor pretende que se case la sentencia y en su lugar se absuelva al procesado porque el Tribunal incurrió en una serie de errores. Por razones metodológicas, dada la identidad temática que tienen los cargos primero y segundo, la Sala procederá a responderlos conjuntamente; posteriormente se abordará el examen del cargo tercero.

5.1. Cargos primero y segundo:

El demandante señala que el Tribunal incurrió en una serie de errores de hecho por suposición, omisión de pruebas y desconocimiento de las reglas de la sana crítica, lo que implicó una violación indirecta de la ley sustancial al condenar al procesado por los delitos *peculado por aplicación oficial diferente y celebración indebida de contratos* al procesado.

Dejando de lado las deficiencias que se observan en el discurso lógico jurídico elaborado por el censor y que oportunamente fueron advertidas en el concepto fiscal, la Sala reitera que el recurso extraordinario de casación entendido como control constitucional y legal de las sentencias proferidas en segundo grado, no es sede adicional para continuar el debate con meros enunciados de censura sobre las pruebas, como cuestionar su credibilidad, los hechos investigados y la responsabilidad del procesado, aspectos que se

cumplieron en las instancias y concluyeron con el fallo de segundo grado.

El ataque dirigido al fallo del Tribunal por vía de la violación indirecta imponía al demandante especificar si los errores de hecho debían ser calificados como de existencia, identidad o raciocinio, establecer su prelación y tratarlos en acápite separados, porque los argumentos referidos al primero no son compatibles con el segundo y tercero por la naturaleza distinta de los desaciertos probatorios que se alegan.

Empece de lo anterior la censura carece de una argumentación sólida que permita desvirtuar la corrección del fallo impugnado; tampoco consigue demostrar que las pruebas supuestamente omitidas, tergiversadas o valoradas con desconocimiento de la sana crítica, tengan la trascendencia suficiente como para que la Sala sea persuadida de la necesidad de casar la sentencia demandada.

Examinados los hechos y las pruebas que demuestran la ocurrencia de los mismos así como la tipicidad de la conducta atribuida al procesado, se tiene que concluir que inexorablemente los cargos no deben prosperar.

a). En relación con el delito de *peculado por destinación oficial diferente*, y teniendo en cuenta las circunstancias de *factum* y de *iuris* delimitadas en la acusación, surgen demostrados los siguientes hechos:

a1). El presupuesto municipal de Aguazul para el año 1998 fue de \$25.744'633.705,95, de los cuales \$18.210'864.909,92 correspondían a ingresos percibidos por concepto de regalías.

De la cifra anterior se destinaron a proyectos relativos al gasto público social \$10.827'797.050,86 y a propósitos diferentes \$7.993'205.818,68.

a2). En 1999 el presupuesto general de rentas y gastos del municipio de Aguazul ascendió a \$32.955'229.074,17 y se certificaron como producto de regalías \$32.161'656.025,00.

El gasto social alcanzó la cifra de \$17.205'048.034,87 y otros egresos fueron fijados en \$13.626'981.848,26.

Los anteriores hechos están demostrados de manera fehaciente por medio de pruebas documentales legal y oportunamente aportadas al proceso⁶⁰, cuya fuerza persuasiva, derivada de la claridad y concreción, confiabilidad de las fuentes, capacitación y responsabilidad de sus autores, permiten darle pleno valor y, a partir de ellas, adquirir el grado de certeza suficiente para concluir que el procesado realizó el comportamiento punible a él atribuido.

El cuestionamiento que se hace por la censura a las auditorías realizadas por la autoridad constitucionalmente encargada de ejercer el control fiscal no tiene la fuerza suficiente como para derrumbar las conclusiones que del mismo se pueden extraer, de donde se sigue que se mantiene incólume al punto de poderlo exhibir como elemento

⁶⁰ Véase: (i) Cuaderno anexo original 16 que contiene información recolectada por el CTI, (ii) certificación de ANTONIO SAVINO LLOREDA, Coordinador de Regalías de Ecopetrol, y (iii) Informe de Auditoría a las Regalías del Municipio de Aguazul elaborado por la Contraloría General de la República.

fundamental de la crítica probatoria que sirve de sustento al fallo de condena.

Es evidente, como lo expresa el Tribunal, que cuando se destinan recursos para cubrir los gastos que se derivan de

la designación de una asesora externa, el arrendamiento para dependencias de la administración municipal o pago de (el servicio) de teléfonos de las mismas, la adquisición de un apartamento para vivienda del alcalde, o la compra de combustibles o repuestos para los vehículos de la administración, no puede pretenderse que no se tengan como gastos de funcionamiento... (mas cuando tales egresos) no se encuentran ligados o dependientes de proyectos ubicados en el plan de desarrollo, ni tienen relación alguna con los cumplidos con los recursos provenientes de las regalías⁶¹.

El demandante señala algunas pruebas como omitidas o tergiversadas pero olvida que en lo atinente a las regalías y la destinación específica que se debe dar a ellas, la demostración del *peculado por aplicación* cuando se realizan gastos en contra de las disposiciones presupuestales resulta sencilla, porque basta establecer el monto total de las regalías recibidas por un ente territorial y la cantidad destinada a la inversión social para saber si se alcanzó el porcentaje establecido en el artículo 15 de la Ley 141 de 1994.

Tal operación matemática arroja como resultado indiscutible que ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN, en su condición de alcalde municipal de Aguazul, Casanare, no cumplió con la obligación legal de destinar al gasto social el 80%, y ni siquiera el 75% para hacer referencia a la norma posterior más favorable, de las regalías que recibió durante los años 1998 y 1999, hechos que por no ser desvirtuados por el casacionista impiden acceder a sus pretensiones.

⁶¹ Sentencia de segunda instancia, folio 11.

b). Y respecto del delito de *contrato sin cumplimiento de requisitos legales* ocurre una situación similar porque la relación de contratos celebrados, los montos pactados, las fechas de suscripción y el objeto desarrollado permiten concluir que las negociaciones finiquitadas con Sattler y Cia., las adquisiciones destinadas al Colegio Camilo Torres, las obras de alcantarillado, sardineles y el muro de gavión, debieron ofertarse y adjudicarse previa licitación pública en atención al monto global que alcanzaban los contratos mencionados.

Pero como el propósito del alcalde no encajaba con los postulados que rigen la contratación administrativa, decidió tomar el camino de la opacidad y el favorecimiento para entregar los contratos a una misma persona, como ocurrió con la empresa Sattler y Cia., o a varias, como es el caso de las obras públicas, como si en el ejercicio de la función pública se pudiera acudir a la ejecución de actos de beneficencia a favor de contratistas previamente determinados eludiendo la licitación pública que resultaba imperativa para poder llegar a la firma de los contratos citados.

En contra de la irrelevante prueba a que hace alusión el casacionista para fundamentar los cargos primero y segundo de la demanda se erigen diferentes medios de prueba que, decretados y aportados legalmente y sometidos a la controversia propia del proceso penal, demuestran una verdad concreta y particular irrefutable: la contratación en el municipio de Aguazul durante el tiempo que ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN se desempeñó como alcalde se manejó de acuerdo con sus personales dictados.

La anterior afirmación se deriva de lo expuesto por ISIDRO MALAVER PATIÑO (Secretario de Educación), LUIS ENRIQUE PINILLA HOLGUÍN (funcionario de la Secretaría de Obras públicas), TULIA NELLY LÓPEZ LÓPEZ (funcionaria municipal y alcaldesa encargada), quienes expusieron que en los contratos celebrados para dotar la sala de cómputo del Colegio Camilo Torres, el alcantarillado y demás obras, respectivamente, el alcalde SALAMANCA LEÓN tenía el manejo jurídico y técnico del proceso de selección, de modo que intervenía desde el diseño de la necesidad, su valor, la determinación de las personas invitadas a cotizar u ofertar bienes u obras, y, por supuesto, la selección del contratista.

El fraccionamiento contractual es evidente cuando se verifica que, por ejemplo, la adquisición de los computadores destinados al Colegio Camilo Torres se hizo por medio de dos contratos suscritos el 20 de noviembre de 1998 por montos similares (\$34'987.500 y \$34'995.000) que sumados superaban el monto máximo autorizado para la contratación directa (artículo 24 de la Ley 80 de 1993).

La misma situación se repitió en la contratación que tenía como propósito poner en funcionamiento una planta procesadora de lácteos, porque entre el 9 de noviembre y el 14 de diciembre de 1998 fueron elaborados un total de ocho contratos por un valor global de \$376'810.804,00, cifra que imperaba acudir a la licitación pública pero que en aras de birlar las exigencias de la contratación pública se recurrió a la espuria fórmula de la segmentación contractual para mantenerse dentro de los límites de la contratación directa.

En fin, las actividades cumplidas por el procesado no fueron cumplidas en el marco de una función pública dirigida a la satisfacción

de las necesidades generales, y tampoco se ejecutaron en el marco de los principios que por mandato constitucional deben ser la guía de quienes tienen la atribución de ordenar el gasto público.

5.1. Cargo tercero:

Se reclama la existencia de una vulneración directa de la ley sustancial al estimarse que el Tribunal desconoció que el 20% de las regalías que reciben los municipios pueden destinarse a otros menesteres diferentes al gasto público social.

Como quedó enunciado *ut supra* el artículo 15 de la Ley 141 de 1994, así como las disposiciones que le han sucedido en el tiempo⁶², guardan plena identidad, corresponden a una misma filosofía de control y en razón de los fundamentos del Estado buscan que los recursos de las regalías se destinen a la satisfacción de las necesidades básicas de la población; la más destacada diferencia está dada por la cantidad mínima de tales arbitrios que deben ser destinadas al gasto público social pues mientras en la norma vigente para la época de los hechos se exigía un 80% en los preceptos posteriores modificatorios el porcentaje se redujo a un 75%, supuesto que por favorabilidad debe ser tenido en cuenta para determinar las consecuencias penales.

En el presente asunto quedó demostrado con los documentos idóneos y necesarios que se requería (acuerdos municipales, informes de auditoría fiscal, etc.) que el alcalde procesado, actuando en su calidad de ordenador del gasto, decidió en forma libre y autónoma destinar cantidades inferiores al 75% de las regalías

⁶² Artículos 12 de la Ley 619 de 2000 y 14 de la Ley 756 de 2002.

al saneamiento ambiental... la construcción y ampliación de la estructura de los servicios de salud, educación, electricidad, agua potable, alcantarillado y demás servicios públicos básicos esenciales,

como lo ordena el artículo 15 de la Ley 141 de 1994, situación que desborda la simple incorrección administrativa o disciplinaria para trascender al campo de lo punible en tanto el Código Penal tiene tales conductas como propias del *peculado por aplicación oficial diferente* (Código Penal de 1980, artículo 136 y Código Penal de 2000, artículo 399) .

Como fuera señalado en el concepto fiscal, el reproche formulado es intrascendente porque bien sea que se acuda al artículo 15 de la Ley 141 o al artículo 14 de la Ley 756 de 2002, el alcalde-procesado incumplió con el deber de destinar las cantidades mínimas de los recursos provenientes de las regalías para el gasto social, conducta reiterada en las anualidades mencionadas y que constituyen grave quebrantamiento de las reglas que rigen el funcionamiento de la Administración en su labor de satisfacer los intereses generales de los ciudadanos.

El cargo no prospera.

6. Casación oficiosa

El Procurador Delegado para la Casación advierte una inconsistencia en la sentencia porque se impusieron al condenado dos penas de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por 36 y 85 meses, circunstancia contraria al principio del *non bis in idem* e impropia en un proceso de dosificación punitiva.

En todo proceso de individualización de la pena cuando el procesado debe responder por un concurso de delitos deben ser atendidas las reglas que gobiernan cada pena y las del concurso de punibles. Y cuando ocurre, como en el asunto *sub examine*, que una pena ordinariamente considerada como accesoria aparece dispuesta como principal, no es razonable acudir a las reglas generales de la pena en cuanto a su extensión sino que se debe contraer la sanción a las cantidades limitadas expresamente por la norma concreta, de donde se concluye que erró el Tribunal al imponer dos veces una misma pena.

Para la época de los hechos en el Código Penal se tenía previsto que la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas (artículo 50) podía tener una duración máxima de 10 años (artículo 44, modificado por la Ley 365 de 1997, artículo 3°), pero para los delitos de *peculado por aplicación oficial diferente* y *celebración indebida de contratos* se determinó por el legislador que dicha pena sería principal y su máximo fue fijado en 3 y 5 años, respectivamente (artículos 136 y 146).

La nueva codificación de 2000 habla de *inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas*, denominación que cualitativamente corresponde a la mencionada *interdicción de derechos y funciones públicas* de 1980 y la extendió hasta por 20 años (artículo 51). Respecto de los delitos ya referenciados originalmente la consagró como principal y determinó un máximo de 3 y 12 años para el *peculado por aplicación oficial diferente* y *celebración indebida de contratos* (artículos 399 y 410) respectivamente, de donde se deriva que por favorabilidad cobra

vigencia ultractiva el precepto derogado vigente para la época de los hechos juzgados.

Establecido que las penas de interdicción deben gobernarse por lo previsto en la legislación penal de 1980, teniendo en cuenta que de acuerdo a las reglas del concurso (artículo 26) la pena puede acumularse (artículo 27), y siguiendo la regla de privilegiar la aplicación de la pena principal sobre la accesoria, se establece que el término de inhabilitación será de treinta y seis (36) meses.

Tal cantidad es respetuosa del principio de legalidad porque por el concurso de delitos que ha sido juzgado SALAMANCA LEÓN la cantidad de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas podía llegar hasta los 96 meses; así mismo, se respeta el análisis del Tribunal y el sentido final de su decisión.

A mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley, y de común acuerdo con el criterio de la Procuraduría,

RESUELVE:

1°. NO CASAR la sentencia impugnada.

2°. CASAR parcialmente y de oficio la sentencia impugnada, para condenar al procesado ALCIBIADES SALAMANCA LEÓN a la pena principal de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el término de treinta y seis (36) meses.

3°. En lo demás, el fallo impugnado se mantiene incólume.

4°. Contra esta decisión no procede recurso alguno.

Cópiese, notifíquese, cúmplase y devuélvase al Tribunal de origen.

SIGIFREDO ESPINOSA PÉREZ

JOSÉ LEONIDAS BUSTOS MARTÍNEZ

ALFREDO GÓMEZ QUINTERO

MARIA DEL ROSARIO GONZÁLEZ DE LEMOS

AUGUSTO J. IBÁÑEZ GUZMÁN

JORGE LUIS QUINTERO MILANÉS

YESID RAMÍREZ BASTIDAS

JULIO ENRIQUE SOCHA SALAMANCA

JAVIER ZAPATA ORTIZ

TERESA RUIZ NÚÑEZ
Secretaria.



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

Magistrado Ponente

SC2769-2020

Radicación n° 76001-31-03-003-2008-00091-01

(Aprobada en sesión de doce de junio de dos mil diecinueve)

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de agosto de dos mil veinte (2020).

Decide la Corte el recurso de casación interpuesto por Cruz Blanca EPS S.A. frente a la sentencia de 18 de julio de 2014, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario de Jorge Hugo Giraldo Torres y Clara Eugenia Ordoñez, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Jorge Hugo, José Valentín, Marco Leandro y Santiago Giraldo Ordoñez, contra la impugnante y la Clínica Santillana de Cali S.A.

I.- EL LITIGIO

1.- Los accionantes solicitaron que se declararan contractualmente responsables a las demandadas por su

falta de cuidado y diligencia en la prestación de servicios médicos brindados a Santiago Giraldo Ordoñez, por lo que deben indemnizarles en forma solidaria los perjuicios morales como integrantes del grupo familiar, estimados en 100 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno, así como los fisiológicos causados al paciente y los materiales ocasionados al progenitor Jorge Hugo Giraldo Torres, a título de lucro cesante consolidado y futuro, ya que debe destinar el 25% de sus ingresos en la atención de su descendiente.

Como sustento informan que Jorge Hugo Giraldo Torres es cotizante de Cruz Blanca EPS S.A., donde tiene afiliados como beneficiarios a su cónyuge e hijos, razón por la cual dicha entidad se encargó del control prenatal de Santiago Giraldo Ordoñez, quien nació en la Clínica Santillana el 10 de mayo de 2005 en condiciones normales y le aplicaron las vacunas de Polio y B.C.G el 1° de junio.

Pasados 20 días, la madre se percató de que el bebé estaba inquieto y tenía fiebre, lo que buscó contrarrestar con acetaminofén y baño, pero al persistir los síntomas decidió llevarlo el 24 de ese mismo mes a la Clínica Santillana de Cali, donde el médico de urgencias recomendó seguir con el mismo tratamiento, que no era el indicado porque debió retornar al otro día en dos oportunidades sin que fuera revisado con prontitud, a pesar de que convulsionó dos veces y se lo hizo saber a la enfermera de turno.

En vista de la insistencia de Clara Eugenia, a eso de la una de la tarde el pediatra César Cruz Roa examinó al infante en medio de una convulsión prolongada y, ante una sospecha de meningitis, ordenó que le suministraran Midazolam, así como la práctica de una glucometría y un TAC cerebral simple. Cerca de las 9.00 p.m. el niño despertó inquieto y la doctora Angélica Duran lo sedó para hacerle una «*punción lumbar*» que no fue posible por falta de frascos estériles antibióticos, así que dispuso hospitalizarlo alrededor de las 10.00 p.m. y lo valoró a las 6.55 a.m., mientras sufría un episodio convulsivo que cedió luego de aplicarle Valium.

El 26 de junio a las 7.00 a.m. el médico Harold R. Urbano, luego de averiguar si le habían aplicado terapia respiratoria, mandó que le colocaran oxígeno y el envió a una Unidad de Cuidados Intensivos Pediátrico, por lo que fue remitido a la UCI Pediátrica de la Clínica Valle del Lili a las 9.00 a.m. con un diagnóstico de «*bronquiolitis sobreinfectada, síndrome compulsivo, descartar meningitis*» y un reporte de que el envió se debió a haberlo hallado «*somnoliento, casi estuporoso, con disnea moderada*».

El nuevo centro hospitalario lo recibió en regulares condiciones, febril, somnoliento, con disnea y «*crisis convulsivas tónico clónicas focalizadas del hemicuerpo derecho*»; se le hizo impresión diagnóstica de meningitis y al realizarle «*punción lumbar*» resultó «*patológica con aspecto turbio, presencia de abundantes polimorfonucleares y un látex positivo para neumococo*». Permaneció allí en

condiciones regulares de salud, sedado y con soportes ventilatorio y «atrópico» hasta que superó la crisis, pero quedó con problemas en el desarrollo neurológico, ciego y sordo, como consecuencia de la deficiente valoración en la primera institución (fls. 52 al 63 cno. 1).

2.- Cruz Blanca EPS S.A se opuso y excepcionó «*inexistencia de causalidad*», «*cumplimiento de las obligaciones contractuales*», «*inimputabilidad de las presuntas consecuencias del acto médico*» e «*inexistencia de solidaridad*» (fls. 130 al 150 cno. 1).

La Clínica Santillana de Cali S.A. guardó silencio, pero en la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil compareció Clínica Santillana S.A. para que se tomara nota de que corresponde a una persona jurídica diferente de la anterior (fls. 223 al 239 cno. 1).

3.- El Juzgado Tercero Civil del Circuito de Cali, en sentencia de 22 de julio de 2013, desestimó las defensas, declaró civil y solidariamente responsables a las personas jurídicas por los daños ocasionados a Santiago Giraldo Ordoñez y su familia cercana, condenándolas a pagar en salarios mínimos mensuales legales vigentes, al directamente afectado, 250 por daños a la vida de relación y 100 por perjuicios morales. Por ese último concepto igual monto para cada uno de sus padres Jorge Hugo y Clara Eugenia, mientras a sus hermanos Jorge Hugo, José Valentín y Marco Leandro, les reconoció individualmente 50 (fls. 984 al 1009 cno. 1).

4.- El superior, al desatar la apelación de Cruz Blanca EPS S.A., confirmó la determinación (fls. 47 al 68 cno. 5).

II.- FUNDAMENTOS DEL FALLO IMPUGNADO

No existe duda de que los promotores están legitimados para reclamar la reparación, ya que a pesar de la diferencia en el interés del lesionado y el de sus parientes su titularidad se respalda en los artículos 2341 y 2342 del Código Civil, en lo que jurisprudencialmente se ha reconocido como la «*doctrina del contragolpe o de rebote*» que habilita este camino a quienes se ven afectados por el hecho dañoso por detentar algún beneficio o interés moral o patrimonial que ha quedado cercenado, conculcado o menoscabado y así se dijo en CSJ SC-084-2005, 18 may. 2005, rad. 14415.

La legitimación en la causa por pasiva está dada ya que el libelo se dirige contra la EPS de la cual es beneficiario el infante y la IPS donde se desembocó el padecimiento. Toda vez que en el régimen de seguridad social en salud existe solidaridad entre las entidades y personas vinculadas al acto médico, cualquiera de los intervinientes en la relación puede demandar a la entidad promotora de salud encargada de la afiliación.

Los problemas jurídicos a dilucidar dentro de los límites de la apelación, consisten en determinar si a la EPS

le cabe responsabilidad por los actos de los médicos adscritos a una de las IPS de su red de prestadores del servicio de salud, siendo que su función es netamente administrativa; constatar si se comprobaron los elementos que la estructuran, específicamente el nexo causal entre el proceder de la IPS y el daño irrogado al infante; y si fue excesiva la tasación de perjuicios morales.

Al margen de la clasificación tradicional entre responsabilidad contractual si quien pide es el directo afectado y extracontractual cuando el perjuicio es de quienes lo sufren de manera refleja, el estudio se concreta a un tipo de responsabilidad por daños causados en la praxis médica y las consecuentes implicaciones que esto tiene en las instituciones del sistema de seguridad social en salud por el correlativo incumplimiento de los deberes de índole legal.

En cuanto a la responsabilidad de las Instituciones Prestadoras de Salud, de antaño la Corte en CSJ SC 8 sep. 1998, rad. 5143 y SC 26 nov. 2010, rad 1999-08667-01, dejó sentado que de los convenios con sus pacientes surgen diferentes obligaciones, esto es las derivadas del acuerdo y las que por ley le pertenecen, ya sea por *«el acto médico propiamente dicho, en ciertos actos de asistencia sanitaria de carácter auxiliar o en la actividad de hospitalización»*. Sin embargo, al entrar a regir la Ley 100 de 1993 y concurrir nuevas instituciones vinculadas en la prestación del servicio esa posición se revaluó para hablar de un *«criterio de responsabilidad basado en la generación de un riesgo en*

la salud del paciente por parte de la institución, (...) cuando es ésta quien potencializa las posibilidades de su ocurrencia, lo que bien puede implicar el deber de la institución de asumir las consecuencias derivadas de aquel».

Independientemente del vínculo que une a las Entidades Promotoras de Salud con sus afiliados y beneficiarios lo relevante es determinar el alcance de las obligaciones adquiridas por aquellas, según los lineamientos de los artículos 177 al 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, consistentes en organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del plan obligatorio de salud, lo que implica *«disponer y preparar un conjunto de personas calificadas (Instituciones prestadoras de servicios de salud y profesionales en áreas relacionadas), incluidos los medios adecuados»* con ese fin, fuera de que se presten de acuerdo con los criterios científicos de las instituciones y médicos tratantes, así como establecer procedimientos de control en pos de que la atención brindada por las IPS sea integral, eficiente, oportuna y de calidad.

Aunque pareciera que se trata de una actividad netamente administrativa de consecución o recaudo de los recursos humanos, físicos y técnicos para la prestación del plan obligatorio de salud, tal labor también conlleva emitir autorizaciones para que las consultas médicas y los procedimientos terapéuticos puedan llevarse a cabo, a más de contratar con una red de servicios especializada en diferentes patologías, por lo que al ponerlos a disposición responden cuando *«el paciente, sea afiliado o beneficiario,*

recurre a aquellos para la recuperación de su salud, es decir, cuando la prestación del servicio de salud o relación paciente-médico, tiene como soporte o explicación el vínculo contractual ora legal subyacente entre la EPS y el afiliado o sus beneficiarios», como se dijo en CSJ SC rad. 1999-00533-01.

En consecuencia, al margen de la naturaleza de la relación entre el afiliado y su EPS, si se presenta una equivocada praxis médica en que aquel sufra una pérdida de salud en manos de la IPS, ipso jure, nace una responsabilidad solidaria de ésta y la EPS a la que esté vinculado, porque los galenos y centros hospitalarios obran como ejecutores de la obligación principal radicada en la EPS, y su deber de propender por la idoneidad de los mismos es de origen legal.

En esta oportunidad quedó por fuera de discusión que la Clínica Santillana S.A. brindó la atención al menor Santiago Giraldo Ordóñez como IPS vinculada a Cruz Blanca EPS, sin que sea necesario acudir a la incipiente propuesta de *«responsabilidad institucional»*, que opera en eventos de difícil demostración por el paciente de la culpabilidad, cuando aquí basta con escudriñar la presencia de los elementos para imputar la responsabilidad civil reclamada, como son *«la existencia de un contrato, el acaecimiento de un daño y su consecuente perjuicio material y moral, la relación o vínculo entre el daño y la actividad médica; y por último la imputabilidad a título de dolo o culpa»*.

El nexo entre Cruz Blanca y Jorge Hugo Giraldo, que vincula a su hijo Santiago en calidad de beneficiario, se da por sentado y no fue materia de discusión; mientras que el menoscabo en la salud del niño luego de ser tratado por la IPS se extrae de la historia clínica, ya que «*presentó secuelas neurológicas que le ocasionaron "retraso psicomotor, secuelas sensoriales corticales viso-auditivas/ trastorno deglución con gastrostomía/ epilepsia focal origen estructural/ secuelas MEB- encefalopatía hipoxica (sic) neonatal (...)*»», lo que también le generó una afectación moral tanto a él como a sus padres y hermanos, que resultan comprometidos en su cuidado y protección.

Vista la evolución que consta de los reportes entre el 24 de junio y el 11 de julio de 2005, lo indicado cuando uno de los médicos se percató de que el menor podía padecer una meningitis y que no podía hacer la punción lumbar por ausencia de frascos estériles para depositar el líquido encefalorraquídeo, era enviarlo inmediatamente a un centro hospitalario con los servicios necesarios para contrarrestar la patología presentada, a fin de que allí le hicieran los exámenes de rigor sobre la presencia de bacterias o virus, no esperar que se agravara la situación.

Desde un análisis con fundamento en la experiencia y la sana crítica, la falta de atención oportuna en un recién nacido con «*diagnóstico presuntivo de meningitis*» conduce a que la enfermedad se desate con toda la aquiescencia y facilidad, al no existir restricción o barrera médica que

impida su desarrollo y posteriores consecuencias, lo que es insuficiente para endilgar responsabilidad a la apelante, debiéndose auscultar si la IPS y su equipo médico actuaron de manera diligente y esmerada o, por el contrario, en forma dolosa o culposa, conforme a los criterios jurisprudenciales establecidos en CSJ SC 5 mar. 1940; SC 26 nov. 1986; SC 30 ene. 2001, rad. 5507; SC 11 sep. 2002, rad. 6430 y SC 13 sep. 2002, rad. 6199.

En esta ocasión la prueba testimonial y documental arroja la existencia de un retardo en utilizar los medios que dieran certidumbre sobre el diagnóstico del menor, así como en la remisión al lugar especializado en el tratamiento de enfermedades de alto riesgo, ya que en eso coincidieron *«todas las personas convocadas en el pleito»*, de lo que se *«columbra, que los resultados en grado de probabilidad sí hubiesen podido ser diferentes»*, por lo que fue debidamente acreditada *«la falta de diligencia y cuidado de la institución prestadora de salud»* y establecidos a cabalidad todos los presupuestos de la responsabilidad civil, de la que es solidaria Cruz Blanca EPS.

Frente a los perjuicios morales, que son de tasación discrecional del fallador y no un asunto de cuantificación por perito, se encuentra conducente la estimación que hizo el *a quo* en vista de la discapacidad permanente con que quedó el infante.

III.- LA DEMANDA DE CASACIÓN

Recurrió en casación Cruz Blanca EPS S.A. y formula dos ataques por la causal primera del artículo 368 del Código de Procedimiento Civil, que se desatarán en el orden propuesto, bajo los parámetros de esa compilación ya que estaba vigente en la época en que se interpuso la opugnación (1° de agosto de 2014), a la luz del numeral 5 del artículo 625 de la Ley 1564 de 2012.

PRIMER CARGO

Acusa la violación directa de los artículos 2344 del Código Civil, por aplicación indebida; 177, 178, 179 y 183 de la Ley 100 de 1993 y el 2° del Decreto 1485 de 1994, por interpretación errónea.

Según el Tribunal las EPS, así no brinden directamente servicios médico asistenciales, responden solidariamente con las IPS por los daños causados a los pacientes cuando se presten de manera deficiente, tardía, inoportuna o equivocada, en vista de que deben asegurar y garantizar su idoneidad.

Esa conclusión es equivocada porque ninguna norma del ordenamiento jurídico así lo establece y *«cuando no hay ejecución de conducta alguna, por acción o por omisión, que concurra a la causación del daño, bajo ninguna circunstancia puede predicarse el surgimiento de la obligación indemnizatoria»*, como dispone en su recta inteligencia el

artículo 2344 del Código Civil, ya que es imprescindible que al hablar de múltiples responsables *«el sujeto respecto de quien se predica solidaridad en la obligación de resarcir haya concurrido con su conducta a la generación del daño»*, como se explicó en CSJ SC 11 sep. 2002, rad. 6430. Pensar en contrario llevaría a imponer la carga resarcitoria a quien nada tuvo que ver con la generación del daño.

No puede decirse de manera general y absoluta que existe una solidaridad ciega de las EPS porque les corresponde prestar el servicio, directa o indirectamente, toda vez que si su obligación se limita a permitir que el paciente sea atendido en una institución en desarrollo de sus funciones legales y así sucede, queda libre de responder en forma solidaria por los perjuicios que sean consecuencia de la deficiente, inadecuada o inoportuna prestación del servicio.

Revisados los artículos 178 y siguientes de la Ley 100 de 1993, lejos están de consagrar dicha responsabilidad solidaria de la EPS por los daños que sufre un paciente atendido por una IPS o la carga de garantizar que los profesionales de éstas cumplan con todos los protocolos y sigan los procedimientos que la ciencia médica aconseja, como equivocadamente dedujo el *ad quem*. Tales preceptos a lo sumo prevén es que *«al paciente, usuario, afiliado, cotizante, etc, se le va a prestar un servicio y que éste va a estar cubierto por los respectivos planes de salud»*.

No se desconoce el contenido de CSJ SC 17 nov. 2011,

rad. 1999-00533-01, donde se señaló en forma general que las EPS responden solidariamente con las IPS, en virtud del deber que tienen de asegurar y garantizar que los servicios prestados a los usuarios sean idóneos y eficaces; sin embargo, tal precedente no es fruto de una jurisprudencia constante o inveterada de la Corte ni constituye doctrina probable, por lo que resultaría útil abordar de nuevo el estudio del tema, con mayor razón cuando allí se invoca el artículo 2° del Decreto 1485 de 1994 como sustento y en su texto nada aflora sobre el particular.

CONSIDERACIONES

1.- Del Sistema de Seguridad Social en Salud

La seguridad social, que tiene la categoría de derecho humano universal, corresponde a un sistema estructurado para obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales de toda persona, en pos de su libre desarrollo y con respeto a la dignidad que merece cada individuo. Su trascendencia es tal que el artículo 48 de la Constitución Política la define como un «*servicio público de carácter obligatorio*» a prestar bajo la «*dirección, coordinación y control del Estado*», con la precisión de que es un derecho irrenunciable.

Precisamente, una de sus manifestaciones es el servicio de salud, que se trata individualmente en el artículo 49 *ibidem* como un servicio público a cargo del Estado y cuyo acceso debe ser garantizado a la luz de los

«principios de eficiencia, universalidad y solidaridad», bajo los cuales pueden prestarlo entidades privadas sujetas a vigilancia y control oficial, ofreciendo mayor énfasis de protección a la población más vulnerable, toda vez que los artículos 44 y 50 ejusdem prevén que «la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social» son derechos fundamentales de los niños y que los menores de un año que no cuenten con cobertura tendrán derecho a recibir atención gratuita en todas las instituciones de salud que reciban aportes del Estado.

Con el propósito de desarrollar esos preceptos de orden superior, se expidió la Ley 100 de 1993 por medio de la cual se creó el Sistema de Seguridad Social Integral, que se rige por los principios del artículo 2, así:

a) **Eficiencia.** Es la mejor utilización social y económica de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para que los beneficios a que da derecho la seguridad social sean prestados en forma adecuada, oportuna y suficiente;

b) **Universalidad.** Es la garantía de la protección para todas las personas, sin ninguna discriminación, en todas las etapas de la vida;

c) **Solidaridad.** Es la práctica de la mutua ayuda entre las personas, las generaciones, los sectores económicos, las regiones y las comunidades bajo el principio del más fuerte hacia el más débil.

Es deber del Estado garantizar la solidaridad en el régimen de Seguridad Social mediante su participación, control y dirección del mismo.

Los recursos provenientes del erario público en el Sistema de Seguridad se aplicarán siempre a los grupos de población más vulnerables;

d) **Integralidad.** Es la cobertura de todas las contingencias que afectan la salud, la capacidad económica y en general las condiciones de vida de toda la población. Para este efecto cada quien contribuirá según su capacidad y recibirá lo necesario para atender sus contingencias amparadas por esta Ley;

e) **Unidad.** Es la articulación de políticas, instituciones, regímenes, procedimientos y prestaciones para alcanzar los fines

de la seguridad social, y

f) **Participación.** *Es la intervención de la comunidad a través de los beneficiarios de la seguridad social en la organización, control, gestión y fiscalización de las instituciones y del sistema en su conjunto.*

Dicha compilación buscó unificar la normatividad y la planeación de la seguridad social, así como coordinar a las entidades involucradas en el tema, para garantizar: *«las prestaciones económicas y de salud a quienes tienen una relación laboral o capacidad económica suficiente para afiliarse al sistema»*; *«la prestación de los servicios sociales complementarios»* allí señalados; y *«la ampliación de cobertura hasta lograr que toda la población acceda al sistema»* (art. 6).

El Estatuto precisó entonces que el *«Sistema de Seguridad Social Integral es el conjunto armónico de entidades públicas y privadas, normas y procedimientos y está conformado por los regímenes generales establecidos para pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios»* allí definidos (art. 8°).

Desde esos principios inspiradores se vislumbra una complejidad en cuanto a los nexos que unen a todos los implicados en el Sistema, ya que se fija como destinatarios iniciales del mismo a quienes perciban ingresos derivados de una relación de trabajo, en la cual el empleador y sus colaboradores asumen ciertas cargas económicas en pos de beneficiarse de los diferentes regímenes; así como aquellos que a pesar de carecer de un vínculo de tal naturaleza cuentan con una suficiencia de recursos que les permite

costear íntegramente el aporte periódico con igual propósito. A su vez prevé como encargadas de brindar la compensación a tal esfuerzo a un «conjunto armónico de entidades públicas y privadas», entre las cuales pueden existir múltiples acuerdos de negocios, que si bien deben estar ceñidos a las exigencias del «Sistema», también se rigen por las normas de derecho público y privado de acuerdo a sus alcances y especificidades.

Ya en lo que respecta al Sistema de Seguridad Social en Salud, tratado en el segundo libro de ese cuerpo regulatorio, se prevé entre las diferentes reglas a cumplir las de protección integral en las fases de «educación, información y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia»; libre escogencia de los usuarios «entre las Entidades Promotoras de Salud y las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, cuando ello sea posible según las condiciones de oferta de servicios»; y el establecimiento de mecanismos de control que garanticen la calidad de los servicios para una «atención oportuna, personalizada, humanizada, integral, continua y de acuerdo con estándares aceptados en procedimientos y prácticas profesional[es]» (art. 153).

La estructura del Sistema en dicho campo quedó delimitada en el artículo 155, donde se discrimina su conformación por organismos de dirección, vigilancia y control (Ministerios de Salud y Trabajo, el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud y la Superintendencia

Nacional en Salud), los organismos de administración y financiación (Entidades Promotoras de Salud, las Direcciones Seccionales, Distritales y Locales de Salud y el Fondo de Solidaridad y Garantía), las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, públicas, mixtas o privadas, demás entidades de salud adscritas a los Ministerios aludidos, los empleadores, trabajadores y sus organizaciones, así como los cotizantes independientes y los pensionados, los beneficiarios instituidos en todas sus modalidades; los Comités de Participación Comunitaria y las organizaciones comunales que participen en los subsidios de salud.

2.- Las obligaciones del Sistema.

Aunque las Entidades Promotoras de Salud figuran entre los organismos de administración y financiación, sus funciones van mucho más allá, como se desprende del artículo 156 al fijar las características básicas del «Sistema» y partir del supuesto de que todos los habitantes *«deberán»* afiliarse a aquellas para que *«previo el pago de la cotización reglamentaria o a través del subsidio que se financiará con recursos fiscales, de solidaridad y los ingresos propios de los entes territoriales»* reciban un *«plan integral de protección de la salud, con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales»* denominado Plan Obligatorio de Salud. Es de advertir que el recaudo del aporte está a cargo del Fondo de Solidaridad y Garantía, pero éste puede delegar tal función a las Entidades Promotoras de Salud, sin que haga parte de sus ingresos propios, ya que lo que

perciben las EPS son las Unidades de Pago por Capitación (UPC) por cada afiliado y beneficiario, conforme al valor que establece periódicamente el Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud.

Incluso en el literal e) se insiste en que las Entidades Promotoras de Salud tienen a cargo *«la afiliación de los usuarios y la administración de la prestación de los servicios de las instituciones prestadoras»* y están obligadas a suministrar al afiliado que *«pague la cotización o tenga el subsidio correspondiente, el Plan Obligatorio de Salud, en los términos que reglamente el Gobierno»*, cargas que se reiteran al definir las en el artículo 177 como *«las entidades responsables de la afiliación y el registro de los afiliados y del recaudo de sus cotizaciones, por delegación del Fondo de Solidaridad y Garantía»*, cuya *«función básica será organizar y **garantizar** -se resalta-, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio a los afiliados»*, añadiendo luego que les compete *«[o]rganizar la forma y mecanismos a través de los cuales los afiliados y sus familias puedan acceder a los servicios de salud en todo el territorio nacional»*, *«[d]efinir procedimientos para garantizar el libre acceso de los afiliados y sus familias, a las Instituciones Prestadoras con las cuales haya establecido convenios o contratos en su área de influencia o en cualquier lugar del territorio nacional, en caso de enfermedad del afiliado y su familia»* y *«[e]stablecer procedimientos para controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud»* (art. 178 nrals. 3, 4 y 6).

El ingreso al sistema surge de la afiliación a la EPS seleccionada, pero anejas a ella existen otras situaciones necesarias para alcanzar el objetivo primordial de lograr una óptima cobertura del POS mediante la prestación del servicio de salud con la colaboración de diversos especialistas puestos a disposición de los usuarios, así como Instituciones Prestadoras de Salud, ya sea que unos y otras hagan parte o no de la organización, lo que le confiere una naturaleza jurídica especial e intrincada a dicho sistema.

Por su lado el afiliado cuenta con la posibilidad de elegir la Entidad Promotora de Salud, así como las *«instituciones prestadoras de servicios y/o los profesionales adscritos o con vinculación laboral a la Entidad Promotora de Salud, dentro de las opciones por ella ofrecidas»* (art. 156 lit. g), con la tranquilidad de que el Plan Obligatorio de Salud no solo lo ampara a él sino que comprende una *«protección integral de las familias a la maternidad y enfermedad general, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad»* (art. 162 y 163).

Puestos en contexto, la función de las EPS de *«garantizar, directa o indirectamente, la prestación del Plan de Salud Obligatorio»* a que se refiere el artículo 177 de la Ley 100 de 1993 debe ser vista más allá del mero *«contrato de afiliación»*, como si su único efecto fuera la recaudación

por delegación de aportes y la administración de recursos, para extender sus alcances al fin primordial de lograr una óptima cobertura en el servicio social de salud.

Basta observar cómo el término «*garantía*» en una de las acepciones que trae el DRAE significa «*efecto de afianzar lo estipulado*», de ahí que tanto para el afiliado como sus beneficiarios la Entidad Promotora de Salud por la que se optó está en la obligación de respaldar que la atención en materia de salud se brinde de manera «*eficiente, oportuna e integral*» dentro de los lineamientos trazados en el plan obligatorio de salud, por medio de las IPS y médicos que hagan parte de ella o estén vinculados a la misma por cualquier otra relación jurídica.

Por lo tanto, no es suficiente que se facilite el acceso de los usuarios a los centros de atención hospitalaria o los especialistas particulares, ya sea que obren por cuenta de las EPS o como agentes alternos, para que se entienda cumplido el cometido de éstas dentro del marco de la Ley 100 de 1993 y las demás normas complementarias, toda vez que su compromiso se extiende a propender porque se logren evitar las afecciones previsibles y superar satisfactoriamente los padecimientos detectados, todo ello con prontitud y brindándole al paciente un trato acorde con la dignidad humana.

Esa situación se evidencia incluso en el Decreto 1485 de 1994, por el cual se regula la organización y funcionamiento de las Entidades Promotoras de Salud y la

protección al usuario en el Sistema Nacional de Seguridad Social en Salud, que en su artículo 2° recalca que las EPS son «**responsables**» de «[a]dministrar el riesgo en salud de sus afiliados, procurando disminuir la ocurrencia de eventos previsibles de enfermedad o de eventos de enfermedad sin atención, evitando en todo caso la discriminación de personas con altos riesgos o enfermedades costosas en el Sistema», además de «[o]rganizar y garantizar la prestación de los servicios de salud previstos en el Plan Obligatorio de Salud, con el fin de obtener el mejor estado de salud de sus afiliados con cargo a las Unidades de Pago por Capitación correspondientes», por lo cual deben gestionar y coordinar la oferta de servicios de salud, directamente o a través de la contratación con IPS y profesionales de la salud, implementar sistemas de control de costos, informar y educar a los usuarios para el uso racional del sistema y establecer procedimientos de garantía de calidad para la atención integral, eficiente y oportuna de los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (literales b. y d.).

Esa normatividad vista en conjunto despeja cualquier duda en cuanto a una participación restringida y limitada de las Entidades Promotoras de Salud, como si se tratara de unas meras captadoras de afiliados y gestoras en el manejo de los recursos, ya que su labor se extiende a lograr el cumplimiento cabal de los fines primordiales del sistema de seguridad social de «prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación en cantidad, oportunidad, calidad y eficiencia» frente a los riesgos que atentan contra la salud de los usuarios.

Bajo esas mismas premisas en CSJ SC 17 nov. 2011, rad. 1999-00533, se llamó la atención en que

[e]l principio del sistema organizado, administrado y garantizado por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), la calidad en la prestación de los servicios de salud, atención de las condiciones del paciente según las evidencias científicas, y la provisión "de forma integral, segura y oportuna, mediante una atención humanizada" (artículo 153, 3.8, Ley 100 de 1993).

En idéntico sentido, las Entidades Promotoras de Salud (EPS), son responsables de administrar el riesgo de salud de sus afiliados, organizar y garantizar la prestación de los servicios integrantes del POS, orientado a obtener el mejor estado de salud de los afiliados, para lo cual, entre otras obligaciones, han de establecer procedimientos garantizadores de la calidad, atención integral, eficiente y oportuna a los usuarios en las instituciones prestadoras de salud (art. 2º, Decreto 1485 de 1994).

Igualmente, la prestación de los servicios de salud garantizados por las Entidades Promotoras de Salud (EPS), no excluye la responsabilidad legal que les corresponde cuando los prestan a través de las Instituciones Prestadoras de Salud (IPS) o de profesionales mediante contratos reguladores sólo de su relación jurídica con aquéllas y éstos. Por lo tanto, a no dudarlo, la prestación del servicio de salud deficiente, irregular, inoportuna, lesiva de la calidad exigible y de la lex artis, compromete la responsabilidad civil de las Entidades Prestadoras de Salud y prestándolos mediante contratación con Instituciones Prestadoras de Salud u otros profesionales, son todas solidariamente responsables por los daños causados, especialmente, en caso de muerte o lesiones a la salud de las personas.

Incluso en CSJ SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, en un pleito de responsabilidad contractual entre una EPS y una IPS, se ilustró que

(...) quien asume la responsabilidad por una adecuada prestación del servicio médico en el sistema general de seguridad social en salud son las EPS, entidades que pueden poner a disposición de los afiliados las IPS que sean de su propiedad, pero que cuentan con autonomía técnica, financiera y administrativa dentro de un régimen de delegación o vinculación que garantiza un servicio más eficiente; o con IPS y profesionales

especializados que le son ajenos, con los cuales celebren los respectivos pactos.

Y desde la perspectiva del sujeto protegido y su derecho a una adecuada asistencia dentro del sistema de seguridad social en salud, en CSJ SC17137-2014 quedó previsto que

(...) si bien la relación jurídica de la seguridad social, ha sido explicada ya como una relación de tipo bilateral de la que surgen obligaciones recíprocas de las partes, o como una relación en la que las obligaciones de cotización y prestación no son interdependientes o conmutativas, es lo cierto que se presenta como un vínculo sui generis, que engloba o subsume otras relaciones jurídicas instrumentales como las que se dan con ocasión de la afiliación, la cotización y la protección, en las que intervienen diversos sujetos (empleador, entidad promotora de salud, institución prestadora de salud, cotizantes, beneficiario). Por el lado de los sujetos protegidos, y para lo que interesa en el caso que se estudia, está en primer lugar el cotizante y subsecuentemente las personas de su núcleo familiar, en calidad de beneficiarios, quienes tienen frente al prestador de los servicios derecho a solicitarlos en los términos y con los alcances establecidos por la normatividad vigente.

Sobre el particular indica José Almanza:

“la posición jurídica subjetiva el sujeto protegido en la relación principal de seguridad social es lo suficientemente amplia para comprender las situaciones subjetivas de las relaciones subordinadas, de tal forma que una misma persona, siendo sujeto protegido, puede ser afiliado o no, cotizante o no, beneficiario o no. Si concurren en la misma persona las presunciones subjetivas o algunas de ellas, quiere decir que adopta posición distinta en cada una de las relaciones, vistiendo ropajes jurídicos diversos, pero, por encima de ellas, y en orden a la relación principal, es sujeto protegido” (Almanza Pastor, José M., Derecho de la seguridad social, Tecnos, 7ª ed., Madrid, 1991, página 129).

Tema que también fue tratado en CSJ SC8219-2016, en un caso por omisión en la prestación del servicio, donde se previno que

[l]a «atención de la salud» a que alude expresamente el artículo 49

de la Constitución Política, como una de las manifestaciones de la «seguridad social», tiene especial relevancia por su incidencia en la inviolabilidad del «derecho a la vida» de que trata el artículo 11 ibídem, pues, una deficiencia en la prestación del servicio puede culminar con una afrenta directa a éste último.

Es por esto que la labor regulatoria del Estado sobre la materia debe responder a patrones de eficiencia e idoneidad que brinden una especial protección a la población débil y necesitada, como se acotó en SC 17 sep. 2013, rad. 2007-00467-01, al precisar que

[p]or medio de la Ley 100 de 1993 se creó el sistema de seguridad social integral, con el objeto de garantizar los derechos irrenunciables de toda persona y la comunidad en general, para obtener la calidad de vida acorde con la dignidad humana, mediante la protección de las contingencias que las afectan (...) Corresponde a un servicio público obligatorio, que es direccionado, coordinado y controlado por el Estado, pero que puede ser prestado por entidades públicas o privadas, ya sea que se trate de los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los aspectos sociales complementarios (...) En lo que se refiere concretamente al tema de salud, su fin está encaminado a crear condiciones de acceso para toda la población en los diferentes niveles de atención, aplicando los principios de universalidad; solidaridad; igualdad; obligatoriedad; prevalencia de derechos; enfoque diferencial; equidad; calidad; eficiencia; participación social; progresividad; libre escogencia; sostenibilidad; transparencia; descentralización administrativa; complementariedad y concurrencia; corresponsabilidad; irrenunciabilidad; intersectorialidad; prevención y continuidad.

Al entrar a analizar la incidencia de los diferentes eslabones que conforman la cadena de intervinientes dentro del sistema de seguridad social en salud, frente a una deficiente prestación del servicio, en SC13925-2016 se acotó que

(...) la atribución de un daño a un sujeto como obra suya va más allá del concepto de causalidad física y se inserta en un contexto de imputación en virtud de la identificación de los deberes de acción que el ordenamiento impone a las personas.

Uno de esos deberes es el que la Ley 100 de 1993 les asigna a las empresas promotoras de salud, cuya «función básica será organizar y garantizar, directa o indirectamente, la prestación del plan de salud obligatorio a los afiliados (...).» (Art. 177)

Además de las funciones señaladas en esa y en otras disposiciones, las EPS tienen como principal misión organizar y garantizar la atención de calidad del servicio de salud de los usuarios, por lo que los daños que éstos sufran con ocasión de la prestación de ese servicio les son imputables a aquéllas como suyos, independientemente del posterior juicio de reproche culpabilístico que llegue a realizar el juez y en el que se definirá finalmente su responsabilidad civil.

Luego de quedar probado en un proceso que el daño sufrido por el paciente se originó en los servicios prestados por la EPS a la que se encuentra afiliado, es posible atribuir tal perjuicio a la empresa promotora de salud como obra suya, debiendo responder patrimonialmente si confluyen en su cuenta los demás elementos de la responsabilidad civil.

Por supuesto que si se prueba que el perjuicio se produjo por fuera del marco funcional que la ley impone a la empresa promotora, quedará desvirtuado el juicio de atribución del hecho a la EPS, lo que podría ocurrir, por ejemplo, si la atención brindada al cliente fue por cuenta de otra EPS o por cuenta de servicios particulares; si la lesión a la integridad personal del paciente no es atribuible al quebrantamiento del deber de acción que la ley impone a la empresa sino a otra razón determinante; o, en fin, si se demuestra que el daño fue el resultado de una causa extraña o de la conducta exclusiva de la víctima.

De igual modo, el artículo 185 de la Ley 100 de 1993 establece que «son funciones de las instituciones prestadoras de servicios de salud prestar los servicios en su nivel de atención correspondiente a los afiliados y beneficiarios dentro de los parámetros y principios señalados en la presente ley».

La función que la ley asigna a las IPS las convierte en guardianas de la atención que prestan a sus clientes, por lo que habrán de responder de manera solidaria si se demuestran en el proceso los demás elementos de la responsabilidad a su cargo, toda vez que las normas del sistema de seguridad social les imponen ese deber de prestación del servicio.

El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito.

La atención médica de hoy en día requiere habitualmente que los

pacientes sean atendidos por varios médicos y especialistas en distintas áreas, incluyendo atención primaria, ambulatoria especializada, de urgencias, quirúrgica, cuidados intensivos y rehabilitación. Los usuarios de la salud se mueven regularmente entre áreas de diagnóstico y tratamiento que pueden incluir varios turnos de personas por día, por lo que el número de agentes que están a cargo de su atención puede ser sorprendentemente alto.

Todas esas personas podrían tener un influjo decisivo en el desenvolvimiento causal del resultado lesivo; sin embargo, para el derecho civil no es necesario, ni posible, ni útil realizar un cálculo matemático del porcentaje de intervención de cada elemento de la organización en la producción física del evento adverso. Para atribuir la autoría a los miembros particulares, basta con seleccionar las operaciones que el juez considera significativas o relevantes para endilgar el resultado a uno o varios miembros de la organización, tal como se dijo en páginas precedentes (punto 3.2).

De manera que para imputar responsabilidad a los agentes singulares de la organización, el juez habrá de tomar en cuenta sólo aquellas acciones, omisiones o procesos individuales que según su marco valorativo incidieron de manera preponderante en el daño sufrido por el usuario y cargarlos a la cuenta de aquellos sujetos que tuvieron control o dominio en la producción del mismo. De este modo se atribuye el hecho dañoso a un agente determinado, quien responderá en forma solidaria con la EPS y la IPS, siempre que confluyan en ellos todos los elementos de la responsabilidad civil.

El agente médico singular se exonerará del juicio de imputación del hecho como suyo siempre que se demuestre en el proceso que no tenía un deber de cuidado en la atención que brindó al paciente, lo que ocurre, por ejemplo, cuando su intervención no fue jurídicamente relevante o estuvo amparada en una causal de justificación de su conducta; cuando el daño se debió al quebrantamiento de una obligación de acción de la EPS o de la IPS y no a la desatención del deber personal de actuar; o cuando no intervino de ninguna manera ni tenía el deber jurídico de hacerlo.

Así, por ejemplo, si se demuestra en el proceso que el evento adverso se produjo por falencias organizacionales; errores de coordinación administrativa; políticas empresariales que limitan al médico en la utilización del tiempo que requiere para brindar una atención de calidad al usuario; o restringen su autonomía para prescribir los procedimientos, medicamentos o tratamientos que se requieren para la recuperación de la salud del usuario, tales como exámenes de laboratorio, imágenes diagnósticas o ecografías, tomografías axiales computarizadas, etc., o cualquier otra razón atribuible a las empresas promotoras o a las

instituciones prestadoras del servicio de salud, entonces los agentes médicos quedarán exonerados de responsabilidad porque el daño ocasionado al cliente del sistema de salud no podrá considerarse como obra suya sino de la estructura organizacional.

Más adelante agrega que

El numeral 9° del artículo 153 de la Ley 100 de 1993 consagra entre las normas rectoras del servicio público de salud la garantía a los usuarios de una atención de calidad, oportuna, personalizada, humanizada, integral y continua de acuerdo a los estándares profesionales. Y para lograr una atención segura y de calidad es imprescindible la capacidad de la organización para transmitir información a otros prestadores, entre su personal, y entre éstos y los pacientes y sus familiares.

La atención de calidad, oportuna, humanizada, continua, integral y personalizada hace parte de lo que la literatura médica denomina "cultura de seguridad del paciente", que por estar suficientemente admitida como factor asociado a la salud del usuario y por ser un mandato impuesto por la Ley 100 de 1993, es de imperiosa observancia y acatamiento por parte de las empresas promotoras e instituciones prestadoras del servicio de salud, por lo que su infracción lleva implícita la culpa de la organización cuando tal omisión tiene la virtualidad de repercutir en los eventos adversos.

En el reciente pronunciamiento CSJ SC9193-2017 se insistió en que por mandato legal las EPS «son las responsables de cumplir las funciones indelegables del aseguramiento, la representación de los afiliados ante las instituciones prestadoras, la garantía de la calidad en la prestación de los servicios de salud y la asunción del riesgo transferido por el usuario», reiterando que

[l]a cultura de calidad total del servicio de salud y seguridad del paciente tiene repercusiones directas en el derecho de la responsabilidad civil, pues en el entorno del sistema obligatorio de calidad de la atención en salud las demoras en la prestación del servicio; el uso de tecnología obsoleta; la ausencia de tratamientos y medicamentos de utilidad comprobada por la medicina evidencial; la despreocupación por la satisfacción del cliente y la falta de atención de sus necesidades asistenciales; la falta de disciplina en el acatamiento de reglamentos tales como

guías, normas técnicas y reglas de diligenciamiento de la historia clínica; la insuficiencia de continuidad e integralidad del servicio; la complacencia frente a malas prácticas y su ocultamiento; y en fin, la carencia de un pensamiento orientado al proceso y desarrollo de estrategias que aseguren un mejoramiento continuo e interminable del servicio de salud que involucre a todas las personas de los distintos niveles de la jerarquía, son circunstancias constitutivas de responsabilidad organizacional por deficiente prestación del servicio cuando lesionan con culpa la integridad personal del paciente; lo que afecta la sostenibilidad económica del sistema por mayores costos de tratamientos de eventos adversos y pagos de indemnizaciones por daños ocasionados a los usuarios.

Como se puede concluir del anterior recuento jurisprudencial, existe un criterio consolidado en lo que implica para las Entidades Promotoras de Salud cumplir a cabalidad con la administración del riesgo en salud de sus afiliados y los beneficiarios de éstos, así como garantizar una idónea prestación de los servicios contemplados en el plan obligatorio de salud, toda vez que su desatención, dilación o descuido, ya sea que provenga de sus propios operadores o de las IPS y profesionales contratados con tal fin, es constitutiva de responsabilidad civil.

3.- Caso concreto.

Desde la perspectiva expuesta, carecen de peso las afirmaciones de la recurrente con las que busca eludir su grado de compromiso frente a las deficiencias de atención médica que se dieron por establecidas en el presente asunto y que por la naturaleza del embate se tornan incontrovertidas.

Es de advertir que quedó por fuera de discusión, de

igual manera, la clase de reclamación respecto de cada uno de los gestores, ya que el Tribunal pasó por alto si se hacía desde la órbita contractual o extracontractual dependiendo de las aspiraciones de cada uno, toda vez que en su sentir *«el análisis aquí debe contenerse a un tipo de responsabilidad por daños causados en la praxis médica y las consecuentes implicaciones que esto tiene en las instituciones del sistema de seguridad social en salud por el correlativo incumplimiento de los deberes de índole legal»*, aspecto de interpretación jurídica que no mereció reparo para los opugnadores, a pesar de que se insiste en el fallo que

(...) al margen del vínculo que une a unos y otras, precisa la Sala, lo medular es determinar, por efecto de esa relación, sea convencional o estrictamente legal, las obligaciones específicas que se derivan de la misma, puntualizando que de un lado la EPS debe organizar y garantizar la prestación de los servicios de salud del Plan Obligatorio de Salud, y de otro el afiliado debe, o pagar directamente el valor de la cotización, los pagos por capitación, y los copagos, o realizar el aporte para que su empleador proceda a aquel pago.

De tal manera que lo único que rebaten los inconformes por esta senda es la deducción extraída del análisis conjunto de los artículos 177 al 179 y 183 de la Ley 100 de 1993, según la cual

[p]acífico resulta entonces, la existencia de responsabilidad de las Entidades Promotoras de Salud, cuando el servicio médico recibido por sus afiliados o beneficiarios, se finca o soporta en la afiliación que por virtud de la ley es efectuada por éstos para con la entidad cuestionada, en otras palabras, puede predicarse responsable la EPS cuando los actos u omisiones médicas que afectan la salud de los afiliados, son generados como consecuencia de su vinculación al Sistema de seguridad social en salud. Por consiguiente, se advierte plausible de cara a las disposiciones legales y jurisprudenciales, reclamar de dichas entidades la acción que aquí se intenta.

Tal raciocinio no es arbitrario ni desfigura la naturaleza jurídica de la opugnadora como garante de que la prestación del servicio médico solicitado por sus afiliados y el grupo familiar que detenta la categoría de beneficiarios, sea adecuado, suficiente y tempestivo. Por el contrario, está acorde con la hermenéutica que en forma reiterada ha dejado plasmada la Corte respecto de la estructuración del sistema integral de seguridad social en salud a la luz de la Ley 100 de 1993 y demás normas complementarias, así como al alcance de las funciones allí asignadas a las Entidades Promotoras de Salud, como se dejó expuesto en un comienzo.

De ahí que ningún desacierto puede atribuirse a que en el fallo confutado, establecidos como se tuvieron los supuestos constitutivos de responsabilidad médica, se precisara que

(...) teniendo presente lo ampliamente dicho sobre la solidaridad en la responsabilidad civil de las EPS's con relación a los actos de los galenos y las clínicas por ellas contratadas, de forma prístina se concuerda que existe relación entre Cruz Blanca EPS, la demora en la atención médica ofrecida al pequeño demandante y sus consiguientes resultados fatales.

Ahora bien, el que se hiciera énfasis en la solidaridad existente entre la EPS y la IPS, no constituye un desafuero porque la atención fuera brindada en esta última por un encargo preestablecido de la primera y son dos personas jurídicas diferentes, ni mucho menos el desconocimiento de un precedente (CSJ SC 11 sep. 2002, rad. 6430) porque en

su sentir es imprescindible que al hablar de múltiples responsables en los términos del artículo 2344 del Código Civil *«el sujeto respecto de quien se predica solidaridad en la obligación de resarcir haya concurrido con su conducta a la generación del daño»*.

Precisamente al analizar la providencia a que se refiere la censorsa, antes que develarse una deficiente labor de aplicación normativa se deduce lo contrario, ya que en ese debate de responsabilidad médica donde se accionó contra un centro de atención y un especialista designado para llevar a cabo un procedimiento quirúrgico, se estableció la obligación de reparación solidaria en vista de la *«unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor»*, lo que acompasa con la situación que fue sometida a escrutinio en esta oportunidad.

Al respecto en la invocada CSJ SC 11 sep. 2002, rad. 6430, se dejó sentado que

[d]esde luego que esta unidad de tratamiento tiene asidero no sólo en la estructura fáctica de la relación obligacional establecida entre las partes del proceso, sino en los efectos que a partir de ella se derivan, porque con independencia del vínculo existente entre la clínica y el médico, lo cierto es que la atención al paciente (acreedor) por dicho profesional, fue dispuesta por la primera, se repite, con el consentimiento del último. De modo que la culpa del señalado agente es la culpa de la sociedad, en los términos del art. 1738 del C. Civil, que en atención al vínculo existente con el agente, estatuye como parte integrante del hecho o culpa del deudor, el hecho o culpa del agente, porque al fin de cuentas, como quedó dicho, se trata de la responsabilidad derivada del incumplimiento de una misma prestación, que por lo demás lesiona el mismo interés y produce el mismo daño, lo cual como seguidamente se analizará, incide en el campo de la solidaridad.

Respecto de este tema, es decir, el de la solidaridad, al contrario de lo que piensa el recurrente, la Corporación entiende que ésta nace de la propia ley, que es una de sus fuentes, (art. 1568 del C. Civil), concretamente de la aplicación del principio general consagrado por el art. 2344 del C. Civil, eficaz para todo tipo de responsabilidad, porque lo que hizo el Tribunal no fue otra cosa que a partir de la demostración de la propia culpa del médico, deducir una responsabilidad directa, concurrente con la culpa contractual, no controvertida en este cargo, de la otra codemandada. En otras palabras, lo claro es que la solidaridad no surgió de una inexistente pluralidad de sujetos contratantes, como lo plantea el impugnante, sino de la propia ley, o sea el art. 2344, en tanto el juzgador consideró que el perjuicio había sido consecuencia de la culpa cometida por dos personas, una de ellas el médico encargado del tratamiento. Por supuesto que para arribar a esta nueva conclusión, vuelve a jugar papel determinante la estructura y el vínculo obligacional que hubo de quedar verificado, porque es la unidad de objeto prestacional y la relación existente de los codeudores entre sí y de éstos con el acreedor, en la forma como quedó averiguada, ligadas a la identidad del interés lesionado y del daño producido, la que permite hacer el predicamento de solidaridad que antes se expresó, porque como explica Adriano de Cupis al ocuparse de situaciones como la que ahora se estudia, para poder sostener la tesis de la solidaridad, "Es decisivo... que tales comportamientos concurren en la lesión del mismo interés y en la producción del mismo daño". Precisamente, agrega, "la diversidad de título, es decir, del fundamento de la responsabilidad, no excluye su solidaridad, porque deriva de comportamientos concurrentes a la producción del mismo daño".

Ahora bien, la solución dada al caso a partir de interpretar extensivamente el art. 2344 del C. Civil, para comprender en él la solidaridad en el marco contractual que se examina, en consideración, claro está, a las circunstancias propias del caso, no ha sido extraña a la práctica judicial foránea, particularmente la jurisprudencia chilena, donde se ha llegado a idéntico planteamiento consultando el art. 2317 del C. Civil de dicho país, igual al 2344 del C. Civil colombiano, tanto en cuanto a su contenido, como a la ubicación, para deducirle responsabilidad solidaria al médico que incurre en la "culpa directa", como al hospital con quien se había contratado.

En idéntico sentido también se verifican varias sentencias del Tribunal Supremo español (17 de octubre de 1996, 1º de marzo de 1996, entre otras), exponiendo que "...si bien el artículo 1137 del Código Civil dice que la solidaridad procede cuando la obligación expresamente la establezca, la jurisprudencia actual reiterada y muy numerosa, no exige con rigor e imperatividad el pacto expreso de solidaridad, habiéndose de esta manera dado una interpretación correctora al precepto citado, para alcanzar y

estimar la concurrencia de solidaridad tácita pasiva, admitiéndose su existencia cuando del contexto de las obligaciones contraídas se infiera su concurrencia, conforme a lo que declara en su inicio el artículo civil 1138, por quedar patente la comunidad jurídica con los objetivos que los recurrentes pretendieron al celebrar el contrato”.

En vista de que el presente litigio se dirigió contra la EPS a la cual estaba afiliado el padre del menor beneficiario y una de las IPS asignadas por aquella entidad para brindar atención médica a sus usuarios, relaciones que se tuvieron por ciertas, ninguna duda queda sobre la unidad de objeto prestacional que les extiende a ambas sociedades la carga de resarcir los daños inferidos al paciente, como en forma atinada concluyó el sentenciador.

4.- Ya que no se demuestra la afrenta directa de las normas que regían el caso, fracasa la acusación.

SEGUNDO CARGO

Denuncia la vulneración indirecta de los artículos 1494, 1568, 1602, 1604 y 2344 del Código Civil, por aplicación indebida, y del 1616 íbidem por falta de aplicación, como consecuencia de graves equivocaciones en la valoración de varios elementos de convicción.

En el fallo cuestionado, con base en prueba testimonial y documental, se tuvo por demostrada la culpa por omisión del personal de la IPS en la prestación del servicio médico al paciente Santiago Giraldo Ordóñez, ya que no se pudo comprobar a tiempo si sufría meningitis ni

aplicar con prontitud el tratamiento que impidiera las lesiones sufridas a la postre.

No obstante, omitió valorar el juzgador la experticia del Hospital Universitario del Valle donde, luego de examinar la historia clínica, se determinó que el tratamiento brindado fue *«oportuno, adecuado, eficiente, apegado a lo que indica la ciencia médica y que, por ende, las graves y lamentables lesiones que hoy padece el paciente no fueron producto de errores, desatenciones o tardanzas en la prestación de los servicios médicos por parte de las personas jurídicas demandadas»*.

A pesar de la claridad y contundencia del dictamen ninguna alusión se hizo al mismo, pretiriéndolo, a pesar de ser importante en la definición del litigio ya que en su contenido no hay el más mínimo asomo de culpa en la conducta de las demandadas y, por el contrario, refiere que el menor siempre contó con la asistencia médica necesaria para atender sus quebrantos. De haberlo apreciado la decisión hubiera sido diferente, por lo que la que se tomó es desacertada.

Fuera de eso, en contra de lo que consta en la sentencia, de las declaraciones no se desprende que *«hubiese existido retardo, imprecisión o equivocación en el tratamiento que se le suministró al paciente»*, con lo que se da un error de hecho por suposición. Valga revisar lo que dijeron Angélica María Durán Valencia y César Augusto Cruz Roa, conocedores de primera mano de la trama, la

suficiencia e idoneidad del tratamiento, fuera de que el resultado no podía ser evitado, aún sin la práctica de la punción lumbar en un comienzo, ya que de todas formas se suministraron los antibióticos necesarios para hacer frente a la meningitis.

A su vez, las narraciones de Martha Cecilia Puentes Hernández y Dalila Torres de Giraldo, se limitan a su percepción de la atención dispensada en la Clínica Santillana de Cali, pero no sirven para establecer omisiones reprochables desde el punto de vista de la ciencia médica.

Tampoco podía ampararse el fallador en la historia clínica y los restantes documentos expedidos por las instituciones que estuvieron al cuidado del infante, si en ellos figura *«el tratamiento y la atención brindada al menor, pero de ellos no se desprende en modo alguno que la atención haya sido extemporánea, inadecuada o negligente»*, por lo que resulta desacertado deducir de allí las omisiones imputables a la parte demandada y con ello incurrir en yerro de facto por suposición.

CONSIDERACIONES

1.- Como bien es sabido toda decisión judicial debe estar sustentada en las pruebas apropiadamente recaudadas, previo estudio en conjunto por los falladores, quienes están compelidos a exponer el mérito que les confiere en la medida de su eficacia dentro de la determinación tomada. Eso no quiere decir que si el

proveído se centra en algunas en concreto y se deja de hacer una exposición minuciosa de las restantes, eso lleve insito el desconocimiento de las que no se haga mención, ya que si alguna resulta irrelevante dentro del contorno litigioso tal deficiencia demostrativa podría incidir en la falta de referencia en su contenido.

Por lo anterior al aducir cualquier *yerro de facto* por preterición de los elementos de convicción, ésta debe quedar plenamente evidenciada y ser tal su trascendencia que no quepan dudas sobre la incidencia en el resultado.

De ahí que como se recordó en CSJ SC 5 may. 1998, rad. 5075, a que se hace alusión en SC1121-2018,

(...) el error de hecho se configura cuando el sentenciador tiene por cierto equivocadamente la presencia o la ausencia de un medio de prueba en el proceso, o cuando sin ignorar su existencia le da una interpretación ostensiblemente contraria a su real contenido. También se incurre en yerro de facto cuando el juzgador se equivoca en la apreciación de los hechos expuestos en la demanda o en su contestación, ya por alteración de su contenido o por su desconocimiento.

1.2.- Ahora bien, tratándose de error de hecho por preterición de una prueba o de un hecho de la demanda, no le basta al censor con señalar que en las consideraciones del fallo no se mencionó, sino que debe demostrar es que efectivamente no se tuvo en cuenta. Porque de haberse considerado, establecido implícitamente por sus conclusiones, su no mención sería una deficiencia de expresión, pero no de apreciación probatoria o de la demanda. Ello mismo se predica de las excepciones y de los demás medios defensivos aducidos, que suelen ser estudiados implícitamente con los fundamentos de la demanda que resulta a la postre favorecida.

1.3.- Pero además se requiere que el error de hecho que se le endilga al Tribunal para que conlleve el quiebre de la sentencia impugnada, sea manifiesto y, además trascendente. Lo primero cuando es notorio, que es evidente, salta a la vista, es ostensible o protuberante, vale decir, que fluye sin mayor esfuerzo mental o

raciocinio. Lo segundo, que influya en el sentido del fallo, esto es, que el error sea tan ostensible que repercutió en la decisión de tal forma que sin incurrir en él, habría el juzgador fallado el litigio en sentido contrario. Dicho de otra manera, el yerro debe haber sido determinante en el sentido de la decisión tomada por el Tribunal en la sentencia que se impugna.

2.- La recurrente le cuestiona al Tribunal que desatendió la experticia realizada por el Hospital Universitario del Valle y trastocó el sentido de los testimonios y la historia clínica, pero ninguno de esos desfases logra ser establecido ni mucho menos demeritar la labor deductiva que condujo a confirmar la sentencia condenatoria del *a quo*.

Basta con resaltar que la acreditación de la «*demora en la atención médica ofrecida al pequeño demandante y sus consiguientes resultados fatales*», fue el resultado de un análisis con fundamento en la «*experiencia y en la sana crítica*», lo que en un principio es razón suficiente para entender que sí se tuvo en cuenta la experticia cuyo estudio extraña la opugnadora, pero no se consideró relevante frente a las situaciones particulares del caso, de ahí que se centró el juzgador en las probanzas más determinantes de responsabilidad porque no fue oportuna la atención brindada.

Fue así como a manera de conclusión se hizo constar en el fallo que

(...) ha de anotarse que de la prueba testimonial y documental se desprende que efectivamente hubo retardo en la utilización de los medios que permitieran acertar con mayor grado de precisión en el diagnóstico del menor, así como también en la remisión a la

*locación especializada en el tratamiento de enfermedades de alto riesgo, pues todas las personas convocadas en el pleito, concuerdan en señalar que dichos procedimientos no fueron evacuados con la mayor prontitud o diligencia, de lo que columbra, que los resultados en grado de probabilidad sí hubiesen podido ser diferentes, claro está, al haber acudido de manera urgente a los recursos dispuestos por la ciencia médica, **de conformidad con elementales reglas de la experiencia y el sentido común** -se resalta-.*

Tal reflexión no fue caprichosa ni amañada sino que tuvo en cuenta las particularidades del caso, ya que no solo se trataba de la discusión sobre el tratamiento dado a un paciente que presentaba una determinada patología, sino que el directamente afectado era un bebé de apenas 40 días de nacido, cuyo sistema inmunológico todavía no había sido reforzado con todas las vacunas necesarias para enfrentar un padecimiento supremamente delicado, por lo que ameritaba mayor cuidado y énfasis al ser sujeto de una especial protección, como lo exigen los artículos 44 y 50 de la Constitución Política, de allí que se recalcará que

(...) si un recién nacido es llevado a una institución médica con un alto grado de fiebre, con un diagnóstico presuntivo de meningitis, y si no se le brinda atención inmediata, oportuna, adecuada, el resultado más probable aplicando el sentido común es que la enfermedad podrá desatarse con toda la aquiescencia y facilidad, al no existir restricción o barrera médica que impida su desarrollo y posteriores consecuencias. Y ello es así, porque una enfermedad de tal magnitud, con unos riesgos tan altos, difícilmente puede ser superada por un infante de cuarenta días de vida, sin el auxilio médico, farmacológico, instrumental y locativo de primera mano, como realmente podía haber sido la práctica de la punción lumbar y el internamiento inmediato en la unidad de cuidados intensivos.

Esa observación no hizo más que convalidar la posición del juzgador de primer grado donde se hizo referencia expresa al «*informe técnico elaborado por el Hospital Universitario del Valle*» pero se le restó peso en

vista de que

[s]e desprende de la experticia que los facultativos aplicaron el procedimiento adecuado, las maniobras y los elementos utilizados fueron los medianamente idóneos para atender la afectación que presentó el menor; pero simultáneamente debemos poner de presente que si desde un punto de vista general, que hace abstracción de las circunstancias en que dichos procedimientos fueron llevados a cabo, en especial se pone entre paréntesis el factor tiempo u oportunidad de la atención, ello puede resultar abstractamente cierto, no lo es menos que la atención brindada no lo fue de manera oportuna, toda vez que existía un riesgo propio, dadas las condiciones del paciente, que obligaban al personal administrativo y galeno de la IPS contratada por la EPS para su atención, como era un cuadro de varios días de evolución de fiebre, "ronquido en el pecho", rинorrea de predominio matutino hialina, sin perder de perspectiva que se trataba de un menor, que para la época de acaecimiento de los hechos aún no contaba con dos meses de edad, circunstancia que lo colocaban en circunstancias de debilidad manifiesta y que lo hacía sujeto de una especial protección, que obligaba a priorizar su atención en la unidad de urgencias de la Clínica Santillana de Cali S.A., aspecto que no ocurrió si en cuenta se tiene que a madre Clara Eugenia Ordoñez debió irrumpir en el consultorio del médico pediatra luego de un periodo largo de espera durante el cual el paciente ya presentaba convulsiones lo que dio lugar para que el facultativo inicialmente lo interpretara como bronquiolitis asociado con fiebre y lo que más tarde al presentar crisis convulsivas focalizadas en hemicuerpo derecho y ante la imposibilidad física de la realización de una punción lumbar, se consideró dar inicio al manejo antibiótico empírico ante la sospecha de una meningitis por infección severa de neumococo, empero para tomar esa decisión definitiva transcurrió un lapso de tiempo bastante prolongado, toda vez que de acuerdo a la nota del Dr. Cesar Cruz valoró al niño a la 1:00 de la tarde del 25 de junio de 2005 y al no poder realizar la punción lumbar decide manejarlo ya como una meningitis a las 21:15 de ese día; lo que significa, entonces, que con el niño Santiago Giraldo se perdió un tiempo significativo para poder contrarrestar la infección y por ende evitar o mitigar las secuelas neurológicas, más precisamente ante la imposibilidad de realizar la punción lumbar, todo ello sin contar con la devolución del menor para su casa, documentada al menos en una ocasión, pero que habría tenido lugar en número plural de oportunidades, retraso en la prestación del servicio que privó al enfermo de la posibilidad de ser tratado más rápidamente para buscar una curación a la cual razonablemente podía aspirar; en otras palabras, tal circunstancia disminuyó gradualmente las posibilidades de éxito del tratamiento que debió ser continuado en una clínica de nivel IV, como finalmente lo fue en la Clínica Fundación Valle de Lili, y con ello, se

*menguaron sus posibilidades de sanación, cuando su remisión se pudo y debió realizar con mucha mayor anticipación, tanto más teniendo en cuenta la carencia de material médico mínimo en la Clínica Santillana de Cali S.A.*¹

La coincidencia de planteamientos en ambas instancias no deja cabida a dudas que el superior, al examinar el escrutinio hecho por su inferior a los diferentes medios de convicción y dentro de los límites fijados en la alzada, encontró acertado que se demeritara el dictamen por las especiales circunstancias del beneficiario y la gravedad de la situación, así no dejara constancia expresa de ello, ya que su énfasis en los testimonios y la historia clínica lo hizo no porque fueran los únicos elementos sopesados sino para denotar la premura con que debía ser afrontado un evento tan crítico.

Aún si se le diera cabida al descuido del que se acusa al *ad quem* por no apreciar el informe rendido por el médico pediatra del Hospital Universitario del Valle, donde se dictaminó que *«al paciente se le garantizó el acceso a los servicios médicos y asistenciales en todas las etapas del proceso de su enfermedad»* y *«se le practicaron todos los servicios, interconsultas, tratamientos y valoraciones que requirió (...) para su manejo clínico de manera integral y oportuna»*, lo cierto es que esas deducciones son genéricas en cuanto al tratamiento integral brindado en las dos IPS, esto es la Clínica Santillana de Cali S.A. y Clínica Valle del Lili, esta última frente a la cual no se hizo reparo alguno.

¹ Sentencia proferida el 22 de julio de 2013 por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá, fl. 1000 cno 1.

Visto con calma y mesura, en su contenido aparecen varias precisiones que desvirtúan que la atención brindada en el período comprendido entre el 24 y el 27 de junio de 2005 fuera con la prontitud requerida, a pesar de la sintomatología que desde un comienzo presentó Santiago.

La descripción de lo acontecido en dicho lapso fue:

Se revisa la historia realizada por el Dr. Oswaldo Ordoñez quien anota cuadro de un día de evolución de fiebre de 39.5 grados, sin dificultad respiratoria sin hallazgos positivos en el examen físico considera como diagnósticos virosis e interroga infección urinaria solicita hemograma y uroanálisis el hemograma no presentaba leucocitosis ni neutrofilia sin anemia sin trombocitopenia, no se pudo tomar uro análisis se considera virosis se interroga infección urinaria instaura tratamiento con acetaminofén y al parecer da egreso.

El 25 de junio nota del Dr. Cesar Cruz a la 1 pm paciente que ingresa con movimientos de contracción de la boca y en hemicuerpo derecho, quejumbroso persistentemente, hipo activo impregnan con fenitoína ya que no había fenobarbital se hace diagnóstico de crisis convulsiva y meningoencefalitis inicia manejo con midazolam, fenitoína sódica, acetaminofén solicita hemograma, proteína c reactiva electrolitos glucometria, hemocultivo y TAC cerebral simple se intenta hacer punción lumbar pero no habían frascos estériles en la clínica, se tomó la conducta de iniciar antibióticos para sepsis en menor de 3 meses(ampicilina y ceftriaxone). No habían signos de dificultad respiratoria pero si roncós básales.

Dentro del análisis de estas valoraciones lo referido por la madre del menor donde refiere que reingreso a la 7 am del 26 de junio de 2005 por persistencia de la fiebre e irritabilidad durante esta espera el paciente presenta convulsiones y es atendida 6 horas después. Sería necesario saber la hora registrada del ingreso del paciente junto con su madre a la Clínica Santillana ya que como podría ser posible que una persona capacitada en salud con lo son las auxiliares de enfermería y las enfermeras no pudieran dar prelación a la atención del menor enfermo.

La conducta tomada por el pediatra Dr. Cesar Cruz es acertada en cuanto decide hospitalizar a Santiago solicitar paraclínicos serológicos e iniciar tratamiento antibiótico ya que la clínica no contaba con frascos estériles para la toma del líquido cefalorraquídeo durante la punción lumbar.

Es de anotar que el inicio de antibióticos no se debía retardar ante la sospecha de meningitis, es decir la conducta fue la adecuada.

A su ingreso al servicio de hospitalización 7mo piso de la clínica Santillana a las 00+50 horas del 26 de junio de 2005 se reinterroga a la madre ya que no se entendió nota del 1er y 3er pediatra en el servicio de urgencias donde la madre refirió: Cuadro de 8 días de evolución donde presenta "ronquido en el pecho" y rinorrea de predominio matutino hialina lo trato con suero fisiológico nasal. Hace 4 días fiebre no cuantificada no consulta a médico hasta hace 2 días. El 25 de junio se tornó irritable por lo que consultó nuevamente estando en urgencias presentó convulsión tónico-clónica de miembro superior derecho con desviación de la mirada en 2 oportunidades sin vómito, dura 3 a 4 minutos se valoró por pediatra quien diagnostica meningitis no toman punción lumbar. Al examen físico sin alteraciones aparentes. Se solicita a jefe del servicio conseguir frascos estériles.

Durante la mañana del 26 de junio se evidenciaron 2 episodios convulsivos en hemicuerpo derecho manejados con midazolam y Valium.

En nota de epicrisis de la Clínica Santillana se anota diagnósticos de ingreso: 1. Bronquiolitis , 2. Meningitis? Los diagnósticos de egreso: 1. Síndrome bronco obstructivo más dificultad respiratoria, 2. Sospecha de meningitis. Paciente con cuadro clínico de 4 días de evolución de rinorrea, tos congestión pulmonar y fiebre; consulta a médico tomaron paraclínicos que estaban normales pero no los trajo. El 25 de junio de 2005 consulta a pediatra de urgencias donde convulsiona al parecer en hemicuerpo derecho. Diagnostican sospecha de meningitis toman hemocultivo, hemograma uroanálisis, proteína c reactiva y no se puede hacer punción lumbar por falta de frascos estériles, se inicia ceftriaxone y ampicilina a dosis meníngeas más midazolam y fenitoína, en el piso 7mo hace otros 2 episodios convulsivos con silverman de 3 se remite a cuidado intermedio de la Clínica Fundación Valle del Lili.

En nota de enfermería se anota que no se pudo realizar tomografía cerebral contrastada ya que el paciente no se sedó con el hidrato de cloral.

El paciente llega al servicio de urgencias de la Clínica Fundación Valle del Lili en regulares condiciones generales, febril y somnoliento y con disnea, presento crisis convulsivas tónico clínicas focalizadas en hemicuerpo derecho se le administró midazolam y fenobarbital endovenoso se traslada a la unidad de cuidados intensivos pediátrica para manejo especializado.

Del relato surge que en una primera oportunidad el niño fue observado por el Dr. Oswaldo Ordoñez, quien a pesar de detectar una fiebre de 39.5 grados de un día de evolución le dio salida por considerar que era una virosis, a pesar de haberle ordenado un uro análisis que no se pudo tomar. Es de resaltar que si bien no existe precisión de la hora ni fecha en que aconteció tal consulta, y que no se hizo constar en la historia clínica², eso no hace más que dar certidumbre al hecho quinto del libelo³ y el formulario donde figura un ingreso el 24-06-05 a las 23:54⁴. Además, aparecen dos firmas con sello de respaldo del Pediatra Ordoñez, la última también sin hora y fecha, con lo que se corrobora que fue llevado de nuevo con resultados infructuosos en muy corto tiempo (1.00 am del 25), como sostienen los gestores⁵.

En una tercera visita, según constancia de César Cruz Roa, aparece alusión a un evento convulsivo y diagnóstico de una «meningoencefalitis». A pesar de que se ordena una «punción lumbar», como paso necesario para establecer el estado del paciente, no puede llevarse a cabo por falta de elementos básicos en un centro de atención como son «frascos estériles».

² Fl. 277 cno. 1.

³ Relataron los accionantes que el «24 de junio de 2005 entre las 10 y las 11 p.m., la madre Clara Eugenia Ordoñez lleva al menor Santiago Giraldo a la Clínica Santillana que tiene convenio con Saludcoop y allí lo recibe el médico pediatra, quien lo examina y le prescribe acetaminofén y que lo bañara en caso de que la fiebre no bajara y lo manda para la casa», fl. 54 cno. 1.

⁴ Fl. 274 cno. 1.

⁵ Hecho sexto fl. 54 cno. 1.

Si bien la nota es de la una de la tarde del 25 de junio de 2005, no indica la hora en que llegó en realidad el niño a la institución y que según el dicho de la madre fue a las 7:00 a.m.⁶, lo que quiere decir que se presentó una demora injustificada y por eso el llamado de atención a que *«[s]ería necesario saber la hora registrada del ingreso del paciente junto con su madre a la Clínica Santillana ya que como podría ser posible que una persona capacitada en salud como lo son las auxiliares de enfermería y las enfermeras no pudieran dar prelación a la atención del menor enfermo»*.

Al resaltar en el reporte que *«[l]a conducta tomada por el pediatra Dr. Cesar Cruz es acertada»* se ciñó a la decisión de hospitalizar a Santiago, pero eso no exime del retardo de trece horas transcurrido entre la primera vez que acudieron la madre con su pequeño y esa tercera revisión, ni mucho menos el tiempo perdido por la imposibilidad de llevar a cabo la *«punción lumbar»*, por lo que la incertidumbre se prolongó durante veinte horas más, si se tiene en cuenta que a las 9: am del días 26 salió con destino a la Clínica Fundación Valle del Lili, cuando ya se había agravado lo suficiente la situación, *«en regulares condiciones generales, febril y somnoliento y con disnea, presento crisis convulsivas tónico clínicas focalizadas en hemicuerpo derecho»*, cuando dicha determinación era la que debió tomarse desde un comienzo.

⁶ Hecho séptimo fl. 54 cno. 1.

Mientras que al ingreso en la Clínica Santillana de Cali el diagnóstico fue de «1. bronquiolitis 2. Meningitis?» y el de egreso «1. Síndrome bronco obstructivo más dificultad respiratoria 2. Sospecha de meningitis», al arribo del segundo centro hospitalario llegó con «1. Bronquiolitis sobre infectada, 2. Síndrome convulsivo, 3. Descartar meningitis», lo que significa que en el entretanto se fue empeorando significativamente la condición del paciente, así ya existiera sospecha de meningitis con debida antelación.

También consta en la labor conceptual del Hospital Universitario del Valle que «[l]as meningitis bacterianas [que fue la detectada] por otro lado implican una mayor morbimortalidad y requieren un rápido diagnóstico y tratamiento para evitar una evolución fatal o secuelas irreversibles, por lo tanto es una emergencia neurológica», agregando que «el tiempo del inicio del tratamiento de las meningitis bacterianas influye significativamente en el pronóstico. El LCR [líquido cefalorraquídeo] es el principal soporte diagnóstico en la escogencia de la terapia adecuada» y aunque «la punción lumbar debe diferirse en aquellos casos de pacientes en estupor o coma, con signos neurológicos focales y ante la presencia de crisis convulsivas», no obra constancia en la historia clínica de que esa fuera la razón para postergarlo a Santiago, sino la inexistencia de elementos necesarios para su práctica.

Al contrastar ese informe con los testimonios de dos de los médicos que estuvieron al tanto de la evolución inicial, tampoco se observa que se desfigurara el contenido de éstos

por el Tribunal y, por el contrario, se encuentra razonable la conclusión que de ambos extrajo en cuanto al «*retardo en la utilización de los medios que permitieran acertar con mayor grado de precisión en el diagnóstico del menor, así como también en la remisión a la locación especializada en el tratamiento de enfermedades de alto riesgo*».

Es así como del relato de Angélica María Duran Valencia⁷, si bien dijo que «*el paciente recibió el tratamiento antibiótico indicado a tiempo*», no puede desatenderse que ella escribió en la epicrisis «*que no había el frasco idóneo o sea estéril, para echar el líquido cefalorraquídeo en el frasco estéril, el paciente en el momento estaba inestable, **requería la unidad de cuidados intensivos con urgencia***» y más adelante añadió que «*es el pediatra tratante quien hace la punción lumbar y espera a que esterilicen un tubo de ensayo, **son minutos valiosos en la vida de ese paciente***» -se resalta- y al preguntársele si «*¿tenía la Clínica Santillana los recursos médicos, científicos y materiales hospitalarios para atender la meningitis bacteriana que posiblemente tenía el menor*», respondió que

*Saludcoop Santillana en ese año contaba con servicio de hospitalización y urgencias de pediatría pero **no contaba con una unidad de cuidados intensivos**, es el pediatra quien al observar el paciente en urgencias dictamina donde debe continuar el menor su manejo si en el piso de hospitalización o en una unidad de cuidados intensivos, es claro que el niño se remitió una vez nos llegó al piso a un nivel de mayor complejidad con sus episodios convulsivos, quien determinó que el paciente debería haber sido trasladado al servicio de hospitalización fue el pediatra de turno. Para mí fue importante colocar en la epicrisis que al paciente no se le pudo tomar cultivo de líquido cefalorraquídeo previo en la epicrisis para que en esa institución*

⁷ Fls 249 al 252 cno. 1.

donde el paciente iba a llegar una vez estabilizado se le tomara punción lumbar en esa institución –se llama la atención-.

Por su parte el pediatra Cesar Augusto Cruz Roa⁸ señaló que su intervención se dio «a las 13 horas, supongo que es del 25, **es que él lo habían visto y le dieron salida sino estoy mal** -negrita adrede- y su «participación consistió en valorar al paciente, hacer un diagnóstico presuntivo de meningitis y en vista de que no se podía hacer punción lumbar para descartar dicha enfermedad se decide iniciar tratamiento antibiótico con ampicilina y ceftriazona» y sobre las condiciones de salud narró que «[e]n el momento que lo atendí había convulsionado y tenía fiebre, pero según mis notas no estaba para hospitalizar en una unidad de cuidados intensivos», lo que justificó con que «en el momento el paciente estaba estable y consideré que con el tratamiento que se instauró iba a mejorar», pero fue necesario el envío a otro lugar «[p]orque según las notas de evolución de los médicos que lo vieron hospitalizado el paciente volvió a convulsionar en varias ocasiones y estaba somnoliento». Aun cuando estimó que «inicialmente por el estado clínico del paciente si se podía manejar en esa institución» hizo la salvedad de que allí no se contaba con «los tubos para hacer la punción lumbar», sobre cuya necesidad previno que dicho examen «es el único medio para diagnosticar meningitis. Si es el único medio para diagnosticar la presencia de bacterias o de virus».

Esas narraciones espontáneas de los declarantes

⁸ Fls 254 al 256 cno. 1.

pedidos por la recurrente resultan contundentes para entender las preocupaciones del sentenciador respecto del valioso tiempo que se perdió en el cuidado de Santiago, ya que con apenas 40 días de nacido, sin contar con todas las vacunas, cuyo estado febril no cedió con la medicación inicial y que presentaba episodios convulsivos, no fue remitido con prioridad a una unidad de cuidados intensivos, ni siquiera en el instante en que fracasó el intento de llevar a cabo la «punción lumbar»⁹, produciéndose un deterioro paulatino que sin duda incidió en las secuelas de la sobre infección presentada cuando llegó a la Clínica Valle del Lili al día siguiente.

Lo sensato del ejercicio judicial descarta la presencia de las equivocaciones garrafales que insinúa la opugnadora, por cuanto no dimana con claridad la preterición de la experticia y por el contrario existe un principio de identidad con las deducciones expuestas como razón de ser del resultado. Mucho menos lucen desdibujados los testimonios y la historia clínica a que les dio mayor peso, que por demás son concordantes con las precisiones que justificaron la confirmación de la condena por demora en la prestación del servicio médico en vista de las particularidades del paciente.

Como se dijo en SC12449-2014, nada se opone a que el fallador en eventos de responsabilidad médica

⁹ Según nota de enfermería de 25-06-2005, con hora 18:20 se sedó al niño para hacerle el procedimiento, pero «no se pudo hacer punción lumbar por falta de frascos en la Clínica» fl. 286 cno. 1.

(...) atendiendo los mandatos de la sana crítica y mediante diversos procedimientos racionales que flexibilizan el rigor de las reglas de la carga de la prueba, asiente determinadas inferencias lógicas enderezadas a deducir la culpabilidad médica en el caso concreto. En efecto, como quiera que es posible que una rigurosa aplicación de la disposición contenida en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil puede aparejar en este ámbito el fracaso de la finalidad reparadora del régimen de la responsabilidad civil, particularmente, por las dificultades probatorias en las que se puede encontrar la víctima, no es insensible la Corte ante esa situación, motivo por el cual asienta que, teniendo en consideración las particularidades de cada caso en concreto, lo que repele indebidos intentos de generalización o de alteración de los principios y mandatos legales, y en la medida que sea posible, puede el juez acudir a diversos instrumentos que atenúan o "dulcifican" (como lo denominan la doctrina y la jurisprudencia españolas) el rigor del reseñado precepto.

*Así, dependiendo de las circunstancias del asunto, se insiste una vez más, es posible que el juez, con sujeción a las normas jurídicas y de la mano de las reglas de la experiencia, el sentido común, la ciencia o la lógica, deduzca ciertas presunciones (simples o de hombre) relativas a la culpa galénica; o que lo haga a partir de indicios endoprocesales derivados de la conducta de las partes (artículo 249 *Ibidem*); o que acuda a razonamientos lógicos como el principio *res ipsa loquitur* (como cuando se olvida una gasa o material quirúrgico en la zona intervenida, o se amputa el miembro equivocado, etc.); o teniendo en consideración la manifiesta anormalidad de las consecuencias del acto médico deduzca una "culpa virtual" o un "resultado desproporcionado", todo lo anterior, se reitera aún a riesgo de fastidiar, sin que sea admisible la aplicación de criterios generales que sistemática e invariablemente quebranten las reglas de distribución de la carga de la prueba previstos en el ordenamiento (CSJ SC 22 de julio 2010, rad. 2000 00042 01).*

7. El régimen que gobierna la eventual responsabilidad está marcado por el de culpa probada empero e igualmente, su disciplina probativa no debe responder a la rigidez de antaño, sino que, ya el médico ora el paciente, debe asumir ese compromiso demostrativo, atendiendo la real posibilidad de hacerlo; aquél que se encuentre en mejores condiciones para acreditar los supuestos de hecho configurantes del tema a establecer, deberá asumir esa carga.

Lo cual concuerda con SC13925-2016, donde se expuso que

lejs posible, entonces, que un diagnóstico o tratamiento parezca adecuado si se lo examina de manera aislada; pero que si se analiza en un contexto organizacional, haya sido defectuoso según los estándares médicos por la negligencia del profesional al no fijarse en el diagnóstico o tratamiento que hizo el médico que atendió al paciente en una oportunidad anterior y que estaba consignado en la historia clínica, infringiendo de ese modo los deberes de cuidado propios y organizacionales.

La complejidad de las enfermedades y la fragilidad de la salud humana muchas veces se traducen en errores o eventos adversos no culposos, pero no hacer nada para evitar la aparición o repetición de tales fallas siendo previsibles y teniendo el personal médico la oportunidad y el deber legal de evitarlas, es constitutivo de culpa. Los errores y fallas médicas no son obra del infortunio sino procesos atribuibles a la organización y al equipo médico; y si bien es cierto que muchos de esos defectos no son previsibles ni producto de la negligencia o descuido, no lo es menos que tantos otros se pueden evitar con un mínimo de prudencia, diligencia o cuidado según los estándares de buenas prácticas de la profesión.

3.- Como no se demostró yerro de facto alguno, decae la censura.

4.- Conforme al inciso final del artículo 375 del Código de Procedimiento Civil, en armonía con el artículo 19 de la Ley 1395 de 2010, habrá de imponerse al contradictor inconforme el pago de las costas procesales en el trámite de la impugnación extraordinaria.

Para la tasación de las agencias en derecho, se tomará en cuenta que los accionantes guardaron silencio (fl. 89).

IV.- DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en

nombre de la República y por autoridad de la ley, **NO CASA** la sentencia de 18 de julio de 2014, proferida por la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cali, dentro del proceso ordinario de Jorge Hugo Giraldo Torres y Clara Eugenia Ordoñez, en nombre propio y en representación de sus hijos menores Jorge Hugo, José Valentín, Marco Leandro y Santiago Giraldo Ordoñez, contra Cruz Blanca EPS S.A. y la Clínica Santillana de Cali S.A. Costas a cargo de Cruz Blanca EPS S.A. y a favor de los gestores. Inclúyase la suma de \$3'000.000 por concepto de agencias en derecho.

En su oportunidad, devuélvase el expediente a la Corporación de origen.

Notifíquese



OCTAVIO AUGUSTO TEJEIRO DUQUE

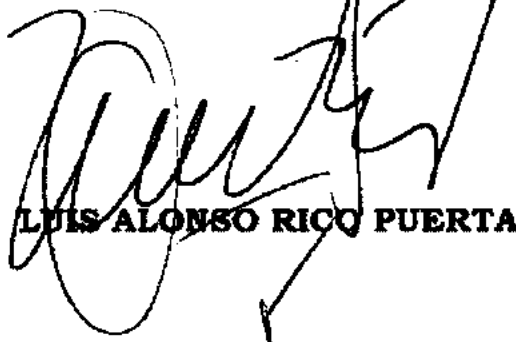
Presidente de Sala

AUSENCIA JUSTIFICADA

ÁLVARO FERNANDO GARCÍA RESTREPO



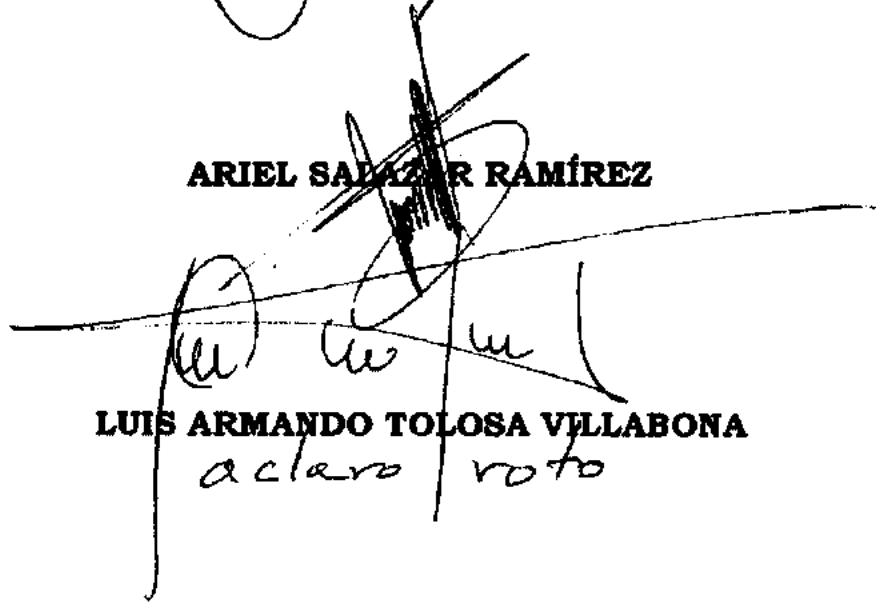
AROLDO WILSON QUIROZ MONSALVO



LUIS ALONSO RICO PUERTA

claro voto

ARIEL SALAZAR RAMÍREZ



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

claro voto



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA

ACLARACIÓN DE VOTO

Radicación n.º 76001-31-03-003-2008-00091-01

Aun cuando estoy de acuerdo con la decisión al declarar la responsabilidad, debo aclarar mi voto con respecto al marco conceptual que aborda la sentencia que ocupó la atención de la Sala, pues el modelo adoptado incurre en imprecisiones de carácter teórico.

1. Desde el punto de vista jurídico no se puede hablar de responsabilidad jurídica del sistema, porque éste es una estructura que cobija un todo interconectado. Según la RAE, sistema es *“el conjunto de reglas o principios sobre una materia racionalmente enlazados entre sí (...) conjunto de cosas que relacionadas entre sí ordenadamente contribuyen a determinado objeto (...) conjunto de cosas que relacionadas entre sí (...) conjunto de órganos que intervienen en algunas de las principales funciones vegetativas (...) conjunto de unidades relacionadas entre sí que se definen por oposición”*. En consecuencia, *“sistema”* es una categoría sociológica o ya política, epistemológica, lógica o filosófica, pero no propiamente jurídica, de modo que aunque los fundamentos de la teoría de sistemas, en principio, pueden

ser aplicables a diferentes disciplinas o campos de investigación, entre las cuales se encuentra el derecho (aquí se puede citar a Luhmann), ello no significa que la categoría “*sistema*”, pueda ser considerada en el ámbito jurídico como un ente al cual puede imputársele responsabilidad.

Ello, por cuanto en derecho de daños se declaran responsables a las personas naturales o jurídicas, o a ciertas categorías a las cuales se les ha extendido el concepto de sujeto de derechos, como entes que constituyen centro de imputación jurídica y que pueden intervenir procesalmente como partes, con capacidad procesal, y que de igual manera, desde el derecho sustantivo ostentan capacidad de goce o natural o capacidad de obrar. Así, la categoría sujeto de derecho se ha hecho extensiva a ciertas realidades como la tierra, zonas ambientales, ríos, vertientes, hoyas hidrográficas, los patrimonios autónomos, e inclusive, al que está por nacer, pero no a los sistemas.

La noción de sujeto de derecho se liga inexorablemente con asuntos procesales o sustanciales a los cuales tiene que responder la controversia judicial, como la legitimación procesal y la legitimación en la causa, el interés para obrar y algunas otras cuestiones a definir para la validez de la relación jurídico procesal.

Debió la decisión aquí abordada, corregir el yerro conceptual que, desde el punto de vista de la epistemología jurídica, contiene la sentencia SC13925-2016. Esa providencia, y algunas sobre las cuáles se sustenta,

abordan la categoría sistema en el ámbito de la responsabilidad médica, por consiguiente, no debió ser repetida por el actual fallo, sino clarificar si esa categoría lingüística se refería o no al sistema como sujeto de derecho idóneo para la relación jurídico procesal.

Si la responsabilidad jurídica médica se predica del sistema, responderían no solamente las EPS, IPS en el acto médico irregular y concreto, por tratarse de un todo, sino también los comités de participación comunitaria, las organizaciones comunales, e inclusive los propios usuarios, que junto al Estado forman parte de la red de salud. Cuestión muy diferente es plantear la responsabilidad de las organizaciones o de los entes o personas que intervienen en el sistema de salud, y la responsabilidad que les incumbe a éstas, en términos jurídicos.

Si el sistema es un todo, el conjunto, la organización en su integridad, la red, el complejo mundo de intervinientes deberían haber sido los convocados a juicio porque la categoría se refiere a un engranaje polifuncional. Podemos hablar de la responsabilidad política o filosófica del sistema, pero, en estricto sentido jurídico, no es dable entenderlo como parte, por cuanto, entonces ¿quiénes responderían ante la decisión judicial, si el juicio implica convocar unos sujetos de derecho concretos, para que previa comprobación de unos hechos, el juez adjudique disposiciones y, en el caso, declare responsables determinados del hecho dañoso como obligados a la reparación?

2. Otro problema, surge cuando la sentencia transpola acriticamente una decisión como la antes enunciada, que contiene una serie de contradicciones lógicas y epistemológicas, que ahora no enfrento “*in extenso*” ni en su totalidad, por mi copiosa tarea de juzgamiento de otras causas. Apenas, señalo, algunos baches o agujeros al lector, como por ejemplo, cuando un segmento de toda la transcripción literal que hace en la página veinticinco de la sentencia, en el párrafo sexto, se asienta: “El juicio de imputación del hecho como obra de las instituciones prestadoras del servicio de salud quedará desvirtuado si se prueba que el daño no se produjo por el quebrantamiento de los deberes legales de actuación de la IPS, sino a otra razón, como por ejemplo a una deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS; a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS; o, en fin, a la intervención jurídicamente relevante de un tercero, de la propia víctima o a un caso fortuito”.

La sección transcrita, incluye en la parte final que habrá exoneración en las hipótesis de causa extraña que esta Corte, de vieja data ha clarificado, como categoría genérica y situación compleja que rompen de tajo el nexo causal. Ello es admisible; sin embargo, cuando se afirma que la deficiencia organizativa, administrativa o presupuestal de la EPS, o a la conducta de uno o varios agentes particulares por fuera del marco funcional de la IPS, también se exonera del juicio de imputación, es conclusión deleznable y totalmente contradictoria con la

premisa central de la responsabilidad del sistema que el fallo predica en general, porque sistema implica imputación en el todo.

Contradicción similar surge con la solidaridad, como concepto obligacional jurídico del *“in sólido”* y no conducta moral, que ulteriormente defiende el fallo, puesto que ésta forma obligacional, comporta sin discusión, que *“(…) cuando se ha contraído por muchas personas o para con muchas la obligación de un cosa divisible (...)”* (Art. 1568 C.C.), otorga la posibilidad o el derecho a exigir el cumplimiento de la prestación por el acreedor *“(…) a cada uno de los deudores o por cada uno de los acreedores el total de la deuda (...)”* (Art. 1568 del C.C.), efecto jurídico de correalidad que consecuentemente, conforme al segmento antes transcrito, del todo se tornaría inane para la IPS, o para cualquiera de los integrantes del sistema, de acuerdo a lo razonado en el fallo, y a lo previsto en la Ley 100 de 1993.

3. Es totalmente inaceptable en el Estado Constitucional y Social de Derecho la categorización del usuario, afiliado, paciente, enfermo, debilitado o incapacitado síquica o somáticamente del sistema de salud, o de la persona requirente de un servicio sanitario, denominarlo *“cliente”* (Ver, por ej., párrafo tercero, pg. 25 del fallo), pues ello implica nivelar los problemas ligados con la vida, la salud, los derechos, los valores y principios, con una cosa o mercancía, porque esas nomenclaturas hacen

parte de las estadísticas, de la economía, de la empresa del lucro y del consumismo.

Un paciente no es un “cliente”, sino una persona y el servicio de salud es un derecho humano o fundamental, que apunta y converge para mejorar la calidad de vida de las personas. Asimilar a quienes usamos los servicios de salud, como lo hace la sentencia SC13925-2016, y lo reitera el fallo, respecto del cual aclaro, nos ubica como cifras y números, como seres despersonalizados integrantes de la clientela, y deshumaniza derechamente la profesión galénica. Además, conlleva entender que el sistema de salud es un tinglado organizacional creado para lucrar a los empresarios de la salud con fundamento en el dolor humano.

4. Otro aspecto frente al cual disiento, se relaciona con la idea de que la relación jurídica médico – paciente, galeno – afiliados, sistema de salud – clientes o usuarios, afiliados, EPS, IPS, etc. con ocasión de la responsabilidad médica, es una relación jurídica bilateral, puesto que dentro del modelo totalizante que presenta el fallo, margina los múltiples problemas que emergen en el daño antijurídico médico extracontractual, que frecuente y diariamente surgen en las relaciones médico – hospitalarias.

5. El punto final, pero íntimamente relacionado con el primero, es el tocante con la responsabilidad organizacional, el cual deseo puntualizar, porque se refiere, en lugar de la denominada responsabilidad sistémica, a la

convocatoria de las personas jurídicas en los juicios de responsabilidad.

La Corte, en su tránsito teórico para imponer responsabilidad a entes diversos a las personas naturales, buscó construir hace más de una centuria todo lo relacionado con las personas morales, ya de naturaleza pública, ora de naturaleza privada, y ese trasegar hace más de setenta años, tocó la responsabilidad orgánica asimilándola a los organismos, punto de partida desde el cual la sociología de los sistemas edificó este tipo de visión. La Corte lo hizo para explicar si existía responsabilidad directa o indirecta en relación con el personal o conjunto de personas naturales que integran una empresa o ente moral, y determinar el grado de responsabilidad que le incumbía al ente ficto, por los actos dañosos de sus dependientes.

En general, en punto de la responsabilidad de las personas jurídicas, ha dejado claro, cómo es que éstas responden en casos como el presente. En efecto, ha venido labrando una doctrina sólida, y no como equívocamente la expone la sentencia, edificándose en recientes fallos, para otorgarles todo el peso doctrinario. Esas decisiones que la sentencia de ahora se ocupa en tomar como base para sostener la decisión, desde la perspectiva de la doctrina jurisprudencial, pasa por alto que algunas de ellas, si se analizan individualmente y no en forma segmentada, están plagadas de contradicciones, como lo he expuesto en mis frecuentes salvamentos o aclaraciones de voto sucesivas.

En ese sentido, no podían servir de presupuesto para edificar el fallo de ahora.

5.1. El surgimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas de derecho privado y público en el derecho de daños

La sentencia SC13925-2016, entre otras, quiso borrar de tajo la jurisprudencia de esta Sala, desconociéndola y desplegando un autoritarismo conceptual que, por tanto, ha de ser puesta en su real punto. En la materia debatida, con antelación a 1964, ya existía una doctrina sólida y responsiva en la solución de casos médicos, cuando se demandaba a las instituciones hospitalarias, fueran públicas o privadas: No es la SC13925-2016 ni las otras que, con la misma efigie, se quieren presentar como fundadoras, de algo que, apenas tergiversan, ignorando culposa o intencionalmente una historia que, aunque no perfecta ni lineal sí es dialéctica, legítima, coherente, prudente y sabia. Como desconoce la historia de esta Sala, la cuestionada decisión SC13925-2016 copia repentina y acriticamente modelos foráneos ficticios y contradictorios.

Esas decisiones, y la de ahora, desconocen que la Corte Suprema de Justicia, históricamente y hasta el año de 1964, ejercía funciones judiciales para todo tipo de responsabilidad, tanto en el derecho público como en el privado, forjando la responsabilidad de las personas jurídicas o de los entes morales. Y en ese devenir, resulta pertinente referirse a la surgida contra los entes públicos,

porque frente a las acciones u omisiones dañosas provenientes de las entidades públicas o de sus funcionarios o empleados, necesariamente debía restablecerse el derecho para las víctimas; por consiguiente, urgía que la Corte construyera el basamento para deprecar responsabilidad no sólo para las personas jurídicas privadas, sino también para las públicas.

Aunque, en principio, el artífice del Consejo de Estado fue Simón Bolívar, mediante Decreto del 30 de octubre de 1817, expedido en la ciudad de Santo Tomás de Angostura, denominándolo Consejo Provisional de Estado, la asunción de funciones jurisdiccionales no tiene la misma historia. La entidad, luego aparece plasmada en la Constitución de Villa del Rosario de Cúcuta en el año de 1821, con el nombre de Consejo de Gobierno, con funciones consultivas y de asesoría; más tarde, por Decreto Orgánico del 27 de agosto de 1828 (Decreto de la dictadura) se consagra como Consejo de Estado con atribuciones asesoras y consultivas, agregándole también las consultivas frente a los Tribunales y juzgados. La Constitución Política de 1830 en los artículos 95 al 99, reguló lo referente al Consejo de Estado como cuerpo auxiliar del poder ejecutivo, con funciones consultivas y asesoras (colegisladoras particularmente para preparar proyectos de ley). La Constitución de 1832 incluye al Consejo de Estado y al Consejo de Gobierno. En la de 1843 aparece con el nombre de Consejo de Gobierno, como entidad consultora. En las Cartas Federales de 1853 y 1863, desapareció del texto de la Constitución. La expedida el 4 de agosto de 1886, lo gesta de nuevo con funciones de

asesoría y de consultoría, otorgándole facultades al Congreso de la República para que mediante ley pudiera crear la jurisdicción.

En el Acto Legislativo N° 10 del 27 de abril de 1905, el Presidente de la República, Rafael Reyes, suprimió del texto de la Constitución al Consejo de Estado, sin embargo, el Acto Legislativo No. 3 de 1910, en el artículo 42 señaló que la ley sería la encargada de establecer y organizar la jurisdicción contencioso – administrativa, mandato en virtud del cual se profirió la Ley 130 de 1913, con la cual se adoptó el primer Código Contencioso Administrativo.

En efecto, se trató del Acto Legislativo No. 01 de 1914, que crea el Consejo de Estado con función jurisdiccional, manteniendo las de asesoría y consultoría; y en este mismo acto, se crearon los Tribunales Administrativos, copiando los Consejos de Prefectura del derecho francés.

En síntesis, en punto de códigos contenciosos, vinieron sucesivamente:

1. La Ley 130 de 1913, correspondiente al primer Código Contencioso Administrativo, creando luego con el Acto Legislativo 1 de 1914 el Consejo de Estado con función jurisdiccional, como antes se anticipó.

2. La Ley 167 de 1941, el segundo Código de lo Contencioso Administrativo.

3. El Decreto 01 de 1984, y,

4. El actual código, el CPACA, previsto en la Ley 1437 de 2011.

Rememoro esa historia de lo contencioso administrativo para recordar que, para la Corte Suprema de Justicia, el problema de la responsabilidad médica y el de las entidades hospitalarias, no ha sido ajena, sino que históricamente la ha considerado y enfrentado con decisión y claridad en cuanto tiene que ver con las personas jurídicas. No se trata de un asunto, que creativa o novelmente haya sido afrontado por la sentencia SC13925-2016, fallo que pretende auto otorgarse un criterio jurisprudencial con pretensión fundacional autoritaria, echando por la borda, toda una rica y dinámica historia en el punto, y que esta Sala, en siglos de solución de litigios del derecho de daños, ha forjado. Esa decisión, a espacio, se transcribe, en la sentencia, caminando también por la misma senda. En el mismo contexto de aquella decisión antecedente, se hallan las sentencias SC9193-2017, SC 8219-2016, SC17137-2014, SC 2007-00467-01 del 17 de septiembre de 2013, todas de esta Sala.

La alusión a la historia de la jurisdicción contenciosa tiene que ver con que apenas, en el año 1964 con el Decreto 528, se atribuyeron facultades a la jurisdicción de lo Contencioso Administrativo para conocer de las controversias de responsabilidad contractual y extracontractual, relacionadas con entidades estatales. En

efecto, por virtud del Decreto-Ley 528 de 1964, el Gobierno Nacional, en atención a las Facultades Extraordinarias otorgadas a través de la Ley 27 de 1963, expidió normas sobre competencia y organización judicial, dictaminando que la jurisdicción contencioso-administrativa estaba instituida para definir los negocios originados en las decisiones donde la administración tome parte, en las operaciones que ejecute y en los hechos que ocurran con motivo de sus actividades, entregándole la responsabilidad contractual y extracontractual estatal a lo contencioso.

Todo lo anterior, sin recordar la historia jurisprudencial de la Corte Suprema Federal de 1863 a 1886, alusiva a la legitimación pasiva de los entes morales y que, persistentemente, declaró la responsabilidad de la Nación en los casos de probarse perjuicios en contra de las víctimas¹.

Bajo esta mirada histórica, la construcción de la doctrina de la responsabilidad con respecto a personas naturales y jurídicas, ya en su estructura, ora, en sus diversos arquetipos o clases, fue labrada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, en muchos frentes, con esfuerzo y tensiones, sobre la experiencia

¹ COLOMBIA, CSF. Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia: Durante su vigencia, en el marco de la Constitución liberal de 1863, expidió entre otras las siguientes sentencias, todas las cuales caminan por la senda de encarar la responsabilidad de las personas jurídicas, y en concreto, la conceniente al Estado, como máxima expresión de las personas jurídicas: Sentencia del 7 de diciembre de 1864, Diario Oficial año 2, martes 03 de enero de 1865 n.º 213, p. 12; Corte Suprema Federal de los Estados Unidos de Colombia, Sentencia del 5 de diciembre de 1856, Diario Oficial, Año III, Bogotá, enero de 1866, n.º 527, p. 11; C. S. F, Sentencia del 3 de enero de 1865, Diario Oficial, Año II, Bogotá, 13 de enero de 1865, n.º 222, p. 849; C. S. F, decisión del 11 de diciembre de 1865, Diario Oficial, Año III, Bogotá, 9 de enero de 1866, n.º 531, p. 27; C. S. F, Sentencia del 18 de diciembre de 1865, Diario oficial, año III, Bogotá, 16 de enero de 1866, n.º 537, p. 51.

diaria, el estudio y la racionalidad, interpretando los tiempos. No se forja la responsabilidad de las personas jurídicas con aquella decisión que actualmente concita la atención de la Sala.

Es apenas desde 1964, cuando el Consejo de Estado y lo contencioso, surgen como organismos complementarios en la fijación de líneas en materia de responsabilidad en el ámbito de sus órbitas competenciales, pero con antelación, en la materia, lo hacía exclusivamente la Corte Suprema, con fundamento en el art. 151 de la C. N., según el cual, éste era la competente para dirimir “(...) los negocios contenciosos en que tenga parte la Nación”.

El Consejo de Estado, apenas conocía según la Ley 130 de 1913 con una atribución excepcional, el estudio de la responsabilidad del Estado como consecuencia de la declaratoria de nulidad; y con la expedición de la Ley 38 de 1918 de las reclamaciones contra la Nación por expropiaciones o daños en la propiedad ajena causados por órdenes administrativas, y desde 1941 de la responsabilidad por trabajos públicos dimanados por ocupación permanente². Precisamente, la Ley 167 de 1941 en su artículos 67 y 68 permitía, en el primero, que el Consejo de Estado conociera de la nulidad del acto administrativo y del restablecimiento del derecho; y, en el 68, juzgar, además, de reclamaciones indemnizatorias como

² COLOMBIA, CSJ. Sentencia del 20 de junio de 1955, declaró la inexecutable parcial de tales normas, relacionada con la ocupación permanente, al considerar que estos eventos eran competencia de la jurisdicción ordinaria.

consecuencia de hechos u operaciones administrativas causantes de perjuicios. En efecto, preveían los textos en cuestión: *“Artículo 67. La persona que se crea lesionada en un derecho suyo establecido o reconocido por una norma de carácter civil o administrativo podrá pedir que además de la anulación del acto se le restablezca en su derecho. La misma acción tendrá todo aquel que se hubiere hecho parte en el juicio y demostrado su derecho”*. *“Artículo 68. También puede pedirse el restablecimiento del derecho cuando la causa de la violación es un hecho o una operación administrativa. En este caso no será necesario ejercitar la acción de nulidad, sino demandar directamente de la administración las indemnizaciones o prestaciones correspondientes”*.

El artículo 30 del Decreto 528 de 1964, aclara ese panorama y marca, en definitiva, una nueva etapa para lo contencioso, cuando señala:

“La Sala de lo Contencioso Administrativo del Consejo de Estado, además de las funciones que le señalan la Ley 167 de 1941 y las que la adicionan y reforman conoce: 1o. En única instancia: a. De las controversias relativas a contratos administrativos celebrados por la Nación o por un establecimiento público descentralizado del orden nacional cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos; b. De las controversias sobre responsabilidad de la administración nacional o de los establecimientos públicos descentralizados del orden nacional, por sus actuaciones, omisiones, hechos, operaciones y vías de hecho, cuando la cuantía sea o exceda de cien mil pesos. c. De las controversias sobre asuntos petrolíferos en que sea parte la Nación, atribuidas hoy a la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia; d. De las controversias en que sea parte la Nación, suscitadas sobre concesiones mineras; e. De las controversias relacionadas con la declaración administrativa de extinción del dominio o propiedad; f. De los juicios que se promuevan sobre pérdida de la ciudadanía o sobre el hecho de haberse perdido o

recobrado la calidad de colombiano; g. De las acciones de plena jurisdicción de carácter laboral que no provengan de un contrato de trabajo, en las cuales se controviertan actos del orden nacional, y cuya cuantía sea o exceda de cincuenta mil pesos. 2o. En segunda instancia, de todos los asuntos atribuidos en primera instancia a los Tribunales Administrativos".

Por tanto, para los efectos de la sentencia cuya resolutive acompaño, sin compartir la motivación que finca en la sentencia SC13925-2016, lo aludido es necesario para entender la racionalidad e historia de la responsabilidad de los entes morales. Como lo expresé en mi aclaración de voto con respecto a esa providencia, ella navega en profundas e insalvables contradicciones, desconoce y borra de tajo la doctrina de la propia Corte, faltando a las obligaciones que impone el cambio de precedente, consistente en el falseamiento de la doctrina que la Sala sobre el particular y que en forma constante venía observando, y cuanto por décadas esculpió. Ese precedente, sembró desconcierto en la estructuración de la responsabilidad y sus elementos axiológicos.

La Corte para responder a los problemas de cada época, por ejemplo, en el siglo XIX, se edificó en las premisas de los artículos 2341, 2347 y 2349 como reglas generales y en forma indistinta, posteriormente, en los albores del siglo XX, fincó la responsabilidad de las personas jurídicas o de la Nación en la noción de culpa "*in eligendo*" del artículo 2347 del C.C. e "*in vigilando*" del 2349 ejúsdem. En fin, se infieren una serie de etapas bien definidas en la construcción de la teoría jurisprudencial de

la responsabilidad de las personas jurídicas, dentro de las cuales se hallan, las del propio Estado:

1. Una primera fase que va desde su creación en el artículo 146 con la Constitución de 1886 y la Ley 61 de 1886, organizativa del poder judicial regeneracionista, hasta 1896, más o menos, temporada donde la Corte aplica en forma indistinta para la responsabilidad contractual las disposiciones relativas a los contratos del 1602 al 1617 en concordancias con los artículos 1494 y ss., todos del C.C.; y, para la extracontractual, las premisas de los artículos 2341 a 2360, según el caso; patentizando el tránsito del sistema de responsabilidad de la Corte Suprema Federal, edificado sobre una estructura política federalista, a los criterios centralistas que prohió el nuevo orden constitucional de 1886.

2. Una segunda etapa de 1896 a 1938, fundada especialmente, en un marco de responsabilidad indirecta, prevista o inferida de los artículos 2347 y 2349 del C.C., entendidos por gran parte de la doctrina como la responsabilidad por "*culpa in vigilando*" y la "*culpa in eligendo*", heredada del derecho romano y asimilada por tratadistas franceses y colombianos. Aquí ya se planteaba la responsabilidad de las personas jurídicas por las actuaciones de sus empleados con fundamento en el artículo 2349 del C.C., disposición consagratoria de la culpa "*in eligendo*", espacio histórico en el cual encontramos la emblemática sentencia del 22 de octubre de 1896, que declara responsable a la Nación por los perjuicios causados

a los herederos del súbdito italiano Ángel Rosazza, por hechos acaecidos en ciudad de Panamá, por la muerte de su causante y el saqueo al Hotel Garibaldi. A pesar de que el Procurador General de la Nación solicita inaplicar el 2341 del C. C. colombiano por resultar exótico y referirse a la responsabilidad de las personas naturales, motiva entonces, la Corte:

"(...) los defectos de un sistema de Gobierno no deben servir para privar a los extranjeros de las garantías a que tienen derecho; y si esas garantías se vulneran por los mismos funcionarios públicos que deben hacerlas eficaces, y si esto sucede obedeciendo a órdenes de una autoridad superior como lo era el Gobernador (...), la equidad exige que a la Nación se le declare obligada a reparar el daño ocasionado por Agentes suyos, que sería itusoria la responsabilidad civil que pudiera demandarse de los empleados delincuentes"³; planteado ese apotegma, agrega una proclama, nervio hoy, del derecho internacional humanitario, de la justicia, de la equidad y del derecho reparativo universal:

"Todas las naciones deben protección a sus habitantes nacionales y extranjeros, y si bien es cierto que un Estado, persona jurídica, no es susceptible de responsabilidad penal, si está obligado a las reparaciones civiles por los daños que resultan de un delito imputable a sus funcionarios públicos, cuando no es posible que éstos los resarzan con sus bienes, como sucede en el presente caso, y cuando concurren las circunstancias especiales que originaron la muerte de Rosazza.

"Estos son los principios universales del Derecho Internacional Moderno, conforme con la moral y la justicia, principios que

³ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 22 de octubre de 1896, Mg. Pon. Carmelo Arango M., G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

*obligan a las naciones civilizadas*⁴. Además, alude, a una cuestión probatoria, hoy aparentemente novel, en el sistema penal, -por el desconocimiento nuestra rica e inexplorada historia jurisprudencial-, y es en lo tocante con la prueba de referencia, : *“Con ese fundamento, la ley colombiana, lo mismo que la ley italiana, declaran que no hace fe en juicio el dicho de un testigo de referencia, porque ese dicho no tiene otra fuerza que la de la fuente de donde procede (...)”*⁵, explicando el porqué, en el caso concreto, no podía darse valor a ciertos testimonios.

Postula entonces, que quien tiene empleados a su servicio, que incurran en negligencia, malicia o descuido causando daños a personas o cosas se hacen responsables por la conducta de sus empleados *“por no haber puesto el cuidado en su elección”*. Pero, al mismo tiempo, en relación con el Estado, torna la responsabilidad de mayor rigurosidad, cuando señala explícita y concluyentemente que: *“(...) si cabe cuando se trata de los hechos de los empleados públicos con relación a la entidad que los nombra”*. En fin, lo anterior, por cuanto expuso un sistema de responsabilidad de culpa presunta, más protector de las víctimas, en relación con la actividad del Estado, fijando, además, el principio de la responsabilidad del Estado. Por consiguiente, las personas jurídicas ostentan una responsabilidad jurídica con independencia de que una norma consagrara o no, la obligación de indemnizar los daños, causados por sus dependientes o funcionarios, por su designación o elección y, por tanto, le correspondía vigilar su actuar.

⁴ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 22 de octubre de 1896, Mg. Pon. Carmelo Arango M., G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

⁵ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 22 de octubre de 1896, Mg. Pon. Carmelo Arango M., G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

Se trata de una visión civilista, pero también democrática y iuspublicista de la responsabilidad para las personas jurídicas de derecho privado, pero también para las públicas, razón por la cual, muchos años después, historiando la evolución del instituto de la responsabilidad dijo el Consejo de Estado, en fallo del 30 de septiembre de 1960: *“Nuestra Corte Suprema de Justicia influenciada por la doctrina francesa acogió en múltiples fallos la concepción civilista de la responsabilidad del poder público con base en el artículo 2349 del Código Civil (...) de conformidad con ella asimilaba al Estado o a la entidad de derecho público al amo, patrón o empleador para deducirle responsabilidad (...)”*⁶. Claro, se trata de una afirmación parcialmente cierta, porque el caso Garibaldi del departamento de Panamá, acabado de citar, desmiente el juicio interpretativo del Consejo de Estado, porque esta Corte, hizo una interpretación originaria y democrática con carácter vanguardista.

3. Fase de la responsabilidad directa con fundamento en el artículo 2341 que se extiende de 1938 a 1941. En este segmento temporal encontramos la decisión del 21 de agosto de 1939⁷, donde la propia Corte, además preconiza la teoría administrativista de la responsabilidad por falla en el servicio. Expuso: *“La teoría basada en la culpa in eligendo y la culpa in vigilando, ha situado esta tesis de la*

⁶ COLOMBIA, CE, Sent. del 30 de septiembre de 1960, C.P. Francisco Eladio Gómez, Actor Esther Wolf de Posada, A.C.E. Tomo LXIII, No 392-396, p. 728.

⁷ G.J. T. XLVIII, 1950, p. 663. Recordada también por Libardo Rodríguez, en Compendio de Jurisprudencia CD-Room.

responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de los servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno (...). Pero este tipo de responsabilidad no es la que corresponde exactamente en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de responsabilidad por el hecho ajeno”.

La cuestión fáctica aludía a la construcción del Colector del Río San Francisco de Bogotá, en el centro de esa ciudad, con ocasión de un torrencial aguacero, el 14 de octubre de 1932 y cuyas aguas superaron la capacidad del vertedero, inundando los predios aledaños; sin solución eficaz del municipio. El 19 de noviembre de la misma anualidad hubo una nueva tormenta de magnitud, que desbordó ese colector y volvió a inundar los mismos predios. La *ratio decidendi* en responsabilidad extracontractual del Estado, abandona tajantemente el tratamiento basado en la culpa, *in - eligendo e in - vigilando*, fincándola nuevamente en la responsabilidad directa y en la falla en servicios públicos, con la consecuente obligación de indemnizar los daños. Para entonces razonó:

“Fue el Municipio de Bogotá, como no podía dejar de serlo, quien contrató sobre especificaciones técnicas dadas por su órgano adecuado - la dirección de Obras Públicas Municipales - a cuya satisfacción debía hacerse la entrega de la Obra, la construcción del colector y alcantarillas en referencia (...).

“Para efectos de localizar la responsabilidad civil de la entidad municipal en relación con el mal funcionamiento de la obra costeadada por los particulares y destinada a la prestación de un servicio público urbano, lo mismo significa que tal obra haya sido hecha por los funcionarios municipales directamente o por medio de contratos de construcción intervenidos por los ingenieros oficiales. Siempre es el Municipio el autor y responsable directo del funcionamiento eficiente e inocuo del servicio (sic.) (...).

“Se ha llegado a admitir generalmente la responsabilidad civil de esta especie de personas morales sobre la consideración de que hubo culpa de su parte en la escogencia o elección de la persona que en su representación y a su nombre debe ejecutar determinados actos que ocasionan daños, o porque la persona jurídica no ejerció sobre esos representantes o agentes la vigilancia necesaria para evitar la ocurrencia de los actos culposos generadores de la obligación de indemnizar perjuicios. Esta teoría basada en la culpa in-eligendo y en la in-vigilando ha situado esta especie de responsabilidad indirecta del Estado por causa del funcionamiento de servicios públicos en el campo de la responsabilidad por el hecho ajeno; pero en realidad esta forma de responsabilidad por otro que se presenta en los casos determinados en la ley cuando una persona que está bajo la dependencia y cuidado de otra ocasiona un daño a un tercero, que no pudo impedir el responsable con la autoridad y cuidado que su respectiva calidad le confiere y prescribe (artículos 2347, 2348 y 2349 C.C.), no es la que corresponde en tratándose de la responsabilidad civil extracontractual de personas jurídicas de derecho público, porque en estos casos no existe realmente la debilidad de autoridad o la ausencia de vigilancia y cuidado que figura indefectiblemente como elemento constitucional de la responsabilidad por el hecho ajeno, ya que la calidad de ficticias que a ellas corresponde no permite en verdad establecer la dualidad personal entre la entidad misma y su representante legal que se confunden en la actividad de la gestión.

“Esta teoría de la responsabilidad por otro para justificar la del Estado cuando causa daños a otros como gerente de los servicios públicos derivada de los principios del derecho civil que consagra la responsabilidad de los amos por los hechos culposos de sus dependientes, está revaluada por la nueva concepción que quiere fundar la responsabilidad culposa en un concepto objetivo principalmente, equivalente al deber del Estado de reparar los daños que cause a los ciudadanos por el funcionamiento inadecuado de los servicios públicos, con secundaria

*consideración a la falta o culpa imputable a los agentes encargados legalmente de poner en actividad esos servicios*⁸.

Aboga, entonces, por un sistema de responsabilidad directa, mediado por el de culpa probada. La Corte defiende la tesis de la responsabilidad directa, porque era injustificado separar o distinguir la responsabilidad de la persona moral y la de sus agentes, porque una y otros, forman una unidad, un mismo ente, por consiguiente, la actuación de los dependientes era la de la persona jurídica y, por tanto, la conducta activa o pasiva de los agentes, era la misma actuación del ente moral, esfera dentro de la cual la responsabilidad del agente era la de la entidad, siendo innecesaria la presunción de esa vinculatoriedad. Sin embargo, en otros fallos se utilizaba la teoría de la responsabilidad indirecta.

Por lo tanto, las personas jurídicas responden directamente por los daños causados por sus agentes, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de ellas, que estén bajo su vigilancia, dependencia, guarda, o por el ejercicio del objeto social cuando afecta a terceros; bien sea por el hecho propio o por el ajeno o por cosas. Para las personas físicas se exige la comisión de culpa, al amparo del artículo 2341 del C.C.; pero cuando se trataba de personas jurídicas, simplemente debía probarse que el daño se causó en ejercicio de las funciones de la persona jurídica.

4. Fase de la teoría organicista

⁸ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sentencia del 21 de agosto de 1939, Mg. Pon. Hernán Salamanca.

En algunas decisiones, hacia 1944, la responsabilidad es orgánica porque el ente moral se asimila a un organismo, con dos clases de agentes, quienes son voceros o representantes de la entidad autorizados para ejercer la dirección y el control, y por lo tanto, son sus órganos; y por quienes no actúan así, no representan la voluntad de la entidad, y se conocen como auxiliares. Si el hombre responde por el daño que causen sus órganos, las personas jurídicas por los individuos que actúan como sus órganos, entrañando responsabilidad directa, por la vía *“culpa del servicio”*, y no por proposición, comisión o mandato, por constituir sus propios órganos, donde la relación agente - persona moral es inmediata; pero cuando el daño es protagonizado por quienes no son agentes, deviene en mediata o indirecta. Empero, es en el año 1962, en el fallo Tinjacá, donde la propia Corte descarta esta teoría, por la dificultad para aplicarla.

En esta corriente se halla la sentencia del 15 de mayo de 1944 de la Sala de Negocios Generales de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de la Tragedia de Aviación del Campo de Santa Ana, sucedida el 24 de julio de 1938, donde los afectados, Orozco - Rendón demandaron a la Nación por los perjuicios materiales y morales por la muerte de la hija Elvia y las heridas causadas a otro hijo, con fundamento en los arts. 2341, 2346 y 2347. Expresa la Corte: *“(…) puede afirmarse que los órganos de la persona moral son los funcionarios con autonomía e iniciativa y con capacidad para encarar la voluntad del Estado. Hay*

empleados públicos que no son funcionarios, y dentro de los funcionarios puede haber algunos que en el ejercicio de su función no alcanzan a encarnar la voluntad de la entidad pública y por tanto a comprometer su responsabilidad. Solamente serán sus órganos los funcionarios que reúnen aquellas calidades.

“Y hay que observar que esa calidad de órgano es muchas veces permanente y en otras especial y transitoria, siendo la última clase cuando el órgano auténtico delega, por autorización expresa y especial, su voluntad representativa en una persona determinada y para un fin concreto.

“Aplicando estas ociones al caso de la responsabilidad (...) a cargo de la Nación, se observa que la revista aérea (...) fue ordenada expresamente por el Gobierno y sus órganos superiores (...)”⁹.

Es una concepción organicista del Estado que lo ve como una organización, de modo tal que la actuación de sus agentes o voceros constituye un hecho de la propia administración de donde se desprende que la responsabilidad que surge para el ente moral, es siempre directa, marco dentro del cual podrían ubicarse las sentencias del 27 de octubre de 1947, del 16 de abril de 1955, del 6 de diciembre de 1959, del 1 de septiembre de 1960, del 14 de abril de 1961. En decisión de febrero de 1958, recordó:

“(...) Las personas jurídicas obran también mediante órganos. El órgano es la persona o conjunto de personas encargadas del cumplimiento de una función colectiva propia de la organización y

⁹ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Gnerales, sent de 15 de mayo de 1944, Mg. Pon. Dr. Anibal Cardoso Gaitán. G. J. T. XI del 2 de noviembre de 1896, Núm. 565.

*finés a que se dedica la persona jurídica; por ser un órgano propio y necesario para el cumplimiento de los fines (...) por ser parte integrante de su existencia y constitución, se miran los actos de semejante órgano como actos propios y directos de la persona jurídica*¹⁰.

La tesis que conlleva es limitante con relación a quienes no son depositarios de la voluntad de la persona jurídica, por cuanto, quedan cobijados por la responsabilidad indirecta, mientras quienes tienen asignada esa facultad, lo hacen bajo el esquema de la responsabilidad directa.

5. Fase de la responsabilidad funcional, anónima, de falla del servicio o no individual para el caso acciones contra el Estado y tránsito definitivo de la responsabilidad extracontractual estatal a la jurisdicción contencioso - administrativa.

En este periodo, más que emerger la responsabilidad estatal anclada en la falla del servicio, se consolida la lectura de la responsabilidad de las personas públicas por parte de la Corte Suprema de Justicia, para obligar al Estado a indemnizar a los particulares, con apoyo en la teoría de la falla o falta del servicio. Pero correlativamente, como arriba se expuso, se entrega el manejo de la responsabilidad estatal en términos generales a la jurisdicción de lo contencioso administrativo con el Decreto 528 de 1964.

¹⁰ COLOMBIA, CSJ., Civil. sentencia del febrero de 1958.

En esta etapa, aparece la célebre sentencia de casación, “*Tinjacá*” del 30 de junio de 1962¹¹, que finca la responsabilidad no en la culpa *in vigilando* o *in eligendo*, sino en el modelo de la directa, apoyándose, tanto en el artículo 2341 del C.C., como en el 16 de la Constitución de 1886, según el cual, “[l]as autoridades de la república están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra y bienes, y asegurar el cumplimiento de los deberes del Estado y los particulares”. Diseña un esquema de culpa presunta, por tratarse de culpa anónima u orgánica, directa de la persona jurídica, más no de la culpa individual del agente. Se distancia del modelo organicista, porque ya no interesa la posición de los agentes o de la jerarquía del agente o vinculado que incurra en el daño. Todos los dependientes por sus actos estructuran un factor de atribución de responsabilidad para la persona jurídica.

En el asunto “*Tinjacá*”, el día 25 de diciembre de 1961, a las cinco y media de la mañana (aproximadamente), un vehículo del Cuerpo de Bomberos de Bogotá conducido por Germán Martínez transitaba en contravía por la carrera 24 de la Capital de la República, y en su tránsito, arrolló a dos personas, Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells, causándoles graves lesiones. En las instancias fue condenado el municipio de Bogotá.

¹¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

En el fallo, la Corte analiza la trayectoria de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de las personas jurídicas en materia aquiliana, y al resolver el primer cargo, en el punto trece compendió la responsabilidad indirecta de los entes jurídicos, así:

“a) Existe una responsabilidad civil indirecta de la persona moral, privada y pública, basada en el hecho dañoso de sus agentes, por los actos ejecutados en ejercicio de sus cargos o con ocasión de los mismos, cualquiera que sean la posición jerárquica de aquellos y la especie o calidad de sus funciones o tareas;

“b) Se presume la culpa de la persona moral, porque ésta tiene la obligación de elegir el personal y de vigilarlo diligentemente;

“c) Dicha presunción puede desvirtuarse probando ausencia de culpa;

“d) Existe, además, una responsabilidad personal del autor del daño frente a la víctima;

“e) Responden solidariamente al damnificado la persona jurídica y el agente infractor, con el derecho de la primera a ser reembolsada por el último;

“f) La acción indemnizatoria contra la persona moral prescribe en tres años; contra el autor, si se trata de infracción penal, en el lapso de prescripción de la pena, o en veinte años, si de cuasidelitos, y

“g) Le sirven de arraigo a esta doctrina, especialmente, los citados artículos 2347 y 2349 del Código Civil, que tratan de la responsabilidad indirecta por los hechos llamados “ajenos”¹².

Posteriormente, encara la evolución de la tesis de la responsabilidad directa y de la responsabilidad por las “fallas del servicio público” al interior de la Corte, en

¹² COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

relación con las personas jurídicas, para identificar sus principales distintivos:

“a) La culpa personal de un agente dado compromete de manera inmediata a la persona jurídica, porque la culpa de sus agentes, cualesquiera que éstos sean, es su propia culpa; subsiste, por tanto, como base de responsabilidad el hecho dañoso de un agente determinado;

b) Las obligaciones de elección y vigilancia diligentes, propias de la responsabilidad por los hechos “ajenos” de las personas naturales, que contempla el artículo 2347, no explican la responsabilidad de los entes morales; y desaparecen, en consecuencia, las presunciones de culpa de éstos fundadas en dichas obligaciones;

c) La entidad moral se redime de responsabilidad probando un hecho extraño (caso fortuito, hecho de terceros o culpa de la víctima);

d) Responden del daño, solidariamente, la persona jurídica y el autor, y aquella puede exigir de éste el valor de la reparación satisfecha a la víctima;

e) La acción contra la persona moral prescribe conforme al derecho común, en veinte años; contra el agente, en tres años, y

f) Arranca esta nueva forma de tratar la responsabilidad de los entes morales, del artículo 2341 del Código Civil, fundamento general de la responsabilidad extracontractual”¹³.

Luego, expone cómo la tesis de la responsabilidad directa sufrió dos variantes, una en relación con las personas morales privadas y públicas, y otra, respecto de éstas últimas, únicamente. Analiza las dos posiciones, y con relación a la tesis de la falla del servicio, presenta sus caracterizaciones:

¹³ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

“a) Se sustituye la noción de culpa individual de un agente determinado, por la “falla del servicio”, o culpa de la Administración; desaparece, en consecuencia, la necesidad de demostrar la acción o la omisión de un agente identificado; es suficiente la falla funcional, orgánica o anónima;

b) Se presume la culpa de la persona jurídica, no por las obligaciones de elegir y controlar a los agentes cuidadosamente, puesto que las presunciones basadas en estas obligaciones no existen en la responsabilidad directa, sino por el deber primario del Estado de prestar a la colectividad los servicios públicos;

c) Basta a la víctima demostrar la falla causante y el daño;

d) En descargo de la Administración no procede sino la prueba de un elemento extraño (caso fortuito), hecho de un tercero o culpa de la víctima;

e) Si el daño se produce por el hecho de un determinado agente, en ejercicio de sus funciones o con ocasión de las mismas, la Administración y el agente responden solidariamente al damnificado, con acción de reembolso a favor de aquella;

f) Los actos u omisiones dañosos del agente, por fuera de los servicios públicos, generan una responsabilidad exclusiva del mismo;

g) La acción indemnizatoria contra la Administración prescribe según las reglas generales, por tratarse de responsabilidad directa, y la acción contra el agente determinado, si lo hubiere, en tres años, aplicando en este caso el artículo 2358 del Código Civil;

h) La Corte ha sustentado esta doctrina en el artículo 2341 del Código Civil, base de la responsabilidad extracontractual directa”¹⁴.

Infiere, entonces, que defiende esta última tesis, pero no como responsabilidad objetiva, por reposar en el factor

¹⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planeils Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

culpa, cuya raíz se halla en la misión de Estado; ni tampoco como teoría del riesgo creado, modalidad de responsabilidad objetiva, y que esta sentencia “(...) algunos defienden para los casos de las actividades peligrosas. Respecto de éstas la jurisprudencia nacional tiene establecidas presunciones de culpa, expuestas a ser desvirtuadas mediante la demostración de uno de los hechos exceptivos que admite la doctrina”¹⁵.

Ulteriormente, compendia las características de la tesis organicista, para mostrar el estado de la jurisprudencia para el momento del fallo, y señalar cuál es, la tesis a pregonar en el fallo, en materia de responsabilidad de las personas jurídicas:

“Tales consideraciones han llevado a la Corte a reevaluar las antedichas tesis y a preferir, como consecuencia, la directa, en el ámbito de las personas jurídicas privadas, partiendo de la presencia del factor culpa de las mismas, como repercusión del hecho de sus agentes; y en el campo de la Administración, de las “fallas del servicio”, caracterizada por el deber primario del Estado de suministrar los servicios públicos y por una orientación social más adecuada a estos tiempos (...).

“Lo cual no excluye la construcción doctrinaria reiterada con apoyo en el artículo 2356 del Código Civil, sobre responsabilidad por el daño producido en actividades peligrosas, respecto de los cuales se presume la culpa de las personas naturales y jurídicas, presunciones que conducen a eximir a a víctima de probar la culpa, para contrapesar la desvantajosa situación de los particulares frente a quienes se mueven en un radio de acción

¹⁵ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

caracterizado por la peligrosidad o en cuyas funciones -como acontece con el Estado- figuran algunas de esta naturaleza”¹⁶.

Por consiguiente, en esta hipótesis, la Corte defiende la teoría de la falla del servicio, aún vigente en el propio Consejo de Estado para la responsabilidad extracontractual del Estado, expuesta como proyección del deber del Estado de prestar a la comunidad los servicios públicos, de tal modo que las irregularidades o deficiencias de estos, deben ser reparadas por la Administración, como fruto de la falta funcional o anónima, amalgamando normas civiles y constitucionales, 2341 del C.C y 16 de la Carta de 1986.

Esta tesis fue reiterada, por la propia Corte, en decisión de la Sala de Negocios Generales del 21 de octubre de 1962, donde, ampliando lo tocante con la prescripción, expuso: *“Como cuestión previa al examen de los elementos de la acción incoada, debe hacerse referencia a la excepción de prescripción que el señor Procurador Delegado en lo Civil discute en su alegato de segunda instancia. Considera el mencionado funcionario que la acción indemnizatoria ha prescrito, por cuanto (...) la demanda fue presentada cuando ya habían transcurrido más de tres años desde el acaecimiento en que se funda la reclamación de perjuicios.*

“La Corte, en sentencias de 30 de junio del presente año, dictadas por la Sala de Casación Civil en el ordinario de Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells contra el municipio de Bogotá y por la Sala de Negocios Generales en el de Aníbal Gómez y otros contra la Nación, no publicadas todavía en la Gaceta Judicial, profesa

¹⁶ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. de Cas. del 30 de junio de 1962, M. P. José J. Gómez, actor. Reinaldo Tinjacá y Aurelio Planells Vs. Municipio de Bogotá, G. J. Nos. 2256, 2257, 2258 y 2259, XCIX.

que la responsabilidad del Poder Público en casos de culpa extracontractual se funda en la falta de servicio, y que por tanto se rige, como directa por la norma del artículo 2341 del C.C. y no por la de los artículos 2347 y 2349 de esa obra. En esos fallos recientes, cuyas conclusiones convienen a este caso y a las cuales se remite la Sala, se sienta que tratándose de la responsabilidad de las personas morales, en general, por la culpa de sus dependientes o comisionados, y de la de las entidades públicas de cualquier grado, en particular, por la culpa de sus funcionarios o empleados, no puede hablarse de responsabilidad (o causalidad) indirecta, sino que ésta se configura siempre como directa, porque la persona jurídica o el Poder Público absorben la culpa del empleado o subalterno; aquélla, porque es quien realmente obra o actúa al través de sus agentes, y éste, además, porque todo daño inferido por acto o hecho de un funcionario debe atribuirse a una falta del servicio. Así, la prescripción no se rige por la regla especial del artículo 2358 in fine del C.C., que se ha entendido en la jurisprudencia más generalizada como relativa a la acción de responsabilidad indirecta, sino por la común del inciso 29 del artículo 2536¹⁷.

Nótese, las providencias del 30 de junio de 1962¹⁸ de la Sala de Casación Civil y, la de 31 de octubre de 1962 de la Sala de Negocios Generales, de la Corte Suprema, publicadas en el tomo XCIX de la Gaceta Judicial, reformulan con claridad la doctrina sobre la responsabilidad extracontractual de las personas jurídicas, tanto para las públicas como para las privadas, concibiéndola, como directa, superando las tesis de la indirecta. Desde entonces, sin vacilación, ha forjado toda una doctrina probable, completándola con las sentencias: 20 de febrero de 1964 (CVI, 130 y 131); 16 de marzo de 1964 (XVI, 192); 17 de junio del mismo año (CVII, 807); 9 de diciembre de 1969 (CXXXII, pág. 209); y 5 de julio de 1971 (CXXXIX, pág. 18). Por consiguiente, los directivos, gestores,

¹⁷ COLOMBIA, CSJ. Sala de Negocios Generales, 31 de octubre de 1962, página 690, l 9).

¹⁸ COLOMBIA, CSJ, Casación Civil, Sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, CCIX, 88 y ss.

auxiliares, dependientes no están unidos por las categorías “cuidado”, “vínculos de guarda, familia, educación o trabajo”, según se sostenía al amparo de los artículos 2347, 2349 como hecho de terceros, sino que los entes morales o las personas jurídicas, incurrían en culpa propia por ser la responsabilidad directa, y no indirecta.

De tal modo, que las providencias del 28 de octubre de 1975, y luego la del 11 de mayo de 1976, no hacen otra cosa que iterar, aquélla doctrina de 1962 de la responsabilidad directa de las personas jurídicas. En la del 28 de octubre de 1975, la Corte aclara, nuevamente, el término prescriptivo y reitera que las personas jurídicas responden de manera directa por la conducta de todos sus agentes, cuando causen daños a terceros, criterio que ha venido reproduciendo posteriormente, como en casación de 1993, cuando expuso:

“La responsabilidad imputable a las personas jurídicas y originada en actos dañosos cometidos por agentes que obran en su interés es directa ya que la culpa en que puede incurrir la persona moral es inseparable de la individual del agente, porque aquélla obra por medio de sus dependientes o empleados, de modo que los actos de éstos son sus propios actos. La acción resarcitoria contra estas personas prescribe según el derecho común en veinte años”¹⁹.

En consecuencia, el análisis histórico de la doctrina jurisprudencial en la Corte Suprema de Justicia, refleja con tesón, que las personas jurídicas responden en forma directa, porque la culpa del agente, funcionario, subalterno

¹⁹ COLOMBIA, CSJ, Casación Civil, Sentencia de fecha 20 de mayo de 1993, M.P: Carlos Esteban Jaramillo Schloss.

o directivo, auxiliar en cualquier rango, compromete de manera inmediata, inseparable e inescindible a la persona jurídica, en desarrollo de su objeto social, o cuando la persona moral se beneficia económicamente de la actividad o cuando aquellos desempeñan tareas propias de la persona jurídica o empresa, o cuando ésta ejerce la guardianía; no se trata de responsabilidad indirecta por el hecho ajeno, “*in vigilando*”, “*in eligendo*”, caso en el cual, se correspondería a una responsabilidad por el hecho de terceros, que ocurre cuando la conducta dañosa es desplegada por una persona natural respecto de quien otra tiene los deberes de cuidado y vigilancia (artículo 2346 y ss. del C.C.C.).

Esa distinción tiene trascendencia, se insiste, no solamente con respecto al sistema médico o de salud, sino que tiene implicaciones para todas las hipótesis en donde las convocadas son personas jurídicas, y con respecto a las consecuencias en los derechos para las víctimas para la prescripción que puedan alegar las personas jurídicas por los hechos y actos de sus agentes, porque si la responsabilidad es directa la prescripción será la común, antes de veinte años en el marco de la Ley 50 de 1936 o de 10 años según la Ley 791 de 2001²⁰ mientras que si es indirecta será la especial, que para el caso colombiano, se establece en tres años (artículo 2358 del C. C.C.).

Las personas jurídicas o morales por el hecho de sus dependientes, representantes, agentes causantes de daños

²⁰ COLOMBIA, Diario oficial, Diario Oficial No 45.046, de 27 de diciembre de 2002.

a terceros, cualquiera sea la actividad o el rol funcional o jerárquico de que en ellas desempeñen, en cualquiera de las actividades donde actúan, y de las cuáles no se sustrae la médica, la responsabilidad es directa, no indirecta o de terceros, descartando cualquier exoneración al amparo de la prescripción trienal del 2358 del C.C., tal cual quedó clarificado en las últimas decisiones analizadas, como la del caso "Tinjacá" de 1962. Cuando no se demanda a una persona moral como tercero, sino directamente por el hecho de sus subalternos; desde entonces, a hoy, ha sido sólida la jurisprudencia, en una lectura *pro víctima*, esencialmente en su consecuencia, con la prescripción.

La sentencia del 28 de octubre de 1975, en el caso de Miguel Rendón y otros contra la Caja de Crédito Agrario, al estudiar las llamadas responsabilidad directa y responsabilidad indirecta de las personas jurídicas, no hace otra cosa que iterar la exposición del año 62 del Magistrado José J. Gómez, para ahora, poner de presente, que la persona jurídica no puede exonerarse demostrando que no incurrió en culpa *in eligendo* y culpa *in vigilando*, sino en la existencia de fuerza mayor o caso fortuito, el hecho de un tercero o culpa de la víctima.

Similar reproducción se halla en las decisión del 11 de mayo de 1976 por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con ponencia del doctor José María Esguerra Samper, cuando la Corte casó el fallo proferido por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín el 27 de enero del mismo año, en el proceso ordinario

promovido por Fabio Patiño y Ofelia Salazar de Patiño contra "Embotelladora de Medellín S.A.", por la muerte del joven Uriel de J. Patiño Salazar, arrollado en Medellín el 26 de diciembre de 1970, por el vehículo de placas A-65799 de la sociedad demandada, cuando repartía el producto Coca Cola.

De tal modo que la responsabilidad de las personas jurídicas y la solidaridad, entre ellas, cuando intervienen mancomunadamente, en sus actividades viene siendo prevista por la doctrina con ilustración y solidez en el marco de la responsabilidad directa, como visión, que a pesar de las vicisitudes ha sido reiterada, como en el antecedente siguiente de 1991:

"4.- Entre las situaciones contempladas por el artículo 2347 del Código Civil se encuentra ciertamente la de los patronos o empresarios, o sea de quienes tienen la facultad de disponer, dirigir o dar órdenes a otro, el cual está sujeto a la vigilancia de aquellos. Se consagra allí una presunción de culpa que admite prueba en contrario, pues permite a las personas civilmente responsables exonerarse demostrando que con la autoridad y el cuidado que su respectiva calidad les confiere y prescribe no pudieron impedir el hecho (G.J. No. 1981, pág. 761). Pueden, de consiguiente, demostrar que el daño no se debió a culpa del dependiente o subordinado, salvo cuando al hecho de éstos se sume el ejercicio de actividades peligrosas, por cuanto entonces entra a regular la situación el artículo 2356 del Código Civil.

"5.- También es aspecto suficientemente dilucidado por esta Corporación el de que la responsabilidad civil en que pueden incurrir las personas jurídicas, tanto de derecho privado como de derecho público, es directa, o sea "...la que a toda persona con capacidad de obrar por sí misma corresponde por sus propias acciones... pues, cuando se demanda a una persona mora para el pago de los perjuicios ocasionados por el hecho culposo de sus subalternos, ejecutado en ejercicio de sus funciones o con ocasión

de estas, no se demanda al ente jurídico como tercero obligado a responder de los actos de sus dependientes, sino a él como directamente responsable del daño". (CLI, primera parte, 274)²¹.

Y en concordancia de las reglas 1568 y 2344 del C.C., se halla la solidaridad entre los intervinientes en el acto, cuando la responsabilidad es extracontractual, por disposición expresa del legislador, cuando se enfrentan hechos dañosos.

Criterio análogo compete tener en cuenta en el ámbito de la responsabilidad contractual médica, en relación con las personas morales, porque no existe diferencia de grado ni de fuente obligacional. En ambas hipótesis se discute un comportamiento o una conducta lícita o ilícita que finalmente tiene repercusiones antijurídicas, engendrando un daño o perjuicio y la existencia de una relación causal que, por regla general, debe contemplar el grado de culpabilidad que le incumbe a los demandados, esto último, teniendo en cuenta, como especificidad de responsabilidades convencional: a) La vigencia de la premisa 1604 del C.C. para las obligaciones contractuales, sobre la responsabilidad del deudor en los contratos, que impone auscultar a quién le incumbe la prueba del caso fortuito y la culpa en los términos del art. 63 ejúsdem, y b) La naturaleza especial de la actividad médica, para establecer si la asunción del galeno conlleva obligaciones de medios o de resultados, dado que la terapia curativa es por regla

²¹ COLOMBIA, CSJ. Civil. Sent. del 17 de abril de 1991, Mg. Pon. Rafael Romero Sierra.

general aleatoria; claro, en el marco de la diligencia y de la observancia de la *lex artis*.

Sin embargo, para la admisión de la demanda y el fallo de fondo, así el demandante se haya equivocado en la proposición del libelo, ante la irregular separación de jurisdicciones para un mismo problema, cómo ante la inveterada costumbre de negar súplicas cuando en la promoción de demandas se plantea una responsabilidad contractual, siendo extracontractual, o viceversa; en cualquiera de estas dos hipótesis, el juez debe fallar de fondo, sin dilación, porque el problema jurídico se refiere a un derecho subjetivo vital y esencial, pero también fundamental o de linaje constitucional, que no puede dar pie para razonamientos formales que pisotean el derecho tornando injusta la decisión. De tal modo, que ese es un problema meramente "*nominal*", que debe ser superado para resolver el fondo bajo el prisma que debe gobernar el caso según el tipo de premisas sustanciales que deban adjudicarse o interpretarse.

La existencia de una obligación previa no es determinante o elemento distintivo para marcar la diferencia entre responsabilidad contractual o extracontractual, porque, en todo caso, siempre existirá el deber de respetar en toda relación intersubjetiva los derechos subjetivos dimanantes ora del contratante, o ya de la relación de alteridad entre quienes nos relacionamos diariamente, cuando un derecho subjetivo es menoscabado.

De modo que haya o no contrato previo en el marco del derecho, la responsabilidad se finca siempre en el deber de respeto de los derechos de los otros cuando surgen relaciones sociales o de convivencia, por consiguiente, haya o no contrato, el juez no puede ignorar el derecho para aplicarlo al contexto planteado por las partes fallando el fondo de la cuestión, aspecto que, de vieja data, se plasma en el sabio principio "*iura novit curia*". Si se causa un perjuicio a uno de los coasociados mediando o no convenciones o contratos jurídicos, quien cause un perjuicio o incumpla sus propias obligaciones debe reparar el perjuicio causado, bajo la estructura del principio *naeminem laedere*.

Son los hechos y los derechos en juego, los que marcan el sendero de la decisión, no los idealismos, los formalismos o los conceptualismos que obstruyen la aplicación de la justicia. Teóricamente se pueden escribir inagotables, eternas y consistentes páginas para distinguir una y otra forma de responsabilidad, en su estructura, naturaleza, prueba, culpa, prescripción, génesis, acumulación simultánea, hibridismos o puridad de los sistemas de responsabilidad, pero en la historia de la víctima, del afectado o del usuario, de los marginados del mundo, y quienes hoy, aquí y ahora acuden al sistema judicial, apenas esperan que el Estado le dispense justicia o equidad y que se les decida pronta y cumplidamente, sin artificios teóricos el fondo de la causa.

Los preciosismos conceptuales o procesales, a la hora de hacer justicia en el Estado constitucional cuando se generan conductas antijurídicas que afectan derechos fundamentales, forman parte del paradigma de los eruditos, de los doctores, de los doctrinantes y de los idealistas, pero no de la vida, de quien levanta la mano y presenta el libelo desde la vida real para reclamar justicia; siéndole indiferente identificar o reclamar técnicamente una u otra clase de responsabilidad, porque lo máximo que puede exigir el juez al justiciable, es que exponga o entregue los hechos y las pruebas constitutivas del daño por la violación de un derecho, para que adjudique y restablezca la relación de alteridad herida o destruída.

Pero, adicionalmente, la cuestión de la responsabilidad contractual de las personas jurídicas también se ha debatido. El Consejo de Estado, como la Corte, han discutido, el primero, en una sentencia de 1992²², en uno de los tantos litigios que llegaron contra el extinto, Instituto de Seguros Sociales por responsabilidad médica. En el caso, dio por demostrado el mal funcionamiento de una clínica por retardo en la atención, como imputable al mencionado Instituto por dilación asistencial, separando las obligaciones deontológicas o jurídicas del médico, como profesional de las de la institución sanitaria, motivando, que *"(...) no puede esto significar que el acierto de los médicos y la ausencia de culpa en sus procedimientos exonere automáticamente a la administración, cuando, como*

²² COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 26 de marzo de 1992. Consejero Ponente: Doctor Julio César Uribe Acosta. Copia tomada directamente de la Corporación.

*en el caso que se estudia, resulta ostensible un descuido, una equivocación, un error, eventualmente originado en el mantenimiento del equipo quirúrgico del hospital (...) y ajeno a la conducta de los profesionales intervinientes en el tratamiento quirúrgico*²³.

Con profundidad la Corte abordó el tema en un fallo de 2002, discutiendo un problema oftalmológico, donde un profesional utilizó personal e instalaciones de una clínica, cuyo principal problema jurídico giró en torno al tipo de responsabilidad del agente (médico tratante - ejecutor material de la prestación de servicios médicos) en el *vínculum* contraído por la persona jurídica, como institución deudora de salud frente al usuario o paciente.

En el caso, Jorge Enrique Parra Rodríguez demandó a Oftalmos S.A. y Alejandro Arciniegas Castilla, para que se les declarara contractualmente responsables de los daños que le causaron con ocasión del tratamiento médico e intervención quirúrgica a que fue sometido, por cuanto ingresó por el servicio de urgencias a la Policlínica de Ibagué, por haber recibido un golpe en su ojo derecho, practicándosele allí un lavado y la extracción de fragmentos del lente ocular por *“trauma ocular derecho”*. Luego, exactamente el 28 del mes y año mencionado, el demandante acudió al servicio de urgencias de la Clínica Barraquer donde fue atendido por el oftalmólogo Alejandro

²³²³ COLOMBIA. CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia del 12 de marzo de 1992. Consejero Ponente: Daniel Suárez Hernández. (Sentencia Número 6637). Copia tomada directamente de la Corporación.

Arciniegas Castilla, quien luego de practicarle un “examen midriasis paralítica”, diagnosticó la necesidad de realizar una “cirugía refractiva de ambos ojos para su segura mejoría”. El 8 de octubre de 1992, el médico demandado le practicó “queratotomía paralela con micro perforación y aire en cámara anterior en ambos ojos”.

La Sala de Casación Civil, vistas las circunstancias fácticas comprobadas, halló establecida la relación contractual sin género de duda, de modo que:

“(...) [L]a decisión adoptada por el tribunal al deducir responsabilidad contractual tanto a (...) (contratante y deudor original), como al agente, el médico (...), quien ejecutó materialmente la prestación asumida por la primera, se explica en la estructura de la relación obligacional que entre dichas personas se generó, la cual se caracteriza por la unidad del objeto de la prestación, puesto que hay identidad entre el compromiso adquirido por la clínica (persona jurídica codemandada) y el del médico que con la aquiescencia (en el caso) del acreedor procedió a la ejecución del tratamiento, en su condición de agente o ‘sustituto’, como lo llama el recurrente, de la citada sociedad. De suerte que si el objeto de la obligación es exactamente el mismo, razón por la que demanda un comportamiento uniforme, guiado por un mismo fin, cual es el cumplimiento de los deberes contractuales originalmente adquiridos, lógicamente se debe predicar una unidad de tratamiento jurídico en el ámbito de la responsabilidad para la clínica y el médico tratante, pues mientras que la primera responde por el incumplimiento del contrato que efectivamente celebró, el segundo lo hace como ejecutor fallido de idéntico objeto prestacional”²⁴.

En otro segmento, considera:

²⁴ COLOMBIA, CSJ. Civil, Cas. Sent. 6430 de 11 septiembre de 2002, Mg. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

“A decir verdad, el tema que plantea el caso no ha sido ajeno al tratamiento doctrinal, pues desde antaño ha estado bajo examen, porque si bien es cierto que el principio de los efectos relativos del contrato, excluiría la responsabilidad del tercero, pero en todo caso encargado de la ejecución del contrato, del marco de la responsabilidad contractual, para ubicarlo obviamente en el régimen extracontractual, lo cierto es que razones de equidad y de protección de la víctima, han inclinado a la doctrina y a la jurisprudencia, y hasta cierto punto a la ley, como lo comenta Javier Tamayo Jaramillo, a atribuirle “a dicho tercero” una responsabilidad contractual. Finalmente —dice—, “la doctrina y la jurisprudencia más recientes en el derecho comparado han concluido que el acreedor contractual tiene una acción necesariamente contractual contra el subcontratista con quien el deudor contractual inicial había contratado la ejecución del contrato. Se considera que como el objeto de la prestación en ambos contratos es exactamente el mismo, el acreedor inicial perfectamente puede demandar por vía contractual a cualquiera de los dos deudores”²⁵.

“Particularmente la doctrina argentina ha optado por la señalada tendencia en consideración a que “el auxiliar” está sujeto a “una responsabilidad accesoria, que se modela, por tanto, sobre la que incumbe al deudor (hay por lo demás, una “complicidad” entre principal y dependiente que no puede desentrañar el acreedor)”. Se trata en estos casos (se refiere exactamente a la responsabilidad civil del médico, Jorge Mosset Iturraspe), “de una responsabilidad accesoria”, en la cual incurre no cualquier tercero, sino “la persona elegida por el deudor para el cumplimiento; persona que entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el comportamiento encaminado a ese fin”. Esta unidad de fundamento, anota, “y naturaleza jurídica, simplifica la acción de la víctima del hecho médico, que podrá acumular sus pretensiones en un solo juicio, contra dos demandados distintos y obligados in solidum por la totalidad del resarcimiento solicitado”²⁶. Igual es el criterio de otros autores, quienes, para llegar a idéntica conclusión, o sea la “fuente contractual” del “agente”, tienen en cuenta que “La cuestión examinada se halla estrechamente relacionada con la estructura misma de la relación obligacional en cuanto consiente que el interés del acreedor pueda ser satisfecho a través de la ejecución

²⁵ De la Responsabilidad Civil, T. II, págs. 80 y 81

²⁶ Responsabilidad Civil del Médico, Ed. Astrea, Buenos aires, 1979, págs. 116 y 177.

*directa de la prestación por el deudor o por un tercero*²⁷. Por su lado, Bustamante Alsina sostiene la misma apreciación, pero bajo el entendido de que la responsabilidad contractual del tercero surge del hecho que entre la entidad y el médico que presta sus servicios en ella se establece un contrato en favor de tercero. De manera que el carácter contractual de la responsabilidad del médico frente al paciente se da por virtud del contrato celebrado por aquél con la entidad asistencial que atribuye al paciente el derecho a ser asistido por el médico, derecho que queda consolidado con la aceptación del beneficiario, quien por consiguiente se legitima directamente contra el promitente médico²⁸. En similar sentido se han pronunciado algunos doctrinantes chilenos, por supuesto consultando las normas del Código Civil de su país, entre ellos Arturo Alessandri Rodríguez²⁹,³⁰.

En el caso, se halló comprometida la responsabilidad contractual del médico demandado y de la clínica, encontrándolos, además, solidariamente responsables por la ejecución defectuosa del contrato, así el médico se ubicara en un marco accesorio de responsabilidad. Además, vió justificado tratar al galeno en forma uniforme junto a la persona jurídica, por razones de equidad y de protección de la víctima.

En este aspecto, pregonar como lo hace la sentencia de la responsabilidad base esencial del fallo desde el punto de vista conceptual, que toda la relación médica es bilateral resulta deleznable ante las variadas circunstancias que día a día surgen en el derecho de daños, siendo mucho mejor

²⁷ Trigo Represas, Responsabilidad civil de las profesiones, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983.

²⁸ Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión, Buenos Aires, 1976.

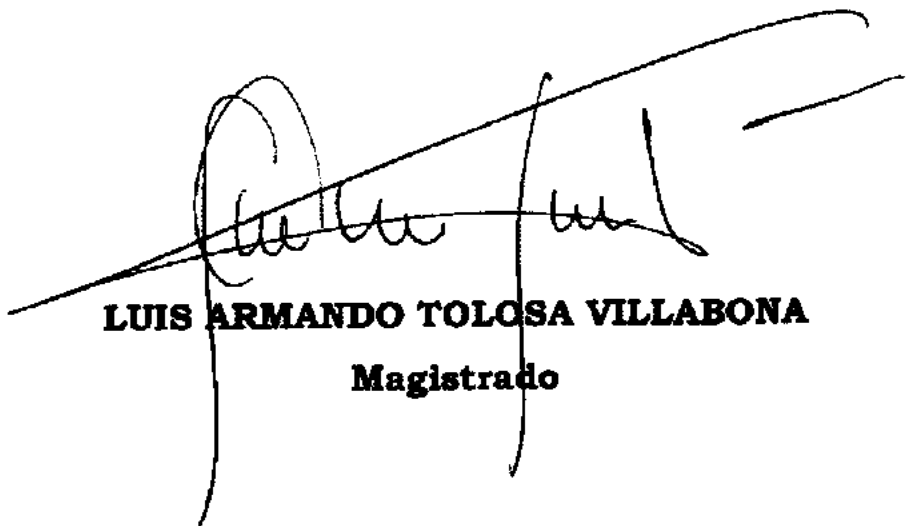
²⁹ De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil, Imprenta Universal, 1981, págs. 76 y 77.

³⁰ COLOMBIA, CSJ. Civil, Cas. Sent. 6430 de 11 septiembre de 2002, Mg. Pon. Dr. José Fernando Ramírez Gómez.

adoptar un modelo monista, más humano y comprensivo, atendiendo las circunstancias especiales de cada caso.

En los términos anteriores, dejo expresadas algunas reflexiones al modelo de responsabilidad que abriga la sentencia.

Fecha, *ut supra*



LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Civil

Radicación n.º 76001-31-03-003-2008-00091-01

ACLARACIÓN DE VOTO

Aunque comparto plenamente el sentido de la decisión adoptada, de manera respetuosa estimo necesario resaltar que, en adición al criterio de solidaridad que predica la jurisprudencia previamente compendiada, en el presente caso se hizo evidente que las condiciones necesarias del menoscabo a la salud alegado, puntualmente la falta de insumos médicos que imposibilitaron un diagnóstico temprano, eran atribuibles jurídicamente tanto a la IPS, por estar en su esfera de responsabilidad contar con esos elementos, como también a la EPS, ya que el legislador le asignó el deber de garantizar la idoneidad de las instituciones que integran su red de prestadores.

Ciertamente, resulta evidente que Coomeva EPS dejó de honrar los compromisos que el ordenamiento le impone frente a sus afiliados (puntualmente, frente al paciente Santiago Giraldo Ordóñez), en tanto que, de haber cumplido su deber de *«controlar la atención integral, eficiente, oportuna y de calidad en los servicios prestados por las Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud»*, habría verificado la inadecuación de oferta de servicios de la Clínica Santillana S.A.

En los anteriores términos, dejo fundamentada mi aclaración de voto, con reiteración de mi irrestricto respeto por los demás integrantes de la Sala de Casación Civil.

Fecha *ut supra*



LUIS ALONSO RICO PUERTA
Magistrado



República de Colombia
Corte Suprema de Justicia
Sala de Casación Penal

JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA
Magistrado Ponente

SP920-2021

Radicación No. 57230

Aprobado acta No. 64

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de marzo de dos mil veinte (2021)

La Sala decide el recurso extraordinario de casación promovido por el defensor de HERMES ENRIQUE GONZÁLEZ SALAS, condenado en ambas instancias como coautor de los delitos de homicidio y porte ilegal de armas.

HECHOS

En la mañana del 24 de febrero de 2009, Sebastián Olaya estaba esperando un bus en la calle 22 No. 110 – 07 de Bogotá cuando fue abordado por Camilo Andrés Calderón

Parra, quien le disparó en la cabeza con un arma para cuyo porte no tenía permiso. Inmediatamente después huyó del lugar en una camioneta conducida por HERMES ENRIQUE GONZÁLEZ SALAS.

ANTECEDENTES PROCESALES

1. Los días 4 y 5 de octubre de 2016, en audiencia dirigida por el Juzgado Cuarto Penal Municipal de Bogotá, la Fiscalía legalizó la captura de Camilo Andrés Calderón Parra y HERMES ENRIQUE GONZÁLEZ SALAS, a quienes imputó cargos como coautores de los delitos de homicidio agravado y fabricación, tráfico o porte de armas de fuego (arts. 103, 104.7 y 365 del Código Penal). En la misma diligencia fueron afectados con medida de aseguramiento privativa de la libertad en centro carcelario¹.

2. El conocimiento del asunto correspondió al Juzgado Cuarenta y Uno Penal del Circuito de la misma sede, el cual, una vez agotado el trámite ordinario sin incidencias relevantes, profirió la sentencia de 22 de marzo de 2019, en la que condenó a Calderón Parra y GONZÁLEZ SALAS por los punibles imputados (aunque el de homicidio en la modalidad simple, no agravada) a las penas de 324 meses de prisión, inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones

¹ Segunda sesión, primer corte, récord 6:00 y ss.

públicas y privación del derecho a la tenencia y porte de armas.

3. El fallo de primer grado fue apelado por los defensores de los acusados. Consecuentemente, el Tribunal Superior de Bogotá, en decisión de 7 de noviembre de 2019, lo confirmó, pero con las modificaciones de (i) ajustar la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas al máximo legal de veinte años, y (ii) fijar la de privación del derecho a la tenencia y porte de armas con aplicación del sistema de cuartos en 54 meses.

4. El apoderado judicial de HERMES ENRIQUE GONZÁLEZ recurrió en casación y la Sala admitió la demanda, superando los defectos formales que exhibe, para estudiar de fondo los problemas jurídicos propuestos.

LA DEMANDA

Con invocación de la causal tercera de casación, denuncia un error de derecho por falso juicio de legalidad respecto del testimonio de Francisco Rodríguez, única persona que percibió los hechos y cuya declaración *«sirvió de fundamento para la estructuración de la sentencia condenatoria»*.

Aduce que esa prueba debió ser excluida porque se practicó con violación del debido proceso, específicamente, en sus aristas de contradicción, intermediación y publicidad.

Explica que la declaración de Francisco Rodríguez fue recabada mediante videoconferencia porque, según la Fiscalía, el nombrado estaba siendo amenazado y su vida corría peligro, lo que hizo necesario trasladarlo a otra ciudad para salvaguardar su integridad. No obstante, *«nunca se probó si quiera sumariamente la existencia de tales amenazas, como tampoco... que el testigo efectivamente estuviera bajo protección de la Fiscalía»* y, en cualquier caso, la recepción a distancia del testimonio sólo procede cuando la persona que debe rendirlo no puede concurrir personalmente por padecer algún impedimento físico, esto es, un *«trastorno o condición... o pérdida anatómica que afecta uno o más de los múltiples sistemas del cuerpo»*.

Además, al recibírsele versión no se le pidió que exhibiera su documento de identidad y ni siquiera se estableció dónde se encontraba. Como si fuera poco, se presentó *«encubriendo su personalidad detrás de unas gafas oscuras, una peluca y una bufanda»*, y no existe *«ninguna constancia... de que el mencionado testigo... se hubiera presentado efectivamente, al menos en una oportunidad, al despacho del Juzgado o a la sala donde se desarrollaba el juicio y que se haya identificado como tal»*.

En últimas, pues, se trata de un individuo cuya identidad, ubicación y condiciones civiles son desconocidas, por lo que su testimonio se practicó con violación del derecho de defensa, máxime que ni siquiera fue posible observar su comportamiento durante la declaración y, por esa vía,

explorar el mérito de su dicho. En fin, de una manera que recuerda la extinta justicia sin rostro.

Agrega que la corrección del yerro denunciado supone la sustracción de ese elemento del acervo probatorio, con lo que la decisión de condena queda desprovista de asidero y se impone, por consecuencia, la absolución.

SUSTENTACIÓN ESCRITA DEL RECURSO E INTERVENCIÓN DE LOS NO RECURRENTES

1. El demandante simplemente insistió en su pretensión, reiterando que *«se equivocó el Juzgado y consiguientemente el Tribunal al avalar ese procedimiento de permitir que un testigo no identificado declarara desde un lugar desconocido, con su apariencia encubierta y, posteriormente, tener dicha prueba como legalmente producida y sobre ella soportar una sentencia condenatoria»*.

2. El defensor de Camilo Andrés Calderón Parra coadyuvó el pedido del censor y pidió que se case la sentencia atacada. En esencia, repitió los argumentos expuestos por aquél.

3. El representante judicial de las víctimas intervino para refutar la demanda y solicitar que no se case la decisión cuestionada.

Alegó que, contrario a lo aducido por el actor, está acreditado que la muerte de la víctima se produjo en el contexto de una serie de homicidios relacionados con una estructura criminal, por lo cual se hizo necesaria la protección de Francisco Rodríguez «*en el respectivo programa que otorga la Fiscalía*». Nunca en el curso del proceso se pidió demostración de las amenazas que recibió aquél mediante «*las denuncias*» ni «*el nombramiento como testigo protegido*».

Expuso que no tiene sentido exigir la revelación de la ubicación de un declarante que está bajo protección y añadió que, aunque es cierto que «*no se podía ver la cara del testigo*», también lo es que la defensa tuvo la oportunidad de contrainterrogarlo. Además, su identificación reposa «*en el programa de protección de la Fiscalía*» y por ello «*se parte de la buena fe*» para colegir que quien rindió el testimonio es, en verdad, Francisco Rodríguez.

4. El delegado de la Fiscalía General de la Nación también pidió la desestimación de la demanda. Sus planteamientos son los siguientes:

(i) Aunque el actor se queja porque «*Francisco Rodríguez no acudió al Juzgado, sino que se presentó por video conferencia, con su apariencia oculta tras un disfraz*», lo cierto es que la prueba se practicó adecuadamente, los defensores pudieron ejercer el contrainterrogatorio y en ese momento no formularon ningún reproche de legalidad del testimonio, con lo cual operó «*una suerte de convalidación*».

(ii) *«No hubo déficit alguno en el derecho a la defensa, dado que no se trató de un testigo secreto, escondido, no identificado o sin rostro. Desde el descubrimiento se anunció como Francisco Rodríguez y sus datos de identificación e individualización fueron conocidos. La defensa tuvo acceso a las dos entrevistas previas que utilizó la Fiscalía y ahí se consignaron los datos relevantes, respecto de los cuales los abogados pudieron interrogar y contrainterrogar sin limitación alguna».*

(iii) El planteamiento central de la demanda es *«que Francisco Rodríguez estaba obligado a comparecer físicamente a la audiencia pública»* porque no tenía impedimentos físicos o mentales. Con ello, sin embargo, el actor pierde de vista que se trataba de un testigo protegido, lo cual conlleva *«diversas acciones sociales (por decirlo así; ej. cambio de apariencia física, ocultamiento de su identificación, reubicación domiciliaria, etc.) y procesales (ej. acompañamiento escoltado, no asistencia personal sino por videoconferencia), destinadas todas a conservar su vida e integridad personal, como objetivo primordial y, en segundo lugar, para asegurar la prueba».*

Esas medidas de protección no son arbitrarias, sino que tienen fundamento en la Constitución y la Ley 906 de 2004, así como en la Resolución 1006 de 27 de marzo de 2016.

Y aunque es verdad que *«los eventos de ocultamiento de la identidad del testigo generan controversia a nivel universal en torno de la tensión que se genera... (con el) el derecho a la*

defensa», e incluso, que la Corte Interamericana de Derechos Humanos «*ha declarado ilegal el testimonio de una persona con identidad oculta*», también lo es que ello sólo ocurre «*cuando se desconoce el nombre y la identificación del declarante*», lo cual en este caso no sucedió, pues siempre se supo que la prueba de cargo venía de Francisco Rodríguez.

4. La representante del Ministerio Público también se opuso a la pretensión del demandante porque no encontró ningún vicio de legalidad en el testimonio de Francisco Rodríguez.

En efecto, se estableció que el nombrado «*estaba amenazado de muerte*» y por ello su declaración se recibió en condiciones que garantizaran su seguridad, pero en todo caso, con pleno respeto por los derechos de «*confrontación, interrogación y contradicción*» de la parte acusada.

Además, el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 únicamente exige que previo a la recepción del testimonio se verifiquen los generales de ley de quien lo rendirá; y aunque «*es válido que se presente la posibilidad... de dudar de la identidad de un testigo y por ello se requiere su acreditación*», en este asunto ello quedó aclarado cuando el declarante expuso que «*era vecino de uno de los procesados*».

CONSIDERACIONES DE LA CORTE

1. Preliminares.

Como la demanda fue admitida, compete a la Sala examinar de fondo el problema jurídico que allí se propone con independencia de las deficiencias formales advertidas en su formulación.

En ese orden, habrá de discernirse si en la práctica del testimonio de Francisco Rodríguez resultó vulnerado el derecho de confrontación del acusado GONZÁLEZ SALAS, ora si ocurrió un vicio sustancial en su producción e incorporación que permita afirmar que devino ilegal.

Con ese fin, la Corte (i) realizará algunas consideraciones sobre el derecho de confrontación; (ii) se referirá a los mecanismos legales de protección a testigos; (iii) reseñará la actuación pertinente a efectos de definir los presupuestos procesales relevantes para la solución de la controversia y, finalmente, (iv) estudiará el caso concreto.

2. Del derecho a la confrontación de la pruebas.

Uno de los pilares del sistema de procedimiento criminal establecido en la Ley 906 de 2004 es el derecho de confrontación de la prueba, establecido expresamente en el artículo 16 de esa codificación (*«en el juicio únicamente se estimará como prueba la que haya sido producida o incorporada en forma pública, oral, concentrada, y sujeta a confrontación y contradicción ante el juez de conocimiento»*) y derivado del artículo 29 de la Constitución Política, según el cual *«quien sea sindicado tiene derecho a...*

presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra».

Se trata de una garantía integrante del debido proceso (en general) y del derecho de defensa (en particular) que tiene distintas manifestaciones y se compone de varios elementos estructurales. Así, la Sala

«...ha puntualizado que respecto de la prueba testimonial cobra especial importancia el derecho a la confrontación, previsto en los artículos 8 y 14 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que supone: (i) la posibilidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo; (ii) la oportunidad de controlar el interrogatorio (por ejemplo, a través de las objeciones a las preguntas y/o las respuestas); (iii) el derecho a asegurar la comparecencia de los testigos al juicio, incluso por medios coercitivos; y (iv) la posibilidad de estar frente a frente con los testigos de cargo»².

Por ahora, y en atención a las concretas quejas del censor, resulta relevante referirse más detalladamente a dos de tales garantías; por una parte, la consistente en (i) «la posibilidad de... interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo», que comprende «las prerrogativas del contrainterrogatorio»³, incluida la de «cuestionar la credibilidad de los testigos»⁴; por otra, la de (ii) «estar frente a frente con los testigos de cargo».

(i) En lo que respecta al primero de los elementos mencionados, la legislación adjetiva contempla distintos mecanismos de orden procesal orientados a lograr su efectiva materialización.

² CSJ SP, 16 may. 2018, rad. 48284. Así mismo, véase CSJ SP, 14 nov. 2018, rad. 47194 y CSJ SP, 30 sep. 2015, rad. 46153.

³ CSJ SP, 21 oct. 2020, rad. 56919.

⁴ CSJ SP, 6 ago. 2019, rad. 50426.

Así, el artículo 391 de la precitada Ley 906 concede a la defensa la posibilidad de explorar los testimonios de la acusación mediante el conainterrogatorio; el artículo 393 ibídem la autoriza para que, con ese fin, utilice «*cualquier declaración que hubiese hecho el testigo sobre los hechos en entrevista, en declaración jurada durante la investigación o en la propia audiencia del juicio oral*», mientras que los preceptos 347 y 403 atañen a las formas en que puede impugnar su credibilidad y los ámbitos temáticos de tal procedimiento, verbigracia, la «*capacidad del testigo para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración*», la «*existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad por parte del testigo*» o el «*carácter o patrón de conducta del testigo en cuanto a la mendacidad*».

Ahora, evidente resulta que la posibilidad de ejercer la confrontación de manera real y efectiva - no como una simple formalidad incapaz de depurar la prueba - depende (especialmente cuando se busca hacerlo cuestionando *la persona* del testigo y no *el contenido* de su declaración) de que la parte contra la cual se aduce *conozca su identidad*.

De ahí que, como lo entiende de antaño la jurisprudencia de la Corte Constitucional (proferida en el ámbito de la justicia regional pero aplicable, máxime por la mayor amplitud de las garantías acá reconocidas, al procedimiento que rige las presentes diligencias),

«...cuando se ignora la identidad de la persona que rinde una declaración en contra del sindicato se mengua de manera

protuberante y ostensible la garantía constitucional del debido proceso público, en la medida en que se desconoce por completo el principio de publicidad y contradicción de la prueba, al imposibilitarse el ejercicio pleno del derecho a tachar al testigo, cuando existan motivos para dudar de su imparcialidad»⁵.

Siguiendo la misma línea de pensamiento, esta Sala sostuvo, en vigencia de la Ley 504 de 1999, que «los testimonios bajo reserva de identidad... no pueden ser objeto de evaluación probatoria por parte de los funcionarios judiciales en cuanto resultan violatorios de los principios de publicidad del proceso, de la imparcialidad del juez y de la contradicción de la prueba»⁶.

Lo anterior explica que en los estatutos procedimentales expedidos con posterioridad – las Leyes 600 de 2000 y 906 de 2004 – *haya desaparecido la figura de los testigos con reserva de identidad*, más aún de cara a los recientes desarrollos jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el particular:

«... entre las garantías reconocidas a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. La reserva de identidad del testigo limita el ejercicio de este derecho puesto que impide a la defensa realizar preguntas relacionadas con la posible enemistad, prejuicio y confiabilidad de la persona misma del declarante, así como otras que permitan argumentar que la declaración es falsa o equivocada»⁷.

⁵ Sentencia C – 392 de 2000.

⁶ CSJ SP, 25 feb. 2004, rad. 21587.

⁷ Sentencia de 29 de mayo de 2014 (fondo, reparaciones y costas), caso Norín Catrimán y otros vs. Chile, p. 242.

Igual criterio ha sostenido – de tiempo atrás – el Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

«...si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error; y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda»⁸.

Y es que, a no dudarlo, tratándose del testimonio anónimo, la parte contra la cual se aduce queda imposibilitada para explorar aspectos como la capacidad rememorativa o perceptiva del declarante, la eventual existencia de intereses en faltar a la verdad o en incriminarla falazmente o la posible presencia de patrones de mendacidad que enerven la credibilidad de su dicho.

En tal virtud, ninguna duda cabe en cuanto a que, en el orden nacional actual, la práctica de testimonios anónimos (entendidos como aquéllos cuya **identidad** es desconocida para las partes) es, siempre y en todo caso, inadmisibles; ello, porque en tales condiciones la confrontación material y sustancial de la prueba - esto es, su confrontación allende un remedo artificial de la garantía – deviene imposible y, en cualquier caso, no existe ninguna previsión legal que autorice una tal limitación del derecho en comento.

Ello, sin embargo, no puede confundirse con una suerte de exigencia legal en cuanto a que todo testigo deba exhibir

⁸ Sentencia de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski vs. Holanda, p. 42. En similar sentido, y más recientemente, sentencia de 28 de marzo de 2002, caso Birutis et. at. Vs. Lituania.

su cédula de ciudadanía u otro documento como presupuesto ineludible para tenerlo por identificado.

Ya la Sala se ha ocupado del asunto, así:

«En principio, la identificación del declarante se obtiene con su cédula de ciudadanía, pero su falta de presentación no torna ilegal su testimonio, en el entendido que la ley no exige para su validez la presentación de dicho documento.»

La Corte en sentencia de casación de febrero 12 de 1991, radicación 4863, sostuvo que “la exhibición de la cédula de ciudadanía del testigo no es requisito esencial del testimonio y la falta de identificación, en esa forma, no torna inexistente la declaración”.

(...)

*La cédula de ciudadanía es uno de ellos para identificar a una persona, pero no el único; en sus diversas acepciones identificar es reconocer si una persona o cosa es la misma que se supone o se busca, o “dar los datos personales necesarios para ser reconocido” e identidad “es el conjunto de rasgos propios de un individuo o de una colectividad que los caracterizan frente a los demás”, de manera que **la identificación del testigo puede obtenerse por vías distintas a la simple tenencia y presentación del documento público**»⁹.*

Y aunque esas posturas jurisprudenciales corresponden al entendimiento de normas de la Ley 600 de 2000, lo cierto es que la más reciente codificación adjetiva tampoco reclama que la identificación de los testigos se haga documentalmente (o de cualquier otra manera predeterminada).

En efecto, el artículo 390 de la Ley 906 de 2004 únicamente prevé que, antes del testimonio y luego del juramento, el Juez pedirá a quien lo rinde **«que se identifique con sus nombres y apellidos y demás**

⁹ CSJ SP, 16 dic. 2015, rad. 38957. Así mismo, CSJ SP, 18 may. 2005, rad. 21451.

generales de ley», de manera que no aparece indispensable la exhibición de documento alguno.

Así, aunque la presentación de la cédula de ciudadanía constituye, si se quiere, la *mejor evidencia* de la identidad del testigo, no existe precepto legal alguno que permita tenerla como *única evidencia* de esa circunstancia, a cuyo conocimiento, por consecuencia, puede llegarse por cualquier medio lícito.

(ii) La segunda manifestación del derecho de confrontación a la que importa aludir ahora lo es, conforme se anticipó, la prerrogativa que tiene la parte procesada de «*estar frente a frente con los testigos de cargo*».

Tal garantía es «*una consecuencia natural de que las declaraciones se entreguen en el escenario del juicio oral, al que tiene derecho a asistir el acusado y en el que es obligatoria la presencia de la defensa técnica*»¹⁰, y no sólo permite que el acusado y su apoderado *confronten* (en el sentido más común de la palabra) a quien provee prueba testimonial de cargo, sino también que aquéllos y el Juez perciban la declaración directamente por sus propios sentidos, de suerte que les resulte posible evaluar, con miras a fijar o cuestionar su mérito, «*el comportamiento del testigo durante el interrogatorio y el contrainterrogatorio, la forma de sus respuestas y su personalidad*»¹¹.

¹⁰ CSJ SP, 16 mar. 2016, rad. 43866.

¹¹ Art. 404 de la Ley 906 de 2004.

Desde luego, la garantía de «*estar frente a frente con los testigos de cargo*» no es absoluta y puede ser limitada **por la ley**. En palabras de la Corte Constitucional,

«... algunas garantías procesales, -y entre ellas el derecho de defensa y **contradicción- no son absolutas y pueden ser limitadas por el legislador**, siempre que no se vea afectado su núcleo esencial, la limitación responda a criterios de razonabilidad y proporcionalidad, y no se desconozcan otros derechos fundamentales, como puede ser el derecho a la igualdad»¹².

Ejemplo de esas restricciones lo son, por una parte, el modo en que se practica el testimonio de niños, niñas y adolescentes (*fuera del recinto de la audiencia*, por expreso mandato del artículo 150 de la Ley 1098 de 2006); por otra, y de acuerdo con el artículo 386 de la Ley 906 de 2004, los testimonios de quienes se encuentran «*físicamente impedido(s) para concurrir a la audiencia pública*», los cuales se recaban a distancia con mecanismos de transmisión de datos.

Y aunque el censor entiende que la recepción telemática del testimonio sólo procede válidamente cuando quien lo rinde padece una condición médica que le impide concurrir a la sala de audiencias, tal interpretación no es de recibo para la Sala.

En efecto, lo que la legislación prevé como presupuesto para la práctica a distancia del testimonio no es que el declarante sufra una patología que le impida desplazarse sino que esté *físicamente impedido* para hacerlo. Esta expresión no remite exclusivamente al ámbito de las

¹² Sentencia C – 371 de 2011.

enfermedades, sino al universo de circunstancias objetivas que pueden constituir *impedimento para la movilidad* del deponente. Así lo tiene discernido esta Corporación:

«Cuando la norma habla de imposibilidad física, sobra acotar, no dice relación necesariamente con que el declarante padezca algún tipo de enfermedad o dificultad locomotiva que le impida acudir al sitio de la audiencia, sino también de todos los aspectos que intrínseca o extrínsecamente advierten de una distancia o lejanía tal que hacen más recomendable el medio virtual»¹³.

Y es que la hermenéutica por la que propugna el recurrente no sólo contraviene principios básicos de la interpretación normativa (pues pretende atribuir a una expresión común un sentido técnico que es ajeno al contexto de la norma)¹⁴, sino que conduciría a resultados abiertamente absurdos porque haría prácticamente imposible – por ejemplo - la recepción de testimonios de personas domiciliadas en el extranjero o en ciudades distintas a la sede del juicio.

En todo caso, no sobra enfatizar que la práctica telemática de la prueba de todos modos permite que las partes conozcan, así sea a través de una pantalla, los gestos, maneras y actitudes del testigo; en tal virtud, la utilización de medios de video con ese fin en realidad comporta una limitación muy menor y nada sustancial de la aludida garantía.

3. Sobre las medidas de protección a testigos.

¹³ CSJ AP, 30 sep. 2015, rad. 46758.

¹⁴ Al respecto, SÁNCHEZ VÁSQUEZ, Rafael. *Metodología de la ciencia del derecho*. Ed. Porrúa, México. Citado en BARRÍA PAREDES, Manuel. “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”. En *Ars Boni et Aequi* (no. 2), ps. 257 – 279.

Más allá de que el Estado, conforme lo dispone el artículo 2° Superior, existe para «*proteger a todas las personas residentes en Colombia en su vida*», las autoridades legítimamente constituidas, y en especial las judiciales, tienen la obligación de dispensar especial cuidado a quienes enfrentan riesgos especiales derivados del cumplimiento del deber constitucional de colaborar con la administración de justicia y rendir testimonio.

3.1 Tratándose de la Fiscalía General de la Nación, se tiene que el numeral 7° del artículo 250 ibídem le atribuye a la función de «*velar por la protección de las víctimas, los jurados, **los testigos** y demás intervinientes en el proceso penal*». Ello, no sólo para preservar su vida, sino también para asegurar la prueba y garantizar el adecuado funcionamiento del sistema de justicia.

En desarrollo de ese mandato – y de lo establecido en el artículo 67 de la Ley 418 de 1997 - el Fiscal General de la Nación profirió la Resolución No. 1006 de 2016, por la cual «*se reglamenta el Programa de Protección a Testigos, Víctimas, Intervinientes en el Proceso Penal y Funcionarios de la Fiscalía General de la Nación*».

En ese cuerpo normativo se establecen las herramientas de todo orden con que cuenta la mencionada entidad para efectos de proteger la vida e integridad de, entre otros, quienes enfrentan peligros derivados de su participación como testigos en uno o más procesos judiciales.

Se trata, en concreto, de medidas de «protección física, esquemas de seguridad, cambio de identidad, cambio de domicilio o traslado temporal al exterior»¹⁵, definidas, en lo que interesa resaltar ahora, así:

«ARTÍCULO 42. PROTECCIÓN FÍSICA. Consiste en la incorporación integral al programa de un ciudadano donde se ubicará al beneficiario en un lugar alejado a la zona de riesgo, a cargo de la Dirección Nacional de Protección y Asistencia. Por consiguiente quedará sometido a todas las medidas protectivas encaminadas para proteger la vida e integridad personal del mismo y de sus familiares, de acuerdo con las pautas de la Evaluación Técnica de Amenaza y Riesgo.

(...)

PARÁGRAFO. Excepcionalmente, el Director Nacional de Protección y Asistencia podrá establecer otros modelos de protección física, como la implementación de esquemas de seguridad...

ARTÍCULO 43. CAMBIO DE IDENTIDAD. De acuerdo con la normatividad vigente, el cambio de identidad se entiende como la expedición de documentos públicos y privados en reemplazo de los que ya posee el beneficiario. Además, cuando sea necesario, puede ordenarse la modificación de los rasgos físicos de la persona que pudieran permitir su identificación.

(...)

ARTÍCULO 44. CAMBIO DE DOMICILIO. El cambio de domicilio se entiende como el cambio de vivienda permanente y fija de una persona en otro lugar del país, alejado de la zona de riesgo.

(...)

ARTÍCULO 45. TRASLADO AL EXTERIOR. Se entiende como el cambio de domicilio en otro país alejado de la zona de riesgo y de manera temporal, sin que haya reubicación definitiva y donde sigue vinculado al Programa de Protección y Asistencia, donde a su vez el protegido asume sus gastos de manutención, vivienda, transporte, etc., en su nuevo lugar de domicilio.

¹⁵ Art. 41.

De igual manera, la norma en comento prevé que cuando el testigo protegido deba verter su testimonio en juicio o rendir una entrevista, se *«(adoptarán) las medidas necesarias para garantizar la seguridad del beneficiario en su desplazamiento, estadía en la zona y presencia en el despacho o estrado judicial»*, como también que *«progresivamente se implementará la realización de teleconferencias que permitan efectuar diligencias o audiencias judiciales sin el traslado del beneficiario a la zona de riesgo»*¹⁶.

De la simple lectura de los preceptos reseñados se percibe que, en principio, las medidas de protección que la Fiscalía está normativamente facultada para adoptar en el marco del programa de protección a testigos están asociadas a la *vigilancia de su integridad*, de modo que consisten en garantizarles *condiciones de vida* en las cuales los riesgos derivados del cumplimiento del deber de declarar aparezcan minimizados.

La única de tales herramientas que no concierne exclusivamente a la integridad del declarante sino que toca con *el modo en que se practica el testimonio*, es decir, que de alguna manera incide en el proceso de conformación y aducción de la prueba, lo es la establecida en el artículo 28 (a su vez, autorizada en el artículo 386 de la Ley 906 de 2004, ya examinado en el acápite antecedente) que permite *«la realización de teleconferencias que permitan efectuar diligencias o*

¹⁶ Art. 28.

audiencias judiciales sin el traslado del beneficiario a la zona de riesgo».

3.2 En cambio, tratándose de los Jueces de conocimiento, las facultades con que cuentan para proteger a quienes rinden testimonio están consagradas en el artículo 342 de la Ley 906 de 2004, así:

«Una vez formulada la acusación el juez podrá, a solicitud de la Fiscalía (o la víctima), cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas o testigos, ordenar:

1. Que se fije como domicilio para los efectos de las citaciones y notificaciones, la sede de la Fiscalía, quien las hará llegar reservadamente al destinatario.

2. Que se adopten las medidas necesarias tendientes a ofrecer eficaz protección a víctimas y testigos para conjurar posibles reacciones contra ellos o su familia, originadas en el cumplimiento de su deber testifical».

Estas últimas medidas tampoco atañen a la *forma de recaudo de la prueba* sino a las condiciones de seguridad personal del testigo, tanto así, que existen, según el tenor de la norma, para «*conjurar posibles reacciones*» contra el declarante. Se asimilan a las medidas que puede adoptar la Fiscalía (recién examinadas) y, justamente, proceden a instancias del funcionario de conocimiento cuando aquélla no las ha implementado, conforme lo entendió la Corte Constitucional al examinar la constitucionalidad de la configuración del texto legal¹⁷:

¹⁷ Sentencia C – 209 de 2007.

«Ahora bien, las normas acusadas versan sobre dos clases de medidas que podrían tener una incidencia significativa en la protección de los derechos de las víctimas. Los artículos 306 y 316 se refieren a las medidas de aseguramiento, mientras que **el artículo 342 alude a las de protección, en sentido estricto.**

Ambas se proyectan en la protección los derechos de las víctimas. Así, por ejemplo, las medidas de aseguramiento se proyectan en la protección del derecho a la verdad de las víctimas cuando se decretan “para evitar que el imputado obstruya el debido ejercicio de la justicia.”

Las medidas de protección, en sentido estricto, amparan también los derechos de las víctimas (o testigos, añade la Sala) **frente a riesgos para su vida o integridad física o la de sus familias, por ejemplo, debido a posibles amenazas o reacciones adversas por el ejercicio legítimo de sus derechos.**

(...)

En cuanto a las medidas de protección, en sentido estricto, la norma acusada indica que es el fiscal quien presenta ante el juez la solicitud de imposición de la medida cuando lo considere necesario para la protección de las víctimas o testigos (artículo 342 demandado). Sobre este tipo de medidas, el nuevo código señala que distintos jueces son competentes para ordenarlas dependiendo de la etapa en que se encuentre el proceso. Así, el artículo 134, no acusado, indica que las víctimas podrán “solicitar al juez de control de garantías las medidas indispensables para su atención y protección”. **En cambio, el artículo 342, sí acusado, está ubicado en una etapa del proceso en la cual el juez de conocimiento, “una vez formulada la acusación” podrá ordenar este tipo de medidas “cuando se considere necesario para la protección integral de las víctimas.”**

(...)

No obstante, la fórmula escogida por el legislador deja desprotegida a la víctima ante omisiones del fiscal, o ante circunstancias apremiantes que puedan surgir y frente a las cuales la víctima cuente con información de primera mano sobre hostigamientos o amenazas recibidas que hagan necesaria la imposición de la medida correspondiente, o sobre el incumplimiento de la medida impuesta, o la necesidad de cambiar la medida otorgada. Esto se aplica tanto a las medidas de aseguramiento como a las medidas de protección en sentido estricto.

(...)

8.6. Finalmente, esta omisión entraña el incumplimiento por parte del legislador del deber de configurar una intervención efectiva de la víctima en el proceso penal, en la medida que la deja desprotegida en circunstancias apremiantes o **ante la omisión del fiscal en el cumplimiento de su deber de proteger a las víctimas y testigos de posibles hostigamientos o amenazas, y de solicitar las medidas necesarias para promover los fines previstos en el artículo 308 de la ley**, los cuales guardan estrecha relación con los derechos de la víctima a la verdad y a la justicia».

4. Lo acaecido en el trámite.

4.1 Revisados los registros correspondientes, se observa que lo sucedido en el curso del proceso respecto del testimonio de Francisco Rodríguez fue lo siguiente:

(i) Esa declaración fue decretada tanto para la Fiscalía como para la defensa, esto es, como prueba común a ambas partes.

(ii) En la sesión de la vista pública celebrada el 13 de febrero de 2018, Francisco Rodríguez concurrió al despacho para rendir testimonio desde una cámara de Gesell en la que se registró su apariencia. Portaba unas gafas oscuras y una bufanda gruesa alrededor del cuello que alcanzaba a cubrir parcialmente la parte inferior de su rostro. Exhibía, así mismo, un bigote tupido y una cabellera abundante de apariencia postiza.

En aquella ocasión, sin embargo, no se recibió su declaración porque una de las defensoras manifestó tener quebrantos de salud que le impedían continuar con el trámite de la audiencia y pidió la suspensión de la diligencia.

Ante la anterior situación, la Fiscal del caso hizo la siguiente manifestación:

«...debo dejar constancia... (de) que como bien lo anotó el día que se fijó la audiencia la honorable juez que la preside, nos había advertido que esta audiencia iría si era necesario hasta la madrugada... además... el testigo, pues es una persona que desde ya pongo en conocimiento está de verdad en peligro su vida, y si llega a pasarle algo pues la defensa sabe que es el único testigo que se ha arriesgado a venir a sustentar la situación o lo observado por él... que por lo menos se respete la vida de todas las partes e intervinientes, e igualmente el testigo, lo digo por las situaciones que yo misma he vivido ante la familia de los procesados...»¹⁸.

El despacho, a su vez, indicó:

«...he escuchado muchos comentarios de los testigos que han venido, de las personas que están, que la familia de los procesados está amenazando a las otras partes... voy a ordenar, a través de la Fiscalía... que protejan a estas personas, a la señora fiscal, al señor representante de víctimas... me parece bastante alarmante... darle protección integral a este testigo... el despacho oficiará a la oficina de protección de testigos... existe un testigo presencial y la familia de las personas procesadas está ejerciendo actos indebidos...»¹⁹.

(iii) El 12 de abril siguiente se practicó por videoconferencia el testimonio de Francisco Rodríguez como prueba de cargo. Luego de decir su nombre y número de identificación, reconoció explícitamente a Camilo Andrés Calderón como la persona que disparó contra la víctima y a HERMES ENRIQUE GONZÁLEZ SALAS como quien condujo el vehículo a la huida. A ambos los señaló como personas de

¹⁸ Récord 3:00 y ss.

¹⁹ Récord 4:30 y ss.

su barrio a quienes había visto antes en muchas ocasiones y con las cuales sostuvo diferentes interacciones a lo largo de los años.

El registro de video de la audiencia no muestra su imagen. Sin embargo, antes de que la Fiscalía comenzara su interrogatorio uno de los defensores cuestionó que «*el testigo (estaba)... camuflado, disfrazado*»²⁰ y criticó la ausencia de una «*razón de peso*» para que no estuviese físicamente presente en la sala. La titular del despacho admitió la realidad de la primera aseveración - «*el testigo efectivamente tiene puestos algunos aditamentos que alteran cuál puede ser su imagen real*»²¹ - y de ello dio cuenta también el representante del Ministerio Público: «*el testigo... tiene un, pues... se le ha alterado su fisionomía... la palabra quizá más adecuada sería “disfrazado”*»²².

En cuanto al segundo reproche (la supuesta ausencia de una justificación suficiente para la no comparecencia física del declarante), la Juez se pronunció en los siguientes términos:

«... la defensa sí conoce... (la anterior defensora) mandó una cantidad de hojas diciendo que le tomaban fotos, la perseguían, que eran paramilitares, no sé cuántas cosas... la pasada oportunidad la Fiscalía hizo traslado al testigo, el testigo tiene amenazas de muerte... no se le puede cambiar más de lugar... la señora Fiscal dijo que ella estaba amenazada, las abogadas manifestaron que estaban amenazadas... el testigo está amenazado...»²³.

²⁰ Récord 15:00 y ss.

²¹ Récord 29:30 y ss.

²² Récord 29:00 y ss.

²³ Récord 17:30 y ss.

(iv) El 31 de octubre de 2018 se practicó nuevamente el testimonio de Francisco Rodríguez, esta vez como *prueba de descargo*, también por medios virtuales.

Antes de comenzar su cuestionario, la defensa se quejó de que el despacho no hubiese verificado «*que ese testigo es realmente la persona que dice ser y que corresponde a ese número de cédula*»²⁴, a lo cual la funcionaria replicó así:

*«... el testigo está bajo protección de la Fiscalía... lo ha guardado, lo ha trasladado y lo tiene en su poder, es decir, que la Fiscalía está presentando y bajo el principio de la buena fe me lo está presentando como Francisco Rodríguez, con su identificación, y así yo lo acepto; si no estuviera en esa condición pediría otras verificaciones»*²⁵.

4.2 A partir de la anterior reseña, la Sala advierte demostrado que (i) el testimonio de Francisco Rodríguez se recibió por videoconferencia con la aquiescencia del despacho en virtud de las amenazas que dijo haber recibido; (ii) al rendirlo estaba disfrazado de una manera que ocultaba o distorsionaba su apariencia física, y (iii) aquél no exhibió su cédula de ciudadanía u otro documento cualquiera para corroborar que era quien decía ser (aunque su nombre e identidad fueron conocidos para todas las partes), y no se estableció dónde se encontraba cuando atestó.

De igual manera, la Corte avizora, contrario a lo aducido por el Fiscal que intervino en esta sede, que los defensores sí exteriorizaron reiterada y oportunamente reparos a la forma

²⁴ Récord 3:00 y ss.

²⁵ Récord 10:00 y ss.

en que se practicó el testimonio (no sólo cuando se hizo a instancias de la Fiscalía, sino también cuando se recibió por petición de la defensa). Se opusieron a que se escuchara a Francisco Rodríguez por videoconferencia “sin causa suficiente para ello”, criticaron que declarase disfrazado y se quejaron de que no exhibiera su documento de identidad.

No es verdad, pues, que hayan guardado silencio al respecto y consintiesen a la manera en que se recabó la prueba, por lo cual, se haberse configurado en verdad el vicio denunciado, no podría tenerse por convalidado.

5. El caso concreto.

Establecidos los presupuestos procesales relevantes para examinar las quejas del demandante, la Sala abordará su análisis discriminadamente en el orden en que fueron presentadas por aquél.

5.1 La declaración de Francisco Rodríguez no podía válidamente recibirse por videoconferencia porque éste no tiene ningún impedimento médico para comparecer y porque, en todo caso, no se probó la existencia de las amenazas por las cuales se accedió a la práctica telemática del testimonio.

Ya quedó suficientemente explicado que, contrario a la comprensión del actor, la adecuada hermenéutica del artículo 386 de la Ley 906 de 2004 indica que el testimonio puede recabarse telemáticamente no sólo cuando quien debe rendirlo padece una condición médica que le hace imposible

desplazarse al despacho, sino también cuando enfrenta alguna situación que le impida concurrir físicamente a declarar (§ 2.2).

Visto lo anterior, surge irrefutable para la Sala que la existencia de amenazas en perjuicio de un testigo *constituye una circunstancia objetiva que justifica y legitima la recepción a distancia de su declaración.*

Ello es lo que inequívocamente se desprende de la interpretación armónica del precitado artículo 386 de la Ley 906 de 2004 y el artículo 28 de la Resolución 1006 de 27 de marzo de 2016, a cuyo tenor, tratándose del declarante que ha sido amedrentado o constreñido, ha de preferirse «*la realización de teleconferencias*» sobre «*el traslado del beneficiario*».

Desde luego, el acopio telemático de la declaración produce una tensión entre dos derechos: de un lado, el que tiene quien declara bajo amenaza a la preservación de su vida e integridad; de otro, el que asiste a la parte contra la cual se ofrece la prueba de estar «*frente a frente*» con los testigos.

Con todo, ninguna inquietud constitucional o valorativa suscita la solución acogida por el legislador (esto es, la de permitir que se privilegie la integridad del declarante a costa de una limitación del derecho de confrontación de la parte acusada), básicamente porque la afectación de la mencionada garantía que se deriva del uso de medios informáticos en la recepción del testimonio es, como ya se dijo, insustancial.

Es que, se insiste, la utilización de sistemas de audio y video en la práctica probatoria permite, en un modo muy similar al que se logra con la presencia física del deponente, que las partes observen las maneras, gestos y comportamiento del testigo, lo confronten (en la acepción común del término) y conainterroguen.

Y si bien el defensor de GONZÁLEZ SALAS alega también que las amenazas que sirvieron como justificación para la práctica telemática del testimonio de Francisco Rodríguez no fueron demostradas, en ello tampoco le asiste la razón.

Ciertamente, aunque no se aportó a la carpeta ningún documento que dé cuenta de esas intimidaciones ni un acto administrativo que acredite la vinculación de Francisco Rodríguez al programa de protección de testigos de la Fiscalía General de la Nación (lo cual, en todo caso, no constituye requisito normativo para que el testimonio se tome a la distancia), sí se recabó suficiente información indicativa de que el nombrado efectivamente fue presionado y coaccionado en el contexto de este proceso.

Sobre ello, tal y como quedó reseñado, se pronunciaron repetidamente tanto la Fiscal del caso como la Juez *a quo*, quienes dieron cuenta, incluso, de cómo dicha situación llegó a provocar la renuncia de una abogada defensora (§ 4.1). La primera leyó en audiencia algunas comunicaciones del testigo en las que éste le manifestó que personas cercanas a

los procesados «*han establecido (sus) números telefónicos... (le) han dicho que están muy cerca... (que) saben más o menos dónde (vive)*»²⁶, y el propio Francisco Rodríguez se refirió a ello así:

*«Desde el juicio pasado... que no se realizó... no sé cómo obtuvieron mi número de teléfono y me han estado llamando... que cuánto pedía para... que me perdiera...»*²⁷.

Lo anterior resulta suficiente para tener por probada la existencia de las amenazas irrogadas al declarante y para concluir, por ende, que la recepción telemática de su testimonio no comportó una *violación* del derecho de confrontación del acusado, sino una *limitación legítima* (y muy menor) de esa garantía que no configura, por lo tanto, vicio de legalidad alguno.

5.2 *Francisco Rodríguez no exhibió su cédula de ciudadanía ni dijo dónde se encontraba cuando rindió testimonio.*

Aunque es verdad que el nombrado no presentó su cédula de ciudadanía u otro documento para corroborar su identidad, ya quedó establecido que ello, por sí solo, no merece ningún reproche de validez (§ 2.1).

Lo cierto es que la identidad del testigo fue suficientemente establecida antes de recibirse la

²⁶ Sesión de 31 de octubre de 2018, récord 3:30 y ss.

²⁷ Sesión de 12 de abril de 2018, récord 31:00 y ss.

declaración y todas las partes e intervinientes la conocieron, incluso desde los comienzos mismos de las investigación.

En efecto, en la sesión del juicio de 12 de abril de 2018, cuando se escuchó a Francisco Rodríguez a instancias de la Fiscalía, aquél se identificó así:

«...mi nombre es Francisco Rodríguez, número de cédula 79666896... mi grado de estudio es técnico y en este momento no me encuentro laborando... (nacé el) 27 de agosto de 1973... ahora no estoy conviviendo con nadie por seguridad...»²⁸.

En la siguiente sesión de la vista pública, cuando fue interrogado por la defensa, hizo lo propio en los siguientes términos:

«...mi nombre es Francisco Rodríguez, mi número de cédula es 79666896 de la ciudad de Bogotá, mi grado de instrucción es técnico»²⁹.

Por su parte, en la carpeta contentiva de las diligencias obraba - desde antes de la vista pública - la plena individualización del deponente, la cual entonces era de conocimiento real o potencial de los acusados y sus representantes.

Así, se tiene que en el informe de primer respondiente elaborado el 24 de febrero de 2009 se consignó lo siguiente:

«Según el señor Francisco Rodríguez, cc. 79.666.896 de Bta, 35 años, residente en la Kr 119 bis # 23 - 23, tel. 4220032, cel. 3144738518 o 3208015851, unión libre, grado de escolaridad

²⁸ Récord 14:30 y ss.

²⁹ Récord 6:30 y ss.

bachiller, ocupación comerciante, el cual es testigo presencial de los hechos...»³⁰.

Ese mismo día se le recibió al nombrado una entrevista en la que se consignaron su nombre, documento de identidad y apodo (Paninny), así como su edad (35), fecha de nacimiento (27 de agosto de 1973), profesión (comerciante), estado civil (unión libre), nivel educativo (bachiller y técnico), dirección y teléfono, e incluso su «*relación con el victimario*» (como «*conocido del barrio*») y huella dactilar³¹.

Su identificación también reposa en la entrevista que rindió más adelante – el 18 de agosto de 2009³² - y en las diligencias de reconocimiento fotográfico en las que participó el 25 de mayo de 2010³³.

Lo anterior descarta de plano que la prueba en comento corresponda a un testimonio anónimo. Además, visto que los datos personales ofrecidos por Francisco Rodríguez en el juicio oral coinciden con los recabados en las fases preliminares de las pesquisas y que el contenido de su testimonio concuerda con lo que manifestó en las entrevistas previas, no existe ningún motivo para inferir que se trate de personas distintas o que el primero haya sido suplantado por un tercero en la vista pública.

³⁰ Fs. 12 y ss., c. de evidencias de la Fiscalía.

³¹ F. 19 y ss., ibídem.

³² F. 105, ibídem.

³³ Fs. 107 y ss., ibídem.

De igual manera, cualquier sospecha de impostura o sustitución del testigo aparece superada por la intervención de la Fiscal del caso en el juicio, cuando aseguró que la persona cuya declaración se recibió era, en efecto, Francisco Rodríguez, y explicó que éste se encontraba en un lugar reservado luego de haber sido «*trasladado a varias ciudades de este país*» en el marco del programa de protección a testigos³⁴.

Y aunque el demandante critica simultáneamente que no se estableció el lugar desde el cual Francisco Rodríguez rindió testimonio - lo cual, admite la Corte, es cierto - ello, además de aparecer irrelevante de cara a la garantía del derecho de defensa (pues no se entiende cómo el conocimiento de esa circunstancia podría incidir en la adecuada confrontación del testimonio), no responde a ninguna exigencia establecida en la Ley.

Tampoco esta irregularidad, entonces, ocurrió.

5.3 *Francisco Rodríguez atestó disfrazado y de un modo evocativo de la “justicia sin rostro”.*

Según quedó visto (§ 4.1), le asiste razón al demandante al afirmar que Francisco Rodríguez declaró portando un disfraz que ocultaba sus rasgos físicos. Aunque en los registros del juicio no se grabó su imagen, ello fue admitido por la Juez *a quo* («*el testigo efectivamente tiene puestos algunos aditamentos que alteran... ser su imagen real*») y por el

³⁴ Sesión de 31 de octubre de 2018, récord 3:00 y ss.

representante del Ministerio Público («*el testigo... tiene un, pues... se le ha alterado su fisionomía... la palabra quizá más adecuada sería “disfrazado”*»).

En ese orden, claro aparece que la dinámica con la que se recabó esa declaración corresponde a lo que en algunos ámbitos judiciales se ha calificado como un *testimonio oculto*, esto es, aquél que «*se presta sin ser visto por el acusado*»³⁵. En otras palabras,

*«... (los) testigos ocultos... sí son identificados personalmente con nombres y apellidos, pero... deponen en el plenario con distintos grados de opacidad frente a la visión o control de las partes procesales... es posible que deponga(n) siendo visto(s) por el Tribunal y los letrados, pero no por los acusados ni el público... mediante el uso de mamparas y biombos... **sin olvidar tampoco otras opciones en las que se oculta simplemente el rostro del testigo (cascos, capuchas, verdugos o diferentes postizos)**»*³⁶.

Así pues, permitir o facilitar que el deponente comparezca disfrazado constituye una medida de protección por la cual se le cubre para sustraerlo de la vista del enjuiciado o de las partes.

Sin embargo, aunque aquella herramienta – la de ocultar o disfrazar a quien rinde testimonio – es válida en algunos ordenamientos extranjeros, en el derecho nacional ninguna regla la permite. Mal podría entenderse que se encuentra comprendida entre las medidas que el artículo 342 de la Ley 906 de 2004 permite tomar al Juez de conocimiento

³⁵ Sentencia del Tribunal Constitucional Español No. 64 de 28 de febrero de 1994.

³⁶ Sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala Segunda, No. 852 de 2016, citada en sentencia del Tribunal Supremo Español, Sala de lo Penal, No. 706 de 15 de enero de 2019.

con miras a proteger a los testigos, como que estas, conforme quedó explicado (§ 3.2), no permiten la modificación de las condiciones de práctica de la prueba sino únicamente la expedición de órdenes para proteger su vida e integridad. A pesar de lo anterior, en este asunto el despacho autorizó que Francisco Rodríguez se presentase disfrazado (justamente con el pretexto de que ello era una medida para su protección) con lo cual la funcionaria interpretó equivocadamente el referido precepto.

Con todo, de ese dislate interpretativo no puede afirmarse lesionado el derecho de confrontación del acusado ni quebrantado, en lo sustancial, el procedimiento de práctica de la prueba. Así se desprende, sin asomo de duda, de la revisión de los registros del juicio oral.

En primer lugar, porque aunque el embozo pudo impedir la observación del semblante del testigo, con ello no se obstruyó ni la auscultación de su lenguaje corporal (ademanos con las extremidades, actitud inquieta, etc.) ni la percepción de los matices verbales de su declaración (mutismos, pausas en la narración, hesitaciones). En esas condiciones, lo fundamental del derecho a estar en frente de aquél se mantuvo indemne.

De otra parte, porque la representación judicial de GONZÁLEZ SALAS tuvo la posibilidad de controlar el interrogatorio adelantado por la Fiscalía y, además, ejerció el contrainterrogatorio cabalmente. En ese cometido, exploró posibles contradicciones e inconsistencias respecto de (i) las

condiciones en las que el deponente percibió lo sucedido, (ii) el conocimiento previo que tenía de los enjuiciados, (iii) las circunstancias que le permitieron identificarlos, (iv) los detalles de la realización del delito y (v) lo sucedido en los instantes posteriores a su ejecución³⁷. Incluso, se le permitió explorar en directo – sin las limitaciones técnicas y termáticas del conainterrogatorio - la versión de Francisco Rodríguez (§ 4).

Y es que, al margen del ocultamiento de la apariencia física de Francisco Rodríguez, su identidad – se insiste – fue conocida para todas las partes tanto en el juicio como desde las fases preliminares del trámite, con lo cual siempre existió para la defensa la posibilidad de impugnar la credibilidad del testimonio no sólo en relación con *el contenido del relato* (como en efecto lo hizo), sino también con referencia a *la persona del testigo*, esto es, en cuanto a su «*capacidad... para percibir, recordar o comunicar cualquier asunto sobre la declaración*», la «*existencia de cualquier tipo de prejuicio, interés u otro motivo de parcialidad*» o el «*carácter o patrón de conducta... en cuanto a la mendacidad*».

De ahí que el derecho de confrontar la prueba, especialmente en sus aristas más determinantes – esto es, las que atañen a la posibilidad de controlar el interrogatorio e impugnar la credibilidad o el mérito de los testimonios de cargo – no sufrió ninguna limitación, menos aún de carácter

³⁷ Sesión de 12 de abril de 2018, récord 1:31:00 y ss.

sustancial, como consecuencia del yerro cometido por la Juez de primera instancia.

Por otro lado, no sobra enfatizar en que el mérito suasorio otorgado por las instancias al dicho de Francisco Rodríguez no devino de la observación del comportamiento del testigo o de sus gestos y maneras, sino de la contrastación de sus afirmaciones con otros medios de prueba y de la ponderación de la coherencia global y grado de corroboración de su relato. Así, el *ad quem* se refirió, entre otras circunstancias, a (i) la coincidencia entre el dicho del deponente y los resultados de la necropsia³⁸; (ii) la constatación de que el homicidio se cometió – como lo afirmó aquél - con un revólver calibre .38³⁹; (iii) la acertada descripción que hizo Francisco Rodríguez de las características físicas del occiso⁴⁰ y (iv) la correcta descripción que hizo de los acusados y la consistencia de sus señalamientos desde las diligencias de reconocimiento en fila de personas⁴¹. En esos razonamientos ninguna incidencia tiene que el nombrado se haya presentado disfrazado, con lo que no se entiende – y el censor tampoco lo explicó – cuál sería la incidencia *sustancial* que el dislate interpretativo identificado pudo haber tenido en la adjudicación del caso.

La conclusión que antecede necesariamente conduce a la desestimación del único cargo contenido en la demanda,

³⁸ Fs. 64 y 65, c. del Tribunal.

³⁹ F. 65 *ibidem*.

⁴⁰ F. 66, *ibidem*.

⁴¹ Fs. 74 y ss., *ibidem*.

máxime que la Sala no advierte situaciones que hagan necesaria una decisión oficiosa de otra naturaleza.

En mérito de lo expuesto, la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

NO CASAR la providencia censurada por el cargo formulado en la demanda de acuerdo con la parte motiva de esta decisión.

Esta providencia no admite impugnación.

Notifíquese y cúmplase,

Impedido
GERSON CHAVERRA CASTRO
Magistrado



JOSÉ FRANCISCO ACUÑA VIZCAYA

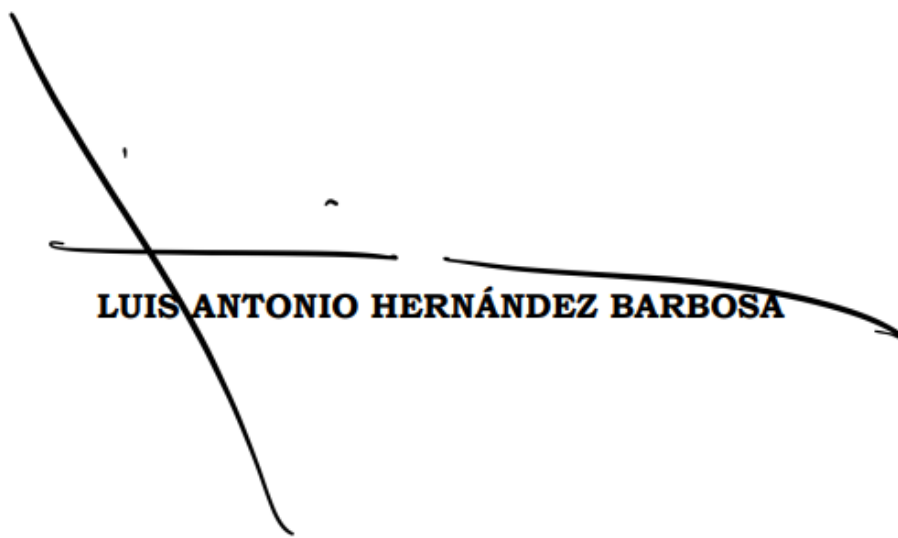


DIEGO EUGENIO CORREDOR BELTRÁN



EUGENIO FERNÁNDEZ CARLIER

2021



LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA



FABIO OSPITIA GARZÓN



EYDER PATIÑO CABRERA



HUGO QUINTERO BERNATE

Magistrado



PATRICIA SALAZAR CUÉLLAR
Magistrada

NUBIA YOLANDA NOVA GARCIA
Secretaria