

San Juan de Pasto, septiembre de 2024

HONORABLES MAGISTRADOS
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
SALA DE CASACIÓN CIVIL Y AGRARIA
E. S. D.

Accionante: Pedro Hernán Marcillo Hernández

Accionados: Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto – Sala Civil Familia

Referencia: Acción de tutela de PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ contra el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA CIVIL FAMILIA, integrada por los Magistrados Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, Aida Monica Rosero García y Marcela Adriana Castillo Silva.

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL

Respetuoso saludo,

BRIAN ANDRÉS PORTILLA MORALES, identificado con cédula de ciudadanía No. 1.085.311.169 de Pasto (N), portador de la tarjeta profesional No. 314.061 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado judicial del señor **PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ**, según poder anexo, quien es demandado en el proceso de responsabilidad civil médica ante el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, Radicación 52001310300320120018001 (809-22), me permito de la manera más respetuosa **INTERPONER ACCIÓN DE TUTELA** contra el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA CIVIL FAMILIA**, integrada por los Magistrados Gabriel Guillermo Ortiz Narváez, Aida Monica Rosero García y Marcela Adriana Castillo Silva, por VÍA DE HECHO, en la siguiente forma:

I. PETICIÓN

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales al DEBIDO PROCESO, IGUALDAD, ACCESO A LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA, PRINCIPIO DE LEGALIDAD, toda vez que el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, en sentencia de fecha veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), incurrió en un defecto sustantivo pues se observa de manera errada, y defecto por indebida valoración probatoria.

SEGUNDO: QUE SE DEJE SIN EFECTOS la sentencia de fecha veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), proferida por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO – SALA CIVIL FAMILIA, dentro del proceso de responsabilidad medica.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, que en el término de esta providencia, profiera una nueva sentencia dentro del proceso de responsabilidad médica, sobre la presente Litis.

CUARTO: ORDENAR a la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil y Agraria, que en el término de esta providencia, profería una nueva sentencia dentro del proceso de responsabilidad médica promovido.

Las anteriores pretensions encuentran su fundamento en los siguientes:

II. HECHOS

1. Con auto de fecha dieciocho (2018) de mayo de dos mil once (2011), proferido por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, fue admitida la demanda ordinaria laboral por parte de los señores Mauro Andrés López Pérez, Angie Alexandra Revelo Pastrana en contra de Coomeva E.P.S., Clínica Nuestra Señora de Fátima de Pasto y el doctor Pedro Hernán Marcillo Hernández. Posteriormente se procedió a la notificación personal del auto admisorio y traslado de la demanda a la parte pasiva de la Litis.

2. Ante la pérdida de competencia por parte del Juzgado Primero Laboral del Circuito de Pasto, se profirió el auto de fecha veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012), a través del cual se ordenó enviar el expediente al Honorable Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Civil – Familia.

3. A través de auto de fecha primero (01) de octubre de dos mil doce (2012), el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, avocó conocimiento y ordenó adecuar el trámite al proceso ordinario de mayor cuantía.

4. Dentro del correspondiente término de traslado de demanda, la entidad COOMEVA E.P.S., CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FÁTIMA DE PASTO y el doctor PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ, a través de sus apoderados judiciales dieron contestación a la demanda.

5. La entidad COOMEVA E.P.S., dentro del término de traslado para contestación de demanda llamó en garantía a la compañía de seguros LIBERTY SEGUROS S.A., de igual manera, la CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FÁTIMA llamó en garantía a la compañía de seguros LA PREVISORA S.A., las llamadas en garantía dieron contestación de demanda dentro del término procesal perentorio.

6. Mediante auto de fecha cinco (05) de febrero de dos mil trece (2013), el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, ordenó señalar el día veinte (20) de mayo de dos mil trece (2013), a partir de las 03:00 p.m., para celebración de audiencia de que trataba el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil. Sin perjuicio de lo anterior, el día señalado para la audiencia se profirió auto, reprogramando la fecha de audiencia mencionada, fijando el día doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), a partir de las 03:00 p.m.

7. En fecha doce (12) de agosto de dos mil trece (2013), se llevó a cabo la audiencia del artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, en el cual se llevaron a cabo las correspondientes etapas jurídicas. Posteriormente, mediante auto de fecha primero (01) de noviembre de dos mil trece (2013) se dio apertura al periodo probatorio, decretando las pruebas solicitadas por los sujetos procesales; la mencionada etapa probatoria finalizó se dio su cierre con auto de fecha dos (02) de marzo de dos mil dieciséis (2016), y, dio lugar a traslado para presentación de alegatos de conclusión.

8. Una vez presentado los alegatos de conclusión, el Despacho Judicial en fecha dieciséis (16) de junio de dos mil veintidós (2022), profirió la sentencia de primera instancia a través de la cual resolvió denegar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, en consecuencia de lo anterior, el apoderado judicial de los accionantes formuló dos memoriales ante la sentencia de primera instancia, por una parte, el recurso de apelación en contra de la providencia en mención, y, simultáneamente escrito de nulidad procesal.

9. En cuanto a la nulidad procesal, se dio traslado a los demás sujetos procesales para su pronunciamiento, y, posteriormente fue resuelta de manera negativa, y, concediendo el recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia.

10. Mediante auto de fecha veinte (20) de enero de dos mil veintitrés (2023), fue admitido el recurso de apelación formulado por el apoderado judicial de los accionantes. Posterior a ello se dio el correspondiente trámite de la apelación, y, en fecha veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024) el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto Sala Civil – Familia, profirió sentencia de segunda instancia resolviendo revocar la decisión emitida por el *a quo*, y, en su lugar condenar a las entidades y profesional de la salud demandados al pago de perjuicios a favor de los accionantes; sustentando su decisión en una “prueba trasladada” que no fue sometida a contradicción, con lo que se vulnera el derecho de defensa – sobre lo cual se puntualizará más adelante-.

11. En fecha primero (01) de abril del presente año, el apoderado judicial de la aseguradora llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., radicó memorial de aclaración y/o complementación de la sentencia de segunda instancia, solicitando la aclaración de la providencia para la prosperidad total de la excepción formulada, y, en consecuencia se absuelva totalmente a la llamada en garantía.

12. Mediante auto de fecha veintisiete (27) de agosto de dos mil veinticuatro (2024), el despacho del magistrado ponente del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Paso, Sala Civil – Familia, resolvió ACLARAR el ordinal octavo del fallo de segunda instancia en mención, y, en ese sentido aclarar que la llamada en garantía LIBERTY SEGUROS S.A., no está llamada a responder por la condena de los perjuicios morales.

III. DERECHOS VULNERADO

Los derechos fundamentales vulnerados al señor PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ, debido proceso y al libre acceso a la administración de justicia, imperio de la ley, consagrados en los artículos 13, 29, 228, 229 y 230 de la Constitución Política de Colombia de 1991.

IV. FUNDAMENTO FACTICOS Y JURÍDICOS

IV.I Procedencia – Requisitos Jurisprudenciales

En cuanto a la procedencia de la acción de tutela en contra de providencias judiciales, la Corte Constitucionnal en sentencia hito C-590/05, que irrumpió la demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 185, parcial, de la ley 906 de 2004 estableció en relación con la procedencia de la tutela en contra de providencias judiciales lo siguiente:

“(…) no obstante que la improcedencia de la acción de tutela contra sentencia es compatible con el carácter de ámbitos ordinarios de reconocimiento y

realización de los derechos fundamentales inherente a los fallos judiciales, con el valor de cosa juzgada de las sentencias y con la autonomía e independencia que caracteriza a la jurisdicción en la estructura del poder público; ello no se opone a que en supuestos sumamente excepcionales la acción de tutela proceda contra aquellas decisiones que vulneran o amenazan derechos fundamentales.” Este fue un paso para que se organizaran los requisitos generales de procedencia de la acción de tutela contra decisiones judiciales a partir de varias sentencias que habían sido manifestadas por la Corte Constitucional.

Consuma la Corte en esta sentencia que “Estos eventos en que procede la acción de tutela contra decisiones judiciales involucran la superación del concepto de vía de hecho y la admisión de específicos supuestos de procedibilidad en eventos en los que si bien no se está ante una burda transgresión de la Carta, si se trata de decisiones ilegítimas que afectan derechos fundamentales”.

Hacemos un examen del cumplimiento de los requisitos jurisprudenciales impuestos por la Corte Constitucional para la procedencia de la presente acción.

EL ASUNTO QUE SE DISCUTE ES DE RELEVANCIA CONSTITUCIONAL, respecto a que este requisito la Corte Constitucional, predica:

“a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente relevancia constitucional. Como ya se mencionó, el juez constitucional no puede entrar a estudiar cuestiones que no tienen una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que corresponde definir a otras jurisdicciones. En consecuencia, el juez de tutela debe indicar con toda claridad y de forma expresa porqué la cuestión que entra a resolver es genuinamente una cuestión de relevancia constitucional que afecta los derechos fundamentales de las partes.”

La actual discusión si es de evidente relevancia constitucional pues nos encontramos con que el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil – Familia basó su estudio para condenar a las entidades demandadas y mi poderdante al reconocimiento y pago de perjuicios a los accionantes Mauro Andrés López Pérez y Angie Alexandra Revelo Pastrana, en el hecho de una presunta negligencia medica que condujo al fallecimiento de su hijo, consistentes en que durante la atención medica brindada dentro de la institución hospitalaria CLÍNICA NUESTRA SEÑORA DE FÁTIMA, se aplicó incorrectamente el medicamento “captopril”, presuntamente por vía ENDOVENOSA y no por vía ORAL, lo que presuntamente causo desmejoramiento en el estado de la salud del paciente menor, al punto de entrar en paro cardiorrespiratorio y la indebida colocación del tubo endotraqueal por parte del doctor PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ; aseveración la cual fue fundamentada y allegada al presente proceso de responsabilidad civil a través de la prueba trasladada del expediente No. 520016000485200900843, investigación penal adelantada en la FISCALIA QUINTA SECCIONAL UNIDAD DE VIDA, enfocándose específicamente en el INFORME DE INVESTIGADOR DE CAMPO FPJ-11, de fecha primero (01) de diciembre de dos mil nueve (2009), emitido por el criminalista ÁLVARO VILLOTA VIVEROS, el cual indebidamente fue tenido en cuenta como un dictamen pericial, al igual, que sobre dicha prueba trasladada no se permitió el ejercicio del derecho de defensa y contradicción, al no ser puesto en conocimiento para los sujetos procesales como lo es exigible a través de auto que coloque en conocimiento que allega la prueba para ejercer la correspondiente

contradicción, y, sobre la cual no hubo manifestación alguna de las partes por desconocimiento de dicha prueba, y, no por omisión alguna de los demandados.

El órgano colegiado judicial arguye que la contradicción de dicha prueba trasladada fue subsanada al ser una prueba decretada de oficio, sin embargo, dicha concepción por parte del Tribunal Superior es totalmente errónea, ya que conforme con el auto de fecha primero (01) de noviembre de dos mil trece (2013), dicha prueba fue decretada conforme al acápite denominado "SOLICITADAS POR LA PARTE DEMANDANTE", en su numeral "2. OFICIOS", el cual en resumidas cuenta requiere a la Fiscalía Quinta Seccional allegue copia de la investigación penal; por lo cual la sentencia de segunda instancia la cual emitió un fallo condenatorio en contra de mi representado se fundamentó sobre una prueba sobre la cual no se tenía conocimiento ni fue sometida a contradicción, a tal punto que ni la parte demandante tenía conocimiento de ello, por lo cual, dentro de su respectivo recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia hizo mención alguna de dicha prueba trasladada, lo cual pone en entre dicho el reconocimiento de las garantías y derechos inherentes al demandado doctor PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ en el sentido, de falta de arreglo, análisis y valoración en el estudio de las pruebas aportadas en la demanda y las existentes en el proceso, a este tenor, se configura la violación al artículo 29 de la Constitución Política de 1991, al quebrantar la normativa que atañe al derecho fundamental del debido proceso.

Dentro del proceso penal que se seguía en la Fiscalía quinta Seccional, tampoco conoció de las pruebas que se enviaron con destino al proceso que nos ocupa, pues por la forma en que se instruye el proceso penal en la etapa de indagación preliminar, la Fiscalía no está obligada a descubrir ningún tipo de prueba; es sólo hasta que la Fiscalía presenta el escrito de acusación, que DESCUBRE las pruebas, tal y cómo lo indica el artículo 337 del Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004 en su numeral 5; hasta el momento en que se concluyó este proceso civil que nos ocupa, la fiscalía ni siquiera ha realizado imputación de cargos a mi prohijado etapa que se surte antes de la acusación; por lo que es materialmente imposible que el Dr. MARCILLO, conociera de los documentos que reposan en el proceso penal, menos aún ha podido realizar contradicción de los mismos ni en el proceso penal, ni acá en el proceso civil; por lo que era mandatorio, poner en conocimiento de las partes para que pudieran ejercer el derecho de defensa y contradicción, de los mentados medios de prueba, en los que el Tribunal Superior de Pasto, Sala Civil, basa toda la argumentación para revocar la decisión de primera instancia.

Por otro lado, tiene en cuenta, un informe realizado por un investigador de la Fiscalía, como si se tratara de un dictamen pericial; este, ni en el proceso penal es un dictamen pericial, ya que por la forma propia del proceso penal, este es un informe, y si dicho investigador es un perito, luego debe realizar una base de opinión pericial y el dictamen sólo se surte de manera oral en Audiencia; en este proceso penal, como se mencionó antes, no se conocía dicho informe, no se había controvertido dicho informe pues el proceso penal no se encuentra aún hoy en esa etapa, tampoco es tenido como prueba pericial ; de acuerdo con lo establecido en el artículo 415 Código de Procedimiento Penal Ley 906 de 2004:

"Toda declaración de perito deberá estar precedida de un informe resumido en donde se exprese la base de la opinión pedida por la parte que propuso la práctica de la prueba. Dicho informe deberá ser puesto en conocimiento de las demás partes al menos con cinco (5) días de anticipación a la celebración de la audiencia pública en donde se recepcionará la peritación, sin perjuicio de lo establecido en este código sobre el descubrimiento de la prueba.

En ningún caso, el informe de que trata este artículo será admisible como evidencia, si el perito no declara oralmente en el juicio.”

En resumen, el documento que tiene como pilar fundamental el Tribunal, para basar la sentencia de segunda instancia que se ataca por esta vía, no era un dictamen pericial en el proceso penal, no era conocido por mi prohijado, y desde luego, no había sido sometido a contradicción, por lo que si se pretendía otorgarle valor probatorio en el proceso civil, más aún como prueba pericial, debió el juzgador ordenarlo de esa manera, ponerlo en conocimiento de las partes para que ejercieran el derecho de defensa y contradicción, y además someterlo a contradicción conforme lo dispuesto en los artículos 228 y siguientes del Código General del proceso; en especial de conformidad con lo establecido en el artículo 231 que indica:

“Rendido el dictamen permanecerá en secretaría a disposición de las partes hasta la fecha de la audiencia respectiva, la cual solo podrá realizarse cuando hayan pasado por lo menos diez (10) días desde la presentación del dictamen.

Para los efectos de la contradicción del dictamen, el perito siempre deberá asistir a la audiencia, salvo lo previsto en el parágrafo del artículo 228.”

El hecho que se sorprenda en segunda instancia a las partes, otorgándole valor de dictamen pericial a un documento que llegó a través de oficio solicitado por la actora, vulnera todas las garantías del derecho de defensa, pues no reúne los requisitos del dictamen pericial, no fue sometido a contradicción en el proceso civil, tampoco reúne los requisitos de una plena prueba trasladada, ya que en el proceso original (proceso penal) no se había puesto en conocimiento de mi prohijado, no se había descubierto, no se había controvertido, y no era considerado una prueba pericial.

IV.II CONSUMACIÓN DE TODOS LOS MEDIOS DE DEFENSA JUDICIAL

Respecto a esta exigencia dice la Corte Constitucional:

“b. Que se hayan agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable. De allí que sea un deber del actor desplegar todos los mecanismos judiciales ordinarios que el sistema jurídico le otorga para la defensa de sus derechos. De no ser así, esto es, de asumirse la acción de tutela como un mecanismo de protección alternativo, se correría el riesgo de vaciar las competencias de las distintas autoridades judiciales, de concentrar en la jurisdicción constitucional todas las decisiones inherentes a ellas y de propiciar un desborde institucional en el cumplimiento de las funciones de esta última.”

Para el caso en discusión se han agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance del demandado, pues dentro del proceso que se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, se surtieron todas las instancias del proceso posibles hasta que se profirió la sentencia de primera y segunda instancia; por la cuantía, no es posible proponer recurso extraordinario de casación.

IV.III CUMPLIMIENTO DEL REQUISITO DE INMEDIATEZ

En este caso se cumple el requisito de inmediatez que establece la Corte:

“(...) es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración. De lo contrario, esto es, de permitir que la acción de tutela proceda meses o aún años después de proferida la decisión, se sacrificarían los principios de cosa juzgada y seguridad jurídica ya que sobre todas las decisiones judiciales se cerniría una absoluta incertidumbre que las desdibujaría como mecanismos institucionales legítimos de resolución de conflictos.”

Se cumple con interponer la tutela en un plazo razonable y proporcionado, la sentencia objeto de la acción de tutela fue proferida el día veinte (20) de marzo de dos mil veinticuatro (2024), y notificada el día veintidós (22) de marzo de dos mil veinticuatro (2024) mediante ESTADO, por esa razón se entiende que al momento de la interposición de la presente acción hay un plazo razonable y se ha incumplido con el requisito de inmediatez consagrado en la Constitución Política Nacional y el Decreto 2591 de 1991.

Esta acción de tutela se presenta, una vez el Tribunal realizó aclaración y complementación de la sentencia de segunda instancia y el proceso descendió al Juzgado de origen.

IV. HECHOS QUE GENERARON LA VULNERACIÓN

La Corte dice al respecto:

“Esta exigencia es comprensible pues, sin que la acción de tutela llegue a rodearse de unas exigencias formales contrarias a su naturaleza y no previstas por el constituyente, sí es menester que el actor tenga claridad en cuanto al fundamento de la afectación de derechos que imputa a la decisión judicial, que la haya planteado al interior del proceso y que dé cuenta de todo ello al momento de pretender la protección constitucional de sus derechos.”

En este caso se cumple con este requisito pues se presenta claridad sobre el fundamento de la afectación de derechos de carácter humano y fundamental.

Acudiendo como base la sentencia T-006-92, la cual entre otras cosas dispuso: *“La acción de tutela puede recaer sobre sentencia y demás providencias que pongan término a un proceso, proferidas por los Jueces, Tribunales, Corte Suprema de Justicia y Consejo de estado, cuando éstos a través de las mismas vulneren o amenacen por acción u omisión cualquier derecho constitucional fundamental”*. Ahora bien, la sentencia C-543 de 1992 de la Corte Constitucional declaró la inexecutable de los artículos del Decreto 2591 de 1991, entre ellos, los artículos 11 y 40 que establecía la posibilidad de accionar en tutela en contra de fallos judiciales, dicha providencia en su parte motiva hizo una precisión hermenéutica que resultaría determinante para la construcción de la teoría de las vías de hecho en nuestro ordenamiento jurídico, la cual estableció que: *“La acción de tutela no procede en contra de providencias judiciales, salvo que a lo dispuesto en ellas constituya una actuación de hecho de los funcionarios judiciales, salvo que lo dispuesto en ellas constituya una actuación de hecho de los funcionarios judiciales, eventos en los cuales, la decisión judicial cuestionada debía ser descalificada como acto jurídico, procediendo por lo mismo al amparo de tutela”*.

Siendo así las cosas, y, siendo concreto y contundente, se puede determinar de manera inequívoca que el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE PASTO, SALA CIVIL FAMILIA, incurrió en vía de hecho al revocar la decisión del a quo y acceder a las pretensiones de la demanda instaurada, toda vez que erradamente fundamentó su decisión *i)* en un medio probatorio consistente en una prueba trasladada de una investigación penal la cual no fue puesta en conocimiento a los sujetos procesales y sometida a contradicción, *ii)* justificar la omisión en la contradicción de la prueba trasladada al concebir dicha prueba como de “oficio”, y, *iii)* tener por probado sin estarlo la presunta negligencia médica de mi poderdante en los informes de investigador de campo –FJP-11, emitidos por un criminalista, sin tener en cuenta si dicho servidor público adscrito a la policía judicial se trata de un profesional se trate de un especialista en pediatría y que además cuente con la misma experiencia, pericia e idoneidad para emitir un concepto pericial; transgrediendo así derechos constitucionales fundamentales que se expondrán en el acápite de “normas violadas”.

A partir de la sentencia ut supra, comenzó a difundirse desde la práctica judicial y la jurisprudencia constitucional, lo que hoy se conoce por causales genéricas de procedibilidad de la acción de tutela instaurada contra providencia judiciales.

Es así que la vía de hecho se entiende como una manifestación burda, flagrante y desprovista de todo vestigio de legalidad, es el principio que inspiró la posibilidad de instaurar la acción de tutela contra decisiones judiciales, pues no obstante el reconocimiento al principio de autonomía funcional del juez, quien la administra quebranta, bajo la forma de una providencia judicial, derechos fundamentales. La sentencia T-231/94, del caso sub examine dijo: “El Juez que incurra en una vía de hecho, no puede esperar que al socaire de la independencia judicial, sus actos u omisiones, permanezcan incólumes. En este evento en el que se rompe de manera incontestable el hilo de la juridicidad, los jueces de tutela están excepcionalmente llamados a restaurar esa fidelidad a la ley de la que ningún juez puede liberarse sin abjurar de su misión. Solo en este caso, que por lo tanto exige la mayor ponderación y la aplicación de los criterios de procedencia más estrictos, es dable que un juez examine la acción u omisión de otro”. La evolución de la jurisprudencia constitucional condujo a que desde la sentencia enunciada anteriormente; determinaran cuáles defectos podían conducir a que una sentencia fuera calificada como vía de hecho, indicando que ésta se configura cuando se presenta, al menos, uno de los siguientes vicios o defectos protuberantes:

(A) DEFECTO SUSTANTIVO, que se produce cuando la decisión controvertida se funda en una norma indiscutiblemente inaplicable.

(B) DEFECTO FÁCTICO, que ocurre cuando resulta indudable que el juez carece de sustento probatorio suficiente para proceder a aplicar el supuesto legal en el que se sustenta la decisión.

(C) DEFECTO ORGÁNICO, se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello

(D) DEFECTO PROCEDIMENTAL, que aparece en aquellos eventos en los que se actuó completamente al margen del procedimiento establecido.

De la misma forma, la Honorable Corte Constitucional en (Sentencia T-056/05), entre otras manifestó, “que en un principio no es el mecanismo de la tutela la vía adecuada para

controvertir las decisiones a las que llegan los funcionarios judiciales. Ello porque la Constitución de 1991, en su artículo 230, confirió a los jueces autonomía en sus decisiones, con el ánimo que de esta manera se respetara una de las premisas básicas del estado de derecho: la independencia del juez.

Ahora bien, ha sido también criterio de la Corporación que **la autonomía conferida por la Constitución a los jueces no puede servir de pretexto para que estos incurran en arbitrariedades. El derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 29 de nuestra constitución, se erige como un límite a la actividad judicial. Así pues, la discrecionalidad del juez, su autonomía al momento de fallar, se debe ajustar a la observancia de este derecho de carácter fundamental.**

Es en el evento en el que el juez ordinario no observa el derecho consagrado en el artículo 29 de la Carta, cuando el juez constitucional está llamado a intervenir por vía de tutela. **De verificar que en el trámite de cualquier proceso, uno o varios jueces, bien se trate de un individuo o de un cuerpo colegiado, incurrieron en un exceso, en una grosera y flagrante separación de los preceptos legales y constitucionales, la tutela será procedente”.**

Así pues, y tal como lo manifestó la H. Corte Constitucional en sentencia T -442 de 2005, **“contra las decisiones arbitrarias y caprichosas de los funcionarios judiciales que sin fundamento objetivo y razonable contradigan los parámetros constitucionales con la consecuente vulneración de derechos fundamentales, se podrá formular el amparo de tutela con la debida demostración del yerro en el que se incurrió en la providencia judicial.** A la Corte le corresponderá verificar la existencia del vicio alegado por el accionante, sin que por ello se dé lugar a una intromisión arbitraria en la esfera de competencia del juez de conocimiento; pero no podrá definir la cuestión litigiosa de forma concluyente. El examen se limitará a constatar la existencia de situaciones irregulares desde una perspectiva sustantiva, fáctica, orgánica o procedimental.”

Como estas sentencias, existe mucha más, que se han encargado de desatar la Litis, cuando se instauran acciones de tutela para desvirtuar las providencias, judiciales que han constituido vías de hecho, entre otras tenemos las sentencias T-088 de 1998, T1017 DE 199, T-949 de 2003, Mp. Eduardo Montealegre Lynett, C 590 de 2005 MP. Jaime Córdoba Triviño, estas se encargaron de ampliar el numero de causales de procedencia del amparo constitucional que se explicarán en su correspondiente acápite. Así mismo Sentencia T-387/07 Manuel José Cepeda ESPINOSA, Sentencia T-249/08 Jaime Córdoba Triviño, esta sentencia tiene una gran connotación, toda vez que la H. Corte Constitucional desvirtuó decisiones adoptadas por Salas de Casación Laboral y Penal del H. Corte Suprema de Justicia, tal como lo dispuso el numeral primero de la parte resolutive de la mencionada providencia.

*“**REVOCAR** las Sentencias adoptadas por las Salas de Casación Laboral y Penal de la H. Corte Suprema de Justicia el 4 de julio y el 14 de agosto de 2007, para decidir la acción de tutela instaurada por la Unión Sindical de Trabajadores de las Comunicaciones USTC y Paulino Barrera Beltrán contra la Jueza Segunda Laboral del Circuito de Bucaramanga y la Sala Laboral del H. Tribunal Superior de la misma ciudad, para, en su lugar, conceder la protección a la asociación sindical, a la igualdad, al debido proceso, al trabajo y a los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales ratificados por Colombia”.*

No solo, son los Juzgados y Tribunales, que han incurrido en vías de hechos, También la H. Corte Suprema como ya se expuso, y el H. Consejo de Estado, pues vale la pena traer a colación la sentencia T-619 DE 2009, la cual concluyo diciendo:

*“**PRIMERO.- REVOCAR** el fallo proferido por el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Subsección “A”, de fecha 22 de enero de 2009, que negó por improcedente la tutela de los derechos fundamentales invocados por la señora María Elena Jiménez de Crovo; e igualmente la sentencia proferida en el mismo caso por la el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, de fecha 26 de marzo de 2009, por medio de la cual confirmó el fallo de primera instancia. En su lugar, TUTELAR a favor de la señora María Elena Jiménez de Crovo el derecho fundamental al debido proceso”*

En más recientes pronunciamientos, tenemos las Sentencias T-430 de 2011, Sentencia T230/11 Sentencia T-466/11, esta última revoco la decisión tomada por el la Sala Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura.

Como se puede apreciar en las citas sentencias, es loable considerar que la Corte ha enriquecido y ha producido una abundante doctrina en lo que concierne a la inobservancia por parte de las autoridades judiciales del derecho al debido proceso y ha denominado a estas injustificadas arbitrariedades, **“vías de hecho”**. Dicha denominación, resulta esclarecedora frente al fenómeno que describe: el juez, quién debe fallar en derecho, opta por una vía, ya no de derecho, sino de hecho, que se aparta de los lineamientos y de los requisitos de orden legal y constitucional, desbordando el marco del sistema de nuestro ordenamiento jurídico. Es entonces cuando se aprecia con claridad que la garantía jurisdiccional de la Constitución, por intermedio de la acción pública de tutela, es un elemento del sistema de los medios técnicos que tienen por objeto asegurar el ejercicio regular de las funciones estatales.

Vale decir, que tales postulados comprende claramente también la actividad de los jueces. Por consiguiente, si una autoridad judicial realiza un acto sin alguna base legal (conocida como una vía de hecho), no es, propiamente hablando, un acto ilegal, en la ausencia de una ley que permita apreciar su legalidad como tal, lo que la hace inmediatamente inconstitucional, por que atenta contra los derechos fundamentales y garantías otorgadas por nuestra constitución.

De lo anteriormente expuesto se desprende que las decisiones que constituyen **vías de hecho**, que son actos que carecen de la buena aplicación de la ley, no podrán entenderse válidas bajo ninguna circunstancia; las órdenes que como consecuencia de ellas se impartan tampoco tendrán validez alguna, es tanto así que en aras de salvaguardar la integridad sistémica y en amparo de la seguridad jurídica (garantía de todos los ciudadanos en relación con la administración de justicia), el juez que en determinado momento ejerce el rol de juez constitucional deberá revelar la inconstitucionalidad de la decisión viciada por una vía de hecho y declarará su invalidez.

Ahora bien, la sentencia de segunda instancia proferida por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil – Familia, incurrió en una vía de hecho, recordando que fundamento su decisión de revocar la sentencia de primera instancia, con base en una prueba trasladada la cual si bien reposaba en el expediente procesal, está jamas fue puesta

en conocimiento y por ende contradicción a los sujetos procesales, estableciendo esta prueba como determinante al momento de emitir su decisión, como se observará a continuación:

(...)

c) Sobre la prueba trasladada.

Sobre este aspecto, conviene traer a colación los pronunciamientos que atienden a la materia. De ello, ha señalado la doctrina que, “concretamente, la prueba trasladada es la que se practica en un proceso, pero que es admitida para ser valorada por el juez en otro proceso, ya que es de utilidad para probar los hechos aducidos en este”

Artículo 174. Prueba trasladada y prueba extraprocesal. *Las pruebas practicadas válidamente en un proceso podrán trasladarse a otro en copia y serán apreciadas sin más formalidades, siempre que en el proceso de origen se hubieren practicado a petición de la parte contra quien se aducen o con audiencia de ella. En caso contrario, deberá surtirse la contradicción en el proceso al que están destinadas. La misma regla se aplicará a las pruebas extraprocesales.*

La valoración de las pruebas trasladadas o extraprocesales y la definición de sus consecuencias jurídicas corresponderán al juez ante quien se aduzcan.

De este modo y, aterrizando los anteriores criterios al sub examine, sea lo primero aclarar que dicha prueba contiene elementos que no fueron practicados en el proceso penal, no obstante, y para el presente, la prueba trasladada se decretó de oficio a través de auto del primero (1º) de noviembre de dos mil trece (2013), permitiendo de esta manera que para el presente se hubiese surtido la contradicción en el proceso de primera instancia, lo que abre puertas a su utilidad para el análisis probatorio que se esta realizando en este estadio procesal.

En ese orden de ideas, deviene estudiar los hallazgos expuestos en los informes periciales que fueron realizados a través de experticias técnicas que corroboran el actuar negligente del personal de salud de la Clínica Fátima, descubrimientos que se pueden reflejar en los informes que se procede a estudiar a continuación.

(...)

Este punto también puede ser corroborado con el Informe de Investigador de Campo FPJ-11, del primero (01) de diciembre de dos mil nueve (2009)39, suscrito igualmente por el criminalista Álvaro Villota Viveros, dictamen a través del cual se emitió concepto sobre la intubación, llegando a las siguientes conclusiones:

5. Resultados de la actividad investigativa (Descripción clara y precisa de los resultados)

INTERPRETACION AL DIAGNOSTICO REALIZADO POR LA DOCTORA CARMEN B. GARCIA MEDICO ESPECIALISTA EN IMÁGENES DIAGNOSTICAS LUEGO DE EXAMINAR LA RADIOGRAFIA MARACADA

COMO "angy Revelo Tórax I-25-09 hora 20, retiro 1 a.m" tomada al paciente el 25 de enero de 2009.

1.- **El paciente fue intubado defectuosamente.**

2.- **El pulmón izquierdo presento una atelectasia (no llegada de aire), planteándose la posibilidad que esta alteración sea secundaria al mal intubamiento. (...)**

Comentario. El estudio de la historia clínica del paciente no demuestra que antes del procedimiento existiera derrame pleural masivo o consolidación neumónica. por lo tanto **la posibilidad planteada por la especialista respecto a que la atelectasia es consecuencia de un mal intubamiento es razonable.** (Negrilla fuera de texto original).

Finalmente, y sobre lo descrito en los últimos párrafos de los informes en cuestión, **es más que evidente que la terapia respiratoria también fue defectuosa**, lo que contribuyó a que el neonato permaneciera una hora y veinte minutos con dificultad respiratoria, **dejando entrever nuevamente no sólo la negligencia sino además la impericia**, la cual, como bien lo dice la palabra, hace clara alusión a una falta de habilidad del profesional en su quehacer, es decir, falta de sabiduría en sus acciones, experiencia y habilidad en la ejecución de su profesión que perjudicó directamente al paciente. (Negrilla y subrayado fuera de texto)

Los fragmentos citados, fueron los argumentos principales sobre los cuales la Corporación Judicial fundamento su decisión, sin embargo, como se manifestó anteriormente, las razones por las cuales dicha prueba trasladada y las conclusiones probatorias extraídas, empero, abordaremos inicialmente el tema referente a la prueba trasladada, la cual erróneamente el Tribunal Superior aduce fue decretada de oficio por parte del A quo mediante auto de fecha primero (01) de noviembre de dos mil trece (2013), la cual como se verá a continuación en ningún momento se evidencia que se trata de una prueba de oficio, sino por el contrario, fue una prueba solicitada y decretada a nombre de la parte demandante como se observa a continuación:



JUZGADO CIVIL DEL CIRCUITO DE DESCONGESTION
Pasto, primero (1º) de noviembre de dos mil trece (2013)

RADICADO	52001-31-03-003-2012-00180-00
REFERENCIA	ORDINARIO – RESPONSABILIDAD MÉDICA
DEMANDANTE	MAURO ANDRÉS LÓPEZ PÉREZ ANGIE ALEXANDRA REVELO PASTRANA
DEMANDADOS	EPS COOMEVA CLÍNICA FÁTIMA
ACTUACIÓN	DECRETA PRUEBAS
AUTO INTERLOCUTORIO	No. 025

Cumplida la audiencia de que trata el artículo 101 del C. de P. C. y atendiendo lo dispuesto en el artículo 402 de la misma obra ritual, corresponde abrir a pruebas el proceso, de conformidad con el cronograma de actividades del Juzgado de origen y las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se realizarán en término de CUARENTA (40) días, **mismo que comenzará a correr desde la práctica de la primera audiencia a realizar.**

SOLICITADAS POR LA PARTE DEMANDANTE.

1. DOCUMENTALES

Téngase como prueba los documentos aportados con la demanda, visibles de folios 7 a 16 del C-1

2. OFICIOS

Oficiése a la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto para que se sirva remitir con destino a este proceso, copia de toda la investigación penal número 520016000465200900463.

Como queda en evidencia, conforme con el acápite denominado **SOLICITADAS POR LA PARTE DEMANDANTE**, en su numeral 2, “**OFICIOS**”, el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, ofició a la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto, allegue al expediente la investigación penal No. 520016000465200900463; aunado a ello, para soportar nuestra conclusión, acudiremos al libelo de demanda, específicamente al acápite de “**PRUEBAS**”, literal C, denominado “**PRUEBA TRASLADADA**”, la cual estableció lo siguiente:

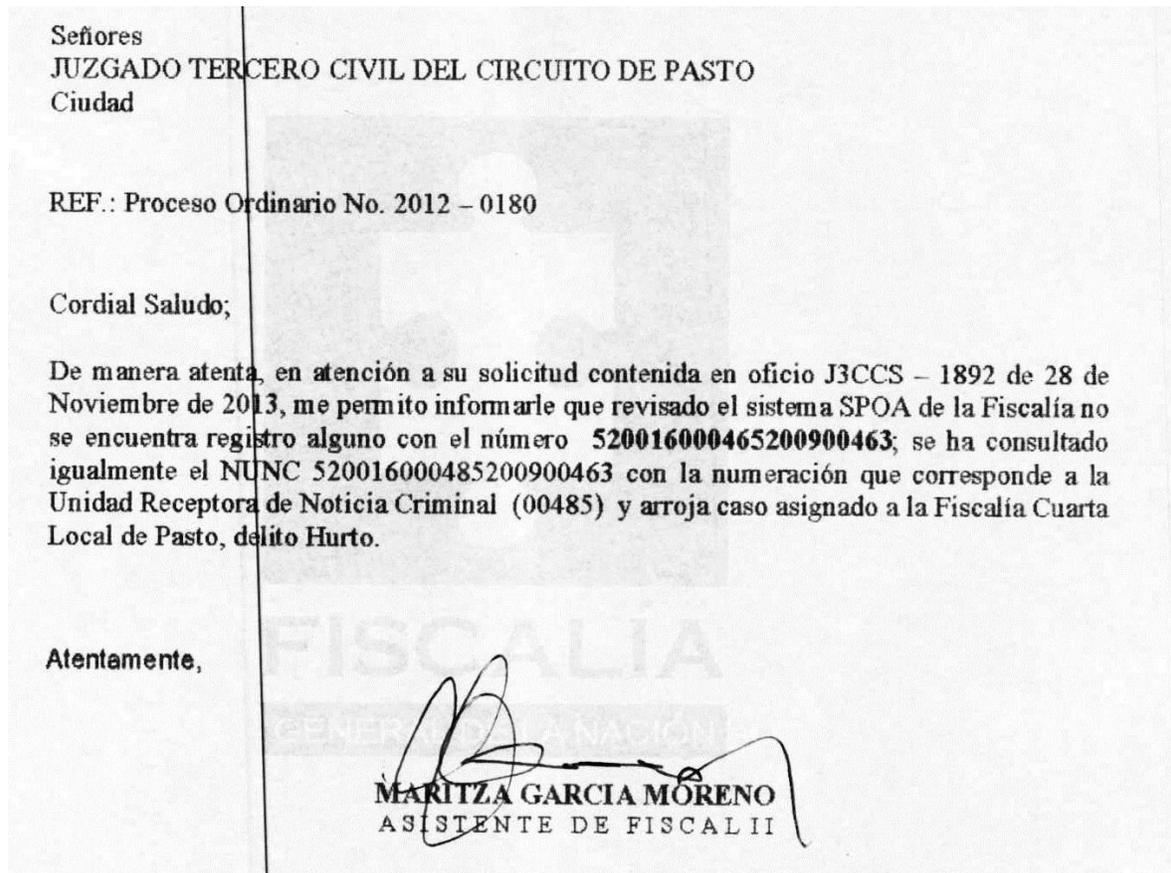
C. PRUEBA TRASLADADA

- 1- Se oficie a la Fiscalía 5 Seccional para que con destino al Juzgado de conocimiento allegue copia de toda la investigación penal No. 520016000465200900463 y en lo que hace referencia a la demostración de la negligencia médica, como de la historia clínica la cual es la narración histórica de todo lo que aconteció con el menor JUAN SEBASTIAN LOPEZ REVELO. Y donde quedan registradas las falencias médicas, mismas que produjeron el deceso del primogénito de mis poderdantes
- 2- Se solicitara Oficiar a COOMEVA, para que sea esta la que certifique si el señor MAURO ANDRES LOPEZ para la época de los hechos era cotizante en Salud con dicha entidad prestadora del servicio en Salud.

Como se puede observar, la solicitud de que se allegue la investigación penal cursante ante la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto, fue elevada por la parte demandante, y, no como una prueba de oficio, por lo cual, no fue surtido la contradicción en el proceso de primera instancia, y, por ende, no se debe tener en cuenta para el análisis probatorio ni mucho

menos fundamentar toda su decisión en dicho material probatorio, ya que, se trata de una prueba que vulnera de manera flagrante el debido proceso, y, es que, conforme con el expediente procesal, y, de una revisión minuciosa de cada uno de los autos proferidos por el operador jurídico de primera instancia, no se avizora ninguna providencia a través de la cual coloque en conocimiento a los sujetos procesales, para ejercer la contradicción de dicho medio probatorio.

Contrario a lo anterior, si encontramos en el link del expediente procesal¹, concretamente, en el **CUADERNO PRINCIPAL 2**, archivos número **18 y 19**, los cuales involucran la prueba trasladada decretada, en el cual en el primer archivo, la respuesta emitida por la doctora MARITZA GARCÍA MORENO, en condición de ASISTENTE DE FISCAL II de la FISCALIA QUINTA SECCIONAL DE PASTO – UNIDAD DE VIDA, radicada ante el despacho judicial en fecha nueve (09) de diciembre de dos mil trece (2013), manifestando lo siguiente:



La anterior respuesta, fue puesto en conocimiento a los sujetos procesales mediante auto de fecha trece (13) de diciembre de dos mil trece (2013), de la siguiente manera:

¹ https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/j03ccpas_cendoj_ramajudicial_gov_co/layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fj03ccpas%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2F1%2C%2B0%20INSTANCIA%2F02%2C%2B0%20JURISDICCIA%2F03%20ORDINARIA%2F01%20PROCESOS%2F2017%20y%20anteriores%2F2012%2D0180%2D00

REFERENCIA: ORDINARIO No. 2012-0180
DEMANDANTE: MAUROP ANDRES LOPEZ PREZ Y OTRA
DEMANDADO: COOMEVA E.P.S. Y OTROS

El anterior oficio remitido por la FISCALIA QUINTA SECCIONAL DE PASTO, donde informa que no se encuentra registro alguno de la investigación penal No. 520016000465200900463 que esta aparece asignada a la FISCALIA CUARTA LOCAL DE PASTO, por el delito de Hurgo. Póngase en conocimiento de la parte demandante a fin de que manifieste lo que estime conveniente.

En cuanto al archivo 19, del mencionado CUADERNO PRINCIPAL 2, en dicho archivo se encuentra el memorial radicado por parte del apoderado judicial de la parte accionante, quien en fecha veinte (20) de enero de dos mil catorce (2014), a través del cual solicito se sirva aclarar el número de investigación penal, con ocasión a que el anterior número correspondía a una fiscalía y delito diferente, por ende, con dicha aclaración se pretendía se allegue copia de toda la investigación penal al expediente procesal, como se avizora a continuación:

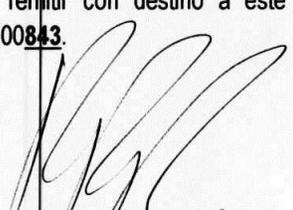
RICARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ, mayor y vecino de Pasto, identificado con cedula de ciudadanía número 12.981.001 de Pasto, portador de la T.P. No. 71122 del C. S. DE LA J. apoderado de la parte demandante, a su despacho me permito

MANIFESTAR

Mediante auto fechado 13 de diciembre de 2.013, notificado por estados el 18 de diciembre de 2.013, se puso en conocimiento que el oficio número 1892 del 28 de noviembre de 2.013, ordenado mediante providencia del 1 de noviembre de 2.013, remitido a la FISCALIA QUINTA SECCIONAL DE PASTO con el fin de que se sirva remitir con destino a este proceso, copia de toda la investigación penal número 520016000465200900463 fue devuelto, por cuanto el expediente solicitado se encuentra en la Fiscalía Cuarta Local de Pasto por un delito de hurto.

La presente con el fin de **aclarar** que el número correcto del expediente es 520016000485200900843 Que se encuentra a cargo de la **Fiscalía Quinta Seccional**, calle 17 No. 26-55 de la ciudad de Pasto, motivo por el cual comedidamente solicito se oficie a dicha Fiscalía para que proceda remitir con destino a este proceso, copia de toda la investigación penal 520016000485200900843.

Atentamente,


RICARDO RODRIGUEZ RODRIGUEZ
C.C. NO. 12.981.001 DE PASTO
T.P. No. 71122 DEL C. S. DE LAJ.

Con posterioridad, a esta última actuación en la cual fue mencionada la investigación penal cursante a la Fiscalía Quinta Seccional, nada más se indicó por parte del Juzgado respecto de la obtención de la mentada investigación penal; por lo cual el despacho judicial no colocó en conocimiento a través de providencia para su contradicción ninguno de los documentos que posteriormente, llegaron de la Fiscalía, dando cierre a la etapa probatoria, continuando con los alegatos de conclusión y posterior sentencia de primera instancia, la cual, como es conocimiento para esta sala de decisión, en ningún acápite del fallo emitido por el *A quo*, se hizo alguna manifestación y/o apreciación sobre dicha prueba trasladada, ni tampoco, en el recurso de apelación ni mucho menos en la sustentación del recurso de apelación por parte del apoderado judicial de la parte accionante, lo que deja en evidencia que dicha prueba si bien fue allegada al expediente procesal, nunca fue puesta en conocimiento de las partes, y, por ende, al ser una prueba requerida de parte y no de oficio, como con antelación se aclara al Tribunal Superior; adicionalmente, cómo se indicó antes, ninguno de los documentos provenientes de la Fiscalía eran conocidos por mi prohijado en el proceso penal que estaba en indagación preliminar, donde no se había surtido imputación, ni mucho menos acusación, etapa donde apenas se descubren las pruebas que ha recaudado la fiscalía para contradicción; es decir, no se había surtido la contradicción de ningún medio de prueba en Fiscalía.

Una vez establecido los fundamentos facticos y jurídicos que generaron la vulneración por parte del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil – Familia, al emitir un fallo fundamentando su decisión en una prueba que no fue sometida a contradicción, arguyendo que se trataba de una prueba de oficio, se proseguirá con el erróneo análisis efectuado por la corporación judicial en los presuntos informes periciales emitidos dentro de la investigación penal.

Retomando el informe de investigador de camo FJP-11, del primero (01) de diciembre de dos mil nueve (2009), suscrito por criminalista ÁLVARO VILLOTA VIVEROS, adujo equívocamente los siguiente:

(...)

1.- ***El paciente fue intubado defectuosamente.***

2.- ***El pulmón izquierdo presento una atelectasia (no llegada de aire), planteándose la posibilidad que esta alteración sea secundaria al mal intubamiento. (...)***

Comentario. El estudio de la historia clínica del paciente no demuestra que antes del procedimiento existiera derrame pleural masivo o consolidación neumónica. por lo tanto ***la posibilidad planteada por la especialista respecto a que la atelectasia es consecuencia de un mal intubamiento es razonable.***

Es totalmente reprochable la postura asumida por el Tribunal Superior, al aceptar de plano las conclusiones emitidas por el profesional ÁLVARO VILLOTA VIVEROS, pretendiendo tener por probado sin estarlo, que la terapia respiratoria fue defectuosa, aduciendo negligencia e impericia a mi poderdante, demeritando sobre este último su habilidad como profesional en su quehacer y carente experiencia y habilidad en la ejecución de su profesión, sin hacer previamente un estudio juicioso del profesional quien emite dichas conclusiones, es decir, aceptaron sin mayores argumentos o indagación del criminalista, equiparando dichos informes de la investigación penal como si se trataran de dictámenes periciales, sin tener en cuenta las precisiones iniciales acerca de los requisitos formales y la introducción del mismo al proceso, ya que presente muchas falencias de dichos requisitos

de que trata el artículo 226 del C.G.P., a los que se hará referencia expresando la influencia que ha de tener en la tarea valorativa.

Los artículos 164 y 173 del Código General del Proceso que, en su orden, consagran los principios de necesidad y legalidad de la prueba, en este asunto se infringieron esos proceptos, por lo siguiente: i) el referido informe fueron aportados como prueba trasladada a petición de parte, pero el tribunal superior lo concibe como si fue decretado de oficio, con las implicaciones que ello tiene en materia de contradicción de la prueba, ii) el informe sobre el que fundamenta que la terapia respiratoria fue defectuosa no cumple con los requisitos mínimos legales para las peritaciones, iii) el informe del criminalista no se decretó como un dictamen, pero la corporación judicial le da tal valor probatorio, iv) no se verificaron si el profesional quien emitió el informe cuenta con la especialidad que requiere el caso, es decir, PEDIATRÍA, ya que según los datos en el expediente de la investigación penal, se identifica como CRIMINALISTA, y, v) pese a que el juez de primera instancia NO corrió traslado a las demandadas de los informes incluidos dentro de la prueba trasladada, el juez de segunda instancia da por sentado tal situación al concebirla como una prueba de oficio y no de parte.

El informe sobre el cual se fundamentó la sentencia de segunda instancia fueron aportados dentro de la prueba trasladada, que como se dejó en evidencia con suficiencia fue solicitada de parte y decretada de igual manera por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Pasto, sin embargo, en el fallo de segunda instancia lo concibe como una prueba decretada de oficio, y, por ende, pretende justificar que se hubiese surtida la contradicción en el proceso de primera instancia, el cual, es un flagrante error y no un mero ritualismo ya que cada medio de prueba si bien tiene un camino legal distinto a sus requisitos, forma de contradicción y criterios de valoración, este inconveniente pretende ser superado por parte del a quo, lo que no es admisible, aunado a ello, el informe emitido por el criminalista dentro de la investigación penal cursante en la Fiscalía Quinta Seccional de Pasto, se tuvieron por ciertas todas las conclusiones emitidas dentro de dicho informe el cual no verificaron si cumplía con los requisitos de una prueba pericial, ni se corroboró si el profesional ALVARO VILLOTA VIVEROS, además de su condición como criminalista también cuenta con alguna especialidad médica, para emitir tales conclusiones sobre mi poderdante doctor PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ de profesión medico cirujano y con especialidad en PEDIATRIA, ya que sería totalmente contradictorio que alguien que no sea un par académico y profesional, pueda emitir conceptos técnicos científicos de tal índole, de ese modo se desconoció que el principio de legalidad de la prueba en materia de peritación, justamente, para evitar que alguna de las partes se pueda ver beneficiada como es el caso que hoy nos atiende, en el cual la parte demandante se ve beneficiada de unas conclusiones de un profesional que no se tiene certeza si sus conclusiones corresponden a la realidad y conocimientos científicos, reitero, no fue controvertida ni en el proceso penal, ni en el proceso civil.

Este es un error jurídico que pervive con independencia de que la prueba haya sido decretada en primera instancia pero no fue pusta en contradicción dentro de la etapa probatoria, por ende, imponía su exclusión incluso al momento de ser analizada jurídicamente en la segunda instancia, tal valoración se hizo por fuera del ritual procesal, vulnerando el derecho de defensa, debido proceso y contraviene el principio de legalidad, ya que, al omitir su contradicción por tratarla como prueba de oficio en el curso de la segunda instancia, menos todavía por fuera de las oportunidades probatorias; es contraria al principio de legalidad de la prueba, la conclusión del tribunal respecto a que el informe objeto de reproche cumple con los requisitos de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, al tener por demostrado los elementos de la responsabilidad médica y el

presunto proceder culposo de mi poderdante como profesional de la salud adscrito a CLÍNICA FÁTIMA de Pasto, aduciendo equívocamente la existencia de impericia al momento de la atención de emergencia frente al evento del paro cardiorrespiratorio del menor.

Del análisis del informe del investigador de campo, no se tiene certeza sobre sus certificaciones sobre formación y experiencia, lista de casos en los que ha sido designado como perito, explicación sobre su métodos y el fundamento de las conclusiones plasmadas en dicho informe, comoquiera que de la procesal no se infiere, que las declaraciones e informaciones mínimas deben acompañarse con él.

El desconocimiento de los requisitos legales mínimos de los dictámenes, es evidente, toda vez que no se atendieron ningún requisitos previsto en el artículo 226 del Código General del Proceso, por ello, es muy equivocada la consideración del ad quem según el cual "(...) *En ese orden de ideas, **deviene estudiar los hallazgos expuestos en los informes periciales que fueron realizados a través de experticias técnicas que corroboran el actuar negligente del personal de salud de la Clínica Fátima**, descubrimientos que se pueden reflejar en los informes que se procede a estudiar a continuación*", se puede evidenciar que la órgano colegiado adopta los informes del investigador de campo del expediente penal como si se tratasen de pruebas periciales, los cuales se reitera no atendieron los requisitos preceptos normativos, ni cumplieron con los mínimos exigidos en la ley, en el cual no se aportan los documentos que acreditaran la idoneidad y experiencia del criminalista, ni el título académico, ni certificación de su experiencia profesional técnica; por lo que el Tribunal no sabía siquiera si el criminalista es profesional en medicina general y especialista en pediatría, tampoco se aportaron soportes realacionados por la Fiscalía Quinta Seccional donde acrediten tal situación, que fue la entidad que a través de uno de sus funcionarios rindió la experticia.

Ello es crucial por cuanto al tratarse los mencionados informes como dictámenes, de quien ni siquiera se dio contradicción dentro del proceso civil, por ende, el artículo 226 del Código General del Proceso contiene una serie de reglas ineludibles de la prueba pericial, por otra parte, el artículo 227 de la misma codificación, a la luz de esta norma la prueba pericial puede presentarse en cualquier oportunidad, pero una sola vez y en forma completa, en consecuencia, es un error valorar varios informes fragmentados en distintas fechas y dentro de un proceso aparte, carece de respaldo legal. El artículo 228 del Código General del Proceso, que regula la forma de contradicción de los dictámenes periciales fue vulnerada por cuanto, si bien el Juez de primer grado decreto la prueba solicitada de parte, NO corrió traslado de la prueba trasladada, y, en consecuencia, no se dio contradicción de los informes de investigados de campo dentro de la investigación penal por homicidio culposo, no permitió la comparecencia del perito ni tampoco la contradicción a través de otro peritazgo, reiterando que en el proceso primigenio (proceso penal) tampoco se conocía por el Dr. MARCILLO, y no había sido sometido a contradicción.

El segmento del artículo 228 del Código General del Proceso, que dispone que las partes podrán interrogar al perito sobre la idoneidad, la imparcialidad y el contenido del dictamen, fue infringido por el Tribunal Superior por cuanto, nunca se tuvo conocimiento de los informes allegados a través de la prueba trasladada, y, en virtud, de ello no poder citados a contradicción en audiencia, bajo el pretexto de que la prueba trasladada se trato de una prueba de oficio, el cual nunca fue avalado ni por el juez de primera instancia ni por los sujetos procesales.

Partiendo de los postulados y reglas probatorias en mención, informes de investigador de campo no debieron ser tenidos en cuenta para la decisión del Tribunal, sino por el contrario ser excluidos, en ese orden de ideas, los errores probatorios advertidos son trascendentes e influyeron en la parte resolutive de la sentencia de segunda instancia, toda vez que condujeron al Tribunal, de forma equivocada, a tener por demostrada la responsabilidad civil de la EPS, IPS y profesional de la salud demandados y a fijar la cuantía de los presuntos perjuicios sufridos por los accionantes, siendo los pilares probatorios de su sentencia los informes del investigador de campo emitidos por criminalista dentro de una investigación penal.

En este punto de la presente acción constitucional, me permito acudir a la jurisprudencia emitida por su Honorable Corte, específicamente a la sentencia SC364-2023 de fecha nueve (9) de octubre de dos mil veintitrés (2023), radicación No. 05001-31-03-010-2018-00315-01, con ponencia del Magistrado Luis Alonso Rico Puerta, la cual manifiesta lo siguiente:

(...) la experticia debe estar acompañada de específicos documentos que respalden los fundamentos, imparcialidad e idoneidad requeridas, así mismo debe satisfacer los requisitos de claridad, precisión, exhaustividad y detalle de cara a su fuerza demostrativa, y debe plasmar su contenido las explicaciones de los métodos utilizados y la justificación que, desde la técnica, la ciencia o el arte, sustenga las conclusiones del perito.

Se observa, entonces, que a fin de que el dictamen sea dotado de credibilidad, el artículo 226 ibidem ha contemplado, **en torno a la idoneidad, los requisitos consagrados en los numerales 3, 4, 5 y 7 del mencionado canon;** en punto a la fundamentación los 8, 9 y 10; y respecto de la imparcialidad el 6. Por su parte, las exigencias restantes, obedecen a la identidad del perito en pro de facilitar la eventual etapa de contradicción. Con apoyo en lo anterior, **el citado precepto más allá de disponer una mera lista de chequeo (inmanente de un sistema rígido de tarifa legal), concibió un listado metodológico que aspira a que en cada caso concreto se estudie el cumplimiento de tales presupuestos a fin de determinar el grado de fiabilidad que se debe asignar al dictamen.** (CSJ STC7722-2021).

(...)

Si bien el juzgador goza de una discreta autonomía en la valoración de las pruebas, debe seguir en su labor criterios racionales en torno a la fundamentación del dictamen y a la constatación de la idoneidad del perito, pues está en la obligación de establecer si la experticia cumple con las características de solidez, claridad, precisión y exhaustividad, pudiendo separarse de sus conclusiones cuando no goza de tales atributos.

La Sala ha sostenido que la obligación del juzgador de realizar una valoración crítica de la prueba pericial debe cumplirse incluso ante el silencio de las partes respecto a dicho medio de convicción, pues las conclusiones expuestas por el auxiliar de la justicia en modo alguno escapan de la evaluación judicial.”

En igual medida, la Honorable Corte Suprema señala criterios de fiabilidad en la práctica de pruebas emitidas por expertos, en otras palabras que la debe valorar, criterios especificados en la sentencia SC5186-2020 de fecha 18 de diciembre de 2020, radicación

47001-31-03-004-2016-00204-01, con ponencia del magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, que reza lo siguiente:

(...) En ocasiones el juez se enmudece y no revisa. Bien ante la autoridad del experto en el tema, ya por asumir infalible la prueba técnica. En otras, con inaceptable ligereza, creé que puede suplantar a los expertos, definir cuál es el conocimiento vigente, cómo se aplica y extraer conclusiones sin ningún tipo de respaldo metódico.

La prueba por expertos sirve al proceso para explicar hechos, fenómenos, teorías, o el actuar de pares, que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos. El auxilio en la ciencia supone la incorporación al juicio de conocimientos validados por la comunidad científica, los cuales escapan al saber del juzgador .

...a fin de examinar la calidad del conocimiento experto, incluyendo las credenciales del perito.

...Para el ordenamiento patrio la fiabilidad de la prueba por expertos, en cuestiones de esta naturaleza, está sometida a la evaluación racional por el juzgador desde la sana crítica. Implica, como mínimo, desde la perspectiva del legislador colombiano y de la doctrina de esta Sala, atrás trasuntadas, coherente de alguna manera con la doctrina internacional, satisfacer algunos criterios básicos, para efectos de su incorporación y valoración probatoria, por cuanto "(...) todo dictamen debe ser claro, preciso, exhaustivo y detallado" (Art. 226 del C. G. del P.), a saber:

...(i) Validez o aceptabilidad suficiente del método o técnica utilizada por el perito. El perito debe indicar y explicar el método o técnica subyacente aplicado en el dictamen, el cual, por tratarse de prueba científica tendiente a "(...) verificar hechos que interesen al proceso y requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artístico? (art. 226 del C. G. del P., inciso primero) debe ser un método generalmente aceptado por la comunidad especializada en el campo respectivo, al no tratarse de un examen especulativo o alquimista, ni de charlatanes. De tal modo que explique, interprete o describa de una mejor manera (probabilidad) el hecho, fenómeno, teoría o el actuar suyo, como par o experto en el tema objeto de estudio. Ese método o técnica, se debe dar a conocer de manera clara y pormenorizada por el experto, precisando que, es la técnica aceptada y vigente para el momento de ocurrencia de los sucesos investigados. Justamente el "método" es un elemento central previsto en el inciso quinto del art. 226 del C. G. del P., al punto que la disposición obliga al experto a declarar en el numeral 8 "(...) si los exámenes, métodos experimentos e investigaciones efectuados son diferentes de los que ha utilizado en peritajes rendidos en anteriores procesos que versen sobre las mismas materias".

(ii) Aplicación, Adecuación y coherencia del método con todos los hechos objeto de dictamen en el proceso. En el estudio efectuado por el experto conlleva verificar que el método o técnica aceptado se haya aplicado en forma estricta a todos los hechos y evidencias obrantes en el proceso relevantes, puesto que debe "(...) explicar los "(...) exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas" (art. 226 del C. G. del P.). Un estudio que carezca de todos los

elementos de juicio necesarios es incompleto. Incide negativamente en la objetividad de las conclusiones.

(iii) Consistencia interna o relación de causa-efecto, entre los fundamentos y la conclusión del peritaje. La evaluación racional de la prueba por expertos, en línea de principio, no puede recaer en las conclusiones al tratarse de la prueba pericial o técnica resultado de su estudio. Se trata de juicios realizados en el ámbito de especial conocimiento del perito. El juez cuanto debe verificar es, la ilación lógica y su consistencia entre los fundamentos y la conclusión resultante. Si la aplicación del método a los hechos investigados sigue lógicamente las inferencias del experto y no son contraevidentes. Según el art. 226 comentado no solamente el perito debe indicar los "exámenes, métodos, experimentos e investigaciones efectuadas" al caso, sino que además debe ser "claro, preciso, exhaustivo y detallado" con relación a los "(...) fundamentos técnicos, científicos o artísticos de sus conclusiones", exponiendo la denominada consistencia interna de la relación causa - efecto.

(iv) Calificación e idoneidad del experto: El estudio de ciencia solamente puede hacerlo un experto. Se deben corroborar sus credenciales; la preparación académica en la materia analizada, la experiencia adquirida en el campo, o en una combinación de ambas. También se debe tener en cuenta la experiencia forense acreditada por el perito en el ejercicio de su labor en otros litigios en donde se haya discutido la cuestión indagada. En este punto es sumamente prolijo el C. G. del P. demandando rigor el texto 226, como ninguna otra disposición; debe "(...) acompañarse de los documentos que le sirven de fundamento y de los que acrediten la idoneidad y la experiencia del perito (...)", compatible en un todo con el numeral 3 al exigir que debe acreditar "La profesión, oficio, arte o actividad ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística". (Negrita y subrayado fuera de texto)

De manera complementaria se tiene lo siguiente acudiendo en igual medida a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, lo siguiente:

*"Ahora bien, lo dicho no muta por el hecho de que las partes no hayan objetado el dictamen, habida cuenta que como se indicó en el punto anterior, **además de que la evaluación crítica del mismo es una obligación del juez al momento de su valoración, dicho elemento de convicción tiene como propósito dar herramientas de juicio al juzgador en los campos del conocimiento que este no domina y, por lo mismo, de ningún modo sus results lo vinculan. Por manera que el silencio de los litigantes no provoca ningún efecto en su evaluación, más allá de causar la terminación de la fase de contradicción de la prueba.** CSJ CS3632-2021"*

En virtud de lo anterior, el operador jurídico no puede aceptar sin más las conclusiones del experto por el simple hecho de versar su investigación sobre un campo de conocimiento que no domina, estando, como está, investido de la facultad de emitir la sentencia que pone fin al conflicto, tiene la correlativa obligación de controlar la prueba mediante el riguroso análisis de su verosimilitud y fundamentación, de la razonabilidad y de adecuación de los

metodos utilizados y de la ponderación racional de las conclusiones plasmadas en la experticia.

V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

Fundamento la presente acción con base en lo establecido en los artículos 1, 2, 13, 29 46, y 86 de La Constitución Política, artículos 25,265,27,28,29 y 30 del acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto m758 de 1990 y demás normas concordantes.

VI. PRUEBAS

Con el fin de establecer la vulneración de los derechos, solicito señor Juez se sirva a tener en cuenta las siguientes pruebas:

A. DOCUMENTALES QUE SE SOLICITAN

En forma comedida solicito respetuosamente oficiar:

1. Al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto – Sala Civil - Familia, enlace a través del cual pueda acceder al expediente completo del proceso de responsabilidad civil médica, radicado No. 52-001-31-03-003-2012-00180-01 (809-22)².

VII. JURAMENTO

Respetuosamente manifiesto a la Corte Suprema de Justicia que de conformidad a lo informado por mi mandante, no he instaurado otra acción de tutela similar por los mismos hechos aquí narrados, ni en contra de la misma corporación.

VIII. ANEXOS

1. Poder para actuar otorgado por el señor PEDRO HERNÁN MARCILLO HERNÁNDEZ.
2. Copia de los documentos relacionado en el acápite de prueba documental.

IX. NOTIFICACIONES

Al suscrito apoderado, en la Carrera 25 # 15 – 62, Edificio Zaguán del Lago, oficina 201 de la ciudad de Pasto – Nariño, celular 3208519418, y, al correo electrónico bportilla@equipojuridico.com.co

²https://etbcsj-my.sharepoint.com/personal/j03ccpas_cendoj_ramajudicial_gov_co/layouts/15/onedrive.aspx?ga=1&id=%2Fpersonal%2Fj03ccpas%5Fcendoj%5Framajudicial%5Fgov%5Fco%2FDocuments%2F1%2FC2%B0%20INSTANCIA%2F02%2FC2%B0%20JURISDICCIC3%93N%20ORDINARIA%2F01%20PROCESOS%2F2017%20y%20anteriores%2F2012%2D0180%2D00%2F02%2E%20CUADERNO%20PRINCIPAL%202

Al Tribunal Superior del Distrito Judicial de Pasto, Sala Civil – Familia, en la Calle 19, # 23 – 00, Bloque 2, Piso 4, Palacio de Justicia de Pasto, al teléfono (602) 7233048 y al correo electrónico tsalcivf@cendoj.ramajudicial.gov.co.

Atentamente,



BRIAN ANDRÉS PORTILLA MORALES
C. C. No. 1085311169 de Pasto (N)
T. P. No. 314.061 del C. S. de la J.