

ACCIÓN DE TUTELA CONTRA PROVIDENCIA JUDICIAL / DEFECTO SUSTANTIVO / DESCONOCIMIENTO DEL REGLAMENTO TÉCNICO PARA EL ABORDAJE FORENSE INTEGRAL EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL / INADECUADA CADENA DE CUSTODIA DE LOS ELEMENTOS MATERIALES PROBATORIOS / PRESERVACIÓN DE MUESTRA BIOLÓGICA - Obligación de la entidad prestadora de servicios de salud

Esta Sala considera que el Tribunal Administrativo de Casanare sí incurrió en un defecto sustantivo porque en el análisis realizado no tuvo en cuenta las normas que informaban el proceso, su vigencia y la incidencia de la misma en la valoración probatoria (...) el Hospital Susana López de Valencia, se encontraba en la obligación legal y reglamentaria de seguir el protocolo establecido en la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006, vigente incluso 4 años antes de la ocurrencia de los hechos. En esa medida, el hospital debía contar con el kit para la toma de muestras en la investigación del delito sexual y a su vez, debía guardar la cadena de custodia de las muestras tomadas a la víctima (...) hasta que se pudiera realizar el examen ordenado, lo que en consecuencia no era una facultad de la entidad prestadora de servicios de salud, sino una obligación (...) En esa medida, la autoridad judicial demandada no debió aplicar el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, comoquiera que la exigencia normativa cuyo cumplimiento se echa de menos en la demanda de reparación directa instaurada por la señora WW era previsible por parte del hospital y contó con tiempo suficiente para cumplirlo pues, (...) los hechos ocurrieron el 26 de enero de 2010 (...).En esa medida... las autoridades de salud y la justicia, [debieron] enfocar su actuar en pro de la defensa de los derechos de las víctimas de la violencia sexual, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una menor de edad (...) En conclusión, para esta Sala, el fallo de 19 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare incurrió en defecto sustantivo en la medida en que desconoció la obligatoriedad de cumplir los mandatos de la Ley 1146 de 2007 y el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual por parte del hospital demandado.

FUENTE FORMAL: LEY 248 DE 1995 - ARTÍCULO 7 / LEY 590 DE 2000 / LEY 1098 DE 2006 - ARTÍCULO 193 / LEY 1146 DE 2007 - ARTÍCULO 9 / LEY 1236 DE 2008 / LEY 1258 DE 2008 / LEY 1437 DE 2011 - ARTÍCULO 306 / CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO - ARTÍCULO 320 / RESOLUCIÓN 00057 DE 2006 DEL INSTITUTO NACIONAL DE MEDICINA LEGAL Y CIENCIAS FORENSES

NOTA DE RELATORÍA: La sentencia estudia el marco normativo y jurisprudencial que orienta las actuaciones de las autoridades frente a la denuncia de un delito sexual a un menor de edad.

CONSEJO DE ESTADO

SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

SECCIÓN QUINTA

Consejero Ponente: ALBERTO YEPES BARREIRO

Bogotá, D.C., siete (7) de diciembre de dos mil diecisiete (2017)

Radicación número: 11001-03-15-000-2017-02571-00(AC)

Actor: WW

Demandado: TRIBUNAL ADMINISTRATIVO DE CASANARE

Se pronuncia la Sala sobre la acción de tutela interpuesta por la señora WW¹ en contra del Tribunal Administrativo de Casanare.

I. ANTECEDENTES

1. Solicitud

Con escrito presentado el 28 de septiembre de 2017², la señora WW, a través de apoderada, interpuso acción de tutela en contra del Tribunal Administrativo de Casanare³, autoridad que conoció de la acción de reparación directa, identificada con el número de radicado 19001-33-31-004-2011-00054-01, instaurada por los representantes legales de la actora, en su momento, en contra del Hospital Susana López de Valencia E.S.E.

Lo anterior, con el fin de que le sean amparados sus derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, al *“desconocimiento del enfoque de género: víctima femenina menor de edad, deberes reforzados de protección, derecho a la verdad y a reivindicar la dignidad personal interés superior del menor”*, los cuales considera vulnerados con ocasión de la decisión contenida en la sentencia de 19 de julio de 2017, mediante la cual se revocó el fallo de 30 de junio de 2015, proferido por el Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán que accedió a las pretensiones de la demanda.

2. Hechos

La solicitud de tutela se sustentó en los siguientes hechos que, a juicio de la Sala, son relevantes para la decisión que se adoptará en esta sentencia:

- WW a la edad de 15 años fue víctima del delito de abuso sexual.
- A raíz de ello, el 26 de enero de 2010 sus padres interpusieron denuncia penal.
- Mediante Oficio 026 – F-003 URI de esa misma fecha, la Fiscalía 001 de la Unidad de Reacción Inmediata URI de Popayán ordenó al Hospital Susana López de Valencia que le realizara la valoración médico legal a la menor WW, esto es, de análisis sexológico y de embriaguez y/o cícotóxico.

¹ Nombre que se le da a la parte actora con el fin de proteger su identidad.

² Folios 56 a 76.

³ Conoció del proceso como consecuencia de una medida de descongestión.

- El Hospital Susana López de Valencia informó que no tenía los medios para realizar análisis toxicológico de las muestras, por lo que ordenó realizarlo al día siguiente a través del Instituto de Medicina Legal.
- A las 8 de la mañana del 27 de enero de 2010, el Instituto de Medicina Legal tomó las muestras y mediante informe de laboratorio DRSO-LTOF-0210-2010 del 16 de febrero de 2010 indicó que *“el análisis de sustancias psicoactivas en la orina de la examinada fueron reportadas como negativas”*. Asimismo mediante informe de laboratorio DRSO-LALAL-0250-2010 se señaló que *“el análisis de etanol en muestra de sangre fue negativo”* y que *“el análisis de Clonacepan, Flunitrazepan en muestra de orina no fue detectado”*.
- Mediante informe de 28 de febrero de 2011 el Instituto de Medicina Legal indicó que los tiempos de eliminación de sustancias en un organismo humano de 15 años es muy corto, y que el de escopolamina es de 6 horas.
- Por lo anterior, acudió en demanda de reparación directa que correspondió al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán quien mediante fallo de 30 de junio de 2015 accedió a las pretensiones de la demanda con fundamento en las siguientes afirmaciones (i) el médico internista desconocía el protocolo por cuanto remitió al examen médico legal cuando él era el responsable, (ii) se omitió la recolección de muestras para exámenes de embriaguez y/o cicitóxicos ordenados por autoridad judicial, (iii) se desconoció el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual (iv) la ESE no prestó una atención oportuna y especial por la condición de mujer, mejor de edad y víctima de delito sexual, si se tiene en cuenta que sólo 12 horas después de ingresar al Hospital se recolectaron las muestras para verificaciones toxicológicas y, (v) el Hospital no guardó la reserva de las muestras, pese a que era su deber en tanto se trataba de una investigación penal.
- Tal decisión fue apelada y mediante sentencia de 19 de julio de 2017 el Tribunal Administrativo de Casanare resolvió revocarla y en su lugar negar las súplicas de la demanda, al considerar que (i) el Reglamento Técnico Forense involucra tanto entidades públicas como privadas para prestar la colaboración en la realización del examen médico legal y, (ii) el especialista realizó todo el procedimiento hasta donde le era materialmente posible, pues la entidad no contaba con el Kit establecido en los protocolos.

3. Petición de amparo constitucional

A título de amparo se incoaron las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. TUTELAR los derechos constitucionales fundamentales al DEBIDO PROCESO, ACCESO A LA JUSTICIA, DESCONOCIMIENTO DEL ENFOQUE DE GÉNERO: VÍCTIMA FEMENINA MENOR DE EDAD, DEBERES REFORZADOS DE PROTECCIÓN. DERECHO A LA VERDAD Y A REIVINDICAR LA DIGNIDAD PERSONAL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR, y demás que se encuentran desconocidos a la señorita [WW]

SEGUNDO.- DEJAR SIN EFECTO la sentencia de fecha 19 de julio de 2017 proferida por el Honorable Tribunal Administrativo de Casanare, mediante la cual revoca la sentencia No. 258 de fecha 30 de junio de 2015, proferida por el JUZGADO TERCERO ADMINISTRATIVO DE DESCONGESTIÓN DEL CIRCUITO DE POPAYÁN, y en consecuencia niega las pretensiones de la demanda.

TERCERO.- ORDENAR al Tribunal Administrativo de Casanare que en el término de veinte (20) días, contados a partir de la notificación de esta providencia, profiera nueva sentencia, resolviendo el recurso de apelación que la parte demandada presentó contra la sentencia de primera instancia, bajo los lineamientos señalados en la presente acción de tutela”⁴

4. Fundamentos de la solicitud

A juicio de la demandante, la autoridad judicial demandada vulneró sus derechos fundamentales por cuanto con la decisión reprochada incurrió en defecto sustantivo, desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía, aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual *“nadie está obligado a lo imposible”* e invadió la competencia del juez penal.

Para argumentar el defecto sustantivo, indicó que el fallo reprochado desconoció los mandatos de la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 por medio del cual se adopta el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual, expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, que en su artículo 3.2 establece:

RESPONSABLES. Son responsables de la realización del examen, así como de la recolección y manejo de los elementos materiales probatorios o evidencia física, los peritos médico-forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y todos aquellos profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado, que en Colombia deban realizar un examen médico-legal como parte del abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y rendir el respectivo informe pericial.

Señaló que fue tal el desconocimiento del citado Reglamento, que cuando Medicina Legal llegó al día siguiente de los hechos a realizar el examen, solicitó las muestras para practicarlos, pero no las habían tomado. Dijo que comoquiera que la exigencia de realizar los análisis o practicar los exámenes surgen como

⁴ Folio 75.

consecuencia del cumplimiento del Reglamento, ello no implica una solicitud fuera de lo humanamente posible y por lo tanto genera responsabilidad para el Estado.

Afirmó que desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía comoquiera que de conformidad con el artículo 320 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA, *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* y que, el Tribunal enfocó su análisis en la responsabilidad médica en que pudo incurrir el personal médico que atendió a la menor, y no, en la omisión de los deberes funcionales de la entidad demandada para garantizar la preservación de las muestras biológicas con cadena de custodia, hasta que se pudiera realizar el examen ordenado.

Que además, se apartó sin justificación del problema jurídico planteado en la sentencia de primera instancia, y que no corresponde a lo solicitado en la demanda.

Sostuvo que el Tribunal aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual “nadie está obligado a lo imposible” por cuanto para aplicarlo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la exigencia sea previsible y el obligado tome todas las medidas para dar cumplimiento, (ii) que contara con el tiempo suficiente para cumplir y (iii) que se avengan hechos de fuerza mayor o caso fortuito.

En esa medida, precisó que en la demanda de reparación directa instaurada se reclamaba la responsabilidad del Estado por la conducta omisiva de no haber tomado las muestras de fluidos necesarios para llevar a cabo los exámenes cicotóxicos ordenados por la Fiscalía y con ello, negarle la oportunidad de tener acceso a la prueba idónea para establecer la responsabilidad penal, por lo que, lo que se alega es que la entidad no implementó la infraestructura necesaria para llevar a cabo las pruebas como lo ordena el Reglamento citado, frente a lo que llama la atención acerca de que éste se expidió 4 años antes de la ocurrencia de los hechos.

Finalmente indicó que se invadió la competencia del juez penal comoquiera que afirmó que *“la práctica o no del examen omitido, no constituye la única evidencia ni menos indispensable que se debía tener en cuenta como apoyo probatorio para continuar con la actuación penal”* y considera que la validez, pertinencia y utilidad de la prueba corresponde al análisis del juez penal.

5. Trámite de la acción de tutela

Con auto de 4 de octubre de 2017⁵, el Consejero Ponente admitió la solicitud de amparo constitucional y ordenó su notificación a la parte actora y a los Magistrados del Tribunal Administrativo del Casanare en calidad de autoridad

⁵ Folio 79 del expediente de tutela.

judicial demandada, con el fin de que en un término de dos días rindieran informe sobre los hechos materia de la acción.

En la misma providencia se ordenó notificar al Juzgado Tercero Administrativo de Descongestión del Circuito de Popayán, o quien haya asumido sus procesos, al Hospital Susana López de Valencia E.S.E. y a los demás demandantes de la referida acción como terceros interesados en las resultas del proceso.

Como consecuencia de tal orden, la Secretaría General de esta Corporación notificó la admisión de la demanda a la Fiscalía Seccional de Popayán, a la Procuraduría 73 en Asuntos Administrativos de Popayán, al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Popayán y a los padres de la señora WW⁶

6. Contestaciones

6.1. El Tribunal Administrativo del Casanare

Los magistrados de la autoridad judicial demandada se remitieron a las consideraciones del fallo objeto de reproche, pues afirman que en él se explicó expresamente el problema jurídico, la tesis que se aplicó para resolverlo y la argumentación que soporta la conclusión.

6.2. El Juzgado Décimo Administrativo del Circuito de Popayán⁷

La Juez Décima de Popayán informó que asumió el conocimiento del asunto cuando ya se había proferido fallo de segunda instancia, por lo que no puede pronunciarse de fondo frente a la solicitud de amparo.

6.3. La Fiscalía General de la Nación

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación solicitó que se declarara la falta de legitimación en la causa por pasiva y en consecuencia se desvinculara a esa entidad comoquiera que del escrito de tutela no se desprende ningún argumento de donde se desprenda que ha vulnerado los derechos fundamentales invocados.

6.4. El Hospital Susana López de Valencia

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁸

6.5. El Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses

Guardó silencio pese a haber sido notificado en debida forma.⁹

6.6. Los padres de la señora WW

⁶ Folios 101, 102, 127 a 129

⁷ Quien asumió los procesos del Juzgado Tercero Administrativo del Circuito Judicial de Popayán en Descongestión.

⁸ Folios 82 y 85.

⁹ Folio 102.

Guardaron silencio pese a haber sido notificados en debida forma.¹⁰

II. CONSIDERACIONES DE LA SALA

2.1. Competencia

Esta Sala es competente para conocer en primera instancia de la acción de tutela instaurada en contra del Tribunal Administrativo del Casanare, de conformidad con lo establecido por el artículo 2.2.3.1.2.1. del Decreto 1069 de 2015.

2.2. Problema jurídico

Corresponde a la Sección Quinta determinar si la decisión contenida en la sentencia de 19 de julio de 2017, proferida por el Tribunal Administrativo del Casanare, dentro del proceso de reparación directa identificado con número de radicado 19001-33-31-004-2011-00054-01, vulneró los derechos fundamentales al debido proceso, de acceso a la administración de justicia, al *“desconocimiento del enfoque de género: víctima femenina menor de edad, deberes reforzados de protección, derecho a la verdad y a reivindicar la dignidad personal interés superior del menor”* de la señora WW.

Para resolver este problema, se analizarán los siguientes aspectos: **(i)** el criterio de la Sala sobre procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial; **(ii)** los requisitos de procedibilidad adjetiva de la acción de tutela de la referencia y; **(iii)** el caso concreto.

2.3. Procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial

Esta Sección, mayoritariamente¹¹, venía considerando que la acción de tutela contra providencia judicial era improcedente por dirigirse contra una decisión judicial. Solo en casos excepcionales se admitía su procedencia, eventos éstos que estaban relacionados con un vicio procesal ostensible y desproporcionado que lesionara el derecho de acceso a la administración de justicia en forma individual o en conexidad con el derecho de defensa y contradicción.

Sin embargo, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, en fallo de 31 de julio de 2012¹² **unificó** la diversidad de criterios que la Corporación tenía sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, por cuanto las distintas Secciones y la misma Sala Plena habían adoptado posturas diversas sobre el tema¹³.

¹⁰ Folio 127.

¹¹ Sobre el particular, el Consejero Ponente mantuvo una tesis diferente sobre la procedencia de la acción de tutela contra providencia judicial que se puede consultar en los salvamentos y aclaraciones de voto que se hicieron en todas las acciones de tutela que conoció la Sección. Ver, por ejemplo, salvamento a la sentencia Consejera Ponente: Dra. Susana Buitrago Valencia. Radicación: 11001031500020110054601. Accionante: Oscar Enrique Forero Nontien. Accionado: Consejo de Estado, Sección Segunda, y otro.

¹² Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹³ El recuento de esos criterios se encuentra en las páginas 13 a 50 del fallo de la Sala Plena antes reseñada.

Así, después de un recuento de los criterios expuestos por cada Sección, decidió modificarlos y unificarlos para declarar expresamente en la parte resolutive de la providencia, la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales¹⁴.

Señaló la Sala Plena en el fallo en mención:

*“De lo que ha quedado reseñado se concluye que si bien es cierto que el criterio mayoritario de la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo ha sido el de considerar improcedente la acción de tutela contra providencias judiciales, no lo es menos que las distintas Secciones que la componen, antes y después del pronunciamiento de 29 de junio de 2004 (Expediente AC-10203), han abierto paso a dicha acción constitucional, de manera excepcional, cuando se ha advertido la vulneración de derechos constitucionales fundamentales, **de ahí que se modifique tal criterio radical y se admita, como se hace en esta providencia, que debe acometerse el estudio de fondo, cuando se esté en presencia de providencias judiciales que resulten violatorias de tales derechos, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento Jurisprudencialmente.**”¹⁵*
(Negrilla fuera de texto)

A partir de esa decisión de la Sala Plena, la Corporación debe modificar su criterio sobre la procedencia de la acción de tutela y, en consecuencia, **estudiar las acciones de tutela que se presenten contra providencia judicial y analizar si ellas vulneran algún derecho fundamental, observando al efecto los parámetros fijados hasta el momento jurisprudencialmente** como expresamente lo indica la decisión de unificación.

Sin embargo, fue importante precisar bajo qué parámetros procedería ese estudio, pues la sentencia de unificación simplemente se refirió a los **“fijados hasta el momento jurisprudencialmente”**.

Al efecto, en virtud de sentencia de unificación de 5 de agosto de 2014¹⁶, la Sala Plena de lo Contencioso Administrativo, decidió adoptar los criterios expuestos por la Corte Constitucional en la sentencia C-590 de 2005 para determinar la procedencia de la acción constitucional contra providencia judicial y reiteró que la tutela es un mecanismo residual y excepcional para la protección de derechos fundamentales como lo señala el artículo 86 Constitucional y, por ende, el amparo frente a decisiones judiciales no puede ser ajeno a esas características.

A partir de esa decisión, se dejó en claro que la acción de tutela se puede interponer contra decisiones de las Altas Cortes, específicamente, las del Consejo de Estado, autos o sentencias, que desconozcan derechos fundamentales, asunto que en cada caso deberá probarse y, en donde el actor tendrá la carga de argumentar las razones de la violación.

¹⁴ Se dijo en la mencionada sentencia: **“DECLÁRASE** la procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales, de conformidad con lo expuesto a folios 2 a 50 de esta providencia”.

¹⁵ Sala Plena. Consejo de Estado. Rad. No. No. 11001-03-15-000-2009-01328-01. Acción de Tutela - Importancia jurídica. Actora: Nery Germanía Álvarez Bello. Consejera Ponente: María Elizabeth García González.

¹⁶ Consejo de Estado. Sala Plena de lo Contencioso Administrativo. Sentencia de 5 de agosto de 2014, Ref.: 11001-03-15-000-2012-02201-01 (IJ). Acción de tutela-Importancia jurídica. Actor: Alpina Productos Alimenticios. Consejero Ponente: Jorge Octavio Ramírez Ramírez.

En ese sentido, si bien la Corte Constitucional se ha referido en forma amplia¹⁷ a unos requisitos generales y otros específicos de procedencia de la acción de tutela, no ha distinguido con claridad cuáles dan origen a que se conceda o niegue el derecho al amparo -improcedencia sustantiva- y cuáles impiden analizar el fondo del asunto -improcedencia adjetiva-.

Por tanto, la Sección verificará que la solicitud de tutela cumpla unos presupuestos generales de procedibilidad. Estos requisitos son: i) que no se trate de tutela contra tutela; ii) inmediatez; iii) subsidiariedad, es decir, agotamiento de los requisitos ordinarios y extraordinarios, siempre y cuando ellos sean idóneos y eficaces para la protección del derecho que se dice vulnerado.

Cuando no se cumpla con uno de esos presupuestos, la decisión a tomar será declarar **improcedente** el amparo solicitado y no se analizará el fondo del asunto.

Cumplidos esos parámetros, corresponderá adentrarse en la materia objeto del amparo, a partir de los argumentos expuestos en la solicitud y de los derechos fundamentales que se afirmen vulnerados, en donde para la **prosperidad o negación** del amparo impetrado, se requerirá principalmente: **i)** que la causa, motivo o razón a la que se atribuya la transgresión sea de tal entidad que incida directamente en el sentido de la decisión y **ii)** que la acción no intente reabrir el debate de instancia.

Huelga manifestar que esta acción constitucional no puede ser considerada como una “*tercera instancia*” que se emplee, por ejemplo, para revivir términos, interpretaciones o valoraciones probatorias que son propias del juez natural.

Bajo las anteriores directrices se entrará a estudiar el caso de la referencia.

2.4. Análisis sobre los requisitos de procedibilidad adjetiva

2.4.1. Al aplicar los presupuestos conceptuales anotados al caso objeto de estudio, es imperioso concluir que no existe reparo alguno en cuanto hace referencia al juicio de procedibilidad, toda vez que **no se trata de una tutela contra decisión de tutela**, pues las providencia que se censura corresponde a una sentencia dictada en el marco de un proceso de reparación directa.

2.4.2. Ahora bien, tampoco existe reproche alguno en relación con el acatamiento del requisito de **inmediatez**, toda vez que la providencia que se acusa como vulneradora de derechos fundamentales fue proferida el 19 de julio de 2017 y notificada por edicto desfijado el 2 de agosto de 2017, cobrando fuerza ejecutoria el 8 del mismo mes y año¹⁸ y, la solicitud de amparo constitucional se presentó el 28 de septiembre de 2017, lo que para la Sala es un término razonable para el uso del mecanismo de amparo constitucional.

¹⁷ Entre otras en las sentencias T-949 del 16 de octubre de 2003; T-774 del 13 de agosto de 2004 y C-590 de 2005.

¹⁸ De acuerdo con el Código General del Proceso, aplicable en materia contenciosa administrativa en virtud de lo dispuesto por el artículo 306 del Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, las providencias proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres días después de notificadas.

2.4.3. Por otra parte, en consideración a la **subsidiariedad**, es evidente el agotamiento de los recursos ordinarios, asimismo, se advierte que contra la decisión cuestionada no son procedentes los recursos extraordinarios de revisión (arts. 248-255 del CAPACA) y de unificación de jurisprudencia (arts. 256-268 de la Ley 1437 de 2011).

Así las cosas, al concurrir los requisitos de procedibilidad adjetiva, concierne a la Sala abordar el estudio del asunto planteado de fondo.

2.3. Caso concreto

A juicio de la demandante, la autoridad judicial demandada vulneró sus derechos fundamentales por cuanto con la decisión reprochada incurrió en defecto sustantivo, desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía, aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual *“nadie está obligado a lo imposible”* e invadió la competencia del juez penal.

Para argumentar el defecto sustantivo, indicó que el fallo reprochado desconoció los mandatos de la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 por medio del cual se adopta el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual, expedida por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses.

Afirmó que desbordó la competencia funcional que como juez de segunda instancia tenía comoquiera que de conformidad con el artículo 320 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 306 del CPACA *“el recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión”* y que, el Tribunal enfocó su análisis en la responsabilidad médica en que pudo incurrir el personal médico que atendió a la menor, y no, en la omisión de los deberes funcionales de la entidad demandada para garantizar la preservación de las muestras biológicas con cadena de custodia, hasta que se pudiera realizar el examen ordenado.

Agregó, que la autoridad judicial se apartó sin justificación del problema jurídico planteado en la sentencia de primera instancia, y que no corresponde a lo solicitado en la demanda.

Sostuvo que el Tribunal aplicó indebidamente el principio del derecho según el cual “nadie está obligado a lo imposible” por cuanto para aplicarlo, debe exigirse el cumplimiento de los siguientes requisitos: (i) que la exigencia sea previsible y el obligado tome todas las medidas para dar cumplimiento, (ii) que contara con el tiempo suficiente para cumplir y (iii) que se avengan hechos de fuerza mayor o caso fortuito.

En esa medida, precisó que en la demanda de reparación directa instaurada se reclamaba la responsabilidad del Estado por la conducta omisiva de no haber tomado las muestras de fluidos necesarios para llevar a cabo los exámenes

cicotóxicos ordenados por la Fiscalía y con ello, negarle la oportunidad de tener acceso a la prueba idónea para establecer la responsabilidad penal, por lo que, lo que se alega es que la entidad no implementó la infraestructura necesaria para llevar a cabo las pruebas como lo ordena el Reglamento citado, frente a lo que llama la atención acerca de que el Reglamento se expidió 4 años antes de la ocurrencia de los hechos.

Finalmente indicó que se invadió la competencia del juez penal comoquiera que afirmó que *“la práctica o no del examen omitido, no constituye la única evidencia ni menos indispensable que se debía tener en cuenta como apoyo probatorio para continuar con la actuación penal”* y considera que la validez, pertinencia y utilidad de la prueba corresponde al análisis del juez penal.

2.3.1. Sobre los defectos alegados

De lo expuesto en precedencia, se puede establecer que la actora alega la configuración de un defecto sustantivo, por lo que, a continuación se expondrá el marco teórico que informa este tipo de cargos.

En relación con el **defecto sustantivo**, la Corte Constitucional ha analizado su alcance y configuración, bajo los siguientes términos:¹⁹

“(...) Esta Corporación ha reconocido que se configura un defecto sustantivo cuando se decide con base en normas inexistentes, inconstitucionales o que claramente son inaplicables al caso concreto. Cabe recordar que la autonomía e independencia de las autoridades judiciales no es absoluta, puesto que la tarea de interpretar y aplicar las normas jurídicas, se encuentra limitada por el respeto a los derechos fundamentales de las partes en el proceso y por lo previsto en nuestro ordenamiento jurídico. En ese sentido, la jurisprudencia constitucional ha señalado que “pese a la autonomía de los jueces para elegir las normas jurídicas pertinentes al caso concreto, para determinar su forma de aplicación, y para establecer la manera de interpretar e integrar el ordenamiento jurídico, no les es dable en esta labor, apartarse de las disposiciones de la Constitución o de la ley” [18].

6.1.2. En virtud de lo anterior, la jurisprudencia constitucional ha señalado que el defecto sustantivo se estructura cuando “una decisión judicial desborda el ámbito de actuación que la Constitución y la ley le reconocen, al apoyarse en una norma evidentemente inaplicable al caso concreto, por lo siguiente: (i) derogación o declaración de inexequibilidad; (ii) inconstitucionalidad manifiesta y omisión de aplicación de la excepción de inconstitucionalidad, (iii) inconstitucionalidad de su aplicación al caso concreto, (iv) inadecuación de la norma a la circunstancia fáctica a la cual se aplica; (v) reconocimiento de efectos distintos a los expresamente señalados por el legislador. (...)”.

Además, ha precisado que se configura este defecto *“cuando la autoridad judicial*

¹⁹ Sentencia T-360 de 2015.

emplea una norma inaplicable al caso concreto, deja de aplicar la norma adecuada, o resuelve la Litis con base en una interpretación manifiestamente inadecuada de la base legal señalada.”²⁰

2.3.2. El estudio de los defectos alegados en el caso concreto

De conformidad con los antecedentes expuestos en esta providencia, en el marco del proceso de reparación directa iniciado por los padres de WW en contra del Hospital Susana López de Valencia E.S.E., se solicitó declarar administrativamente responsable al hospital por los daños causados como consecuencia de la omisión en realizar el examen toxicológico a la entonces menor de edad WW, y con ello, sustrayéndose de dar cumplimiento a la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006 por medio de la cual se adopta el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral de la Víctima en la Investigación del Delito Sexual.

2.3.2.1. Las sentencias proferidas en el proceso de reparación directa

De las pruebas que fueron debidamente aportadas al proceso, el Juez de primera instancia determinó lo siguiente:

Conclusiones probatorias.-

De todo lo anotado en precedencia el Despacho puede arribar a las siguientes conclusiones:

El día 26 de enero de 2010, siendo las 23:53 horas, se presentó ante la Fiscalía General de la Nación la señora XX con el fin de denunciar la presunta comisión del delito denominado acceso carnal violento, siendo víctima su hija menor de edad que hemos denominado WW, en hechos ocurridos el mismo día a eso de las 16 horas, hora en que salió WW de su casa, hasta después de las 22 horas que arriba nuevamente (fl. 258-261 c. pbas 2).

Que la Unidad de Reacción Inmediata -URI mediante oficio Nro. 026-F 0003 U.R.I. en virtud de lo dispuesto en el artículo 204 de la Ley 906 de 2008, solicitó al HOSPITAL SUSANA LOPEZ DE VALENCIA ESE, valoración MEDICO LEGAL de la menor presuntamente abusada, sobre los aspectos sexológicos, embriaguez y/o cícotóxicos, y en el caso que el galeno considerara, exámenes específicos relevantes; asimismo, toma de muestras, obtención de Perfil genético e inclusión en base de datos y búsqueda CODIS.

De lo requerido se ordenó entregar los resultados a la URI para los fines pertinentes (fis. 225 y 262 c. ppal. 2).

²⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia T-174 de 11 de abril de 2016, MP. Dr. Alberto Rojas Ríos.

En virtud de la referida orden, la EMPRESA SOCIAL DEL ESTADO SUSANA LOPEZ DE VALENCIA, según historia clínica, WW ingresó a urgencias - especialidad ginecología, donde se realizó inspección de prendas, examen externo, examen oral y genital, y ordenó la práctica de TEST DE EMBARAZO, GRAM Y DIRECTO DE SECRESION (sic) VAGINAL, VALORACION POR MEDICINA INTERNA y otros.

El médico internista definió como plan, protocolo de abuso sexual – valoración por medicina legal y examen rápido de HIV.

A las 10:30 horas del 27 de enero de 2010, hizo presencia personal de Medicina Legal, quienes realizaron a la menor WW examen externo y recolección de muestras según historia clínica arribada por el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (fl. 18 c. pbas 1), en virtud de orden de policía judicial de la misma fecha a las 9:20 horas (20-21 c. pbas. 1), teniendo en cuenta que la víctima se encontraba desde las 23 horas del día anterior.

Posteriormente, por parte de la ESE se practicaron los exámenes de VIH DUO Ultra (HIV5) AgP24 muestra tomada a las 11:50 horas (fl. 84 c. pbas. 1), serología y prueba de embarazo, prueba tomada a las 03:57 (fl. 86 c. pbas. 1) y directo de flujo vaginal, el cual resultó negativo para trichomonas y hongos, no se observaron espermatozoides, GRAM de flujo vaginal, reacción leucocitaria abundante, abundantes cocobacilos GRAN negativos, escasos cocos GRAM positivo.

A las 18:00 horas del día 27 de enero de 2010, se da salida de WW con recomendaciones y control por medicina legal.

Los resultados de las muestras recolectadas por Medicina Legal valoradas por los Profesionales adscritos al Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses regional Suroccidente Grupo Química, Laboratorio de Toxicología Forense, arrojaron resultados negativos de las sustancias investigadas en el metabolismo de la menor WW tanto de la primeras muestras como en la reserva de las mismas, de ello dan cuenta los diferentes informes.

Finalmente, se concluye que, el metabolismo de algunas sustancias tiene un tiempo o término para ser identificadas en el organismo de una víctima, de lo contrario, como lo indica la Directora Seccional Cauca del Instituto de Medicina Legal, "puede perderse la evidencia", para ello se reitera el contenido del Informe Técnico Médico Legal - Respuesta a consulta. Rad. Interna 2011C-060103011277, del 28 de febrero de 2011, mediante el cual la directora de la Unidad Básica de Popayán Dra. ESTHER MARIELA ESTRADA MARTINEZ, detalla los tiempos de eliminación en un organismo humano de las diferentes sustancias; de los informes que anteceden al presente, se resalta lo siguiente (fls. 41-44 c. pbas. 1) y el Dictamen pericial presentado ante este Despacho el día 1 de agosto de 2012, por parte del

profesional Especializado Forense, Dr. CARLOS VICENTE ZÚÑIGA VARGAS (fls. 461-468 c. pbas. 3).²¹

De lo anterior, concluyó que si bien la entidad atendió a WW por medicina general, estas atenciones no revisten del Protocolo establecido por el Instituto de Medicina Legal comoquiera que:

1. El médico internista remitió a examen médico legal, cuando eran ellos los responsables de realizarlo,
2. Se omitió la recolección de muestras para exámenes de embriaguez y/o cictotóxicos ordenados por la autoridad judicial respecto de la víctima,
3. Pese a la sintomatología de la víctima y la discrecionalidad por parte del encargado del examen médico legal, no se realizó mayor actividad pues sólo se encuentra la práctica de examen sexológico, cuando también se había ordenado el de embriaguez y/o cictotóxicos,
4. Se desconoció la orden judicial de entregar los resultados a los interesados de la URI, por ende, no obra el informe del examen médico legal ordenado a la ESE Susana López de Valencia, conforme lo establece el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual,
5. La ESE no prestó una atención oportuna y especial por la condición de mujer, menor de edad y víctima de delito sexual, de WW, si se observa que la denuncia se formula por parte de la madre de la misma a las 23:53 horas del 26 de enero de 2010, por hechos ocurridos entre las 14 horas a las 22:30 horas (relato de los hechos en la noticia criminal), ingresó a las instalaciones de la ESE Susana López de Valencia a la 01:56:14 horas del 27 de enero de 2010 y solo hasta las 11:50 horas del mismo día se le practicaron exámenes de laboratorio, aunado a que a las 10:30 horas medicina legal había recolectado pruebas,
6. El Hospital no contaba con la reserva de las muestras, cuando es su deber mantenerlas, si se tiene en cuenta que tal recolección giraba en el marco de una investigación penal,
7. Finalmente destacó la certificación de la subdirección científica de la ESE, de 30 de abril de 2012, en la que se indicó que esa entidad, para la época de los hechos, no contaba con los medios necesarios para el procesamiento de pruebas toxicológicas ordenadas a la menor WW, y afirmó que tal documento reflejaba sin lugar a dudas, deficientes

²¹ Folios 224 a 225 del expediente allegado en calidad de préstamo.

actuaciones administrativas respecto de la atención médico legal prestada, sin que se hubiera demostrado que se pusiera en conocimiento oportunamente a las autoridades respectivas o indicaran la viabilidad de una remisión a institución prestadora del servicio de salud que contara con los medios para llegar a feliz término el examen correspondiente.

Tal decisión fue objeto de apelación por parte de la entidad demandada quien entre otras argumentó que dado que no contaba con los medios necesarios para el procesamiento de pruebas toxicológicas que habían sido ordenadas a la menor, debía tenerse en cuenta que nadie está obligado a lo imposible.

Mediante fallo de segunda instancia, el Tribunal Administrativo de Casanare acogió el argumento del hospital demandado, pues aunque reconoció que es obligación de todo profesional médico el realizar el examen médico legal cuando se le es solicitado de conformidad con el reglamento técnico forense, que involucra a todas las entidades tanto públicas como privadas para prestar colaboración en la realización de los dictámenes médico legales, lo cierto es que señaló que el equipamiento constituye una herramienta para que el personal humano, esto es, los profesionales médicos especializados, puedan cumplir a cabalidad su labor de cooperación interdisciplinaria. Así lo advirtió la autoridad judicial:

“(...) se tiene que era obligación del médico que atendió a la menor, realizar todo el procedimiento siguiendo el protocolo médico establecido para tal fin, y revisada la historia clínica y demás documentos que dan cuenta del manejo dado al interior del hospital accionado, es dable afirmar que el especialista lo realizó hasta donde le fue materialmente posible, pues según lo que se deduce del análisis de las pruebas, la entidad no contaba con el kit establecido en los protocolos para tales efectos y por tal motivo, en lo que no estaba a su alcance por las razones anotadas, indicó que debía asumirlo Medicina Legal, que es la institución especializada en Colombia para practicar ese tipo de pruebas.”

Entonces, no es que el médico o la entidad se hayan negado a practicar la prueba solicitada por la Fiscalía, como lo señaló el a-quo en el fallo recurrido, sino que ni el médico ni la entidad accionada podían hacer más, por no contar con los elementos necesarios para la práctica de lo requerido por aquel órgano investigativo. De las pruebas se infiere que el médico hizo análisis físico y luego de realizar el examen sexológico y recolección de las prendas de vestir y ordenar otros exámenes, terminó por dar como indicación médica la valoración por medicina legal.

(...)

Así las cosas, la Corporación considera que le asiste razón a la recurrente al afirmar que nadie está obligado a lo imposible, y que si bien es cierto, legalmente existe el deber de colaboración y cooperación, también lo es que

sin tener los medios adecuados para practicar cierto tipo de exámenes, no permiten cumplir el fin a cabalidad. La carencia de los elementos para poder realizar a cabalidad una prueba pericial, si bien puede constituir una insuficiencia del Hospital Susana López de Valencia para practicar este tipo de pruebas, pero no puede generar responsabilidad puesto que para ello nuestro ordenamiento tiene creado un órgano específico como lo es el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, función que además ha sido extendida al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, que funciona y debe funcionar durante 24 horas. Es decir, si alguien debe responder por no haberse practicado oportunamente, en forma total y siguiendo todos los protocolos, es la Fiscalía General de la Nación, que es el órgano constitucional y legalmente habilitado para ello, y que cuenta además para la investigación con el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y el Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía”.

Afirmó que no es un secreto la crisis hospitalaria por la que atravesaron y atraviesan muchos hospitales del país, además de no contar con las tecnologías y el material humano especializado necesario en muchas áreas de la medicina y que, en el caso en concreto se endilgaba culpa al ente hospitalario por la omisión de la toma de la muestra para exámenes de embriaguez y/o cícotóxicos y se aseguró que ello impidió a la parte actora demostrar que tales muestras eran contundentes para que la actuación penal iniciada rindiera los resultados esperados, frente a lo que señaló que no se encontraba probado, comoquiera que la práctica o no del examen omitido, no constituía la única evidencia ni menos indispensable que se debía tener en cuenta como apoyo probatorio para continuar la actuación penal.

2.3.2.2. El marco normativo y jurisprudencial que orienta las actuaciones de las autoridades frente a la denuncia de un delito sexual a un menor de edad

La Constitución Política de Colombia exige al Estado proteger especialmente a aquellas personas que por su condición económica, física o mental, se encuentren en circunstancia de debilidad manifiesta y sancionar los abusos o maltratos que contra ellas se cometan.

Por su parte, el Código Penal (Ley 599 de 2000), la Ley 1236 de 2008 tipifican los delitos sexuales de los que son víctimas los menores de edad. Asimismo, la Ley 1257 de 2008 dicta normas de sensibilización, prevención y sanción de formas de violencia y discriminación en contra de las mujeres.

Por su parte, el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual R.T. INMLCF - 01 Versión 03, julio de 2009 está orientado al equipo de profesionales que aplican los procedimientos técnicos y científicos en la realización de la prueba pericial integral en el contexto del delito sexual.

Dicho reglamento pretende asegurar la calidad de la atención y la coordinación efectiva con otros sectores como los de salud, protección y justicia, y garantizar la

correcta preservación, registro y documentación de los elementos de prueba, así como su estudio específico y la consolidación e interpretación de los resultados especializados en el contexto de la información de la cual dispone el perito sobre el caso que se investiga.

Su objetivo es apoyar a la justicia mediante el aporte de pruebas periciales integradas en la investigación judicial del delito sexual, brindar un manejo integral a la víctima para el restablecimiento de sus derechos en salud, protección y justicia, mediante la coordinación interinstitucional efectiva con estos sectores estatales.

Ese reglamento es aplicable a todos los organismos y personas que hacen parte del equipo que realiza funciones relacionadas con el abordaje forense integral en la investigación de delitos sexuales en Colombia, desde la recepción del caso hasta el envío del informe pericial y archivo de la copia respectiva; por tanto, incluye a los peritos de las áreas de clínica y odontología forense y a todos los demás componentes del Sistema Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, incluyendo los profesionales de la salud que de conformidad con el artículo 9 de la Ley 1146 de 2007²², participen en el abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y deban rendir el respectivo informe pericial, en todo el territorio nacional. Igualmente, al personal auxiliar y administrativo, involucrado en el respectivo proceso de atención que tenga contacto con los elementos materiales probatorios o evidencia física que puedan ser de utilidad en la investigación.

En el mismo, se establece que el procedimiento que debe agotar la autoridad responsable del abordaje forense integral de la víctima, es el siguiente:

1. Recepción del caso.
2. Entrevista a la víctima en la investigación del delito sexual.
3. Examen médico legal y recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física.
4. Análisis, interpretación y conclusiones del informe pericial forense integral.
5. Cierre de la atención forense a la víctima.

²² ARTICULO 9. ATENCIÓN INTEGRAL EN SALUD. En caso de abuso sexual a niños, niñas y adolescentes, el Sistema General en Salud tanto público como privado, **así como los hospitales y centros de salud de carácter público, están en la obligación de prestar atención médica de urgencia e integral en salud a través de profesionales y servicios especializados.** La no definición del estado de aseguramiento de un niño, niña o adolescente víctima de abuso sexual no será impedimento para su atención en salud, que en todo caso incluirá como mínimo lo siguiente:

1. Los niños, niñas y adolescentes víctimas de abuso sexual, serán atendidos en las instituciones prestadoras de salud tales como EPS, IPS, ARS previamente mencionadas, de manera inmediata y en cumplimiento del principio de prevalencia de sus derechos, clasificando y atendiendo estos casos como de urgencia médica.
2. Examen y tratamiento de enfermedades de transmisión sexual adquiridas con ocasión del abuso.
3. Provisión de antiretrovirales en caso de violación Y/o riesgo de VIH/SIDA.
4. Durante la atención de la urgencia se realizará una evaluación física y psicológica del niño, niña o adolescente víctima del abuso, teniendo cuidado de preservar la integridad de las evidencias.
5. **A que se recoja de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la Cadena de Custodia.**
6. Se dará aviso inmediato a la policía judicial y al ICBF.
7. Se practicarán de inmediato las pruebas forenses, patológicas y psicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente

PARÁGRAFO: Las EPS, IPS, y ARS u otros prestadores del servicio que no cumplan de manera inmediata con lo ordenado en el presente artículo, serán objeto de sanción por parte de la Superintendencia de Salud, quien para el efecto deberá dentro de los treinta (30) días siguientes a la promulgación de la presente ley, determinar la escala de sanciones y procedimientos que estarán enmarcados dentro de los principios de celeridad y eficacia, a fin de que se cumplan efectivamente los preceptos aquí consagrados.

Se destaca en la actividad 3, esto es, el examen médico legal y recolección de elementos materiales probatorios o evidencia física, lo siguiente:

“3.2. RESPONSABLES

Son responsables de la realización del examen, así como de la recolección y manejo de los elementos materiales probatorios o evidencia física, los peritos médico-forenses del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses y todos aquellos profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado, que en Colombia deban realizar un examen médico-legal como parte del abordaje forense integral en la investigación del delito sexual y rendir el respectivo informe pericial.

(...)

3.4.9 CRITERIOS A CONSIDERAR PARA LA TOMA DE MUESTRAS

En todos los casos los procedimientos de recolección y manejo de muestras y/o evidencias para análisis, se realizarán teniendo en cuenta los parámetros establecidos para la recolección, preservación, almacenamiento, transporte y cadena de custodia de evidencias.

(...)

ANEXO 4. INSTRUCTIVO DE MANEJO DEL KIT PARA LA TOMA DE MUESTRAS EN LA INVESTIGACIÓN DEL DELITO SEXUAL

(...)

5.3.2. Para estudios toxicológicos

5.3.2.1. Sangre

Si se va a solicitar la prueba de alcoholemia, no use alcohol para desinfectar el área de punción, para ello utilice compuestos a base de yodo. Llene un tubo tipo vacutainer tapa gris (con Fluoruro de Sodio/Oxalato de Potasio) con aguja hipodérmica para toma con sistema de vacío. Una vez recolectada la muestra en el tubo, procurando que el espacio de cabeza (es decir, el espacio libre que queda entre el nivel de la sangre y el tapón) sea mínimo, asegúrese que está tapado herméticamente y agite ocho veces para permitir la mezcla con el Fluoruro de Sodio y el Oxalato de Potasio¹⁸². No emplee ningún tubo con especificaciones diferentes. Rotule, selle con cinta de seguridad e introduzca el tubo en una bolsa pequeña de plástico transparente. Selle la bolsa plástica con cinta de seguridad.

5.3.2.2. Orina

Suministre al examinado un frasco de polipropileno de al menos 30 ml de boca ancha y tapa rosca hermética, nuevo, sin preservantes. Solicítele que recolecte la muestra, tome precauciones para evitar que durante la

recolección la muestra pueda ser alterada. Luego reciba del examinado el recipiente con la muestra de orina y verifique que se encuentre herméticamente cerrado. Rotule, selle con cinta de seguridad.

5.4. PROCEDIMIENTO PARA EL ENVÍO

5.4.1. Una vez concluido el examen, envíe las muestras a los laboratorios correspondientes, si el caso ha sido atendido por médicos del Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses. En caso contrario entregue las muestras y los documentos asociados a la Policía Judicial.

(...)

6. RESPONSABLES

Los médicos que examinen víctimas o posibles victimarios en casos de delitos sexuales, son los responsables por la aplicación de este instructivo”.

Además, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer adoptada en Belém do Pará, Brasil, el 9 de junio de 1994, aprobada por Colombia mediante la Ley 248 de 1995, en su artículo 7 establece que:

“ARTÍCULO 7o. Los Estados Partes condenan todas las formas de violencia contra la mujer y convienen en adoptar, por todos los medios apropiados y sin dilaciones, políticas orientadas a prevenir, sancionar y erradicar dicha violencia y en llevar a cabo lo siguiente:

a) Abstenerse de cualquier acción o práctica de violencia contra la mujer y velar porque las autoridades, sus funcionarios, personal y agentes e instituciones se comporten de conformidad con esta obligación;

*b) Actuar con la debida diligencia para prevenir, **investigar y sancionar la violencia contra la mujer;***

c) Incluir en su legislación interna normas penales, civiles y administrativas, así como las de otra naturaleza que sean necesarias para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la mujer y adoptar las medidas administrativas apropiadas que sean del caso;

d) Adoptar medidas jurídicas para conminar al agresor a abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar, dañar o poner en peligro la vida de la mujer de cualquier forma que atente contra su integridad o perjudique su propiedad;

e) Tomar todas las medidas apropiadas, incluyendo medidas de tipo legislativo, para modificar o abolir leyes y reglamentos vigentes, o para modificar prácticas jurídicas o consuetudinarias que respalden la persistencia o la tolerancia de la violencia contra la mujer;

f) Establecer procedimientos legales y eficaces para la mujer que haya sido

sometida a violencia, que incluyan, entre otros, medidas de protección, un juicio oportuno y el acceso efectivo a tales procedimientos;

g) Establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces, y

h) Adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención.” (Negrillas fuera de texto).

Ahora bien, la Corte Constitucional²³ ha señalado que *“tratándose de menores de edad víctimas de cualquier clase de abusos, existe la obligación de adoptar medidas adecuadas para protegerlos, más aún cuando en procura de sus derechos o intereses hay lugar a adelantar cualquier actuación judicial o administrativa, debiendo ser siempre protegidos en cualquiera de sus etapas”;* que en esa medida y por ser objeto de una protección reforzada, se erigen *“una serie de garantías, no solo por la prevalencia de los derechos de los menores de edad, sino en la imperiosa obligación de adoptar medidas para su protección en todos los ámbitos, incluido el proceso penal, cuando sean víctimas de delitos aberrantes (cfr. art. 8º Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía).”*

Recordó que en procura de esos fines, el artículo 193 de la Ley 1098 de 2006 consagró una serie de *“criterios para el desarrollo del proceso judicial de delitos en los cuales son víctimas los niños, las niñas y los adolescentes”*, según los cuales la autoridad judicial:

“(…)

3. Prestará especial atención para la sanción de los responsables, la indemnización de perjuicios y el restablecimiento pleno de los derechos vulnerados”.

En consecuencia, de acuerdo con las normas internacionales y nacionales, y la jurisprudencia constitucional es responsabilidad del Estado frente a esta forma de agresión garantizar el restablecimiento de los derechos que han sido vulnerados y garantizar la reparación del daño en un pronto y eficaz proceso judicial.

2.3.2.3. Análisis del caso objeto de estudio

Esta Sala considera que el Tribunal Administrativo de Casanare sí incurrió en un defecto sustantivo porque en el análisis realizado no tuvo en cuenta las normas que informaban el proceso, su vigencia y la incidencia de la misma en la valoración probatoria.

Así, tal y como lo reconocen los jueces de instancia, el Hospital Susana López de

²³ CORTE CONSTITUCIONAL, sentencia C-177/14

Valencia, se encontraba en la obligación legal y reglamentaria de seguir el protocolo establecido en la Resolución 000571 de 24 de agosto de 2006, vigente incluso 4 años antes de la ocurrencia de los hechos. En esa medida, el hospital debía contar con el kit para la toma de muestras en la investigación del delito sexual y a su vez, debía guardar la cadena de custodia de las muestras tomadas a la víctima.

En efecto, si la autoridad judicial demandada hubiese aplicado la mencionada norma, habría concluido que correspondía a los deberes funcionales del hospital demandado equiparse con los medios necesarios para dar cabal cumplimiento al mencionado Protocolo y en esa medida, garantizar la preservación de las muestras biológicas con cadena de custodia, hasta que se pudiera realizar el examen ordenado, lo que en consecuencia no era una facultad de la entidad prestadora de servicios de salud, sino una obligación.

Así lo reconoce la Resolución 001776 de 2008 *“por medio de la cual se determina la escala de sanciones y procedimientos por incumplimiento a los preceptos señalados en el artículo 9° de la Ley 1146 de 2007”*, que en el literal b de su artículo 1° señala:

Artículo 1°. La Superintendencia Nacional de Salud, previa solicitud de explicaciones, podrá imponer, en caso de violación a los preceptos contenidos en el artículo 9° de la Ley 1146 de 2007, a las Entidades Promotoras de Salud, EPS, Instituciones Prestadoras de Salud, IPS, y Entidades Promotoras de Salud de Salud del Régimen Subsidiado, EPS-S, por una sola vez, o en forma sucesiva, multas en las siguientes cuantías a favor del Tesoro Nacional.

(...)

*b) Multa de 1 a 1800 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha de la comisión del hecho, a las **EPS, IPS, EPS-S, que incumplan el precepto de recoger de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la cadena de custodia, o de practicar de inmediato las pruebas forenses, patológicas y psicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente**.*

En consecuencia, no comparte la Sala el argumento del Tribunal Administrativo de Casanare según el cual *“la carencia de los elementos para poder realizar a cabalidad una prueba pericial, si bien puede constituir una insuficiencia del Hospital Susana López de Valencia para practicar este tipo de pruebas, pero no puede generar responsabilidad puesto que para ello nuestro ordenamiento tiene creado un órgano específico como lo es el Instituto Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses, función que además ha sido extendida al Cuerpo Técnico de Investigación de la Fiscalía, que funciona y debe funcionar durante 24 horas”*, pues lo cierto es que las normas ampliamente desarrolladas exigen a todas las EPS, IPS, EPS-S, sin distinción alguna, que cumplan con los preceptos contenidos en el artículo 9° de la Ley 1146 de 2007, esto es, que se recoja de manera

oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la Cadena de Custodia.

En esa medida, la autoridad judicial demandada no debió aplicar el principio según el cual nadie está obligado a lo imposible, comoquiera que la exigencia normativa cuyo cumplimiento se echa de menos en la demanda de reparación directa instaurada por la señora WW era previsible por parte del hospital y contó con tiempo suficiente para cumplirlo, pues debe recordarse que la Ley 1146 de 2007 entró en vigencia el martes 10 de julio de 2007, el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual es de julio del año 2009, y los hechos ocurrieron el 26 de enero de 2010.

Ahora bien, echa de menos esta Sala la observancia por parte del Hospital Susana López de Valencia y de contera del Tribunal Administrativo de Casanare, de las normas de carácter interno, así como las de bloque de constitucionalidad que **exigen a todas las autoridades condenar toda forma de violencia contra la mujer y adoptar las medidas necesarias para investigar y sancionar estas conductas.**

Problemática que hace parte de la agenda internacional, y que exige la utilización de los mecanismos necesarios para contrarrestarla desde la prevención y hasta la sanción de la violencia.

En esa medida, y para el caso concreto, las autoridades de salud y la justicia, [debieron] enfocar su actuar en pro de la defensa de los derechos de las víctimas de la violencia sexual, máxime si se tiene en cuenta que se trataba de una menor de edad, que pretendía acceder a los servicios especializados apropiados para conculcar la acción y resarcir los perjuicios que ella le ocasionó.

El rol del sector de la salud frente a casos de violencia sexual es actuar con diligencia con el objetivo de (i) atender los requerimientos de salud de la víctima y (ii) apoyar a las autoridades mediante el aporte de pruebas periciales integradas en la investigación judicial del delito, y por esta razón no entiende la Sala cómo el Hospital puede sustraerse de su obligación legal y reglamentaria de adecuar sus instalaciones para la atención en salud y conservar las muestras biológicas tomadas, con el argumento de que nadie está obligado a lo imposible.

Con él se restringen los derechos de quien desafortunadamente es víctima de un delito sexual y en ese sentido la decisión objeto de reproche se aparta de la ley y la convencionalidad, pues desconoce el carácter de urgencia médica que siempre tiene cualquier caso de violencia sexual y que impone brindar una atención integral e inmediata a las víctimas.

En conclusión, para esta Sala, el fallo de 19 de julio de 2017 proferido por el Tribunal Administrativo de Casanare incurrió en defecto sustantivo en la medida en que desconoció la obligatoriedad de cumplir los mandatos de la Ley 1146 de 2007 y el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual por parte del hospital demandado.

Por lo anterior, se amparará los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la señora WW y en consecuencia se dejará sin efectos la sentencia de 19 de julio de 2017 y se ordenará al Tribunal Administrativo de Casanare que dicte una providencia de reemplazo en la que tenga en cuenta la Ley 1146 de 2007 y el Reglamento Técnico para el Abordaje Forense Integral en la Investigación del Delito Sexual impone a todos los profesionales médicos de un servicio de salud, público o privado recoger de manera oportuna y adecuada las evidencias, siguiendo las normas de la cadena de custodia, y practicar de inmediato las pruebas forenses, patológicas y psicológicas necesarias para adelantar el proceso penal correspondiente.

2.4. Solicitud de desvinculación

La apoderada de la Fiscalía General de la Nación solicitó ser desvinculada por considerar que carece de legitimación en la causa por pasiva.

Al respecto se advierte que se declarará no probada la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva comoquiera que la vinculación al proceso se hizo en calidad de tercero con interés en el resultado de éste y teniendo en cuenta las funciones constitucionales y legales del ente en mención y no como entidad accionadas.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Quinta, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley

III. FALLA:

PRIMERO: AMPARAR los derechos fundamentales al debido proceso y de acceso a la administración de justicia de la señora WW, por las consideraciones expuestas en la presente providencia.

SEGUNDO: En consecuencia, **DEJAR SIN EFECTOS** la sentencia proferida el 19 de julio de 2017 por el Tribunal Administrativo de Casanare dentro del proceso de reparación directa identificado con el número de radicado 19001-33-31-004-2011-00054-01.

TERCERO: ORDENAR al Tribunal Administrativo de Casanare que dentro los diez (10) días siguientes a la notificación de este fallo, dicte una providencia de reemplazo de acuerdo con los lineamientos expuestos en esta sentencia.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMACIÓN EN LA CAUSA POR PASIVA propuesta por la apoderada de la Fiscalía General de la Nación.

QUINTO: NOTIFICAR a las partes y los intervinientes en la forma prevista en el artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

SEXTO: Si no fuere impugnada esta decisión dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, al día siguiente a su ejecutoria, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ENRIQUE MORENO RUBIO
Presidente

ROCÍO ARAÚJO OÑATE
Consejera

LUCY JEANNETTE BERMÚDEZ BERMÚDEZ
Consejera

ALBERTO YEPES BARREIRO
Consejero



SC5780-6-1



GP059-6-1

