

REPÚBLICA DE COLOMBIA



DEPARTAMENTO DE ARAUCA

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA
SALA ÚNICA DE DECISIÓN**

Aprobado en Acta de Sala No. 044

Magistrada Ponente: MATILDE LEMOS SANMARTÍN

Arauca, febrero veintidós (22) del año dos mil veintiuno (2021)

**PROCESO: VERBAL – DECLARATIVO DE RESPONSABILIDAD CIVIL
EXTRACONTRACTUAL**
RADICADO: 81-736-31-89-001-2018-00198-01
DEMANDANTE: ADELAIDA PRIETO RINCÓN y OTROS.
DEMANDADO: NUEVA EPS Y OTRO.
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

OBJETO DE LA DECISIÓN

Decide esta Corporación el recurso de apelación interpuesto por el apoderado judicial de la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD - NUEVA EPS S.A. contra la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena, mediante la cual la declaró civilmente responsable de los perjuicios ocasionados a la parte demandante.

HECHOS DE LA DEMANDA

Fue presentada personalmente por el apoderado judicial legalmente constituido el 1º de agosto de 2018, como se puede constatar en el expediente¹, y en ella se expone que la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN y el señor ALEXANDER AMAYA MONTAÑO conviven en unión libre desde hace más de 16 años, y fruto de dicha relación nacieron los menores ESTHEFANY ALEXANDRA AMAYA y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO.

¹ Fls. 1 a 283 cdo 1 del juzgado.

La señora PRIETO RINCÓN en el año 2011 se realizó un procedimiento estético consistente en moldear los glúteos y senos con ácido *hialurónico* en un consultorio médico ubicado en el municipio de Saravena, que a la postre desapareció, motivo por el cual al presentar algunas complicaciones decidieron acudir a la Clínica Ardila Lule de la ciudad de Bucaramanga, donde un cirujano plástico ordenó la extracción quirúrgica del producto inyectado.

Debido al grave estado de salud de ADELAIDA la familia optó por vender la vivienda en la que habitaban con el objeto de sufragar el procedimiento quirúrgico, pese a lo cual su estado de salud se deterioró al extremo de estar postrada en una cama.

Ante la falta de recursos económicos y para continuar con el tratamiento, solicitaron a la NUEVA EPS la cobertura de los servicios médicos requeridos, pero dicha entidad se rehusó argumentando que se trataba de un procedimiento estético y caprichoso de la paciente, por lo que decidieron acudir a un nuevo médico especialista en cirugía plástica reconstructiva con amplia experiencia en la extracción de biopolímeros de la ciudad de Cali, quien le diagnosticó *alogenosis iatrogénica*.

Después de recibir asesoría en la Fundación "*No a los Biopolímeros*" de la ciudad de Cali, presentaron acción de tutela que correspondió al Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, quien mediante fallo proferido el 17 de febrero de 2016 amparó los derechos fundamentales de la señora PRIETO RINCÓN y ordenó a la entidad promotora de salud cubrir la totalidad del tratamiento estético requerido por la usuaria, con un profesional especialista en la extracción de biopolímeros.

La NUEVA EPS decidió de manera unilateral remitir a ADELAIDA al Hospital Universitario los Comuneros de la ciudad de Bucaramanga, Santander, donde fue valorada por un cirujano plástico sin experiencia en la extracción de biopolímeros y, pasado un mes sin que se prescribiera el tratamiento a seguir, resolvieron iniciar un incidente de desacato para asegurar su intervención quirúrgica.

Puso de presente, que en virtud de las sanciones impuestas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, la NUEVA EPS S.A. autorizó la cirugía de extracción de biopolímeros, pero debido a la gravedad se dispuso una segunda intervención quirúrgica que no fue aprobada por la entidad promotora, razón por la cual promovieron

otro incidente de desacato que fue fallado ordenando nuevamente el arresto de sus funcionarios.

Debido al reiterado incumplimiento de la NUEVA EPS y la gravedad de su estado de salud, la señora PRIETO RINCÓN informó lo acontecido a la emisora La Voz del Cinaruco, el día 10 de mayo de 2016, sin revelar información sobre su diagnóstico o tratamiento, pues hacía parte de su privacidad, sin embargo, el 12 del mismo mes y año, el Gerente Regional Nororiente de la NUEVA EPS, Dr. JAVIER CANAL QUIJANO, se pronunció a través del mismo medio radial asegurando que PRIETO RINCÓN *"se estaba gastando la mitad del presupuesto mensual para el departamento en salud, (...) poniendo en riesgo la salud de la población Araucana"*.

También reveló el Dr. CANAL QUIJANO la patología sufrida por la actora y que los procedimientos quirúrgicos estaban dirigidos al *"agrandamiento de sus senos y de sus glúteos"*, indicó que no se podía establecer con precisión cuántas cirugías serían necesarias, e identificó la clínica donde estaban tratando a la paciente, vulnerando así su buen nombre, intimidad personal, honor y dignidad humana.

Como consecuencia de tal proceder, ella y su familia recibieron amenazas a través de mensajes de textos y llamadas telefónicas, al punto que a su vivienda llegaron personas desconocidas, y; en el portal *web* de La Voz del Cinaruco se publicó una fotografía de la señora ADELAIDA y su menor hija sin autorización previa, por lo que su familia ha sido víctima de *bullying* y matoneo, tanto físicamente como a través de las redes sociales, por lo que en la actualidad presentan secuelas de ansiedad y depresión, y han requerido tratamiento psicológico especializado.

PRETENSIONES

ADELAIDA PRIETO RINCÓN y JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos ESTHEFANY ALEXANDRA AMAYA y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO, presentaron a través de apoderado demanda contra la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO - NUEVA EPS S.A., representada legalmente por el señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y el médico

JAVIER CANAL QUIJANO, pretendiendo se les declare responsables de los daños y perjuicios² producidos con ocasión a la violación del Código de Ética Médica.

Solicitaron los demandantes, en consecuencia, se condene a los demandados por los siguientes conceptos: (i) daños morales: a favor de ADELAIDA PRIETO RINCÓN (*víctima directa*) la suma de 100 salarios mínimos mensuales legales vigentes, así como respecto de JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO (*compañero permanente*), ESTHEFANY ALEXANDRA AMAYA y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO (*hijos*) el valor de 80 salarios mínimos legales mensuales vigentes para cada uno de ellos; (ii) daño a la vida en relación, los mismos valores pedidos por perjuicios morales y; (iii) daño emergente consolidado o pasado, en cuantía de 5 millones de pesos.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Una vez compareció la NUEVA EPS³, a través de apoderado judicial contestó la demanda manifestando que se presenta *culpa exclusiva de la víctima*, cuando puso en conocimiento de *La Voz del Cinaruco* el supuesto incumplimiento de su representada a la orden tutelar, que llevó a que el funcionario de la empresa promotora de salud, Dr. JAVIER CANAL QUIJANO fuera entrevistado por la emisora y ofreciera las explicaciones del caso soportado en un *fallo de tutela que tiene carácter público*, oportunidad en la que hizo referencia a los hechos por los cuales la usuaria del sistema instauró la acción al considerar que no gozan de reserva alguna, e informó en forma detallada el por qué no se había cumplido la sentencia en su totalidad.

Explicó que en razón a que la acción de tutela goza del principio de publicidad y sirve como precedente jurisprudencial, no hubo vulneración de los derechos fundamentales al buen nombre, la intimidad personal, el honor y la dignidad humana de ADELAIDA PRIETO RINCÓN cuando el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO se refirió a los hechos relacionados en el fallo que culminó la acción, máxime cuando fue la misma señora quien los hizo públicos.

² Daños morales, vida de relación y daño emergente y consolidado o pasado en los valores señalados en la demanda.

³ Fls. 7 al 28 c- 2 del Juzgado.

Luego de haber declarado como ciertos unos hechos y negado otros, se opuso a las pretensiones solicitadas para lo cual propuso, entre otras, las siguientes excepciones de fondo que fundamentó en la forma que se pasa a reseñar.

- La primera denominada "*culpa exclusiva de la víctima*", toda vez que PRIETO RINCÓN, de manera libre y voluntaria expuso el supuesto incumplimiento de las órdenes judiciales impartidas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, razón por la cual el Dr. CANAL QUIJANO estaba autorizado, como funcionario de la entidad, para suministrar información sobre el caso concreto que tiene carácter público, en la medida que era imperativo para explicar por qué no se había acatado lo prescrito por el juez constitucional.

- En la segunda, titulada "*falta de legitimación en la causa por pasiva*", argumentó que la parte demandante no cuenta con el soporte legal y probatorio para cuestionar si la NUEVA EPS incumplió sus obligaciones contractuales o legales.

- En la tercera, designada como "*inexistencia de hecho ilícito y cabal cumplimiento de las obligaciones*", aseguró que los comportamientos dañinos censurados fueron realizados por un tercero, pues la foto de la señora PRIETO RINCÓN fue publicada por La Voz del Cinaruco sin su permiso, mientras que la NUEVA EPS no le negó el acceso al servicio de salud, por el contrario, le garantizó los tratamientos médicos prescritos por profesionales especializados.

- En la cuarta y quinta, llamadas "*inexistencia de nexo causal*" y "*carencia absoluta de prueba de nexo causal*", explicó, que al cumplir con las obligaciones de naturaleza legal y contractual la NUEVA EPS no generó el daño endilgado, pues fue consecuencia del proceder deliberado de PRIETO RINCÓN, y la parte demandante no satisfizo la carga de la prueba al omitir aportar aquellas que demostraran lo contrario.

- En la sexta identificada bajo el título de "*enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido*", dijo que la situación dañosa se generó como consecuencia de los propios actos de la afiliada, y fueron causados consecuencialmente por terceros, esto es, por la emisora la Voz del Cinaruco de Caracol Radio, medio de comunicación que publicó fotografías de la señora PRIETO RINCÓN.

TRÁMITE PROCESAL

La demanda correspondió por reparto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena, Despacho que mediante auto del 10 de agosto de 2018⁴ la admitió ordenando la notificación a los demandados, que se surtió personalmente los días 11 de septiembre y 15 de noviembre de 2018⁵, respectivamente.

Mediante auto del 28 de enero de 2019, el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena negó la solicitud de integración del contradictorio y fijó fecha para llevar a cabo la audiencia inicial de que trata el art. 372 del Código General del Proceso.

El 21 de junio de 2019 se realizó la audiencia señalada en la que se evacuaron las etapas correspondientes a la conciliación, saneamiento, interrogatorio de parte, fijación del litigio, y se decretaron las pruebas a practicar; una vez evacuadas las mismas se continuó con la audiencia de instrucción y juzgamiento el 12 de noviembre de 2019, fecha en la que se escucharon las alegaciones de las partes; para luego, el 26 de noviembre de ese año, proferir sentencia escrita declarando a la NUEVA EPS civilmente responsable de los daños causados a la parte demandante, al tiempo que se absolvió de todas las pretensiones al Dr. JAVIER CANAL QUIJANO.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

En sus consideraciones, el Juez de primera instancia, luego de hacer los recuentos de rigor y realizar las precisiones jurídicas y jurisprudenciales del caso refiriéndose a los aspectos sustantivos de la responsabilidad civil médica, abordó el caso concreto bajo la óptica de la responsabilidad civil *aquiliana*, analizando para ello las pruebas que habían sido recaudadas en el curso de la actuación.

Así, aseguró, que si bien el 10 de mayo de 2017 la señora PRIETO RINCÓN denunció públicamente que la NUEVA EPS venía incumpliendo las órdenes emitidas por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena para garantizar la indemnidad de sus derechos fundamentales, ello no facultaba a la entidad para divulgar a los medios de

⁴ Fl. 284 Cuaderno No. 1 del juzgado

⁵ Fls. 286, *ibídem*.

comunicación su diagnóstico y "*demás pormenores de la situación médica*", puesto que se trataba de información que ostenta carácter reservado al ser parte integral de la historia clínica, sobre todo porque ella no "*ofreció detalles constitutivos*" que dejaran sin efecto tal prohibición.

En ese sentido, descartó que el diagnóstico y estado de salud de PRIETO RINCÓN puedan catalogarse como información pública, porque a pesar de haber sido utilizada como fundamento de la acción de tutela interpuesta no pierde su carácter reservado toda vez que hace parte de su historia clínica.

Con base en ello sostuvo que el proceder de la accionada fue antijurídico cuando, al ejercitar el derecho a la réplica ante la emisora La Voz del Cinaruco, reveló información de la historia clínica de PRIETO RINCÓN desconociendo la reserva legal que opera en tal sentido, razón por la cual consideró que las excepciones alegadas devenían imprósperas.

En cuanto a la ocurrencia del daño, adujo, que las impresiones en los comunicados de la aplicación WhatsApp y demás mensajes de datos enviados al teléfono celular de PRIETO RINCÓN, demostraban que ella y sus hijos fueron objeto de acoso y víctimas de amenazas, pues como la parte demandada no tachó de falsos tales documentos se presumen auténticos, y el art. 247 del C.G.P les otorga pleno valor probatorio al ser reproducciones exactas.

De esa manera, apreció, que tales misivas produjeron efectos negativos en el bienestar psicológico de PRIETO RINCÓN y su familia, pues su gravedad se advierte al recordar que las amenazaron con "*pagar las consecuencias*", entre otras frases que denotan una fuente de riesgo e incertidumbre.

También aseguró que las certificaciones expedidas por la psicóloga de la Comisaria de Familia del municipio de Fortul, los días 28 y 29 de mayo de 2018, permiten concluir que los hijos de PRIETO RINCÓN sufren de estrés postraumático, causado por el acoso escolar y *ciber bullying*.

En igual sentido, aseveró, que con los testimonios de Yesika Alexandra Rocha Rincón, Darleny Adriana Carreño Ramos y Fredy Alexander García Bateca, se demostró que

PRIETO RINCÓN presentó tendencias suicidas y dificultades para laborar ininterrumpidamente, así como también que sus hijos sufrieron acoso escolar por parte de sus compañeros de colegio.

En ese orden de ideas, expuso, que existía relación causal entre la conducta de la NUEVA EPS y los daños infringidos a PRIETO RINCÓN y su familia, pues las amenazas y el acoso padecido fueron producto de las revelaciones acerca de los procedimientos estéticos y sus elevados costos, sin que tuviera relevancia la fotografía publicada por La Voz del Cinaruco, toda vez que al tratarse de una comunidad reducida no resultaba necesaria para que las personas logaran identificarlos y amenazarlos.

En cuanto al elemento subjetivo de la responsabilidad, refirió, que la NUEVA EPS actuó culposamente al manejar indebidamente la información correspondiente a la historia clínica de PRIETO RINCÓN, así como al revelar deliberadamente el valor de las operaciones y el porcentaje del presupuesto mensual en salud, ya que era previsible que se presentaran represalias en contra de ella y su familia.

No obstante, exoneró de responsabilidad al Dr. JAVIER CANAL QUIJANO al considerar que actuó como representante legal de la NUEVA EPS y se limitó a reproducir la información suministrada por la dependencia de comunicaciones de la entidad.

En torno al monto de las indemnizaciones, concluyó, que debía otorgarse la suma de 15 SMLMV a favor de PRIETO RINCÓN por concepto de daño moral; mientras que a favor de sus hijos la suma de 10 SMLMV, para cada uno, por el mismo concepto, y 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO. Con respecto al señor JOSÉ ALEXANDER explicó que, a pesar de no haberse allegado prueba directa del perjuicio moral por él sufrido, era posible inferir la congoja, tristeza y preocupación excesiva que padeció en cuanto se acreditó su condición de compañero permanente de la primera, y; que el detrimento a la vida de relación y daño emergente alegados en la demanda no fueron acreditados, al tiempo que condenó en costas a la NUEVA EPS en los términos del numeral 1º del art. 365 del C.G.P.

EL RECURSO DE APELACIÓN Y SU SUSTENTACIÓN

Inconforme con la anterior determinación, el apoderado de la NUEVA EPS interpuso recurso de apelación que sustentó por escrito dentro del término legalmente concedido exponiendo las razones de censura que a continuación se indican.

1. Indebida valoración probatoria

En la que incurrió la instancia al declarar responsable a la entidad promotora de salud, pues el presupuesto ineludible para hacerlo era determinar previamente si el Dr. CANAL QUIJANO actuó en desarrollo de un acto médico, lo que se descartaba al recordar que su proceder se circunscribió a la intervención radial en ejercicio del derecho a la réplica, donde suministró información sobre la acción de tutela interpuesta por PRIETO RINCÓN y los costos de tales procedimientos, en atención al principio de publicidad presupuestal.

Destacó, que la información relativa a las patologías sufridas por PRIETO RINCÓN no ostentaban la calidad de información reservada en la medida que fueron debatidas en la acción de tutela que ella interpuso y sobre la cual se pronunció el Dr. CANAL QUIJANO.

Aseguró, que no existe certeza sobre los hechos que generaron las amenazas realizadas por terceros, pues no puede atribuírseles responsabilidad sólo en razón del resultado, ya que era necesario determinar si se vulneró el derecho a la intimidad como consecuencia del pronunciamiento del Dr. CANAL QUIJANO respecto a las patologías de PRIETO RINCÓN, o debido a sus afirmaciones sobre los gastos presupuestales involucrados.

2. Transgresión del principio de congruencia

Expuso que no existe congruencia entre la pretensión principal derivada de la violación del código de ética médica y el fallo proferido en primera instancia, pues lo que realmente buscaban los demandantes era que se estableciera la culpa del Dr. CANAL QUIJANO por actos relacionados "*con su profesión de médico*" y no como gerente de la entidad promotora de salud.

Tampoco se vulneró el derecho a la intimidad de la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, pues quien levantó la reserva de las patologías con las circunstancias de modo, tiempo y lugar fue la misma usuaria cuando presentó la tutela, que incluso fueron de conocimiento del Dr. JAVIER CANAL QUIJANO por lo expuesto en los fundamentos fácticos de la acción constitucional y no por manipulación de su historia clínica.

Indicó, además, que fue la señora PRIETO RINCÓN quien comunicó al medio radial su particular situación y no está probado que las amenazas se originaran por la presunta

violación a su intimidad sino por el dinero pagado para el cumplimiento de la acción de tutela, información última que no goza de reserva legal y tampoco hace parte de la historia clínica de la paciente.

3. Falta de nexo causal entre el daño y la culpa endilgada

No existe nexo causal entre el daño sufrido por la paciente y las actuaciones de la NUEVA EPS atendida la presencia de una causal de exoneración de responsabilidad, pues la accionada actuó a cabalidad y cumplió todas sus obligaciones con la demandante.

Tampoco puede hablarse de un factor de imputación o atribución (*culpa*), porque aún frente a la certeza del daño no se probó que la entidad promotora de salud fuera la causante del perjuicio infringido a la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, en cuanto el reconocimiento pretendido se deriva de unas amenazas y publicaciones en las que no tuvo injerencia alguna, máxime cuando fue ella la causante del agravio sufrido al revelar sus patologías y, en esa medida la NUEVA EPS no está obligada a soportar su indemnización.

Finalmente, afirmó, que el nexo causal entre el hecho, el daño y el agente generador del mismo se desvirtúa al recordar que PRIETO RINCÓN propició los perjuicios padecidos, y que la NUEVA EPS no realizó las amenazas en su contra cuando se limitó a rebatir la denuncia pública a través de su gerente regional, el Dr. CANAL QUIJANO, quien no actuó como médico tratante de la afectada.

4. Indebida valoración de los perjuicios concedidos a la actora

No criticó el método utilizado por el Juzgado (*arbitrium judicis*) para la cuantificación de los perjuicios morales, sin embargo, expresó que ello no obsta para referir su improcedencia al no estar demostrada la falla en el servicio como elemento fundamental de la responsabilidad.

En consecuencia, solicitó se revoque la sentencia de instancia y se absuelva a la NUEVA EPS de las pretensiones de la demanda.

CONSIDERACIONES

1. Competencia

Este Tribunal es competente para conocer de la presente actuación en virtud de lo normado en los arts. 31 numeral 1º y 35 del C.G.P., por tratarse de la impugnación de una sentencia proferida por un Juez del Circuito.

De manera preliminar debe advertirse, que la función del Tribunal queda delimitada por las específicas disquisiciones vertidas por el abogado de la parte recurrente al formular la alzada, acto que fija la competencia del superior al tenor de los artículos 320 y 328 del C.G.P.

En efecto, el artículo 320 del C.G.P. establece que el recurso de apelación tiene por objeto que el superior estudie la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos que el apelante haya manifestado contra la providencia de primer grado, para que la revoque o reforme. A su turno, el artículo 328 fija los principios, reglas y limitaciones al poder del juez, destacándose entre ellos que la apelación se entiende interpuesta solamente respecto de los argumentos expuestos por el apelante, y por lo tanto el superior no podrá enmendar la providencia en la parte que no fue objeto del recurso, salvo que en razón de la reforma fuere indispensable hacer modificaciones sobre puntos íntimamente relacionados con aquella.

2. Problema jurídico

Teniendo en cuenta que los reparos formulados por la recurrente, en últimas, se enfilan a atacar la conclusión del *a quo* sobre la existencia de la responsabilidad civil extracontractual de la accionada, corresponde entonces a la Sala determinar, si del acervo probatorio obrante en el plenario se logra acreditar la concurrencia de los presupuestos necesarios para endilgar la responsabilidad reclamada con ocasión de la información suministrada el 12 de mayo de 2016, por el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO, quien actuó en representación de la NUEVA EPS, ante la emisora La Voz del Cinaruco.

Para resolver la cuestión planteada esta Sala abordará, en primer lugar, el tema relativo a la responsabilidad civil y los elementos que la configuran; el principio de publicidad en las actuaciones judiciales; la reserva legal tratándose de providencias judiciales; los derechos fundamentales al buen nombre, la honra y la intimidad personal; las prerrogativas constitucionales a la libertad de información o expresión en medios de comunicación, y; la ponderación de derechos fundamentales.

Luego, se examinará el caso concreto analizando en primer lugar, si conforme lo aduce la recurrente se infringió el principio de congruencia en la sentencia proferida por el Juez de primera instancia, para después verificar la valoración probatoria censurada de cara al acervo aportado al plenario, y; así determinar si la conducta desplegada por los demandados es constitutiva o no del daño alegado por los accionantes, atendidas las características que lo conforman, que de forma pacífica han identificado tanto la jurisprudencia como la doctrina.

3. Las instituciones de la responsabilidad civil en Colombia y los elementos estructurales para su configuración.

La responsabilidad civil engloba todos los comportamientos ilícitos que por generar daño a terceros hacen recaer, en cabeza de quien lo causó, la obligación de indemnizar, siendo por lo tanto la consecuencia jurídica en virtud de la cual quien se ha comportado de forma ilícita debe indemnizar los agravios producidos a terceros⁶.

Cuando entre las partes no ha existido vínculo obligacional se presenta la responsabilidad civil extracontractual o también llamada «*responsabilidad aquiliana*», modalidad en que el perjuicio se produce por fuera de cualquier vínculo contractual preexistente.

De ahí, que la responsabilidad extracontractual ha sido definida por la jurisprudencia como «*el encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal*»⁷, y a partir del marco normativo del Código Civil que disciplina el tema se han venido distinguiendo las tres formas en que esta se presenta: (i) la que surge del hecho propio (arts. 2341 al 2345 y el inciso primero del 2352 del

⁶ TAMAYO JARAMILLO, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá. 5ª ed. Legis Editores, 2010. Pág. 8.

⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-1008 de 2010.

C.C); (ii) la que tiene origen en las cosas inanimadas (*arts. 2350, 2351, 2355 y 2356, ejusdem*), y; (iii) la que deviene del hecho ajeno (*arts. 2346, 2347, 2348, 2349 y 2352, ibídem*)⁸.

Desde épocas pretéritas, tanto la doctrina como la jurisprudencia, han identificado dentro del régimen de la responsabilidad civil extracontractual tres elementos fundamentales que la estructuran, a saber, *el daño, la culpa del autor y la relación de causalidad o nexo causal*, requisitos que de no configurarse desdibujan la posibilidad de endilgar la responsabilidad pretendida por la parte activa del litigio.

Tales elementos han sido objeto de profundización a lo largo del avance jurisprudencial. Así, por ejemplo, la Corte Suprema de Justicia identificó los presupuestos indispensables que se deben acreditar para la configuración de la responsabilidad civil extracontractual derivada del artículo 2341 del Código Civil, y son los siguientes⁹: (i) una conducta humana, generalmente antijurídica; (ii) un daño o perjuicio; (iii) una relación de causalidad entre el daño sufrido por la víctima y la conducta de aquél a quien se imputa su producción o generación, y; (iv) un factor o criterio de atribución de la responsabilidad, por regla general de carácter subjetivo (*dolo o culpa*), y excepcionalmente de naturaleza objetiva.

4. Del principio de publicidad de las actuaciones judiciales

La Carta Política consagró en el canon 228 el principio de publicidad de las actuaciones judiciales bajo la fórmula gramatical «...*las actuaciones serán públicas y permanentes con las excepciones que establezca la ley ...*», de allí que dicho postulado sea orientador de la correcta y adecuada administración de justicia, precepto que desarrolló el artículo 64 de la Ley 270 de 1996 (Estatutaria de Administración de Justicia), cuando respecto a la comunicación y divulgación de las providencias, taxativamente se estipula:¹⁰ «(...) *Las decisiones en firme podrán ser consultadas en las oficinas abiertas al público que existan en cada corporación para tal efecto o en las secretarías de los demás despachos*

⁸ Al respecto, puede verse entre otras, la sentencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de mayo de 1983, en donde se hizo una definición de estas especies de responsabilidad civil extracontractual.

⁹ Esta postura puede verse, entre otras, en la sentencia sustitutiva de 16 de septiembre de 2011, exp. 2005-00058; reiterada posteriormente en la Sent. Cas. Civ. 30 de octubre de 2012, exp. 2006 00372 01; ampliada en cuanto a la definición de cada uno de los elementos mediante Sent. Cas. Civ. 21 de enero de 2013, exp. 2002-00358-01; y ratificada en SC 12018-2015 del 9 de septiembre de 2015, M.P. Margarita Cabello Blanco, y SC 12063-2017 del 14 de agosto de 2017, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

¹⁰ CSJ – SCS - ATC1856, Radicado N° 17001-22-13-000 -2009- 00252-01. M.P. LUIS ARMANDO TOLOSA VILLABONA.

judiciales, salvo que exista reserva legal sobre ellas. Toda persona tiene derecho a acceder a los archivos que contengan las providencias judiciales y a obtener copia, fotocopia o reproducción exacta por cualquier medio técnico adecuado, las cuales deberán expedirse, a costa del interesado». (Negritas y subraya de la Sala).

Por su parte, la Corte Constitucional en sentencia C- 641 de 2002, al referirse al punto de la publicidad de las decisiones judiciales, estableció: "(...) el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa" (Subraya ajena al texto original), misma Corporación que en sentencia C-1114 de 2003, afirmó:

«Uno de los contenidos del derecho fundamental al debido proceso es el principio de publicidad. Éste (...) plantea el conocimiento de las actuaciones judiciales y administrativas, tanto por los directamente interesados en ellas como por la comunidad en general.

En el primer caso, el principio de publicidad se realiza a través de las notificaciones como actos de comunicación procesal; es decir, del derecho a ser informado de las actuaciones judiciales o administrativas que conduzcan a la creación, modificación o extinción de una situación jurídica o a la imposición de una sanción...

Y en el segundo caso, el principio de publicidad se realiza mediante el reconocimiento del derecho que tiene la comunidad a conocer las actuaciones de las autoridades públicas y, a través de ese conocimiento, a exigir que ellas se surtan con total sometimiento a la ley. Es decir, aparte de las notificaciones como actos de comunicación procesal, el principio de publicidad comporta también el reconocimiento del derecho ciudadano a enterarse de las decisiones tomadas por la administración y la jurisdicción, aunque, desde luego, con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico. En este último evento, el principio de publicidad constituye una garantía de transparencia en la actuación de los poderes públicos y un recurso que permite las condiciones necesarias para el reconocimiento del derecho a controlar el ejercicio del poder.»

La Ley 1712 de 2014, estatutaria de la transparencia y del acceso a la información pública¹¹, al regular tal derecho fundamental dispuso en su artículo 2º, que «*Toda información en posesión, bajo control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, de conformidad con la presente ley.*». Así, consagró como principio rector el de máxima publicidad, en virtud del cual el acceso sólo puede ser restringido extraordinariamente. Las excepciones

¹¹ Sobre la cual la Corte Constitucional en la sentencia C-274 de 2013, dijo que luego de su expedición “hará parte del bloque de constitucionalidad en sentido estricto”.

deben ser limitadas y proporcionales, estar contempladas en la Constitución o en la Ley y ser acordes a los principios de una sociedad democrática (Canon 4º).¹²

Por lo tanto, existen unos sujetos facultados: «*Toda persona*» y unos obligados. Las atribuciones que les asisten a los primeros son las de: (i) conocer la existencia de información pública en posesión o control de los sujetos obligados y (ii) acceder a ella. Los segundos tienen las obligaciones correlativas de: (i) divulgar proactivamente la información pública y (ii) responder de buena fe y de manera adecuada, veraz, oportuna y accesible.¹³

Conforme a lo previsto en el artículo 5º *ejusdem* los sujetos obligados son todas las entidades públicas; de todas las Ramas del Poder Público; de todos los niveles de la estructura estatal, central o descentralizada; del orden nacional, departamental, municipal o distrital. También se encuentran incluidos, entre otros, los organismos independientes y autónomos y los organismos de control.¹⁴

Se define como *información pública reservada* aquella que estando en poder o custodia de un sujeto obligado en su calidad de tal, es exceptuada de acceso a la ciudadanía, «*bajo cumplimiento de la totalidad de los requisitos consagrados en el artículo 19 de esta ley*» (Subrayas fuera de texto)¹⁵, de ahí que uno de los requisitos fijados por el artículo 19 de la renombrada normatividad consiste en que el acceso a la información esté «*expresamente prohibido por una norma legal o constitucional*» (Se subraya).¹⁶

La Corte Constitucional, en sentencia C-274 de 2013 advirtió que el citado art. 19 debía integrarse con el precepto 28 que establece la carga de la prueba en el sujeto obligado, correspondiéndole, por tanto: «*(...) aportar las razones y pruebas que fundamenten y evidencien que la información solicitada debe permanecer reservada o confidencial. En particular, el sujeto obligado debe demostrar que la información debe relacionarse con un objetivo legítimo establecido legal o constitucionalmente. Además, deberá establecer si se trata de una excepción contenida en los artículos 18 y 19 de esta ley y si la revelación de la información causaría un daño presente, probable y específico que excede el interés público que representa el acceso a la información*». (Destaca la Sala)

¹² Ibidem

¹³ CSJ – SCP- STP 8649 del 23 DE JUNIO DE 2016.M.P. Dr. EYDER PATIÑO CABRERA.

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Ibidem

¹⁶ Ibidem

Debido a los condicionamientos impuestos por la ley para que una información determinada pueda ser considerada reservada y se pueda excluir de su acceso a los sujetos titulares del derecho fundamental tratado, y a que la carga de la prueba recaerá sobre el sujeto obligado, el Decreto 103 de 2015, reglamentario de dicha ley, fijó unos contenidos mínimos al acto de rechazo o denegación del derecho de acceso a información pública por clasificación o reserva. En consecuencia, el precepto 33 señaló que en dicho acto se debe indicar:

«(1) El fundamento constitucional o legal que establece el objetivo legítimo de la clasificación o la reserva, señalando expresamente la norma, artículo, inciso o párrafo que la calificación (sic).

(2) La identificación de la excepción que, dentro de las previstas en los artículos 18 y 19 de la Ley 1712 de 2014, cubre la calificación de información reservada o clasificada.

(3) El tiempo por el que se extiende la clasificación o reserva, contado a partir de la fecha de generación de la información; y,

(4) La determinación del daño presente, probable y específico que causaría la divulgación de la información pública y la relación de las razones y las pruebas, en caso de que existan, que acrediten la amenaza del daño.» (Subrayas y negrillas fuera de texto).

Nótese que no es suficiente clasificar la excepción dentro de las categorías previstas por el artículo 19, entre las que se encuentran la prevención, investigación y persecución de los delitos (*literal d*), así como también el debido proceso y la igualdad de las partes en los procesos judiciales (*literal e*), sino que, además, es indispensable señalar con precisión el fundamento constitucional o legal de la reserva.

Téngase en cuenta, igualmente, que sobre las categorías del multicitado art. 19, la Corte Constitucional en sentencia C-274 de 2013, puntualizó:

«(...) observa en primer lugar la Corte que el listado incluido en el artículo 19 cubre tanto intereses públicos como materias generales. El artículo emplea la expresión "circunstancias," como encabezado del listado de intereses protegidos, pero en realidad no se refiere a ninguna circunstancia particular que justifique la reserva, sino que directamente hace una remisión a materias o intereses generales protegidos que en teoría justifican la misma. (...)

No sobra resaltar que la aplicación de la reserva en estas materias, debe estar expresamente consagrada en la ley o en la Constitución, en términos precisos; (i) y motivarse en cada caso concreto (ii) que existe un riesgo real, probable y específico de dañar el interés protegido, y (iii) que el daño que puede producirse sea significativo, si se autoriza el acceso a esa información. En otras palabras, el acceso se limita a la información calificada como reservada, no a las razones de la reserva, que son públicas y objeto de control y de debate. (...)

*En cuanto a la consagración legal o constitucional de la prohibición de acceso, **es necesario, además que ésta haya sido expresada de manera clara y precisa en una ley**, como quiera que las referencias genéricas e indeterminadas a todo tipo de información, conduce a la vulneración absoluta del derecho de acceso a la información pública.» (CC. Sentencia C-274/13. Subrayas y negrillas fuera de texto).*

5. La publicidad de las providencias judiciales adoptadas en virtud de una acción de tutela, está limitada por la reserva que la ley establece en casos particulares.?

Siendo, entonces, que respecto del *principio de publicidad de la actividad judicial*¹⁷ la Corte Constitucional ha precisado, que implica el derecho de acceso a sus decisiones por la comunidad en general, y comprende la obligación de las autoridades de motivar sus propios actos¹⁸, su objetivo está dirigido a que los sujetos procesales y la comunidad en general tengan certeza, no sólo del texto de la ley y la jurisprudencia, sino que se extiende a asegurar que el ordenamiento está siendo interpretado y aplicado de manera consistente y uniforme.

Pues sólo en la medida que las personas tienen conocimiento de las actuaciones judiciales, esto es, del principio, regla o razón jurídica que constituye la base de una decisión judicial, las partes o los interesados podrán apelar a dicho fundamento para ajustar su conducta a las decisiones de los jueces. En este orden de ideas, es preciso recordar, que así como la imperatividad y obligatoriedad de la ley presupone su conocimiento por parte de los ciudadanos mediante su divulgación en el diario oficial, cuando de las sentencias judiciales se trata supone su publicidad, pues lógicamente aquello que es desconocido por las partes o terceros no puede ser objeto de imposición, so pena de alterar y desconocer los valores, principios y reglas de un Estado Social Derecho.¹⁹

Asimismo, el art. 3º del Decreto 2591 de 1991 que reglamenta la acción de tutela estableció, que la misma se desarrollará con arreglo a los principios de *publicidad*, prevalencia del derecho sustancial, economía, celeridad y eficacia.

No obstante lo anterior, *la publicidad de las providencias judiciales está limitada por la reserva que la ley establezca en casos particulares*²⁰. En ese sentido, la jurisprudencia

¹⁷ CSJ-SCC-STC5263, radicado N° 11001-02-30-000- 2015 – 00067-01. M.P. JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

¹⁸ Sentencia C- 836 de 2001.

¹⁹ Sentencia C- 641 de 2002.

²⁰ CSJ-SCC-STC5263, radicado N° 11001-02-30-000- 2015 – 00067-01. M.P. JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

constitucional ha considerado que: *"En atención a que el principio constitucional general aplicable a las actuaciones que se adelanten por los órganos del Estado es la publicidad, la reserva tiene carácter excepcional y es de interpretación restrictiva. Le corresponde a la ley, dentro del marco de la Constitución, establecer en términos de razonabilidad y proporcionalidad, la extensión de la respectiva reserva. De ahí que la constitucionalidad, en este caso, se condicione, igualmente, a la posibilidad de comunicar las informaciones que de conformidad con la ley, no están sujetas a reserva y, en este evento, deberá también permitirse el acceso público a las mismas".*²¹

Conforme lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil,²² es menester indicar que dicha reserva también se extiende, de manera excepcional, a las sentencias de tutela en casos especiales como son los de personas que padecen V.I.H.²³ o algunos asuntos que atañen al derecho a la intimidad de los menores de edad, entre otros casos. Así, por ejemplo, en las sentencias T-137 y T-551, ambas de 2006, la Corte Constitucional concluyó que *«[e]n el caso concreto, los menores -así como sus padres- se encuentran involucrados en un episodio de supuesto abuso sexual, abandono y maltrato infantil. En atención a las consecuencias negativas que para la intimidad y sosiego de los menores y su familia podría generar la publicación de los nombres de los involucrados, esta Sala procederá a dictar sentencia en dos ejemplares similares, distinguibles exclusivamente por los nombres que figuran en ellos»*.

Continuó diciendo la misma Corporación, que la reserva de la identidad de los sujetos en la acción de tutela es sólo viable cuando los hechos o circunstancias que ameritan la protección pueden llegar a afectar el derecho a la intimidad de los actores o de los menores de edad que acuden a este escenario excepcional, pues no en todo los casos los supuestos fácticos en que se fundamenta la demanda de amparo tienen la entidad suficiente para concluir que dicha garantía, eventualmente, resultaría conculcada. Inferir lo contrario, esto es, que en los reclamos constitucionales no se permita la divulgación de la identidad de los accionantes y se acceda a la reserva total del expediente, sería una medida desproporcionada que desconocería el principio de publicidad de las actuaciones judiciales.

²¹ Sentencia C- 037 de 1996.

²² CSJ-SCC-STC5263, radicado N° 11001-02-30-000- 2015 – 00067-01. M.P. JESÚS VALL DE RUTÉN RUIZ.

²³ Véase, entre otras, las sentencias T-504 de 1994 y T-509 de 2010.

6. De los derechos fundamentales al buen nombre, la honra y la intimidad personal.

El derecho al buen nombre se encuentra consagrado en el artículo 15 de la Carta Política y sobre dicha prerrogativa fundamental, la Corte Constitucional ha señalado que "(e)/ *buen nombre ha sido entendido (...) como la reputación, o el concepto que de una persona tienen los demás y que se configura como derecho frente al detrimento que pueda sufrir como producto de expresiones ofensivas o injuriosas o informaciones falsas o tendenciosas...*".²⁴

En pretérita oportunidad²⁵, esta Corporación sostuvo que tal garantía superior es el resultado de la valoración que efectúan los miembros del entorno en el cual se desenvuelve una persona sobre su comportamiento y proceder en el mundo público, por lo que el mismo no es absoluto, al estar ligado a las acciones que realiza el individuo, y por tanto, se puede ver menguado cuando con su proceder altera, perturba o genera una imagen negativa por su indebido comportamiento social²⁶.

El menoscabo de este derecho se concreta con ***«la difusión de afirmaciones, informaciones o imputaciones falsas o erróneas respecto de las personas, que no tienen fundamento en su propia conducta pública y que afectan su renombre e imagen ante la sociedad: 'se atenta contra este derecho cuando, sin justificación ni causa cierta y real, es decir, sin fundamento, se propagan entre el público—bien en forma directa y personal, ya a través de los medios de comunicación de masas— informaciones falsas o erróneas o especies que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo y que por lo tanto, tienden a socavar el prestigio y la confianza de los que disfruta en el entorno social en cuyo medio actúa, o cuando en cualquier forma se manipula la opinión general para desdibujar su imagen'»***²⁷, toda vez que resultaría contrario a la razón que se reclame su protección cuando el deterioro del prestigio o estima es el resultado de un accionar reprochable y censurable del sujeto que impacta la sociedad.²⁸

²⁴ Sentencia C-489/02.

²⁵ CSJ – STP 10202, Radicado N° 111903 del 1 de septiembre de 2020. M.P. HUGO QUINTERO BERNATE.

²⁶ STP2554-2018.

²⁷ Corte Constitucional T- 110 de 2015.

²⁸ CSJ – STP 10202, radicado N° 111903 del 1 de septiembre de 2020. M.P. HUGO QUINTERO BERNATE.

A su vez, el artículo 21 de la Constitución Política reconoce a la honra como derecho fundamental, al contemplar que «*se garantiza el derecho a la honra. La ley señalará la forma de su protección*». Por su parte, el artículo 42 *ibídem* establece el carácter inviolable de la honra, la dignidad y la intimidad de la familia.

De ahí que la protección constitucional a la honra exija de las autoridades y la ciudadanía en general su guarda y respeto superior, cuyo alcance ha sido analizado por la Corte Constitucional, cuando en sentencia C-452 de 2016, dijo:

«El artículo 21 C.P. dispone la garantía del derecho a la honra y delega en la ley la forma en que el mismo sea protegido. Usualmente, este derecho tiene una conexión material, en razón de su interdependencia, con la garantía prevista en el inciso primero del artículo 15 C.P., precepto que estipula el derecho de todas las personas a su intimidad personal y familiar, y a su buen nombre, imponiéndose al Estado el deber correlativo de respetar y hacer respetar estos derechos (...).

[E]l derecho a la honra está vinculado con la protección de la intimidad y la dignidad. Su contenido se define, entonces, en la protección de la imagen del individuo, la cual debe corresponder a la que se deriva de sus propios actos, así como de la salvaguarda de aquella información que, al pertenecer al fuero íntimo de las personas, no está llamada a ser comunicada a terceros, sin con ello inferir una grave e injustificada intervención en la autonomía y dignidad del sujeto concernido».

De ello, se entiende que el derecho a la honra consiste esencialmente en el respeto por la imagen que ante la sociedad proyecta cada individuo, correspondiente con sus actos, propio de la esfera de la intimidad y la dignidad de cada cual, en especial, en resguardo de la información perteneciente al fuero interno, que de ser expuesta genera menoscabo a la autonomía y a la dignidad²⁹.

No obstante, la Corte Constitucional también ha precisado lo siguiente³⁰:

«Dado su alcance, este derecho resulta vulnerado tanto por la difusión de información errónea como por la emisión de opiniones tendenciosas que producen daño moral tangible a su titular. Sin embargo, la Corte ha sostenido que 'no todo concepto o expresión mortificante para el amor propio puede ser considerada como imputación deshonrosa', puesto que las afirmaciones que se expresen deben tener la virtualidad de 'generar un daño en el patrimonio moral del sujeto y su gravedad no depende en ningún caso de la impresión personal que le pueda causar al ofendido alguna expresión proferida en su contra en el curso de una polémica pública, como tampoco de la interpretación que éste tenga de ella, sino del margen razonable de objetividad que lesione el núcleo esencial del derecho.

²⁹ *Ibídem*.

³⁰ Sentencia SU -274 de 2019.

*Bien es cierto que la dimensión del amor propio puede justificar el acudimiento a acciones penales, disciplinarias e incluso civiles, porque evidentemente quien se siente agredido posee la garantía de accionar y en esa medida las autoridades deben prestar atención a sus quejas, imprimiéndoles el trámite de rigor. Pero **la dimensión del daño real o potencial depende de un cúmulo de valoraciones ex post que realiza quien tiene la misión de evaluar en un contexto general, la situación concreta de los contendientes.**» (Destacados propios de la Sala)*

Finalmente, los límites admisibles del derecho a la intimidad emanan del interés público constitucionalmente legítimo, esta tipología jurisprudencial permite graduar los niveles válidos de intromisión en la intimidad, según la naturaleza del dato.

La Corte Constitucional³¹ estableció que esta tipología está «*dirigida a clasificar la información desde un punto de vista cualitativo en función de su publicidad y la posibilidad legal de obtener acceso a la misma*», y que consta de cuatro categorías, a saber: «*...la información pública o de dominio público, la información semi-privada, la información privada y la información reservada o secreta*».

La *Información Pública*, calificada como tal según los mandatos de la ley o de la Constitución, puede ser obtenida y ofrecida sin reserva alguna y sin importar si la misma sea información general, privada o personal. Por vía de ejemplo, pueden contarse los actos normativos de carácter general y los documentos públicos en los términos del artículo 74 de la Constitución. La *información semi-privada*, será aquella que no está comprendida por la regla general anterior, presenta para su acceso y conocimiento un grado mínimo de limitación, de tal forma que la misma sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad administrativa en el cumplimiento de sus funciones o en el marco de los principios de la administración de datos personales. Es el caso de los datos relativos a las relaciones con las entidades de la seguridad social o los relativos al comportamiento financiero de las personas. La *información privada* será aquella que, por encontrarse en un ámbito privado, sólo puede ser obtenida y ofrecida por orden de autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Es el caso de los libros de los comerciantes, de los documentos privados, o de la información extraída a partir de la inspección del domicilio.

Finalmente, encontramos la *información reservada*, que por versar igualmente sobre información personal y sobre todo por su estrecha relación con los derechos fundamentales del titular - dignidad, intimidad y libertad- se encuentra reservada a su órbita exclusiva y no puede siquiera ser obtenida ni ofrecida por autoridad judicial en el cumplimiento de sus funciones. Cabría mencionar aquí la información genética, y los

³¹ C- 640 de 2010, reiteró apartes de la sentencia T-729 de 2002.

llamados "datos sensibles" o relacionados con la ideología, la inclinación sexual, los hábitos de la persona, etc. Para la Corte, esta tipología es útil al menos por dos razones: *"la primera, porque contribuye a la delimitación entre la información que se puede publicar en desarrollo del derecho constitucional a la información, y aquella que constitucionalmente está prohibido publicar como consecuencia de los derechos a la intimidad y al habeas data. La segunda, porque contribuye a la delimitación e identificación tanto de las personas como de las autoridades que se encuentran legitimadas para acceder o divulgar dicha información..."*».

A su vez, la Ley Estatutaria 1581 de 2012 sobre protección de datos personales, en su artículo 5º consagra que son datos sensibles, todos aquellos «(...) *que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación*» así como «los datos relativos a la salud, a la vida sexual y los datos biométricos.», definición avalada por la Corte Constitucional en la Sentencia C- 748 de 2011 de control previo de la Ley Estatutaria 1581³², tantas veces mencionada, y; el artículo 6º ordinal a) exceptúa la prohibición para el tratamiento de datos sensibles, cuando «(...) *El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización.*»

Del mismo modo, el artículo 3º del Decreto 1377 de 2013, reglamentario parcial de la Ley 1581, asiente como datos sensibles aquellos que afecten la intimidad o puedan generar discriminación, así como los relativos a la salud o los datos biométricos.³³

7. Prerrogativas constitucionales a la libertad de información o expresión en medios de comunicación.

Bajo esta dialéctica, entran en tensión estas prerrogativas fundamentales, *el buen nombre, la honra y la intimidad personal* con *el derecho a la libertad de expresión*, consagrado en diversos instrumentos internacionales vinculantes para el Estado

³² CC C-748/11, pág. 199 «La Sala encuentra que esta definición se ajusta a la jurisprudencia Constitucional y su delimitación, además de proteger el habeas data, es una garantía del derecho a la intimidad, razón por la cual la Sala la encuentra compatible con la Carta Política. En efecto, como explicó la Corte en la sentencia C-1011 de 2008, la información sensible es aquella " (...) relacionada, entre otros aspectos, con la orientación sexual, los hábitos del individuo y el credo religioso y político. En estos eventos, la naturaleza de esos datos pertenece al núcleo esencial del derecho a la intimidad, entendido como aquella 'esfera o espacio de vida privada no susceptible de la interferencia arbitraria de las demás personas, ...'"»

³³ Datos sensibles: Se entiende por datos sensibles aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, la pertenencia a sindicatos, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición, así como los datos relativos a la salud, a la vida sexual, y los datos biométricos.

Colombiano.

En tal sentido, el artículo 20 superior establece: "(s)e garantiza a toda persona la libertad de expresar y difundir su pensamiento y opiniones, **la de informar y recibir información veraz e imparcial**, y la de fundar medios masivos de comunicación. Estos son libres y tienen responsabilidad social. Se garantiza el derecho a la rectificación en condiciones de equidad. No habrá censura", por lo que, de manera aparejada, se consagra la prohibición de censura previa y el derecho a la rectificación en condiciones de equidad.

La libertad de información prevista en el citado canon es un derecho que busca la protección de «aquellas formas de comunicación en las que prevalece la finalidad de describir o dar noticia de lo acontecido»³⁴, pero a su vez es un deber que exige a quien informa, constatar «que las versiones sobre los hechos o acontecimientos sean verificables y en lo posible exploren las diversas perspectivas o puntos de vista desde los cuales un mismo hecho puede ser contemplado»³⁵

Ahora bien, aunque se trate de una garantía de estirpe fundamental no es absoluta. La Corte Interamericana de Derechos Humanos así lo ha reconocido al advertir, que puede limitarse la libertad de información siempre y cuando: (i) las restricciones sobre las cuales se fundamente «estén previamente fijadas por la ley»; (ii) que con esa limitación se busque asegurar «el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, la protección de la seguridad nacional el orden público o la salud», y; (iii) que dicha restricción resulte proporcional al interés que la justifica (CIDH Caso Claude Reyes y otros Vs. Chile, sentencia de 19 sept. 2006).³⁶

La Corte Constitucional, en sentencia C-452 de 2016, sobre tal prerrogativa expuso:

«16. La importancia de la libertad de expresión es central para la democracia constitucional. Esto a partir de al menos dos tipos de razones: (i) el vínculo entre la eficacia de la libertad de expresión y el adecuado funcionamiento de una sociedad democrática; y (ii) la libertad de expresión como un ámbito propio de la dignidad humana que depende de la vigencia de la cláusula general de libertad. En primer término, la vigencia del modelo democrático pasa obligatoriamente por la garantía que **las personas podrán expresar de la manera más amplia posible sus opiniones, contrastarlas con otras y debatir intensamente sobre la mismas, sin otro límite que los derechos fundamentales de los demás.** (...) La idea central que guía este argumento es que en una sociedad democrática se requiere el contraste entre diferentes posturas que tengan las personas, lo que impone la necesidad de garantizar que cada cual pueda expresar libremente sus

³⁴ T- 292 de 2018.

³⁵ T- 063A de 2017.

³⁶

opiniones, así como pueda acceder, desde una perspectiva material, a los medios e instancias para recibir y transmitir dichas opiniones. En ese sentido, la libertad de expresión guarda un innegable vínculo tanto con la garantía de la libertad de conciencia, como con la libertad de información.» (Negritas fuera de texto).

Por tanto, acorde con dicho pronunciamiento, la libertad de información encuentra su límite en el respeto de los derechos fundamentales de los demás, entre otros, a la honra y al buen nombre de las personas sobre las cuales se difunden determinados datos, aserciones o valoraciones, porque³⁷ *«no puede entenderse que quien hace uso de dicha libertad está autorizado para atropellar los derechos de los otros miembros de la comunidad, sacrificando principalmente, entre otros, los derechos al buen nombre y a la honra. En esa misma dirección no se pueden realizar insinuaciones sobre una persona ajenas a la realidad, con el único propósito de fomentar el escándalo público»*.³⁸

Bajo ese hilo conductor³⁹, emerge diáfano que el juez debe valorar las particularidades de cada caso para establecer si, dadas las circunstancias, es menester proteger la libertad de expresión o ésta debe ceder ante los derechos al buen nombre o a la honra de terceras personas, con miras a reparar el daño causado.

Con tal finalidad, la jurisprudencia constitucional ha señalado unos parámetros para dirimir el debate, que, además de ser necesario analizarlos en conjunto para el caso particular y no de manera inconexa, sirven para demarcar el contexto en el que se hace determinada manifestación y ponderar con objetividad si es necesario o no imponer una restricción al ejercicio de la libertad de expresión. Los aspectos que deben ser tenidos en cuenta parten de considerar, al menos, cinco dimensiones del acto comunicativo o declaración, a saber: (i) quién comunica; (ii) de qué o de quién se comunica; (iii) a quién se comunica; (iv) cómo se comunica; y (v) por qué medio se comunica. Sobre ellos la Corte Constitucional explicó lo siguiente⁴⁰:

*« (.....) **6.2. De qué o de quién se comunica:** el mensaje que se comunica puede ser preciso y detallado o general y ambiguo, dependiendo, entre otros factores, de la forma en que este se transmite, tal como se analizará en el apartado 6.4. de esta Sentencia. En todo caso, el juez debe interpretar y valorar no sólo el contenido del mensaje para determinar si la opinión que se emite respeta los límites constitucionales del derecho a la libertad de expresión, sino también, de ser el caso, la forma en que se obtuvo la información que se publica. (...)»*

³⁷ CSJ – STP 10202, radicado N° 111903 del 1 de septiembre de 2020. M.P. HUGO QUINTERO BERNATE.

³⁸ Corte Constitucional T- 110 de 2015.

³⁹ CSJ – STP 10202, radicado N° 111903 del 1 de septiembre de 2020. M.P. HUGO QUINTERO BERNATE.

⁴⁰ Sentencia T-155 de 2019.

6.3. A quién se comunica: en la ponderación que realice el juez para solucionar el conflicto entre los derechos a la libertad de expresión y los derechos de terceras personas, es importante fijar quién es el receptor del mensaje, para lo cual debe tenerse en cuenta tanto sus cualidades y características como su cantidad o número.

(...)

6.5. Por qué medio se comunica: (.....)

6.5.1. En efecto, debe determinarse la capacidad de penetración del medio y su impacto inmediato sobre la audiencia, ya que, por ejemplo, opiniones realizadas a través de medios privados como una carta o un correo electrónico, o proferidas en espacios privados como el domicilio de una persona, tienen un impacto muy reducido sobre los derechos de terceras personas, mientras que las expresiones realizadas a través de medios masivos de comunicación, dada su capacidad de transmitir el mensaje a una pluralidad indeterminada de receptores, potencian el riesgo de afectar derechos de otras personas. De igual manera, es preciso valorar también la potencialidad que tiene el medio para difundir el mensaje a una audiencia más amplia a la que inicialmente iba dirigido.» (Negrillas fuera de texto)

Respecto de la rectificación de una información suministrada a los medios de comunicación, la jurisprudencia nacional ha explicado lo siguiente⁴¹:

«...el derecho a informar conlleva obligaciones y responsabilidades para quien emite la información. Es allí donde cobra importancia la responsabilidad social de los medios de comunicación, los cuales, en el ejercicio de su profesión deben contrastar los elementos fácticos de las noticias que emiten y comunicarlas de la manera más imparcial, evitando mezclar los hechos de sus opiniones induciendo al lector a conclusiones erróneas, falsas o inexactas. En ese orden, **los receptores de la información tienen correlativamente el derecho de rectificación, el cual se trata a) de un derecho que tiene el afectado por la información errónea o falsa para que ésta sea corregida o aclarada, por un aparte; y por otra, b) de una obligación del medio de comunicación para aclarar, actualizar o corregir la información emitida**»⁴².

8. Ponderación de derechos fundamentales en contienda.

Delimitada la situación, se hace necesario acudir a un ejercicio de ponderación para solucionar la colisión de derechos que asisten a las partes en contienda, frente a las garantías que están en cabeza de los ahora demandantes y demandados.⁴³

En punto de la ponderación de derechos fundamentales en conflicto, dijo la Corte Constitucional, en sentencia C-210 de 2007, lo siguiente:

⁴¹ CSJ – STP1794, radicado N° 108935 de febrero 18 de 2020. M.P. Dr. LUIS ANTONIO HERNÁNDEZ BARBOSA.

⁴² Corte Constitucional T- 040 de 2013.

⁴³ CSJ-STP 5404, radicado N° 103755 de abril 30 de 2019. M.P. Dr. Patricia Salazar Cuellar.

«... en casos en los que se presenta conflicto de derechos o principios constitucionales, procede la aplicación de los métodos de ponderación, como técnicas de interpretación constitucional que buscan ejercer el control de excesos legislativos, de la arbitrariedad o el abuso de los poderes públicos. De hecho, **no se trata de jerarquizar normas constitucionales ni de imponer reglas absolutas y generales, se trata de establecer criterios objetivos y verificables para evaluar si la limitación de un derecho se justifica constitucionalmente** y si la restricción constituye una forma de afectación de su núcleo esencial que se encuentra prohibida en la Carta. Así, en anterior oportunidad, se dijo que con la ponderación se busca establecer "un modelo de preferencia relativa condicionada a las circunstancias específicas de cada caso, de manera que **le compete al legislador y a los operadores jurídicos, en el ámbito de sus competencias, procurar armonizar los distintos derechos y principios, y cuando ello no sea posible, es decir, cuando surjan conflictos entre ellos, entrar a definir las condiciones de prevalencia temporal del uno sobre el otro**".

En tal caso, la jurisprudencia ha explicado que se pueden aplicar diferentes formas de ponderar según la materia de que se trate y la naturaleza de los derechos en conflicto. Así, por ejemplo, **para analizar si la limitación de un derecho que se establece para proteger otro resulta constitucionalmente admisible se ha utilizado el principio de proporcionalidad, según el cual corresponde al juez constitucional analizar si la medida restrictiva busca un objetivo constitucionalmente válido, si es adecuada y necesaria para lograr la finalidad buscada y si es proporcional stricto sensu**. La Corte explicó la aplicación del principio de proporcionalidad, así:

"En relación con el juicio de proporcionalidad que el juez constitucional debe adelantar sobre este tipo de disposiciones que introducen límites a los derechos fundamentales, la jurisprudencia ha definido que **la verificación debe recaer no solo sobre el hecho de que la norma logre una finalidad legítima, sino que también debe establecerse si la limitación era necesaria y útil para alcanzar tal finalidad**. Además, para que dicha restricción sea constitucional, se requiere que sea ponderada o proporcional en sentido estricto. **‘Este paso del juicio de proporcionalidad se endereza a evaluar si, desde una perspectiva constitucional, la restricción de los derechos afectados es equivalente a los beneficios que la disposición genera**. Si el daño que se produce sobre el patrimonio jurídico de los ciudadanos es superior al beneficio constitucional que la norma está en capacidad de lograr, entonces es desproporcionada y, en consecuencia, debe ser declarada inconstitucional"

Para el análisis de proporcionalidad en estricto sentido se requiere determinar si la medida objeto de control de constitucionalidad no sacrifica valores, principios o derechos que tengan un mayor peso que el que se pretende garantizar, o si aquella restringe gravemente un derecho fundamental. Por consiguiente, **la aplicación del principio de proporcionalidad supone la valoración de los intereses en juego y la determinación clara de la relevancia constitucional de los bienes jurídicos en tensión**, pues sólo de esta forma se puede definir, en el caso concreto, el grado de afectación y la forma cómo deben ceder, para garantizar la eficacia de todos los derechos e intereses protegidos constitucionalmente» (Negrillas fuera del texto original).

9. Análisis y decisión del caso.

Descendiendo al asunto de autos, se tiene, que la parte impugnante pretende se revoque la sentencia que declaró civilmente responsable a la demandada NUEVA EPS S.A. por perjuicios que consideró el *a quo* fueron causados al infringir la reserva legal de la historia clínica de la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN y, en su lugar, se le absuelva de todas y cada una de las condenas impuestas en su contra.

Es así, que la Sala realizará el análisis de las inconformidades planteadas por la recurrente de acuerdo al orden que se indica a continuación.

9.1. Del principio de congruencia en la sentencia judicial.

Expuso el impugnante, que no existe congruencia entre la pretensión principal (*violación del código de ética médica*) y el fallo proferido en primera instancia, toda vez que lo realmente pretendido consistía en establecer la culpa del Dr. CANAL QUIJANO por actos relacionados "*con su profesión de médico*" y no como gerente de la entidad promotora de salud.

Ante tal inconformidad, precisará la Sala, que siendo la sentencia⁴⁴ el acto jurisdiccional por excelencia asignado al juez, que define una controversia su contenido debe satisfacer la obligación de proveer⁴⁵. Por tanto, no puede ir más allá ni por fuera de las peticiones de la demanda, so pena de incurrirse en alguna de las tres únicas causales de incongruencia, previstas hoy en el artículo 281 del Código General del Proceso, cuyo tenor literal preceptúa:

«La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda ni por causa diferente a la invocada en esta.

Si lo pedido por el demandante excede de lo probado se le reconocerá solamente lo último.

En la sentencia se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del

⁴⁴ STC 20190, radicado N° 11001-22-10-000-2017-00718-01 de noviembre 30 de 2017. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

⁴⁵ ECHANDÍA, Devis. *Tratado de Derecho Procesal Civil. Parte General*. Tomo III. 1963. Pág. 346.

derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión o que la ley permita considerarlo de oficio. (...). »

De allí se desglosa que al juzgador le está vedado imponer una condena que supere las súplicas del reclamante, pronunciarse sobre un objeto distinto al delimitado por los contendores o por una causa diferente a la invocada por ellos, al paso que está obligado a resolver los que sí fueron expuestos; todo sin menoscabo del ejercicio de sus facultades oficiosas.⁴⁶

Por ello, cuando el juzgador trasgrede las pautas previstas en el citado art. 281 incurre en la causal de incongruencia, constitutiva de un error de procedimiento, pues aunque las referidas reglas no le señalan al funcionario judicial cuál debe ser el sentido de su decisión sí le indican los parámetros que debe observar para su proferimiento⁴⁷. Así, lo reiteró la Corte en Sentencia CSJ SC17096-2015, Radicado N° 2010-00637-01, al precisar: «[L]a demanda que inaugura el proceso civil es la pieza fundamental del debate, pues no sólo marca el norte de la actividad judicial, sino que además limita el poder y la competencia del juez, que como es sabido, no puede abandonar los confines que traza el demandante al formular sus pretensiones y los supuestos fácticos que les sirven de apoyo» y, agregar, “el principio de la consonancia está encaminado a que la sentencia guarde armonía con el thema decidendum adscrito a los hechos y a las pretensiones aducidas en la demanda, así como en las demás oportunidades que el Código de Procedimiento Civil consagra, y a las excepciones que hubieren sido alegadas y probadas o que debidamente acreditadas, puedan reconocerse de oficio”.

En este orden de ideas, conforme a la alta Corporación⁴⁸, el juez incurre en incongruencia cuando decide sobre puntos ajenos a la controversia o deja de resolver los temas que fueron objeto de ella. También comete dicho error, si condena al demandado por cantidad superior «*ultra petita*» o por objeto o causa distinta de la invocada en la demanda «*extra petita*», lo mismo, si resuelve desconociendo los lineamientos fácticos alegados por los litigantes o reconoce excepciones respecto de las cuales carece de facultades inquisitivas.

Pero si al demandante únicamente se le reconoce lo acreditado en el juicio, así sea menos de lo impetrado, no se comete ningún error, pues mal podría condenarse a pagar un perjuicio inexistente. Esta circunstancia, denominada en estricto sentido «*minima petita*»,

⁴⁶ SC3928, radicado N° 52001-31-03-002-2009-00037-01 de octubre 19 de 2020. M.P. AROLDI WILSON QUIROZ MONSALVO.

⁴⁷ SC1230, radicado N° 08001-31-03-003-2006-00251-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta

⁴⁸ SC1230, radicado N° 08001-31-03-003-2006-00251-01. M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

no configura motivo de incongruencia; por tanto, cuando la consecuencia deducida no supera lo pedido, o se niega la integridad de las pretensiones, en línea de principio, no emerge el aludido dislate, porque en todo caso la función jurisdiccional a cargo del Estado fue ejercida cabalmente.

En suma, con miras a determinar la existencia de la indicada falencia, según lo ha precisado el alto Tribunal, es necesario «(...) realizar el cotejo objetivo entre lo pedido por el actor, el fundamento fáctico de las súplicas, las excepciones aducidas por el demandado y las que, sin requerir ser invocadas, resulten probadas en el proceso, por una parte, y el contenido concreto de la decisión del juzgador, por la otra, en orden a determinar si evidentemente se ha materializado alguna distorsión, defecto o exceso que habilite al interesado para aducir esta causal...⁴⁹».

En ese orden de ideas, tenemos, que según el escrito introductorio la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN y el señor JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO, actuando en nombre propio y en representación de sus hijos ESTHEFANY ALEXANDRA AMAYA y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO, presentaron demanda verbal de responsabilidad civil extracontractual contra la EMPRESA PROMOTORA DE SALUD DEL RÉGIMEN CONTRIBUTIVO - NUEVA EPS S.A., representada legalmente por el señor JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE y el médico JAVIER CANAL QUIJANO, pretendiendo se les declare responsables de los daños y perjuicios⁵⁰ producidos con ocasión a la violación del Código de Ética Médica, con fundamento en los hechos que se reseñaron en los antecedentes de esta decisión y cuyos principales tópicos se procede a recapitular brevemente.

Así, conforme se expuso en la demanda, después que la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN se practicó en el año 2011 una cirugía para moldear los glúteos y senos con ácido hialurónico, en un consultorio estético particular del Municipio de Saravena, y presentar complicaciones que afectaron su salud, se vio obligada a acudir a la NUEVA EPS donde le negaron la atención requerida, razón por la cual interpuso acción de tutela que falló el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena el 17 de febrero de 2016, ordenando a la Entidad Promotora de Salud cubrir la totalidad del tratamiento médico requerido con un profesional especialista en la extracción de biopolímeros. No obstante, ante la negativa de la EPS a cumplir la sentencia debió tramitar incidente de desacato,

⁴⁹ CSJ SC14426-2016, rad. 2007-00079-01.

⁵⁰ Daños morales, vida de relación y daño emergente y consolidado o pasado en los valores señalados en la demanda.

fallado a su favor, a través del cual se ordenó el cumplimiento inmediato de la tutela y se impusieron sanciones de multa y arresto. Así, los funcionarios de la NUEVA EPS ordenaron y realizaron a la actora la cirugía para la extracción de los biopolímeros, determinándose la necesidad de un segundo tiempo quirúrgico, último que generó la iniciación de un segundo incidente, y nuevas sanciones a los funcionarios responsables de la NUEVA EPS.

Por ello, y en vista que la NUEVA EPS no daba cumplimiento a la orden judicial y que su salud empeoraba, la actora decidió acudir a la Emisora La Voz del Cinaruco, el 10 de mayo de 2016, para comentar el incumplimiento sin suministrar información sobre su diagnóstico o tratamiento, pues hacía parte de su privacidad, lo cual generó que el 12 de mayo de 2016 el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO, Gerente Regional de Salud Nororiente NUEVA EPS, informara por la Emisora La Voz del Cinaruco que ella se estaba gastando la mitad del presupuesto de salud del departamento y poniendo en riesgo la atención médica de la población araucana, revelara el origen de sus patologías, esto es, que se había realizado un procedimiento para el agrandamiento de sus senos y glúteos, y señalara que no sabía cuántas cirugías más debían hacerle, *"vulnerando así todos los derechos de la paciente, tales como: el buen nombre, a la intimidad personal de la paciente, sobre la base del respeto de la dignidad humana, al honor y al buen nombre de esta"*, según se indica en la demanda, todo lo cual originó que empezara a recibir amenazas de muerte y la calificaran de ladrona, a través de mensajes de texto y llamadas a su celular, y que en el portal *web* de la emisora la Voz del Cinaruco apareciera una foto de ella con su hija menor STEPHANY ALEXANDRA, sin su autorización, lo que a su vez provocó que la niña fuera víctima de *bullying* o *matoneo* en el municipio donde residen, como también lo fue ella a través de las redes sociales, desencadenándole pensamientos suicidas.

Concluyó, expresando, que en la actualidad toda la familia tiene marcadas secuelas psicológicas de ansiedad y depresión, por lo que han requerido tratamiento especializado.⁵¹

A su turno LA NUEVA EPS, al contestar la demanda se opuso a las pretensiones solicitadas, e indicó respecto a los hechos, que cuando el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO fue entrevistado por la emisora se limitó a ofrecer las explicaciones del caso soportado en el fallo de tutela que tiene carácter público y sirve como precedente jurisprudencial, y por ello hizo referencia a los hechos por los cuales la usuaria del sistema instauró la

⁵¹ (ver certificado psicológico, expedido por la Comisaría de Familia del municipio de Fortul)

acción, los cuales no gozan de reserva alguna, por lo que informó en forma detallada por qué no se había cumplido totalmente la orden de amparo. En su defensa propuso las excepciones de mérito que denominó: (i) culpa exclusiva de la víctima, toda vez que fue la demandante quien puso en conocimiento de la emisora el supuesto incumplimiento de su representada a la orden tutelar; (ii) falta de legitimación en la causa por pasiva, en razón a que la EPS no ha incumplido sus obligaciones contractuales o legales; (iii) inexistencia de hecho ilícito y cabal cumplimiento de las obligaciones de LA NUEVA EPS, ya que la entidad en ningún momento negó el acceso al servicio de salud de la paciente, solo que los procedimientos médicos que le realizaron provinieron de un procedimiento estético que no está cubierto por el Sistema de Seguridad Social en Salud, al cual accedió a través de la tutela; (iv) inexistencia del hecho causal entre la actividad de LA NUEVA EPS y el resultado final, en cuanto la Empresa de Salud no fue quien ocasionó el supuesto daño sino la afiliada con sus propios actos, cuando en La Voz del Cinaruco difundió su situación, que llevó a que se publicara en la página web del medio radial su fotografía.

En la sentencia que culminó la instancia, previo al análisis particular del caso, el funcionario judicial consideró que el problema jurídico consistía en determinar, si se había acreditado la responsabilidad civil de los demandados en los presuntos perjuicios sufridos por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, derivados de las declaraciones que hizo, a través de la emisora La Voz del Cinaruco, el demandado JAVIER CANAL QUIJANO, como funcionario de la EPS demandada.

Consideró en el citado fallo, que la Nueva EPS no estaba facultada para ventilar en los medios de comunicación el diagnóstico y demás pormenores de la situación médica de la señora ADELAIDA PRIETO, por tratarse de información privada, y; que el hecho que la demandante hubiera acudido a la emisora a denunciar el incumplimiento del fallo de tutela no autorizaba el levantamiento de la reserva de su historia clínica por la EPS, toda vez que la actora en su intervención nada dijo al respecto ni ofreció detalles constitutivos de dicha información, amén que no era de recibo el argumento según el cual la EPS se limitó a comunicar los acontecimientos de la acción constitucional toda vez que, si bien la historia clínica de la actora se aportó a dicho trámite no por ello perdió la reserva legal y no podía tornarse público. Consideró, en consecuencia, que el hecho antijurídico está plenamente demostrado y consiste en la vulneración de la reserva de la historia clínica de la paciente ADELAIDA PRIETO por parte de la EPS, al ejercitar su derecho de réplica en la emisora La Voz del Cinaruco, por lo que se estructuraron los supuestos de procedencia de la responsabilidad civil extracontractual deprecada en la demanda.

Adicionalmente, el fallador de instancia consideró que no existe responsabilidad del demandado JAVIER CANAL QUIJANO, como persona natural, frente a los hechos expuestos, en razón a que actuó como representante de la NUEVA EPS, como lo confesó la representante legal de dicha entidad en el interrogatorio de parte practicado, al indicar que la información suministrada a la emisora por el Dr. QUIJANO fue la suministrada por la dependencia de comunicaciones de la EPS.

Emerge de lo anterior, que aunque la pretensión de la parte actora estaba orientada a que se declarara responsable a la NUEVA EPS y al Dr. JAVIER CANAL QUIJANO de los daños y perjuicios⁵² generados con ocasión a la violación del Código de Ética Médica, y el juez de primer grado consideró que el problema jurídico a resolver consistía en determinar si estaba acreditada la responsabilidad civil extracontractual de los demandados por los perjuicios ocasionados a los demandantes, derivados de las declaraciones que realizó por un medio radial el Dr. CANAL QUIJANO como funcionario de la NUEVA EPS S.A., ello no implica el quebrantamiento del art. 281 del Código General del Proceso, toda vez que de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de la demanda no surge inconformidad por aspectos relativos a la responsabilidad generada del servicio clínico o del sistema general de seguridad social en salud, atendida la condición de médico de JAVIER CANAL QUIJANO, o de empresa promotora de salud de la NUEVA EPS, aserto que dicha entidad también planteó al contestar la demanda y señalar, que siempre garantizó a la usuaria el acceso a los servicios de salud, le autorizó todos los tratamientos por ella requeridos, así como las atenciones en salud a través de la red hospitalaria⁵³, por lo que es dable concluir que el Juez de primera instancia centró su análisis en lo que consideró acreditado en el juicio, aunque sea menos de lo pedido (*mínima petita*).

Por ello, si bien en la demanda no se indica expresamente la pretensión encaminada a la declaratoria de la responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de la información suministrada a un medio radial por el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO, en calidad de gerente de la NUEVA EPS, a su demostración se dirigen los fundamentos fácticos de la demanda⁵⁴ cuando se indica que el propósito de la acción es obtener el pago de los perjuicios surgidos de la transgresión a los derechos fundamentales de la señora PRIETO RINCÓN, con ocasión a la información suministrada por el demandado en la emisora, como así lo entendió la NUEVA EPS S.A. cuando al contestarla señaló que

⁵² Daños morales, vida de relación y daño emergente y consolidado o pasado en los valores señalados en la demanda.

⁵³ Fl. 18 c-2 del Juzgado.

⁵⁴ Hecho 18 de la demanda.

la acción se centra en la aludida vulneración de los derechos de la demandante, quien de esa forma quiere probar los supuestos daños.⁵⁵

Conviene recordar en este punto, que los jueces al momento de resolver los litigios están obligados a realizar un análisis integral de la demanda e interpretarla teniendo en cuenta los hechos, las pretensiones y los fundamentos jurídicos puestos a su consideración, así como las excepciones planteadas en la contestación y aquellas que puedan ser declaradas de oficio, conforme a la ley. Así lo aclaró la Corte Suprema de Justicia⁵⁶ al señalar:

*«Puede ocurrir... que la demanda presentada no tenga la suficiente claridad que permita extraer de ella, de manera inequívoca, el objeto o causa del litigio, para lo cual podrá en primer lugar el propio funcionario inadmitirla a efectos de subsanar tal falencia, o en su lugar, el interpelado procurar provocar dar luz a esa oscuridad a través de la correspondiente excepción previa, **o en últimas el juzgador definirla mediante su adecuada interpretación**, de tal manera que sin suplantar la voluntad del reclamante se pueda fijar su alcance y satisfacer de la mejor manera la controversia».*

Por ello, en la citada decisión, la alta Corporación retomando jurisprudencia sobre el tema señaló, en relación con la interpretación de la demanda, que "el juzgador está obligado a interpretarla en busca de su sentido genuino sin alterarlo ni sustituirlo, consultando la prevalencia del derecho sustancial, el acceso a la administración de justicia y la solución real de los conflictos", realizando "un análisis serio, fundado y razonable de todos sus segmentos" "mediante su interpretación racional, lógica, sistemática e integral" (cas. civ. sentencia de 27 de agosto de 2008, [SC-084-2008], expediente 11001-3103-022-1997-14171-01, énfasis de la Sala), "siempre en conjunto, porque la intención del actor está muchas veces contenida no sólo en la parte petitoria, sino también en los fundamentos de hecho y de derecho", bastando "que ella aparezca claramente en el libelo, ya de una manera directa o expresa, ya por una interpretación lógica basada en todo el conjunto de la demanda" (XLIV, p. 527; XIV, 488 y 833; LXI, 460; CXXXII, 241; CLXXVI, 182 y CCXXV, 2ª parte, 185).

Conclúyase de lo anteriormente expuesto, que el Juez de primer nivel no quebrantó el principio de congruencia consagrado en el art. 281 del Código General del Proceso al proferir la sentencia en el presente asunto, pues no solo realizó un análisis integral de los hechos de la demanda y sus pretensiones, sino también de lo expuesto por la NUEVA EPS S.A. en la contestación y las excepciones de mérito planteadas, que lo llevó a

⁵⁵ Fl. 7 c-2 del Juzgado.

⁵⁶ CSJ- STC13728, radicado N° 11001-02-03-000-2019-03194 de octubre 10 de 2019. M.P. Dr. Arnoldo Wilson Quiroz Monsalvo.

considerar acertadamente que el presunto perjuicio infringido al buen nombre, honor, intimidad personal y dignidad de la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN sólo podía ser reclamado por la vía de la responsabilidad civil extracontractual, como que de los hechos expuestos en la demanda y de las razones señaladas en la contestación claro quedaba que el detrimento, menoscabo o deterioro que se asegura afectó los bienes de la actora, vinculados con su personalidad, se atribuye a la acción de un funcionario de la NUEVA EPS demandada, cuyo comportamiento se produjo por fuera del vínculo contractual preexistente con la citada Entidad Prestadora de Salud, al indicarse que aquél actuó con culpa y en forma imprudente al revelar aspectos de la historia clínica de la demandante, infringiéndole daño, amén que hay relación de causalidad entre aquélla y este.

9.2. La indebida valoración probatoria censurada y la responsabilidad endilgada a la impugnante.

Descendiendo al asunto que concita la atención de la Sala, se tiene, que la parte impugnante pretende se revoque la sentencia que la declaró responsable de los perjuicios causados a la demandante, por haber realizado una indebida valoración probatoria, toda vez que era presupuesto ineludible determinar previamente si el Dr. CANAL QUIJANO actuó reprochablemente en desarrollo de un acto médico, situación que descarta de entrada al recordar que su proceder se circunscribió a una intervención radial en la que suministró información contenida en la acción de tutela que aquella instaurara, en ejercicio del derecho a la réplica, y atendidos los costos de tales procedimientos, en virtud del principio de publicidad presupuestal.

Siendo entonces, que conforme lo afirma la misma entidad recurrente se descarta que el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO haya actuado culpablemente en desarrollo de un acto médico, el asunto a resolver gira en torno a determinar si la información suministrada en el medio de comunicación (*La Voz del Cinaruco*) vulneró los derechos fundamentales alegados por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN.

En esa dirección, y de cara a la indebida valoración probatoria alegada en el recurso de apelación, la Sala encuentra como relevantes las siguientes pruebas:

- Registro Civil de Nacimiento de STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO, con serial indicativo No. 32273506, y de ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO con serial indicativo No

39021692, hijos de la demandante, ambos suscritos en la Registraduría de Saravena (fls. 27 y 28 c-1).

- Declaración extraprocesal realizada ante la Notaría Única del Círculo de Saravena, respecto de la unión marital de hecho vigente entre el señor JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO y la actora ADELAIDA PRIETO RINCÓN (fl. 29 c-1).

- Copia de la cédula de ciudadanía del señor JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO y la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN (fls. 30 y 31 c-1).

- Escrito de tutela presentado por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN contra la Empresa Promotora de Salud NUEVA EPS S.A. y la sentencia proferida por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, así como el auto expedido por la Corte Constitucional, excluyéndola de revisión (fls. 32 a 67 c-1).

- Solicitudes de apertura de incidentes de desacato y decisiones del Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena sancionado a la NUEVA EPS, representada a nivel nacional por el Dr. JOSÉ FERNANDO CARDONA URIBE, y a nivel regional por la Gerente Zonal Arauca Dra. MAGDA VIVIANA GARRIDO, con multa de 2 salarios mínimos mensuales legales vigentes y orden de captura y encarcelamiento, y del Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena, confirmando las sanciones impuestas (fls. 75 a 190 c-1).

- Copia de la historia clínica de la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN (fls. 191 a 226).

- Declaraciones extraprocesales de MELINA BAEZ, JESSICA ANDREA RAMÍREZ ROJAS, MÓNICA VIVIANA MARULANDA AGUDELO, LAURA ANDREA DUQUE TELLO, JANETH AMPARO MAYOR ENRÍQUEZ, BEATRIZ TRUQUE BORRERO, relacionadas con el procedimiento para la extracción de biopolímeros. (fls. 227 a 239).

- Cd que contiene información suministrada por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, el 10 de mayo de 2016, y por el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO, el 12 del mismo mes y año, ante la Emisora La Voz del Cinaruco (fl.241).
- Copia del reporte de la emisión de noticias que data 12 de mayo de 2016, expedido por la Emisora La Voz del Cinaruco (fls. 242 a 244 c-1).
- Copia de mensajes de texto, whatsapp y mensajes en Facebook (fls. 245 a 260).
- Copia de la denuncia penal formulada por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, por las amenazas recibidas en contra suya y de su familia como consecuencia de las declaraciones realizadas por el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO (fls. 261 a 271 c-1).
- Certificados expedidos por la psicóloga de la Comisaría de Familia del municipio de Fortul, en cuanto al reconocimiento psicológico y examen mental realizado a los menores STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO (fls. 272 a 281).

Con base en los precedentes medios de prueba, y atendiendo que la censura de la entidad apelante se enfila a desvirtuar la existencia de los daños sufridos por los demandantes con ocasión del hecho acaecido 12 de mayo de 2016, relacionado con la información suministrada por el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO, en representación de la NUEVA EPS S.A., ante la Emisora La Voz del Cinaruco, procederá esta Judicatura al análisis probatorio de cara a los reproches enrostrados.

Pues bien, como se señaló precedentemente la censura del apoderado accionante se centró en una indebida valoración probatoria por parte del juez de instancia, sin embargo, la Sala advierte que aunque el apelante no precisó concretamente cuáles pruebas el fallador de primer grado valoró indebidamente, ya que se limitó a considerar que el presupuesto ineludible para proferir sentencia era determinar previamente si el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO actuó reprochablemente en desarrollo de un acto médico, y descartando de entrada su misma manifestación en el entendido que la intervención del profesional de la salud se circunscribió a una intervención radial en la que suministró

información sobre la acción de tutela, en ejercicio del derecho a la réplica, lo cierto es que de su argumentación se desprende que el ataque hace referencia a la falta de análisis probatorio para la debida acreditación de cinco (5) hechos concretos.

Así, conforme se desprende de la impugnación, las presuntas circunstancias que omitió valorar el fallador de instancia son: (i) que la información suministrada ante la Emisora La Voz del Cinaruco no estaba sometida a reserva porque gozaba del principio de publicidad, que caracteriza las decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas (*acción de tutela*); (ii) que la señora Adelaida Prieto Rincón fue quien levantó la reserva de sus patologías y refirió las circunstancias de modo tiempo y lugar contenidas en la acción constitucional, al poner en conocimiento de la Emisora su particular situación; (iii) que las explicaciones ofrecidas por la entidad al medio radial y sus oyentes no fueron producto de la manipulación de la historia clínica sino de lo expuesto en los fundamentos fácticos de la acción constitucional; (iv) que no fue la NUEVA EPS quien publicó las fotos de la señora Adelaida y su hija ni envió los mensajes al *whatsapp* y las redes sociales, ya que estos provinieron de terceros, y; (v) que los costos del procedimiento médico realizado a la actora, que fueron puestos en conocimiento por la EPS, no gozan de reserva legal en virtud del principio de publicidad presupuestal, y tampoco hacen parte de la historia clínica de la paciente.

Para abordar el ataque propuesto, resulta de gran importancia traer a colación los fundamentos fácticos expuestos tanto en la acción constitucional como en el fallo de tutela, proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, así como lo dicho por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN y por el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO en representación de la NUEVA EPS S.A., ante la Emisora La Voz del Cinaruco, los días 10 y 12 de mayo de 2016, respectivamente.

- En los fundamentos fácticos expuestos en el escrito de tutela presentado por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN⁵⁷, dio a conocer la actora al juez constitucional los siguientes hechos:

- Explicó, que después de realizarse una cirugía estética, cuatro años atrás, consistente en inyectarse ácido hialurónico para configurar los glúteos y los senos, empezó a padecer problemas de salud que le causaban dolor en varias partes del cuerpo al realizar actividades cotidianas como sentarse, dormir boca arriba o boca abajo, caminar o

⁵⁷ Fls. 37 al 48 c- 1 del Juzgado.

permanecer de pie más de una hora, generándole también dificultad para agacharse, subir o bajar escaleras, fiebre constante, insomnio, malestar general permanente, imposibilidad de tener relaciones sexuales y vida de pareja, depresión y temor por creer que iba a morir, entre otros síntomas que se agravaban con el transcurso de los días hasta tornarse insoportables, sin que la Nueva EPS le hubiera proporcionado soluciones médicas no obstante las múltiples consultas a las que acudió, situación que la obligó a vender la posesión y mejoras de la casa de habitación que había construido con el esfuerzo de su trabajo durante más de 10 años, dinero con el cual se determinó, después de muchas averiguaciones con médicos de la clínica Carlos Ardila Lulle de Bucaramanga, que le habían inyectado biopolímeros y no ácido hialurónico que debían ser extraídos con prioridad mediante una cirugía reconstructiva con la técnica de *cirugía abierta*, raspado en los glúteos y senos y puesta de prótesis para cubrir las oquedades resultantes, en procura de evitar traumas psicológicos y afectivos, procedimiento que le realizaron el 4 de octubre de 2013 con costo de \$19.000.000 que coparon los \$18.000.00 que recibió la accionante por la venta de la casa, quedando con una deuda de \$1,000.000.

- Señaló, que la cirugía no fue eficaz para la extracción de biopolímeros ya que solo aquella reconstructiva con la técnica quirúrgica de video endoscopia garantiza un resultado óptimo, no obstante que en ocasiones requiere de varios tiempos operatorios o intervenciones quirúrgicas dependiendo de la clase, cantidad, reacción corporal, localización y migración de los biopolímeros inyectados, como se ha demostrado clínicamente y lo certificó el médico Dr. Carlos Alberto Ríos García, por lo que después de seis meses de la intervención volvió a presentar los mismos síntomas que la limitaban e incapacitaban para realizar sus quehaceres cotidianos y trabajar, y la obligaron en varias ocasiones a acudir a urgencias del hospital local por el carácter grave e insoportable de los dolores e impedimentos.

- Indicó, que el citado cuadro clínico que la llevó a consultar repetidamente a los médicos de la NUEVA EPS, quienes no le dieron solución médica alguna y se limitaron a prescribirle medicamentos paliativos que ni mejoraron ni solucionaron sus padecimientos, por lo que con esfuerzo económico y ayuda de la Familia, y después de visitar médicos particulares que tampoco le ofrecieron respuesta alguna, acudió a consulta con el médico tratante doctor Carlos Alberto Ríos García el 21 diciembre 2015 en su clínica de Cali, quien luego de examinarla y realizarle los exámenes de rigor dictaminó que sus problemas y deterioro grave de la salud se debían a los biopolímeros que le habían inyectado en los glúteos y senos, que continuaban en su cuerpo, no obstante la cirugía abierta y raspado que le había hecho otro cirujano plástico, como ocurría, tarde que temprano, con todas las pacientes a quienes les habían inyectado

biopolímeros con afectación del sistema inmunológico y riesgo de perder la vida; que era urgente que la accionante acudiera a su EPS para que le practicara una cirugía plástica reconstructiva para la extracción segura de biopolímeros con la técnica quirúrgica de bioendoscopia, por ser la única con la que se ha podido extraer de manera segura de biopolímeros con mejoramiento y recuperación de la salud, ya que los otros métodos usados – cirugía abierta, raspado, procedimiento a ciegas con cánulas de succión - como lipoaspiraciones, lipoaspiraciones asistidas, con láser y lipoaspiraciones asistidas con ultrasonido – no solo no garantizaban la extracción segura de biopolímeros sino que clínicamente no se conocía ningún caso de mejoría de la salud de las pacientes, que continuaban con los mismos padecimientos con tendencia a empeorar y poner en riesgo la vida, debido a que los biopolímeros migran por el cuerpo y termina afectando el sistema inmunológico, ocasionando la muerte, como lamentablemente les ha ocurrido a centenares de personas.

- Puso de presente la accionante, que el médico tratante Dr. Carlos Alberto Ríos García puede certificar, luego de una experiencia de cientos de cirugías plásticas reconstructivas para la extracción segura de biopolímeros con la técnica quirúrgica de bioendoscopia, que es la única que ha mostrado resultados clínicos satisfactorios para su extracción segura, con mejoría y cura de la grave enfermedad de alojenosis iatrogénica que ocasiona en la pacientes con riesgo de la vida; de ahí que debido a su estado precario de salud y a su limitada capacidad económica no le cobró por la consulta especializada, le informó que el procedimiento podía implicar varios tiempos operatorios o intervenciones quirúrgicas, dependiente de la respuesta y evolución de la paciente, que tiene un costo a partir de 30 millones que ella no puede pagar, ya que sus ingresos son inferiores a dos salarios mínimos mensuales que destina para su manutención y la de su familia; que el abogado que la asesoró para formular la tutela, en consideración a la gravedad de su cuadro clínico y falta de recursos, no le cobró honorarios.

- Destacó, que con la evaluación, el diagnóstico y prescripción del Dr. Ríos García y con copia de la historia clínica acudió en varias ocasiones a consulta a la NUEVA EPS, donde los médicos y directivos le han negado el procedimiento quirúrgico prescrito porque es un procedimiento estético y no está incluido en el POS, indicándole que debía asumir por su cuenta y riesgo el retiro de los biopolímeros, actitud indolente y arbitraria que la dejó expuesta a seguir con sus graves padecimientos de salud, que no solo se agravan día a día sino que ponen en riesgo su vida, por lo que lejos está de considerarse un procedimiento estético.

- Los hechos así expuestos en el escrito introductorio de la tutela fueron relacionados en el fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena⁵⁸, que también se refieren conforme a su tenor literal, en lo pertinente, atendida su importancia para la decisión:

«Manifiesta la accionante que se encuentra afiliada desde hace varios años como contribuyente en la entidad promotora de salud Nueva EPS S.A., expone la actora que hace 4 años se realizó un procedimiento en un centro de estética de la señora Melva Plata con nacionalidad Venezolana el cual a la fecha ya no funciona y solo donde accedió a que por medio de dos secciones le inyectaran una sustancia la cual denominó "ácido hialurónico" para configurar los glúteos y senos indicándole los beneficios y avales de la sustancia sugerida. A partir de principios del mes de febrero del año 2012, la accionante comienza a padecer de quebrantos de salud consistentes en enrojecimiento, picazón, ronchas, hinchazón, dificultad para moverse, malestar general, pérdida de la memoria, dolor e imposibilidad de tener relaciones sexuales y vida en pareja, situación que se le ha tornado insoportable sin que la Nueva EPS S.A., le haya proporcionado solución médica alguna. Tras esta negativa y a pesar de haber acudido a consultas persistentes, incluso por urgencias y aduciendo la ausencia de ingresos para mitigar sus dolencias, esta accede a vender la posesión, las mejoras de la casa, y habitación situada en Fortul, Arauca, mediante documento privado el 10 de septiembre de 2013, por el valor de \$18.000.000 MCTE, dinero el cual es utilizado para la realización de una cirugía reconstructiva en la Clínica Carlos Ardila Lulle de Bucaramanga donde la efectuó el médico Camilo Orlando Reyes Carrascal, con la técnica de cirugía abierta y raspado en los glúteos o senos.

Los glúteos y senos y puesta de prótesis posterior para evitar traumas a nivel emocional. Cirugía realizada el día 04 de octubre de 2013 con un valor de diecinueve millones de pesos (\$19'000.000) MCTE quedando adeudando la suma de un millón de pesos (\$1'000.000) MCTE. Pero seis (6) meses después de transcurrida la cirugía la accionante vuelve a tener los mismos síntomas de malestar del pasado, impidiéndole realizar sus labores diarias y trabajar ocasionalmente condicionada por ocultar su enfermedad. De acuerdo al cuadro clínico de deterioro de salud física y mental la actora ha consultado repetidamente a los médicos de la NUEVA EPS S.A. los cuales le expiden medicamentos paliativos que no dan muestra de mejora sustancial en la salud de la accionante de lo cual se infiere que estos procedimientos no otorgan eficacia al momento de la extracción de biopolímeros.

Después de hacer averiguaciones personales la accionante encuentra que el médico Carlos Alberto Ríos García propietario de la clínica santuario medical center reconocido cirujano plástico, utiliza una técnica especial con video endoscopia para la extracción de manera segura de los biopolímeros, información con la cual a través de un esfuerzo económico por parte de su familia acude a una cita con el médico tratante Carlos Alberto Ríos el día 21 de diciembre de 2015 el cual le indica que el estado grave de salud obedece a los biopolímeros inyectados en glúteos y senos, advirtiéndole que estos incluso pueden afectar el sistema inmunológico con riesgo de la vida y que era urgente que la accionante acudiera a la EPS para que se le practicara la extracción segura de los biopolímeros por medio de la técnica de video endoscopia por ser esta la técnica que ha tenido resultados más satisfactorios en la recuperación de los pacientes. Teniendo en cuenta el precario estado de salud y económica en que se encuentra la accionada y al no tener otro beneficio del plan de salud diferente a la NUEVA EPS S.A el médico Carlos Alberto Ríos opta por no cobrarle la consulta diciéndole que la cirugía puede tener varios tiempos operatorios y tiene costos a partir de los treinta millones de pesos (\$30'000.000) MCTE cifra la cual no puede pagar ni la accionante ni ninguno de familiares o allegados.

⁵⁸ Fls. 49 a 67 c- 1 del Juzgado.

Refiere la ofendida que una vez aportada la evaluación del médico tratante y copia de la historia clínica la accionante acude reiterativamente a la NUEVA EPS S.A. en donde recibe respuesta negativa por parte de los médicos y directivos lo cuales no le conceden la autorización del procedimiento por considerarlo estético y no estar incluido dentro del plan obligatorio de salud -POS- respuesta dada por la señora Jazmín Sierra Díaz Asesora de servicio al cliente y gerencia zonal norte de Santander de fecha 4 y 24 de diciembre de 2015, desatendiendo la prescripción dada por el médico tratante. Finalmente se resalta que aparte de esta acción de tutela la actora no cuenta con otra vía jurídica eficaz y eficiente para hacer efectiva la protección de sus derechos fundamentales.»

En la emisión de noticias del medio radial La voz del Cinaruco – Caracol Noticias, del 10 de mayo de 2016, la demandante PRIETO RINCÓN expuso en su intervención lo siguiente:

- ADELAIDA PRIETO RINCÓN «Muy buenos días a todos los miembros de la Voz del Cinaruco y a los radioescuchas del departamento de Arauca.

En estos momentos quiero manifestar que me encuentro en un estado de salud, pues el cual afecta más mi parte psicológica por un procedimiento que me hicieron.

El año pasado tuve que instaurar una tutela en contra de la NUEVA EPS por negarme dichos servicios, el fallo salió a mi favor el 18 de febrero del año 2016, tuve que iniciar incidente de desacato para que la EPS me autorizara mi primer procedimiento, luego mi especialista manda ordenes donde requiero continuar con un segundo procedimiento en el cual inicio mis trámites ante la NUEVA EPS, régimen contributivo en el cual cotizo.

Ellos tuvieron silencio administrativo, el segundo proceso estaba para realizarse en el mes de agosto, esperé todo este tiempo asistiendo a la Nueva EPS, pero este año inicié nuevo incidente de desacato, el cual el 2 de mayo, la Juez Segundo Promiscuo Municipal de Saravena expide orden de captura en contra de la Dra. Magda Viviana Garrido, Representante Legal de la NUEVA EPS en el departamento de Arauca, antes de eso ya el juzgado había solicitado a esa representante el motivo por el cual no me ordenaban el tratamiento que requiero, sin ellos contestar el por qué, aquí empieza el nuevo dilema, el juzgado radica el 2 de mayo esta orden de captura en la SIJIN de Saravena, el cual debe remitirla a Arauca, porque es en Arauca donde se encuentra la servidora pública, me comunico con la SIJIN Arauca y me dicen que en Saravena no han radicado nada, voy a la SIJIN y me dicen que sí, que allá sí lo enviaron.

Ayer lo último que me dijo el señor Castillo Cetina, miembro de la SIJIN, desconozco el cargo que ocupa, me dice señora es que estamos ocupados en otros procesos y no tenemos tiempo para ese caso.

Me parece inaudito que nos hagan eso. En repetidas ocasiones telefónicamente me ha dicho: pídale apoyo al CTI. Si ellos son miembros y se conocen entre organismos y dicen que no tiene tiempo para eso porque ellos mismos no remiten el caso. Yo creo que como mi caso hay muchas personas que les da pena, temor, o por equis motivo, no denuncian al aire y así esos casos se quedan archivados sin que los servidores públicos cumplan.

También me quejo de la Procuraduría Regional de Arauca, porque el día viernes llamé a exponer mi caso y me dicen no señora comuníquese con la Personería de Saravena, entonces, como lo decían ustedes hace rato, para qué son los medios de comunicación, para acortar distancias y para avanzar más rápidamente en los procesos.

Un miembro me decía por debajo de cuerda: señora, usted sabe que ella es una servidora pública, que siempre los organismos de control tratan de dilatar para darles tiempo porque eso trae muchas repercusiones, entonces no sé a quién acudir pero ratifico fue radicada aquí en Saravena, pero no han hecho nada para cumplir, incluyendo a la NUEVA EPS, todo lo que dicen es que la Dra. Magda Viviana no se encuentra, entonces no sé si esa señora no atiende la oficina o qué otro proceso habrá que abrirle a ella para que cumpla con las ordenes que ha dado el Juez. »

El 12 de mayo de 2016, en la emisión de noticias de La Voz del Cinaruco – Caracol Noticias, el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO se pronunció sobre la denuncia formulada a través de dicho medio de comunicación por la señora PRIETO RINCÓN, el cual también se reseña textualmente por su importancia para el enfoque del caso, su análisis y la decisión a adoptar:

"GERENTE REGIONAL DE NUEVA EPS DR. JAVIER CANAL QUIJANO: *«Muy buenos días. Agradecemos el espacio que nos da para rectificar alguna información que la señora ADELAIDA PRIETO dio en los medios hace un par de días.*

Efectivamente la señora ADELAIDA PRIETO es una afiliada de la NUEVA EPS, cotizante activa en este momento, la historia de la señora se resume en que básicamente en un procedimiento estético que se realizó la señora Prieto en el año 2012, consistente en el agrandamiento del volumen de sus senos y el volumen de sus glúteos, infortunadamente se lo realizó en un centro estético en la ciudad de Saravena que ya no existe, nosotros estuvimos haciendo una averiguaciones del caso con la Unidad Administrativa, pero aparentemente esto ya no existe y resultó el procedimiento en complicaciones que generaron algunas dolencias para la señora Prieto.

La señora Prieto fue intervenida posteriormente por un cirujano plástico en la Foscal que le hizo el retiro de algunos de los biopolímeros y posteriormente continuó con las dolencias que tenía.

La señora Prieto fue evaluada nuevamente hace año y medio por el equipo de cirujanos plásticos de la clínica Los Comuneros, donde determinaron que no había ningún beneficio en realizar un procedimiento nuevo ya habían removido parte de los biopolímeros que le habían inyectado a la señora en Saravena, y que un nuevo procedimiento o que hacía era incrementar el riesgo por el acto quirúrgico y no revestía garantía alguna de mejoría.

La señora no estuvo de acuerdo con el concepto y la NUEVA EPS remitió a la señora Prieto con el equipo de cirugía plástica de Foscal, quienes efectivamente confirmaron el concepto emitido los cirujanos plásticos de la clínica comunero, en el sentido que el procedimiento de remoción de biopolímeros no iba ser efectiva, toda vez que se había regado por el cuerpo.

La señora Prieto no estuvo de acuerdo y aparentemente contactó una IPS en Cali donde le realizaban el procedimiento vía endoscópica, infortunadamente las complicaciones de los procedimientos estéticos están expresamente excluidos del plan de beneficios y es por esta razón que NUEVA EPS no puede cubrirlos, hay una prohibición expresa y nosotros no podemos invertir los recursos de la salud en un procedimiento.

Efectivamente la IPS que contactó la señora en Cali le ofreció un resultado positivo, nosotros hicimos unas averiguaciones con la Sociedad de Cirujanos plásticos en Cali y con la Secretaría de Salud, y manifestaban ellos que el procedimiento no tenía el suficiente respaldo científico para que fuera efectivo, y desde ese punto de vista no era posible garantizar el éxito.

La señora Prieto, haciendo uso de sus derechos constitucionales interpuso un recurso de tutela para que el juez nos ordenara cubrir el procedimiento estético. Efectivamente el juez falló a favor de la señora concediéndole el amparo constitucional y ordenándonos asumir el tratamiento de las complicaciones del procedimiento estético.

La NUEVA EPS, el año pasado, en el mes de marzo o abril, realiza la primera intervención de retiro endoscópico de biopolímeros a la señora Prieto, en la ciudad de Cali, la IPS del Dr. Rios nos exige pago por adelantado en efectivo, confirmado en la cuenta del Dr., por esa razón tuvimos algunas demoras para conseguir el monto de dinero que para el primer quirúrgico fue de alrededor de 123 millones de pesos.

En el mes de agosto asiste a control con el Dr. Rios, quien considera que debe someterla a un segundo tiempo quirúrgico, así lo hace saber la señora y hemos estado en todo el trámite de la creación de códigos, de la consecución de todos los soportes que nos exigen a nosotros el FOSYGA para autorizar los procedimientos.

Entenderá usted que sacar esa cantidad de dinero tan grande y consignarla a la cuenta de un tercero no es un procedimiento habitual. La cotización que manda el Dr. Rios en este momento es de 126 millones de pesos y ya estamos terminando todos los trámites administrativos internos para garantizar que la siguiente semana el dinero esté en la cuenta del Dr., y la señora pueda ser intervenida en el segundo tiempo quirúrgico.

NUEVA EPS ha estado todo el tiempo garantizando los servicios de salud de la afiliada con el plan de beneficios, con cirujanos plásticos en varias ciudades, estuve en Cúcuta, estuve en Bucaramanga, aun así la señora ha manifestado que le hemos negado el servicio y pues nada más alejado de la verdad y como le dije, hemos estado todo el tiempo pendiente de mirar las alternativas para garantizar la prestación del servicio. Usted entenderá que hay que invertir más de 300 millones para arreglar los problemas que tienen en los glúteos y en los senos, con un presupuesto de 700 millones mensuales, que es lo que contamos para el régimen contributivo en Arauca, no es fácil, eso significa apropiarse del 50% del presupuesto de un mes que deberíamos estar invirtiendo en la salud de los araucanos en una sola paciente para corregir las complicaciones de un evento estético... según lo refiere la señora Prieto en la acción de tutela. . »

Precisado lo anterior, la Sala analizará entonces si con los medios de prueba que fueron legal y oportunamente recaudados puede acreditarse el daño que aducen los demandantes haber sufrido, de tal manera que, de ser así, se habilita el estudio de los demás elementos que estructuran la responsabilidad civil.

Pues bien, revisado el expediente se observa que en el plenario obran los siguientes medios de prueba:

- Evaluación psicológica realizada, el 28 de mayo de 2018⁵⁹, a la menor STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO en la Comisaría de Familia del municipio de Fortul, donde se consignó: «*MOTIVO DE CONSULTA: Femenina de 15 años, quien es valorada, por petición de la señora madre Adelaida Prieto, quien refiere que le duele lo que le pasa a la mamá porque a mi mamá le han hecho mucho daño, mi mamá cada vez que se acuerda*

⁵⁹ Fls. 273 a 276 c-1 del Juzgado

de lo que le pasó se pone a llorar para mí es terrible cuando mis compañeros me preguntan por lo que le pasó a su mamá, me dicen "oiga y el culo de su mamá" me afecta que pusieron mi foto cuando sacaron lo de mi mamá, porque yo pertenezco a la liga de baloncesto, y todos me miraban, mis amigas, cuando salió la noticia por el facebook, en el colegio varias veces lloraba porque para mí era terrible, hasta los profesores me preguntaban eso para mí es terrible, debido a eso yo no tenía ganas de seguir estudiando, en ocasiones mandé a comer mierda a unos compañeros sé que fui grosera me desconozco pero me fastidia tanto".

Agregó, «Me afecta y me sigue afectando de ver a mi mamá llorar en cualquier parte cada vez que se acuerda, lloro porque es mi mamá y no quisiera que nadie se burle de ella, en algún momento pensé en quitarme la vida, porque eso que nos hacían en la calle a mi hermano y a mí era una humillación, no quiero salir siento que todos me miran. Me da miedo utilizar las redes sociales, debido a que en ocasiones fui víctima del ciber bullying, la EPS nos dijo que nos iba llamar una sicóloga, pero jamás nos llamaron... «DIAGNÓSTICO: Presenta signos y síntomas de ansiedad, síndrome de estrés postraumático, diversidad de los indicadores, como violencia psicológica. Presenta síntomas signos de angustia, tristeza, ansiedad con rasgos de personalidad, caracterizados por timidez, inseguridad, con incapacidad y falta de autoconfianza, para actuar independientemente, lo que va devastando su autoestima y capacidad de reacción, episodios depresivos moderados».

- Evaluación psicológica realizada, el 29 de mayo de 2017⁶⁰, al menor ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO en la Comisaría de Familia del municipio de Fortul, donde se consignó: «MOTIVO DE CONSULTA: los padres acuden a consulta muy preocupados porque en el transcurso del curso escolar su hijo ALEX EDUARDO, sufre reiterados episodios de acoso, tanto psicológicos como físicos, por parte de sus compañeros de clase, esta situación está provocando un deterioro del bienestar psicológico de Alex, de su relaciones sociales, familiares y su rendimiento académico.... Alex Eduardo refiere, "lo de mi mamá fue bastante duro, porque al principio yo no sabía nada, pero cuando me entero pues me dolió mucho, me enteré por mis amigos que me decían que su mamá la culo de cucho, y ese día cuando llegué a la casa mi mamá habló con nosotros, mi mamá lloraba mucho, porque por todos lados hablaban de ella por la radio por las redes sociales, en estos momentos siento feo, porque en el Colegio dicen que mi mamá es de plástico, yo sentí mucha rabia porque no podía hacer nada pero me da dolor que hablen mal de las mamás, han sido muchas las ocasiones en las que me dicen eso, a veces hasta me preguntan

⁶⁰ Fls. 278 a 281 c-1 del Juzgado

cómo sigue su mamá del rabo»... «DIAGNÓSTICO: Presenta signos y síntomas de ansiedad, síndrome de estrés postraumático, diversidad de los indicadores, presenta síntoma signo de angustia, tristeza, ansiedad, con rasgo de personalidad, caracterizados por timidez, inseguridad, con incapacidad y falta de auto confianza para actuar independientemente».

- Mensajes de texto y de whatsapp: *«Señorita millonaria, como la llamó el periodista, usted se gastó la plata de nuestra salud, ahora usted nos tiene que responder. De la cara no sea cobarde salga a la calle para que nos devuelva lo que es nuestro»; « Vieja hijueputa más le vale que se largue no respondemos vanidosa ladrona ya le dieron 300 millones la queremos fuera del departamento»; «Plástica ahora no hay dinero para nuestra salud porque usted se la metió en el culo pero cuídese donde la veamos nos la paga mejor lárguese de esta mierda porque la salud no tiene plata ni para su familia tenga claro que esto lo va pagar bien caro plástica»;« oye postiza los ojitos de la gringuita de la foto millonaria también son de mentira de la cara hijueputa de lo contrario le examinamos los ojos de su hija pero fresca que lo hacemos gratis»; «asesina cuídese porque así como ha matado la gente dejándola sin salud por ponérsela en el culo así mismo pague la consecuencia »; «perra ladrona de la salud carga miedo no se descuide porque ya sabe que le pasa las ratas como usted plástica»; «la plástica por fin salió de la casa pero tiene miedo de papaya y le cobramos esos 300 millones que le quitó a los enfermos asesinos»; «hijueputa le da miedo salir va vivir escondida toda la vida, pase por el vanadias o tampoco va volver al trabajo claro como la debe»*

- Comentarios en redes sociales (Facebook): *«Y es que la EPS hacen procedimientos estéticos»; «salió premiada»; «jajaja y se las pican de naturales y les pasa esto»; « las nalgas más caras del departamento y lo peor pagado por los usuarios de la EPS»; «Desde que fecha las EPS hacen procedimientos estéticos»; «aunque el mono se vista de seda... mono se queda...debería hacerse cirugía en la cara...jajaja»; «muy horribles esos culos, no valen la pena»; «no es justo que por vanidad una EPS tenga que pagar esa cantidad de dinero habiendo tantas personas que en verdad lo necesitan por una enfermedad que tienen»; «espero que sea la primera y última vez que le de la razón a la EPS. Porque no se puede gastar tanta plata en alguien que se puso esos implantes sabiendo el peligro que corre, así como tuvo plata para ponerlos pues pague para retirarlos»; «premiar a esas que no se valoran como mujeres, que simberguezura, no sabía eso de las EPS»; «la Nueva EPS le niega procedimientos a unos pacientes que sí lo necesitan para salvar su vida y sí le va invertir toda esa millonada a una persona que por vanidad se buscó los males. Lindo lindo, de ahora en adelante no pueden justificar que no tienen plata»*

- Testimonio de JESICA ALEXANDRA ROCHA GARCÍA (*compañera de trabajo de Adelaida en el Hospital San Francisco de Fortul*), quien manifestó que los pormenores de lo sucedido los conoció luego de haberse rumorado la información suministrada en la emisora La Voz del Cinaruco, aquella el Dr. JAVIER CANAL QUIJANO puso en conocimiento de todos, que con el tratamiento estético de ADELAIDA se había gastado el 50% de los recursos destinados a los usuarios de la salud de la NUEVA EPS. Luego, apareció en las redes sociales (*Facebook*) unas fotos de Adelaida y su hija, así como algunos comentarios que agredían a su compañera de trabajo.

Añadió, que la situación que vivió ADELAIDA como consecuencia de la información vertida por el representante de la NUEVA EPS ante el medio radial le ocasionó tristeza, llanto, preocupación, disminuyó su estado de ánimo, y generó diversas reacciones entre las personas cercanas a su residencia y sus compañeros de trabajo, recibiendo incluso, agresiones verbales como las siguientes: « *allá va la que se va a quedar con la salud, con la platica de nosotros, por culpa de ella entonces nosotros no vamos a tener derecho a la salud, mire esas tetas, esas nalgas*» y; que los menores ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO y STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO, debido a la situación puesta en conocimiento público respecto de su señora madre y la foto publicada en la página de STEPHANY ALEXANDRA, fueron víctimas de acoso (*bullying*) por parte de sus compañeros.

- Testimonio de DARLENI ADRIANA CARRERO RAMOS (*compañera de trabajo de Adelaida en el Hospital San Francisco de Fortul, auxiliar de enfermería*), quien señaló que los menores ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO y STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO fueron expuestos en virtud de la noticia publicada por la emisora La Voz del Cinaruco, cuando dieron a conocer datos de la historia clínica de su progenitora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, y aquellos relacionados con el monto que canceló y debía cancelar la NUEVA EPS con ocasión a los procedimientos quirúrgicos requeridos, incluso publicaron una foto de STEPHANY ALEXANDRA.

Agregó, que debido a la información entregada en el medio radial ADELAIDA PRIETO RINCÓN se mantenía deprimida, aislada, lloraba mucho, no quería continuar trabajando, ni seguir luchando ni viviendo, recibió amenazas estando en su casa de habitación y por redes sociales y señalamientos de sus mismos compañeros de trabajo por lo que dejó de compartir con ellos, no le gustaba que le tomaran fotos, no participaba en actividades recreativas, y; sus hijos ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO y STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO también sufrieron de depresión y fueron víctimas de burla y *bullying* de sus condiscípulos de Colegio, al punto que les decían que su mamá tenía nalgas y senos

de caucho y que en eso se estaban gastando un dinero que correspondía a otras personas.

- Testimonio de FREDY ALEXANDER GARCÍA BATECA (*Director del Hospital San Francisco de Fortul*), quien manifestó que tuvo conocimiento de la noticia publicada en La Voz del Cinaruco el mismo día en que fue transmitida; que por tratarse de una empleada de la institución que él dirigía inmediatamente se comunicó con ADELAIDA y evidenció que estaba viviendo un trauma bastante fuerte y era víctima de daño psicológico y social; que la información proporcionada por el representante de la NUEVA EPS S.A. repercutió directamente en la población y fue muy agraviada por el señalamiento de la comunidad, ya que todo el mundo apuntaba a ella como la causante del problema de salud a nivel departamental.

Adicionó, que la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN recibió amenazas por mensajes de texto y redes sociales (*Facebook*) y mostró tendencias suicidas, hablaba de irse, dejar sola a la familia y desaparecer de este mundo, abandonar y dejarlo todo, dijo que se quería matar, quitarse la vida, y; que dicha situación causó a los menores ALEX EDUARDO y STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO efectos traumáticos y daño psicológico no solo por la publicación realizada sino por los señalamientos de la comunidad escolar donde adelantaban sus estudios, que se referían a su madre como: «...la culo de plástico...».

Las referidas circunstancias, ponen en evidencia el cumplimiento del deber de diligencia de los accionantes para probar los supuestos fácticos consignados en la demanda y sobre los cuales erigieron sus pretensiones, que posibilitó acreditar el daño que aseguran haber padecido como consecuencia de la información suministrada en la emisora La Voz del Cinaruco, siendo este el principal elemento estructural de la responsabilidad civil, según el criterio que desde antaño ha acogido la jurisprudencia nacional.

Efectivamente, la doctrina foránea contemporánea ha reconocido la trascendencia de este presupuesto, al punto de sostener que no es un elemento más de la responsabilidad civil sino el más importante de todos⁶¹, ello bajo el supuesto que para que se indemnice a un reclamante no basta con que éste demuestre la existencia de un incumplimiento contractual o de una conducta ilícita en su perjuicio, porque se requiere la preexistencia de un daño⁶².

⁶¹ VICENTE, Domingo, *el daño*. Citado en LÓPEZ MESA, Marcelo, *presupuesto de la responsabilidad civil*, Edit. Astrea. 1 Edición, 2013, p. 71.

⁶² LÓPEZ MESA, Marcelo, Ob. Cit. p. 72.

Con esa misma orientación, la Corte Suprema de Justicia en pronunciamiento emitido el 14 de agosto de 2017⁶³ destacó, que aunque en el régimen colombiano de la responsabilidad civil no se definió el daño proveniente de los «*delitos y las culpas*», sí se hace alusión a este como el elemento indispensable para su estructuración, a tal punto, que se ha considerado que sin daño no puede existir responsabilidad alguna⁶⁴; criterio que ha venido siendo decantado desde años atrás, *verbi gracia*, cuando en sentencia de casación del 4 de abril de 1968 la alta Corporación afirmó que «*dentro del concepto y la configuración de la responsabilidad civil, es el daño un elemento primordial y el único común a todas las circunstancias, cuya trascendencia fija el ordenamiento. De ahí que no se dé responsabilidad sin daño demostrado, y que el punto de partida de toda consideración en la materia, tanto teórica como empírica, sea la enunciación, establecimiento y determinación de aquél, ante cuya falta resulta inoficiosa cualquiera acción indemnizatoria*» (se resalta); y que ha sido claramente reconocido en línea de principio, como puede verse en un pronunciamiento más reciente, proferido en el año 2014, así⁶⁵:

"2. El estudio del daño ha adquirido una importancia cada vez mayor en los últimos tiempos, al punto que para muchos autores el análisis de ese elemento constituye en la actualidad el tema central de la responsabilidad civil, pues ya no se lo examina como un simple asunto accesorio al factor de imputación, sino que se le concede todo el protagonismo que le otorgan una sociedad y una cultura jurídica interesadas en la reparación del derecho o bien vulnerado, en el reconocimiento del valor de la persona humana, en la reivindicación del nombre de las víctimas y en la obtención de su perdón por haber resultado agredida su dignidad." (Se resalta).

Así las cosas, es indudable que en el caso de marras los primeros dos elementos de la responsabilidad civil se encuentran debidamente estructurados, pues en el plenario hay certeza sobre el hecho que se atribuye como generador del daño, a saber, la información suministrada en la emisora La Voz del Cinaruco por el Dr. CANAL QUIJANO; la presencia del daño, concretado en las amenazas contra la vida e integridad personal de ADELAIDA PRIETO RINCÓN y; la relación de causalidad entre éste y aquél, en virtud a que la explicación ofrecida en el medio de comunicación, así hubiese sido en cumplimiento del derecho a informar o a ejercer la réplica, fue la causa generatriz del comportamiento hostil de la comunidad que se exteriorizó a través de mensajes de texto por *whatsapp* y en las redes sociales (*Facebook*).

⁶³ CSJ SC12063-2017, 14 de agosto de 2017, M.P. Luis Alonso Rico Puerta.

⁶⁴ CSJ, SC del 1º de noviembre de 2013, Rad. n.º 1994- 26630-01

⁶⁵ CSJ - SC10297-2014, M.P. Ariel Salazar Ramírez.

Ahora bien, el punto sobre el cual gira la inconformidad de la parte recurrente y en el que se debe centrar el análisis de la alzada, reside en determinar si también está acreditado el elemento culpa en la producción del daño causado a ADELAIDA PRIETO RINCON, aspecto que deberá examinarse –según los parámetros antes indicados– bajo la égida de la responsabilidad subjetiva por cuanto no se trata de un menoscabo derivado del ejercicio de actividades peligrosas, y teniendo en cuenta además que el galeno que suministró la información al medio radial actuaba a nombre de la NUEVA EPS accionada, como lo reconoció el representante legal de la citada entidad.

Afirma la recurrente que, aunque exista certeza del daño, no concurre el factor de imputación o atribución (culpa) porque no se probó que hubiese causado daño a la señora ADELAIDA RINCÓN PRIETO con su actuar, pues las amenazas y publicaciones fueron realizadas por terceros. Además, la usuaria provocó el daño sufrido al revelar sus patologías ante el medio radial y, en esa medida, la NUEVA EPS no está obligada a soportar su indemnización, amén que la información suministrada por el Dr. CANAL QUIJANO provenía de una sentencia que goza de publicidad.

Pues bien, para abordar el análisis probatorio con miras a establecer la culpabilidad de la entidad demandada en el daño irrogado a ADELAIDA PRIETO RINCON, resulta de gran importancia para la Sala realizar en primer lugar la ponderación de los derechos fundamentales en contienda, para luego verificar si se estructuran los elementos que caracterizan el perjuicio en todas sus dimensiones.

Es así, que ante el hecho de haberse afirmado por el impugnante que la información dada ante el medio de comunicación (*La Voz del Cinaruco*) no estaba sometida a reserva porque gozaba del principio de publicidad que caracteriza las decisiones judiciales debidamente ejecutoriadas (*acción de tutela*), encuentra la Sala que sin lugar a dudas el art. 228 de la Constitución Nacional previó el principio de publicidad de las actuaciones judiciales bajo la fórmula gramatical «...las actuaciones serán públicas», sin embargo, el Legislador a través del artículo 64 de la Ley 270 de 1996 (*Estatutaria de Administración de Justicia*), precisó que las decisiones en firme podrán ser consultadas en las oficinas abiertas al público que existan en cada Corporación para tal efecto o en las secretarías de los demás despachos judiciales, salvo que exista reserva legal sobre ellas. Situación última, que es reiterada por la Corte Constitucional⁶⁶ al señalar que el principio de publicidad comporta también el reconocimiento del derecho ciudadano a enterarse de las

⁶⁶ Sentencia de Constitucionalidad C- 1114 de 2003.

decisiones tomadas por la administración y la jurisdicción, aunque, desde luego, con las limitaciones impuestas por el ordenamiento jurídico.

Además, aunque la Ley Estatutaria 1712 de 2014 estableció el principio de máxima publicidad al preceptuar que toda información en posesión, control o custodia de un sujeto obligado es pública y no podrá ser reservada o limitada sino por disposición constitucional o legal, y la censura afirma que los datos de la señora PRIETO RINCÓN comunicados a través de la emisora fueron tomados del escrito de tutela y del fallo proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, oportuno resulta traer a colación el concepto legal que reglamenta la historia clínica y su reserva y las previsiones de la Ley 1581 de 2012 que regula la protección de datos personales.

El art. 34 de la Ley 23 de 1981 dispuso que la historia clínica es el registro obligatorio de las condiciones de salud del paciente. Es un documento privado sometido a reserva que únicamente puede ser conocido por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley. Además, la Resolución No. 1995 de 1999⁶⁷ contempló los aspectos generales de su manejo. En dicho precepto, aquella se define como «*un documento privado, obligatorio y sometido a reserva, en el cual se registran cronológicamente las condiciones de salud del paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que interviene en su atención*», el cual puede ser conocido únicamente «*por terceros previa autorización del paciente o en los casos previstos por la ley*»⁶⁸, norma que resulta de obligatorio cumplimiento para todos los prestadores de servicios de salud y demás personas naturales o jurídicas que se relacionen con la atención en salud, partiendo de los principios de integralidad, secuencialidad, racionalidad científica, oportunidad y disponibilidad, último que se define como «*la posibilidad de utilizar la historia clínica en el momento en que se necesita, con las limitaciones que impone la Ley*»⁶⁹.

En consonancia con dicha regulación la Ley 1581 de 2012 que regula la protección de datos personales, en su Título IV, «*Derechos y Condiciones de Legalidad para el Tratamiento de Datos*», establece quiénes están legitimados para solicitar la información contenida en los datos personales, el art. 8º señala los derechos que tienen los titulares de dicha información, y; el art. 9º, por su parte, determina que, sin perjuicio de las excepciones previstas en dicha ley, «*en el Tratamiento se requiere la autorización previa*

⁶⁷ Por la cual se establecen normas para el manejo de la Historia Clínica.

⁶⁸ Literal a del artículo 1º de la Resolución No. 1995 de 1999.

⁶⁹ Art. 30, *ibídem*.

e informada del Titular, la cual deberá ser obtenida por cualquier medio que pueda ser objeto de consulta posterior”.

Ahora bien, en relación con la solicitud y uso de *datos sensibles*, el artículo 5º de la citada normativa prevé la exigencia de un tratamiento especial aún más restrictivo en comparación con los demás datos personales, en aras de proteger la intimidad del titular de la información y evitar actos de discriminación. Dicho artículo define los datos sensibles así:

*“ARTÍCULO 5o. DATOS SENSIBLES. Para los propósitos de la presente ley, se entiende por datos sensibles **aquellos que afectan la intimidad del Titular o cuyo uso indebido puede generar su discriminación, tales como** aquellos que revelen el origen racial o étnico, la orientación política, las convicciones religiosas o filosóficas, **la pertenencia a sindicatos**, organizaciones sociales, de derechos humanos o que promueva intereses de cualquier partido político o que garanticen los derechos y garantías de partidos políticos de oposición así como los **datos relativos a la salud**, a la vida sexual y los datos biométricos”* (Negrilla fuera de texto)

De otra parte, respecto al tratamiento que debe darse a los *datos sensibles* el artículo 6º de la normativa referida indica:

"ARTÍCULO 6o. TRATAMIENTO DE DATOS SENSIBLES. Se prohíbe el Tratamiento de datos sensibles, excepto cuando:

a) El Titular haya dado su autorización explícita a dicho Tratamiento, salvo en los casos que por ley no sea requerido el otorgamiento de dicha autorización;

b) El Tratamiento sea necesario para salvaguardar el interés vital del Titular y este se encuentre física o jurídicamente incapacitado. En estos eventos, los representantes legales deberán otorgar su autorización;

c) El Tratamiento sea efectuado en el curso de las actividades legítimas y con las debidas garantías por parte de una fundación, ONG, asociación o cualquier otro organismo sin ánimo de lucro, cuya finalidad sea política, filosófica, religiosa o sindical, siempre que se refieran exclusivamente a sus miembros o a las personas que mantengan contactos regulares por razón de su finalidad. En estos eventos, los datos no se podrán suministrar a terceros sin la autorización del Titular;

d) El Tratamiento se refiera a datos que sean necesarios para el reconocimiento, ejercicio o defensa de un derecho en un proceso judicial;

e) El Tratamiento tenga una finalidad histórica, estadística o científica. En este evento deberán adoptarse las medidas conducentes a la supresión de identidad de los Titulares”.

Lo anterior es relevante en tanto el artículo 13 de la ley en comento establece, que la información relacionada con datos personales que requieren autorización del titular en caso de no mediar esta debe ser protegida de manera mucho más restringida, por lo que solamente puede ser suministrada a: (i) los Titulares, sus causahabientes o sus

representantes legales; (ii) las entidades públicas o administrativas en ejercicio de sus funciones legales o por orden judicial, y; (iii) los terceros autorizados por el titular o por la ley.

Así las cosas, encuentra la Sala que aunque la información de la historia clínica fue reportada a la tutela, tanto por la accionante como por la EPS accionada, y fue objeto de análisis por el juez constitucional al momento de emitir el fallo, contiene datos sensibles sometidos a reserva que sólo fueron suministrados para que obrara como prueba en dicho proceso judicial y, por lo tanto, no podían ser transmitidos a la opinión pública por un vocero de la NUEVA EPS a través de un medio masivo de comunicación.

De otra parte, si bien es cierto que la señora ADELAIDA PRIETO RINCON inicialmente fue la persona que puso en conocimiento de la emisora La Voz del Cinaruco el presunto incumplimiento de la NUEVA EPS S.A. al fallo de tutela, proferido por el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Saravena, ello no implicaba *per sé* que por ese solo hecho hubiese levantado la reserva de sus patologías clínicas, conforme lo aduce la entidad recurrente, pues de la transcripción señalada en precedencia se advierte que ante el medio radial únicamente realizó manifestaciones generales de su estado de salud (*afectación psicológica y deterioro físico por un procedimiento que le hicieron y tenía otros pendientes por realizar*), así como la existencia del fallo de tutela y los incidentes de desacato.

No hay duda que constitucional y legalmente se garantiza la libertad de expresar y difundir el pensamiento y las opiniones, de informar y recibir información veraz e imparcial, pero ello sólo es posible cuando se respeten los derechos fundamentales de los demás, entre otros, la intimidad, la honra, el honor y el buen nombre de las personas respecto de las cuales se difunde la noticia, especialmente tratándose de medios masivos de comunicación. En esa dirección, aunque la exposición sobre hechos atribuidos a un sujeto provenga de la acción de tutela (*sentencia judicial debidamente ejecutoriada*), no podía el Gerente de la Nueva EPS poner al descubierto datos de la esfera íntima de la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN (*las condiciones de salud de la paciente, los actos médicos y los demás procedimientos ejecutados por el equipo de salud que intervinieron en su atención por hacer parte de su historia clínica*), sobre todo cuando además agregó que dicha atención clínica iba a copar el presupuesto de salud del departamento y dejar a la demás población desprotegida, indicando asimismo que todo ello obedecía a un procedimiento estético para agrandamiento de glúteos y senos que había salido mal, propiciando reacciones adversas en la comunidad y un impacto público desfavorable hacia PRIETO RINCÓN, que desbordó los términos de lo razonable.

Si el querer del representante de la NUEVA EPS era ejercer el derecho que le asistía a la rectificación de la información suministrada por la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN en la emisora La Voz del Cinaruco, de los argumentos expuestos no se avizora que hubiese atacado alguna noticia errónea o falsa en procura de corregirla, actualizarla o aclararla, pues limitó su intervención a hacer un recuento de los pormenores de la patología que la aquejaba, los procedimientos realizados, la clínica y el médico particular que la atendía, el valor de las intervenciones que debía asumir la EPS, y so pretexto de la publicidad presupuestal señaló su insuficiencia y la culpó de su gasto excesivo, es decir, la atacó y utilizó para ello la información sensible y reservada de su historia clínica, sin avizorar que las expresiones así lanzadas a través de medios masivos de comunicación, dada su capacidad de transmitir el mensaje a una pluralidad indeterminada de receptores, potenciaban el riesgo de afectar los derechos de la usuaria del servicio de salud.

En suma, el Dr. CANAL QUIJANO, en su condición de vocero de la NUEVA EPS, actuó por fuera de la ley e imprudentemente, es decir con culpa, cuando reveló datos de la historia clínica de la señora PRIETO RINCÓN por un medio masivo de comunicación, ya que si del ejercicio del derecho de réplica se trataba hubiera bastado con que señalara que la EPS no tenía recursos suficientes para costear las cirugías ordenadas a la accionante, toda vez que no estaban cubiertas por su Plan de Salud y derivaban de un procedimiento que la usuaria se había realizado independiente y particularmente, es decir, por fuera de la EPS. Sin embargo, la mayor imprudencia estuvo en señalar a la opinión pública, a través de una emisora radial, en un municipio pequeño donde todo el mundo se conoce y caracterizado por altos índices de violencia, que por las cirugías ordenadas por el juez constitucional (*a quien en esa forma pudo hacer víctima de las amenazas*) iba a quedar desprotegida en salud toda la población, ya que en ellas se iba a ir todo el presupuesto del departamento asignado para cubrir ese rubro. En esa forma, no resulta cierto que hubiera actuado orientado por el principio de publicidad presupuestal.

En ese orden de ideas, encuentra la Sala, que se acreditó la culpa de la demandada toda vez que, si bien es cierto la NUEVA EPS no publicó las fotos de la señora Adelaida y su hija y los mensajes al *whatsapp* y las redes sociales fueron enviadas por terceros, lo cierto es que vulneró los derechos fundamentales a la honra, intimidad y dignidad bajo el entendido que no salvaguardó información perteneciente al fuero íntimo de la señora ADELAIDA PRIETO RINCÓN, que estaba obligada legalmente a no poner en comunicación de terceros.

9.3. El daño, su definición, alcance y características para su reconocimiento

Para concluir este tópico, resulta de gran importancia recordar que quien cause un daño a otro de inmediato contrae un deber, en contraposición a la víctima que obtiene un derecho. En el primero de ellos, surge en el causante del agravio el deber de indemnizar o reparar a la víctima, luego se hace deudor; en tanto que el otro se hace acreedor. Tal indemnización, en el marco de las obligaciones se denomina prestación, de ahí que se diga que la responsabilidad es ante todo una obligación de indemnizar, cuya causa se encuentra en el perjuicio producido a otra persona⁷⁰.

Con relación a la definición del daño, la Corte Suprema de Justicia en una acuciosa tarea por armonizar las enunciaciones doctrinales respecto de su concepción⁷¹, realizó una aproximación a dicha noción en la sentencia SC10297-2014. Allí, en sentido amplio, sostuvo que *«En términos generales, el daño es una modificación de la realidad que consiste en el desmejoramiento o pérdida de las condiciones en las que se hallaba una persona o cosa por la acción de las fuerzas de la naturaleza o del hombre. Pero desde el punto de vista jurídico, significa la vulneración de un interés tutelado por el ordenamiento legal, a consecuencia de una acción u omisión humana, que repercute en una lesión a bienes como el patrimonio o la integridad personal, y frente al cual se impone una reacción a manera de reparación o, al menos, de satisfacción o consuelo cuando no es posible conseguir la desaparición del agravio.»*

Ahora, para que el daño pueda ser resarcido dentro de un proceso de responsabilidad civil es necesario que cumpla con ciertas características que de forma pacífica han identificado tanto la jurisprudencia como la doctrina, pues no se trata de hacer enunciaciones de tipo subjetivo para obtener un beneficio económico derivado de una conducta aparentemente dañosa, sino que debe existir plena claridad sobre las reales

⁷⁰ SARMIENTO CRISTANCHO, Daniel, MEDINA VELANDIA, Sindy, PLAZAS ESTEPA, Rodrigo. *Sobre la responsabilidad y su relación con el daño y los perjuicios*. Artículo resultado del proyecto de investigación *Proceso de Armonización del Derecho Privado en América Latina*, Corporación Universitaria Republicana. Bogotá, Colombia.

⁷¹ Toda vez que estas han sido difusas en los intentos de lograr una aproximación a tal concepto, como puede verse en las diferentes definiciones que la Doctrina ha elaborado al respecto, Vr. Gr. para HINESTROSA (1997, p. 529), el daño es la *«lesión del derecho ajeno consistente en el quebranto económico recibido, en la merma patrimonial sufrida por la víctima, a la vez que en el padecimiento moral que la acongoja»*, mientras que para TAMAYO (2007, p. 326), el daño civil indemnizable *«es el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene una persona para disfrutar de un bien patrimonial o inmaterial. Ese daño es indemnizable cuando en forma ilícita es causado por alguien diferente de la víctima»*. Por su parte, CUBIDES CAMACHO expresa que *«el daño es el detrimento o demérito que sufre una persona en sus derechos o en sus sentimientos. Es por ello la medida de la responsabilidad. Establecida ésta, el orden jurídico busca asegurar la eficaz reparación del perjuicio causado como consecuencia del dolo, de la culpa o de actividades peligrosas»*; entre tanto que LÓPEZ MESA lo define como *«todo menoscabo, detrimento, aminoración o conocimiento de un derecho, bien o interés jurídicamente reconocido a un particular, que sea causado antijurídicamente o actuando de manera ilegítima»*.

dimensiones del padecimiento alegado. Tales exigencias son: la certeza, la ilicitud, y el carácter personal⁷².

Sobre este aspecto, nuestro órgano de cierre en sentencia del 27 de marzo de 2003, proferida dentro del Radicado No. 6879, señaló, que *«para que el daño sea susceptible de reparación, debe ser 'directo y cierto' y no meramente 'eventual o hipotético', esto es, que se presente como consecuencia de la 'culpa' y que aparezca 'real y efectivamente causado'»*.

La condición de ser directo implica, que en la responsabilidad civil se responde únicamente por aquellos que son la consecuencia inmediata del hecho dañoso imputable al obligado a la reparación⁷³, entendiéndose por indirectos aquellos en los que no es posible establecer claramente un nexo causal con la conducta del agente a quien se le intenta imputar.

Con relación a su real existencia y veracidad, esto es, la certeza del mismo, el alto Tribunal de la jurisdicción ordinaria entre muchos otros pronunciamientos ha puntualizado⁷⁴:

*"No en balde se exige, a título de requisito sine qua non para el surgimiento de la prenotada obligación resarcitoria, **la certeza del eslabón en comento**, calidad que deberá establecerse, inexorablemente, con sujeción al tamiz de la jurisdicción. De allí que si no se comprueba o determina su existencia -como hecho jurídico que es-, a la vez que su extensión y medida, **el Juez no poseerá argumento válido para fundar, en línea de principio, una condena cualquiera enderezada a obtener su resarcimiento**, debiendo, en tal virtud, exonerar de responsabilidad al demandado, por más que el demandante, a lo largo de la litis, haya afirmado lo contrario, salvo las restrictas excepciones admitidas por la ley o por la jurisprudencia (v. gr.: intereses moratorios). (...).*

*Sobre este particular ha señalado la jurisprudencia de la Sala, 'repitiendo un principio fundamental de derecho, que **el perjuicio que condiciona la responsabilidad civil no es materia de presunción legal y que como derecho patrimonial que es, debe ser demandado y probado en su existencia y en su extensión por quien alega haberlo sufrido, que es quien mejor debe saber en qué consiste y cuánto lo ha afectado**. Quien afirma que su demandado le ha inferido un daño por su dolo o su culpa, está obligado, si quiere que se le repare por decisión judicial, a producir la prueba de la realidad del perjuicio demostrando los hechos que lo constituyan y su cuantía, o señalando a este respecto, cuando menos, bases para su valoración' (LVIII, pág. 113)" (se resalta).*

⁷² VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, *responsabilidad civil extracontractual*. Edit. Temis S.A., Bogotá Colombia, p. 234.

⁷³ VELÁSQUEZ POSADA, Obdulio, Ob. Cit. p. 247

⁷⁴ CSJ, SC del 25 de febrero de 2002, Rad. No. 6623.

Es pues, la certidumbre del daño el elemento que se refiere a su existencia u ocurrencia tangible, incontestable o verosímil, actual o ulterior, acreditada por el demandante como un presupuesto de la condena con pruebas idóneas en su entidad y extensión⁷⁵, de modo que este es su componente esencial que le permite al operador judicial llegar a la convicción de su real ocurrencia, presente o futura, por medio del análisis crítico del acervo probatorio.

Ahora, en lo que hace a la antijuridicidad, debe decirse, que una conducta se considera como tal no sólo cuando contraviene una norma prohibitiva sino también cuando trasgrede el sistema jurídico, en el sentido de afectar los valores o principios sobre los cuales se ha construido; luego, para que el daño en sentido jurídico pueda ser reparado es necesario que sus efectos recaigan en una esfera jurídica diversa a la del autor de la conducta⁷⁶.

Este requisito de antijuridicidad debe llevar necesariamente al estudio de las denominadas causales de justificación del daño, debiéndose aclarar que estas difieren de los llamados eximentes de responsabilidad en la medida que en las primeras el agente realiza todos los actos que estructuran objetivamente la responsabilidad, pero el ordenamiento jurídico no sanciona esa conducta teniendo en cuenta las especiales circunstancias que lo llevaron a causar el daño; entre tanto, en los segundos existe una ruptura del nexo de causalidad, pues luego de realizar el respectivo análisis probatorio se concluye que los hechos dañosos son imputables a un factor externo⁷⁷.

Tales elementos de justificación, si bien tienen su consagración legal en el Código Penal, tanto la doctrina como la jurisprudencia civil han asimilado algunos de los criterios de esa área del derecho por no existir norma expresa que se refiera a ellos⁷⁸. Dichos elementos son⁷⁹: (i) legítima defensa; (ii) estado de necesidad; (iii) consentimiento de la víctima; (iv) cumplimiento de un deber legal, y; (v) ejercicio de un derecho.

En conclusión, para que el daño reclamado pueda ser resarcible deben acreditarse las anteriores características de certeza, responsabilidad, e ilicitud o antijuridicidad y, además de existir un nexo causal entre el hecho lesivo y el daño, debe tenerse la

⁷⁵ CSJ, SC del 9 de septiembre de 2010, Rad. No. 2005-00103-01.

⁷⁶ CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos. *El daño lícito*, Wolters Kluwer España, 2016. Pro Quest Ebook Central.

⁷⁷ VELASQUEZ POSADA, Obdulio, Ob. Cit. p. 241.

⁷⁸ TAMAYO JARAMILLO, Javier, *tratado de responsabilidad Civil*, Tomo II, p. 143.

⁷⁹ Con relación a dicha clasificación, puede verse VELASQUEZ POSADA, Obdulio, Ob. Cit. p. 241., y Pontificia Universidad Javeriana, *Análisis de la responsabilidad jurídica en el ejercicio de la actividad médica*, facultad de ciencias jurídicas, Bogotá, marzo de 2003.

seguridad que el agente del hecho dañoso no actuó bajo ninguna de las causales de justificación antes descritas.

Ahora bien, retomando el caso en estudio se tiene que dichos requisitos se encuentran debidamente acreditados por cuanto el daño causado a ADELAIDA PRIETO RINCON: *(i) es cierto*, pues así lo muestran los diferentes mensajes (texto, whatsapp y facebook) que dan cuenta de las amenazas contra la vida e integridad personal de la señora Adelaida; *(ii) es directo*, en la medida que las amenaza se produjeron como consecuencia de la información suministrada ante el medio radial La Voz del Cinaruco, el 12 de mayo de 2016, por el entonces Gerente de la Nueva EPS y; *(iii) es antijurídico*, por cuanto el mismo quebranta preceptos de orden constitucional y legal relacionados con el derecho fundamental a la honra, intimidad y dignidad y la reserva de datos que hacen parte de la historia clínica, desarrolladas en Colombia por los artículos 15 y 21 de la Constitución Nacional, 34 de la Ley 23 de 1981, ampliada por la Resolución N° 1995 de 1999; al paso que la víctima no se encontraba en el deber jurídico de soportarlo, muy a pesar que se trataba de una obligación de medio como ya se indicó en precedencia.

Así entonces, la Sala pasará al estudio de los perjuicios reclamados por los gestores del litigio.

9.4. Los perjuicios morales atacados.

La censura únicamente manifiesta que no critica el método utilizado por el Juzgado (*arbitrium judicis*) para la cuantificación de perjuicios morales, sin embargo, manifiesta que ello no obsta para referir su improcedencia al no estar demostrada la falla en el servicio como elemento fundamental de la responsabilidad.

También se desprende del libelo introductorio, que los demandantes solicitan por concepto de perjuicios inmateriales les sea reconocido una serie de sumas a título de daño moral y daño a la vida de relación.

Pues bien, es indiscutible que esta clase de perjuicio hace parte de la órbita que se conoce como *daños inmateriales*, siendo estos los que producen en el ser humano una afectación de su ámbito interior, emocional, espiritual o afectivo y que, en algunas ocasiones, tienen repercusión en su forma de relacionarse con la sociedad. Conforme a las últimas posturas jurisprudenciales, dichas lesiones entrañan dos vertientes: daño moral y daño a la vida de relación.

El daño moral se ha entendido como aquél que comporta el menoscabo a la dimensión afectiva, los sentimientos, el amor en la familia, la parte social, los atentados contra el honor, la reputación, las consideraciones sociales; por lo mismo, no puede establecerse a partir de métodos matemáticos como acontece con los perjuicios materiales⁸⁰, pues no es susceptible de demostración a través de pruebas científicas, técnicas o directas, porque su esencia originaria y puramente espiritual impide su constatación mediante el saber instrumental.

Entre tanto, el daño a la vida de relación se concibe como un menoscabo que se evidencia en los sufrimientos por la relación externa de la persona, debido a la *«disminución o deterioro de la calidad de vida de la víctima, en la pérdida o dificultad de establecer contacto o relacionarse con las personas y cosas, en orden a disfrutar de una existencia corriente, como también en la privación que padece el afectado para desplegar las más elementales conductas que en forma cotidiana o habitual marcan su realidad»*, que por eso queda limitado a tener una vida en condiciones más exigentes que los demás, como enfrentar barreras que antes no tenía, conforme a lo cual actividades muy simples se tornan complejas o difíciles⁸¹.

Así, ha señalado la jurisprudencia, siendo que el dolor experimentado y los afectos perdidos son irremplazables y no tienen precio que permita su resarcimiento, queda al prudente criterio del juez dar, al menos, una medida de compensación o satisfacción, normalmente estimable en dinero, de acuerdo a criterios de razonabilidad jurídica y de conformidad con las circunstancias reales en que tuvo lugar el resultado lamentable que dio origen al sufrimiento, eso sí, sin que ello abra paso a la arbitrariedad.

En el presente asunto, la Sala considera que ante el padecimiento que ADELAIDA PRIETO RINCON sufrió, como consecuencia de la información suministrada por el entonces Gerente de la NUEVA EPS ante el medio radial La Voz del Cinaruco, a la que fue sometida después del 12 de mayo de 2016, y dadas las particulares condiciones que tuvo que padecer, se presume que ello generó en su compañero permanente e hijos un dolor, angustia, aflicción y desasosiego, pues así lo muestra la experiencia cuando concurren tales condiciones, lo cual además se refuerza con las evaluaciones psicológicas realizadas a los menores STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO y las declaraciones recibidas en el proceso.

⁸⁰ CSJ SP6029-2017, 3 de mayo de 2017.

⁸¹ CSJ, SC, Sentencia de 13 de mayo de 2008 (Rad. 1997-09327-01)

En este orden de ideas, se tiene, con respecto a las consecuencias que ocasionó la información vertida en la emisora La Voz del Cinaruco sobre lo sucedido a su señora madre ADELAIDA PRIETO RINCON, que los menores STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO y ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO, según lo indicó la psicóloga de la Comisaría de Familia del municipio de Fortul, presentan signos y síntomas de ansiedad, angustia, tristeza, síndrome de estrés postraumático, diversidad de los indicadores, como violencia psicológica, inseguridad y falta de autoconfianza para actuar independientemente.

Por su parte la señora ADELAIDA PRIETO RINCON exteriorizó tristeza, llanto, preocupación, depresión, aislamiento, deseos de no querer trabajar, luchar ni seguir viviendo, disminución de su estado de ánimo, y tendencias suicidas.

En relación al entorno familiar y social los testigos escuchados manifestaron que la señora PRIETO RINCON evidenció trauma psicológico y social, aislamiento laboral, situación que empeoró por las reacciones que la noticia publicitada generó entre las personas cercanas a su residencia y sus compañeros de trabajo, y que los menores ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO y STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO sufrieron daño psicológico y depresión al ser víctimas de burla y acoso (*bullying*) por parte de sus compañeros del colegio.

En suma, todo lo anterior permite concluir con grado de certeza que acertó el Juez Promiscuo del Circuito de Saravena al condenar a la demandada NUEVA EPS S.A. al pago de perjuicios morales en la suma equivalente a 15 salarios mínimos legales mensuales vigentes a favor de ADELAIDA PRIETO RINCON, 10 salarios mínimos legales mensuales vigentes para ALEX EDUARDO AMAYA PRIETO, STEPHANY ALEXANDRA AMAYA PRIETO y 5 salarios mínimos legales mensuales vigentes a JOSÉ ALEXANDER AMAYA MONTAÑO, tasación que varió en razón a que el detrimento no tuvo igual dimensión para todos los actores, pues si bien cada uno de los miembros de la familia fueron afectados no puede compararse con el sufrimiento de la víctima.

Finalmente, con respecto al daño a la vida de relación no se pronunciará la Sala toda vez que pese a que el Juez de primera instancia negó tal concepto no fue objeto de inconformidad.

Conforme a las consideraciones expuestas, se confirmará la sentencia recurrida en su totalidad.

Sin necesidad de más consideraciones, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ARAUCA, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR en todas sus partes la sentencia proferida el 26 de noviembre de 2019 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Saravena dentro del proceso de la referencia, por las razones expuestas *ut supra*.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandada, efecto para el cual se fijarán en auto posterior las agencias en derecho a que haya lugar, una vez quede ejecutoriada la presente decisión.

TERCERO: En firme la presente providencia DEVUÉLVANSE las diligencias al juzgado de origen.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



MATILDE LEMOS SANMARTÍN
Magistrada ponente



ELVA NELLY CAMACHO RAMÍREZ
Magistrada



MARTÍN FERNANDO JARABA ALVARADO
Magistrado