

JUZGADO VEINTICINCO CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D. C., diecisiete de agosto de dos mil veintiuno.

Acción de Tutela No. 11001 40 03 009 2021 00470 01

Procede el Despacho a decidir la impugnación interpuesta frente al fallo de tutela de 6 de julio 2021, proferido por el Juzgado Noveno Civil Municipal de esta ciudad, dentro de la acción de tutela promovida por la señora Martha Yaneth Salamanca Benítez, en representación de su madre Ana Elisa Benítez de Salamanca, contra la Comisaria de Familia de Teusaquillo y la señora Gladys Elisa Salamanca Benítez, a la cual se vinculó a la Comisaria Segunda de Familia de Boyacá, a la Universidad Santo Tomas, a la Personería de Bogotá, a la Secretaría de Integración Social y a la Fiscalía 292 de Bogotá.

1. ANTECEDENTES

1.1. Pretende la accionante la protección de los derechos fundamentales a la vida en condiciones dignas, a la salud, a la integridad física, a la libertad, a la seguridad social, y el derecho de locomoción de su señora madre señora Ana Elisa Benítez de Salamanca, por lo que pidió:

“se ordene a la señora GLADYS ELISA SALAMANCA BENÍTEZ que deje a mi señora madre ANA ELISA BENÍTEZ DE SALAMANCA de manera libre y permita que otros familiares ostenten su cuidado permanente que le brinden el acompañamiento adecuado, pues le ha restringido la libertad de locomoción con perjuicio a su salud y como consecuencia de ello se le ordene a la Comisaria de Familia de Teusaquillo que realice audiencia de conciliación a favor de adulto mayor con el fin de que determinar quién va a tener el cuidado de la adulta mayor teniendo en cuenta la voluntad de mi progenitora ANA ELISA BENÍTEZ DE SALAMANCA y las circunstancias que anteriormente se expusieron”.

1.2. En apoyo de sus pretensiones y como hechos relevantes a la presente acción sostuvo que su señora madre vivía con ella y sus hijos en el barrio San Luis de la localidad de Teusaquillo en Bogotá, agregando que fue al lugar donde retornó luego de haber sido hospitalizada tras padecer Covid 19.

Añadió que el día 2 de octubre se celebró de manera virtual ante la Comisaría de Teusaquillo audiencia de conflicto familiar - acta de compromiso número 2262 del 2020, con el fin de establecer compromisos familiares entre la señora Gladys Elisa Salamanca Benítez, Ana Elisa Benítez de Salamanca y la señora Martha Yaneth Salamanca Benítez.

Indicó que, tras una salida de la ciudad y encontrándose en el municipio de Paipa el vehículo en el cual se movilizaba en compañía de su madre e hijos fue interceptado por sus hermanos (Gladys Elisa y Jhon Jairo Salamanca Benítez) quienes intentaron sacar a doña Ana Elisa forzosa, presentándose una discusión, hecho evidenciado por la Policía de ese municipio, razón por la cual, fueron trasladados a la estación de Policía donde se decidió llamar a la comisaría segunda de familia de Paipa por ser un sujeto de especial protección.

Informó que el día 06 de noviembre de se llevó a cabo audiencia de conciliación respecto a custodia de adulto mayor, precisando que en su criterio, la misma se desarrolló con inconsistencias, puesto que la señora Comisaria no le dio el uso de la palabra y no tuvo en cuenta la voluntad de su señora madre y ordenó “La señora ANA ELISA BENÍTEZ DE SALAMANCA queda a cargo de la hija GLADYS ELISA SALAMANCA BENÍTEZ partir de la fecha en el domicilio ubicado en la carrera 16A #61A-29 apto 501 en Chapinero Bogotá durante el término de una semana contada, para lo cual se coordina provisionalmente que cumplido el término el señor JHON JAIRO BENITEZ recogerá a la adulta mientras la comisaría 13 de familia de Bogotá adelanta lo correspondiente en protección de la adulta mayor”, sin embargo, manifestó que esas ordenes no se han cumplido puesto que, la señora Gladys no ha permitido que su señora madre tenga contacto con ningún familiar.

Manifestó que los días 25 y 30 de noviembre solicitó ante la comisaria de Teusaquillo cita de conciliación a favor de adulto mayor para conciliar el cuidado de adulta mayor, la cual fue atendida de manera negativa por esa entidad al contestar: *“se concluye que el cuidado de persona adulta mayor, no se encuentra dentro de los asuntos conciliables de competencia de las Comisarías de Familia, en el evento de pactarse algún acuerdo que afecte los derechos de la señora ANA ELISA BENÍTEZ DE SALAMANCA, debe estar supeditado al consentimiento y anuencia de la adulta mayor en mención, de quien valga advertir es quien tiene la legitimación en la causa en los asuntos que se promuevan a su favor.”*, razón por la cual, de manera personal, se debió acudir ante esta entidad para solicitar visita domiciliaria al lugar de residencia donde se encuentra la señora Ana Elisa, petición que igualmente, fue atendida de manera negativa por esa entidad con escrito de 30 de abril de 2021.

Contó que, el día 23 de febrero de 2021 solicitó a la Secretaria Distrital de Integración Social - SDIS una visita domiciliaria al lugar donde se encontraba la señora Ana Elisa Benítez de Salamanca, la cual se realizó el día 24 de febrero siguiente, sin que se evidenciaran maltratos en su persona, pero tampoco se advierte evidencia de atención por parte de su EPS, situación que persistió, puesto que se comunicaron de esa entidad para informar que la paciente no acudió a sus cita para vacunación contra Covid 19, hipertensión y cardiología.

Añadió que le fue aplicada a la adulta mayor la primera dosis de la vacuna el día 20 de marzo, sin embargo, no se le aplicó la segunda dosis en la fecha señalada, situación que se reiteró el día 1 de mayo; y que el 5 de mayo de 2021 doña Ana Elisa fue trasladada de urgencias a la clínica Belén de Fusagasugá, con el diagnóstico de un presunto derrame cerebral por coágulos de sangre en sus arterias aparentemente debido a que la señora Gladys Elisa Salamanca Benítez le suspendió el medicamento que le ordenó el

médico tratante en agosto del año 2020 cuando estuvo internada en la clínica Cafam de la 93 por el contagio de Covid - 19 y las secuelas que le dejó.

Sostuvo que, el 6 de mayo siguiente la paciente fue trasladada a la unidad de cuidado intensivos en el hospital regional del Libano y el 9 de mayo se le diagnosticó “*ACCIDENTE VASCULAR ENCEFÁLICO AGUDO, NO ESPECIFICADO COMO HEMORRAGICO O ISQUEMICO debido a la suspensión de los medicamentos APIXIBAN, NIFEPIDINA Y CARVEDILOL*”, razón por la cual, el 10 de mayo le tuvieron que practicar un cateterismo cardiaco; y que el 15 de junio anterior el Fiscal local 292 declaró fallida la audiencia de conciliación dentro de la investigación seguida en contra de la señora Gladys por el delito de “Maltrato mediante restricción a la libertad física” consagrado en el artículo 230 del C.P.

1.3. Dentro del término judicial otorgado, las conminadas se pronunciaron en los siguientes términos:

1.3.1. La Comisaria Trece de Familia destacó que no existe conexidad entre las pretensiones formuladas y los derechos invocados, toda vez que lo que persigue la actora va dirigido al establecimiento del cuidado de una persona adulta mayor que tiene la plena capacidad de definir con quien y donde vive, como vive, con quien se relaciona, con quien quiere estar o compartir, con todo, resaltó los compromisos a los que llegaron las hermanas en la audiencia celebrada el 5 de octubre de 2021 y con los que estuvo plenamente de acuerdo la señora Ana Elisa y en virtud de ello, destacó que esa institución no esta autorizada para imponerle obligaciones que impliquen restricción o transgresión a su autonomía, libertad y voluntad.

Manifestó que se ordenó al equipo profesional de la Comisaria Trece de Familia, practicar visita domiciliaria con el fin de verificar y constatar las condiciones generales en que se encontraba la adulta mayor ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA y con el fin de adoptar las medidas necesarias en el evento que sus derechos fundamentales se encontrarán vulnerados como consecuencia de las conductas endosadas, la cual se surtió el 16 de marzo de 2021, en la cual, se dejó sentado:

*“...se mostro dispuesta, en cuanto a porte apariencia y actitud, se le encontró espontánea y cómoda. En su lenguaje verbal observamos que sus respuestas presentaban logicidad, hilaridad y consistencia, sin evidencia de presión externa, coacción o impostación en la extensión o contenido de las mismas, la modulación de estado de ánimo durante el desarrollo de la entrevista estuvo armonizado con sus respuestas verbales; todo lo anterior es indicante y sugerente de verosimilitud en sus manifestaciones: La señora ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA, **manifestó en la entrevista que no es víctima de violencia intrafamiliar, negligencia, descuido, abandono o restricción de la libertad por parte de su hija GLADYS ELISA SALAMANCA BENITEZ, ni de sus nietos JAMES, JENNIFER Y LINDA SIERRA SALAMANCA** y que por el contrario señaló que recibe buen trato y cuidado suficiente por parte de los mismos, refirió que su voluntad es continuar viviendo con su hija GLADYS ELISA SALAMANCA BENITEZ y sus nietos JAMES, LINDA y JENNIFER SIERRA*

SALAMANCA y señaló no estar retenida, ni secuestrada y que se encuentra en el lugar de manera libre y voluntaria”.

Agregó que los profesionales que realizaron la visita llegaron a las siguientes conclusiones:

“... Se debe atender y respetar la voluntad de la señora ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA, respecto a todas las decisiones atinentes a su vida y a la celebración de actos jurídicos o cualquier tipo de actuación, lo anterior atendiendo el derecho fundamental que le asiste a ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA a auto determinarse y al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en igual sentido la ley 1251 de 2008 consagra el principio de independencia y autorrealización de las personas adultas mayores en Colombia”.

Consideró que acorde a lo observado en la diligencia, no es necesario iniciar acción de protección por violencia intrafamiliar a favor de la señora ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA, toda vez que no se identificaron situaciones compatibles con violencia intrafamiliar, negligencia, abandono o restricción de la libertad en contra de la mentada ciudadana.

1.3.2. La Secretaría Distrital de Integración Social es la dependencia coordinadora de los aspectos administrativos y operativos de las Comisarías de Familia, sin embargo, no tiene injerencia respecto de las decisiones que desde las Comisarías se adopten, en virtud de las competencias que les atribuye la Ley, razón por la cual, trasladó la queja constitucional.

1.3.3. La Fiscalía 292 Local Casa de Justicia Kennedy informó las principales actuaciones surtidas con ocasión a la noticia criminal 110016000020202150113, que se instaurara por el delito de Maltrato mediante restricción a la libertad física del artículo 230 del CP.

1.3.4. La señora Gladys Elisa Salamanca Benítez indicó que las inconformidades de la accionante provienen por un interés económico, resaltó la falta de legitimación en la causa, por cuanto no aportó poder para actuar en nombre y representación de su madre o algún documento que muestre que exista imposibilidad absoluta que impida a la señora ANA ELISA hacer uso de la acción incoada de manera directa, informó que ya se iniciaron los procesos de sucesión y el de custodia del adulto mayor, que conocen los Juzgados 19 y 23 de Familia de Bogotá, razón por la cual, indicó se debían negar las súplicas de la tutela.

1.3.5. La Personería de Bogotá alegó la falta de legitimación en la causa por pasiva tras argüir que corresponde a la Comisaria de Familia de Teusaquillo dar contestación a las peticiones que presenta la accionante.

Respecto de la actuación surtida por esa entidad manifestó que la misma se concretó en el seguimiento a la petición del accionante, sin embargo, resaltó que no obra

conexión entre las pretensiones del accionante y la actuación que debe desplegar ese órgano de control.

1.3.6. La Universidad Santo Tomas precisó que esa entidad no ha desconocido directa ni indirectamente las garantías constitucionales de la accionante razón por la cual, solicitó su desvinculación procesal.

1.3.7. Lacorsalud Ltda. invocó la falta de legitimación en la causa por no tener injerencia en las pretensiones de la acción de tutela.

2. EL FALLO IMPUGNADO

En primer lugar, el Despacho de instancia expuso la situación fáctica y procesal objeto de la acción, a reglón seguido presentó un marco jurisprudencial sobre la acción de tutela, en particular sobre la legitimación la causa por activa.

Al abordar el caso concreto el a- quo recordó que la accionante adujo actuar como *“REPRESENTANTE DE SU PROGENITORA”*, no obstante, aun cuando la tutelante accionante manifestó ser hija de la señora ANA ELISA BENÍTEZ DE SALAMANCA, debe tenerse en cuenta que, lo sostenido por la Comisaria Trece de Familia en el sentido que, *“Se debe atender y respetar la voluntad de la señora ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA, respecto a todas las decisiones atinentes a su vida y a la celebración de actos jurídicos o cualquier tipo de actuación, lo anterior atendiendo el derecho fundamental que le asiste a ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA a auto determinarse y al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en igual sentido la ley 1251 de 2008 consagra el principio de independencia y autorrealización de las personas adultas mayores en Colombia”*.

Concluyó que la accionante no se encuentra legitimada para actuar en nombre de su señora madre, porque no satisfizo los requisitos jurisprudenciales.

Aunado a ello, resaltó la subsidiaridad de la acción de tutela acotando en el caso concreto que, *“la finalidad de la tutelante debe ser distinta a la de obtener una decisión favorable a sus intereses, que en la actuación administrativa sobre la que se alega una vulneración no medió una conducta desidiosa de su parte, ni que se pretende con la acción de tutela la sustitución de los mecanismos idóneos y la configuración de una instancia adicional, se debe analizar la existencia de un perjuicio irremediable o por lo menos la amenaza cierta”*.

Agregó que, la Comisaria de Familia de Teusaquillo ya se pronunció, por lo que, no se encontró vulneración a los derechos fundamentales del accionante, y no puede

pasar desapercibido que se aportaron las actuaciones adelantadas ante la Comisaria, Fiscalía y Personería, lo que indica que ha utilizado los recursos ordinarios durante la disputa y, por tanto, negó las súplicas de la tutela.

3. LA IMPUGNACIÓN

La accionante dentro del término legal impugnó la decisión de primera instancia precisando respecto de la falta de legitimación en la causa que de acuerdo a los certificados médicos de fechas 26 de julio del año 2018, 07 de septiembre del año 2020, 21 de septiembre del año 2020, 22 de octubre del año 2020 y 10 de noviembre del año 2020, por médico particular, exámenes de eps Sanitas e Idime muestran que, *“los resultados en conjunción con su funcionalidad, sugieren un trastorno neurocognitivo mayor de tipo cortical (enfermedad de tipo alzheimer)”*.

Agregó que la accionada señora Gladys Elisa Salamanca Benítez no realizó seguimiento ni control de las afecciones, enfermedades y malestares que aquejan a su madre, y en nueve meses que lleva bajo su cuidado estuvo en UCI, y no se le ha permitido contacto con ninguna familiar particularmente con ella y sus hijos, añadió que la accionada ha impedido que doña Ana Elisa satisfaga las necesidades básicas para mantener una adecuada nutrición, salud, desarrollo físico, psíquico, psicomotor, emocional y afectivo, motivos por los que considera debe revocarse la decisión de primera instancia y se ordene a la Comisaría de Teusaquillo expida boletas de citación para que se acuerde el cuidado personal de la adulta mayor con el fin de garantizar el acompañamiento y apoyo adecuado.

4. CONSIDERACIONES

4.1. Advierte el despacho del escrito de tutela que lo pretendido por la accionante es que se ordene a la Comisaria de Familia de Teusaquillo que realice audiencia de conciliación a favor de adulto mayor con el fin de que determinar quién va a tener el cuidado de la adulta mayor Ana Elisa Benítez de Salamanca.

4.2. Desde esa perspectiva, se debe recordar que la acción de tutela es un mecanismo previsto en la Constitución Política de 1991 que tiene como fin primordial la protección de los derechos fundamentales constitucionales en caso de amenaza o violación de los mismos por las autoridades públicas o los particulares, viabilizándose cuando no existe otro medio de defensa judicial salvo que se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable. (Art. 86 C. P. y Decreto 2591 de 1991).

4.3. Aunado a lo anterior, conforme al artículo 86 de la Constitución Política y 10° del Decreto 2591 de 1991, la acción de tutela puede ser ejercida por cualquier persona que considere que los derechos fundamentales de los cuales es titular se encuentran vulnerados o amenazados.

Sobre el particular, la jurisprudencia ha considerado que se configura la legitimación en la causa, por activa, en los siguientes casos:

“(i) cuando la tutela es ejercida directamente y en su propio nombre por la persona afectada en sus derechos; (ii) cuando la acción es promovida por quien tiene la representación legal del titular de los derechos, tal como ocurre, por ejemplo, con quienes representan a los menores de edad, los incapaces absolutos, los interdictos y las personas jurídicas; (iii) también, cuando se actúa en calidad de apoderado judicial del afectado, “caso en el cual el apoderado debe ostentar la condición de abogado titulado y al escrito de acción se debe anexar el poder especial para el caso o en su defecto el poder general respectivo”; (iv) igualmente, en los casos en que la acción es instaurada como agente oficioso del afectado, debido a la imposibilidad de éste para llevar a cabo la defensa de sus derechos por su propia cuenta, como sucede, por ejemplo, con un enfermo grave, un indigente, o una persona con incapacidad física o mental. Finalmente, (v) la acción de tutela puede ser instaurada a nombre del sujeto cuyos derechos han sido amenazados o violados, por el Defensor del Pueblo, los personeros municipales y el Procurador General de la Nación, en el ejercicio de sus funciones constitucionales y legales”¹.

Se recuerda que la presente acción es ejercida por la señora Martha Yaneth Salamanca Benítez, quien adujo actuar en representación de su señora madre Ana Elisa Benítez de Salamanca, sin embargo, tal y como lo señaló el a quo no se encuentra demostrado dentro del plenario, que doña Ana Elisa no se encuentre en disposición de ejercer directamente la presente acción o en general que no se halle en la capacidad de disponer de sus derechos y deba acudir a terceras personas para su representación, situación que per se da lugar a confirmar la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, es menester señalar que, aun cuando la parte impugnante aportó en sede de impugnación documentos con los cuales pretende acreditar las dificultades cognitivas de doña Ana Elisa, lo cierto es, esos medios probatorios, no pueden ser traídos en sede de impugnación, pues se estaría desconociendo el debido proceso de los sujetos procesales, quienes no tuvieron el derecho de contradicción de las referidas documentales.

Debe señalarse que no obra en el plenario documento que permita concluir que la señora Benítez de Salamanca no pueda actuar por si misma para agenciar y ejercer sus derechos, sino que se requiera de terceras personas y, por el contrario, se cuenta con conceptos profesionales realizado luego de la correspondiente entrevista con doña Ana Elisa que establecen:

“Se debe atender y respetar la voluntad de la señora ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA, respecto a todas las decisiones atinentes a su vida y a la celebración de actos jurídicos o cualquier tipo de actuación, lo anterior atendiendo el derecho fundamental que le asiste a ANA ELISA BENITEZ DE SALAMANCA a auto determinarse y al derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, en igual sentido la ley 1251 de 2008 consagra el principio de independencia y autorrealización de las personas adultas mayores en Colombia”.

4.4. Con todo, basta con destacar, tal y como lo hizo el a quo, el carácter subsidiario de la acción de tutela y la necesidad de acudir a los medios de defensa establecidos por el legislador y no pueda abrirse paso el amparo deprecado, pues este

¹ Corte Constitucional, sentencias T-567/08, T-1019/06, T-1166/05, T-497/05, T-002/05, T-1311/01 y T-408/95.

mecanismo constitucional, no puede ser utilizado para reabrir debates propios del trámite ante la Comisaria de Familia.

Sobre el particular, debe tenerse en cuenta que la Corte Constitucional en diversa jurisprudencia², ha sostenido, que la acción de tutela no constituye otra instancia que permita controvertir las decisiones del juez o funcionario natural, en este caso del comisario de familia, toda vez que su carácter residual y subsidiario impide que se ejerza como un recurso alterno o suplementario de los disciplinados por el ordenamiento para invocar la protección de las garantías *iusfundamentales* que se estimen vulneradas al interior de la actuación.

Razón por la cual, deberá actuar dentro de los procesos judiciales que ya informó la accionada señora Gladys Salamanca Benítez inició para la custodia y cuidado de su señora madre.

5. CONCLUSIÓN

En estas condiciones la sentencia impugnada habrá de confirmarse, por falta de legitimación en la causa por activa y desconocimiento al principio de subsidiaridad.

6. DECISIÓN DE SEGUNDO GRADO

En mérito de lo expuesto, el Juzgado Veinticinco Civil del Circuito de este Distrito Capital de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

6.1. CONFIRMAR la sentencia de 6 de julio 2021, proferida por el Juzgado Noveno Civil Municipal de Bogotá.

6.2. NOTIFICAR esta decisión a las partes y demás interesados por el medio más expedito.

6.3. REMITIR las diligencias a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

Cumplase.

El Juez,


JAIME CHÁVARRO MAHECHA

CCRC.

²Corte. Const. Sent. T-086 de 2007, T-502 de 2008 entre otras.