

Popayán, 1 de junio de 2022.

Doctor

RUBEN DARIO TOLEDO GOMEZ

JUEZ SEGUNDO PROMISCOU MUNICIPAL DE PIENDAMÓ

j02prmpiendamo@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia: **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUSIDIO APELACIÓN CONTRA AUTO INTERLOCUTORIO DEL VEINTICINCO (25) DE MAYO DEL AÑO DOS MIL VEINTIDÓS (2022).**

Radicado N° 19548408900220200002500

Proceso de OTORGAMIENTO DE CUSTODIA, TENENCIA Y CUIDADO PERSONAL, FIJACION DE CUOTA ALIMENTARIA Y REGULACION DE VISITAS

Demandante: FRANCISCO JAVIER CANO MONTEJO

Demandado: EILEEN ROSIBEL SURMAY NIEVES

VÍCTOR ESTEBAN PEÑA TOVAR, de las calidades reconocidas de autos, de manera respetuosa presento a su Despacho **RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO APELACIÓN** contra **AUTO INTERLOCUTORIO del veinticinco (25) de mayo del año dos mil veintidós (2022)**, el cual sustento conforme a lo siguiente:

LO QUE SE DISCUTE

Dispuso su Despacho negar unas pruebas que, a solicitud presentada por el suscrito, se pedían que oficiosamente su Despacho las ordenara (copia de historia clínica del señor demandado). La negativa se sustenta en que: “Frente a las peticiones probatorias hechas de manera directa por la demandada y por el abogado de la misma, es necesario precisar que el proceso que hoy nos ocupa se encuentra en el estadio de la práctica probatoria dentro de la audiencia concentrada inicial de instrucción juzgamiento, por consiguiente ya pasó las oportunidades probatorias, donde las partes pueden solicitar tener como pruebas los documentos aportados o solicitar el decreto y practica de otras pruebas, pues como ya se dijo se está en la práctica probatorias de las decretadas por el despacho, no siendo entonces procedente atender solicitudes probatorias de parte en el estado actual del proceso.”

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO

Disiento de la postura del Despacho, ante lo cual solicito respetuosamente la reconsideración de la decisión, en atención a lo siguiente:

1. El asunto que nos convoca tiene que ver con la decisión que su despacho debe tomar en relación al otorgamiento de custodia, tenencia y cuidado personal, fijación de cuota alimentaria y regulación de visitas de dos (2) niñas menores de edad.
2. Como sabemos, los derechos de los menores son los que deben primar a la hora de tomar una decisión determinada, en tal sentido, la Constitución Política, y la jurisprudencia determinan con claridad la magnitud de sus derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico a los niños se les ha otorgado con justa razón, la condición de sujetos de especial protección constitucional, lo cual implica “que deben ser objeto de medidas de discriminación positiva, orientadas a materializar en ellos el fin ulterior del Estado social de derecho. La protección de sus derechos fundamentales

constituye un deber para el Estado. El artículo 44 de la Constitución señala que Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, entre otros. En el mismo orden, declara que Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás” (Sentencia T-796 de 2013 Corte Constitucional)

Así mismo la Alta Corte, en sentencia T-731 de 2017 aclaró que derechos de los niños y niñas tienen carácter prevalente

“Esta Corporación, en reiterada jurisprudencia ha reconocido el carácter prevalente de los derechos de los niños y las niñas, poniendo a consideración el grado de vulnerabilidad de los menores y sus necesidades especiales para lograr su correcto desarrollo, crecimiento y formación, teniendo en cuenta que cada uno de ellos demanda condiciones específicas que deben ser atendidas por su familia, la sociedad y el Estado, por lo tanto, los servidores judiciales deberán tener en cuenta las condiciones especiales de cada caso en su totalidad, con la finalidad de dar prevalencia a sus derechos y encontrar la mejor solución de acuerdo a los intereses de estos, con arreglo a los deberes constitucionales y legales que tienen las autoridades para la preservación y bienestar integral de los niños, niñas y adolescentes que requieren protección, exigiendo así un mayor grado de cuidado a los juzgadores al momento de adoptar decisiones que puedan afectarlos de manera definitiva e irremediable”

Esgrime su Despacho que no ordenará oficiosamente las pruebas pedidas, dado que “ya pasó las oportunidades probatorias”, lo que cierra la puerta para que ingresen al proceso elementos de juicio que deben ser tenidos en cuenta para tomar una decisión tan compleja y delicada como la que tiene en sus manos.

Es del caso precisar que, si bien es cierto esta defensa entiende que la oportunidad para aportar el material probatorio, ya feneció, pero dada la relevancia que tiene el material probatorio aportado por la señora demandante, se acude a la figura del decreto oficioso para que sea el despacho, obviamente garantizando el derecho de defensa de la contraparte, quien ordene su práctica y contundencia jurídica.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que la facultad oficiosa que tiene el juez, no es un mero adorno legal, sino que es una facultad clara para que en su decisión prime una salida justa y que proteja real y materialmente los derechos, y máxime si se trata de derechos de menores.

Las Altas Cortes se han pronunciado con vehemencia sobre esta capacidad legal que tiene los jueces, al punto que describe las **FACULTADES Y PODERES DEL JUEZ como un** Deber de practicar pruebas de oficio en los procesos que se surten ante la jurisdicción ordinaria y de lo contencioso administrativo

Es así que han planteado:

“De acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que estas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer asuntos indefinidos de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material” (Sentencia T-113 de 2019, M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado)

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia ha expuesto que:

“La determinación del alcance y límites del poder-deber de decretar pruebas de oficio que corresponde al juez, a la luz del sistema procesal vigente, que como se sabe, toma elementos tanto del sistema inquisitivo como del dispositivo, así como sus repercusiones en el ámbito del recurso de casación, han sido aspectos abordados desde antaño por la Corte. Así, desde su sentencia del 12 de febrero de 1977, tiene sentado la Corporación que a la luz del orden jurídico actual, el proceso no es un escenario donde se ventilen exclusivamente intereses particulares, como quiera que él apunta asimismo a la satisfacción del interés público del Estado en la cabal realización del derecho material, de ahí que la concepción privatista del juez espectador haya quedado atrás, para dar paso a la del juez director del proceso, dotado de amplios poderes de verificación oficiosa en ejercicio de los cuales le corresponde esclarecer, con la mayor exactitud

posible, la verdad histórica de la cuestión fáctica en disputa, a tono con la cual pueda el litigio recibir una solución justa, atribución que al estar guiada por un interés público, (...) de abolengo superior, cual es la realización de la justicia, uno de los fines esenciales del Estado moderno, no está sujeta a las restricciones impuestas a las partes, ni condicionada a los medios que por ellas se propongan para la comprobación del sustrato fáctico del litigio” (Corte Suprema de Justicia, Sentencia 7880 Magistrado Ponente Jaime Alberto Arrubla Paucar, 2004)

Y es que de vieja data La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que: “El juez debe intervenir decididamente en busca de la verdad, Corte expresó el deber de vigilancia en el cumplimiento de deberes por parte de jueces y magistrados, con relación a la normatividad impuesta sobre la debida y eficaz producción de las pruebas y, por tanto, a impulsarlos para que decreten pruebas de oficio cuando lo consideren necesario.” (Corte Suprema de Justicia, 1974, expediente 344438 Magistrado Ponente German Giraldo Zuluaga).

Es decir que para la Corte, el Decreto de Prueba de Oficio como un deber y derecho del Juez, busca que él pueda formar su conciencia y adquirir el grado de convicción necesario como instrumento de verificación complementario.

En el mismo sentido se refirió la Corte en otra sentencia al manifestar:

“Las facultades concedidas a los jueces por los artículos 37, numeral 4° y 179 del Código de Procedimiento Civil, otorgan al juez el poder y el derecho de investigar todo lo que considere útil para formar su juicio, obvio, sobre verdades o realidades objetivas. Por esto, frente a la incertidumbre de un hecho, en cuanto las pruebas existentes no lo disipan, el funcionario judicial no rebasa sus facultades, cuando para superar la duda razonable actúa de manera oficiosa, porque en esos eventos la ley, le otorga los poderes suficientes para utilizar, en procura de formar su conciencia y adquirir el grado de convicción necesario, otros instrumentos de verificación distintos o complementarios que surjan de las alegaciones formuladas, de la conexión interna entre las varias fases del proceso o de la lógica misma de la controversia jurídica planteada. En efecto, el Código de Procedimiento Civil en sus artículos 37, 179 y 180 le otorga poderes al fallador para decretar pruebas de oficio, en aras de obtener elementos de juicio idóneo y suficiente que le permitan escrutar la realidad y la veracidad de los hechos sometidos a su consideración. Este poder, más que una facultad, es un auténtico deber en cabeza del juez, tal y como lo ha puntualizado esta Corporación. Por tanto, la prueba de oficio como un deber – poder de instrucción del juez, no es una potestad arbitraria sino un medio para destruir la incertidumbre y procurar mayor grado de convicción, esto es, para aumentar el estándar probatorio, porque el juez valora que no existe suficiente prueba para obtener convicción, y por tanto acude a esta herramienta que le brinda el ordenamiento, no en forma antojadiza o arbitraria, sino como medio para acopiar evidencia suficiente y dar por establecida la verdad sobre los hechos, evitando la decisión inhibitoria o la prevalencia de la regla de inexcusabilidad para fallar (non liquet) (Corte Suprema de Justicia, 2014, expediente: 11001-31-03-020-2006-00122-01)

Es de resaltar que la Corte, en la sentencia SU-768 de 2014 pide entender “el decreto de la prueba de oficio no como una inclinación indebida de la balanza de la justicia para alguna de las partes sino como un compromiso del juez con la verdad y por su puesto con el derecho 43 sustancial, en esta sentencia la Corte delimita cuando se debe decretar prueba de oficio de la siguiente manera: El decreto oficioso de pruebas no es una mera liberalidad del juez, es un verdadero deber legal. De acuerdo a esta Corporación, el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia; (ii) cuando la ley le marque un claro derrotero a seguir; o (iii) cuando existan fundadas razones para considerar que su inactividad puede apartar su decisión del sendero de la justicia material; (iv) cuidándose, en todo caso, de no promover con ello la negligencia o mala fe de las partes (Corte Suprema de Justicia, 2014, Sentencia SU-768)

Siguiendo el criterio jurisprudencial anterior, específicamente aquello de que “el funcionario deberá decretar pruebas oficiosamente: (i) cuando a partir de los hechos narrados por las partes y de los medios de prueba que éstas pretendan hacer valer, surja en el funcionario la necesidad de esclarecer espacios oscuros de la controversia”.

Estima esta defensa que, a efectos de que su Despacho tome la decisión que más les convenga a las menores de edad, es de gran valía que la historia clínica del señor **FRANCISCO JAVIER CANO MONTEJO**, la cual anota que presuntamente él tiene un TRASTORNO MENTAL Y DE COMPORTAMIENTO, CONSUMO DE ALCOHOL, CONSUMO DE MARIHUANA, CONSUMO DE COCAÍNA Y COMPORTAMIENTO AGRESIVO, se hace necesario el análisis de este material probatorio dentro del juicio.

PETICIÓN

En el marco de los anteriores argumentos sustento el recurso de reposición y en subsidio la apelación, por lo cual solicito:

- 1. REPONER para MODIFICAR el artículo tercero del AUTO INTERLOCUTORIO del veinticinco (25) de mayo del año dos mil veintidós (2022), a efectos de que se expida una nueva providencia donde, en el marco de las facultades que le otorga la ley 1564 de 2012 en sus artículos 168, 169, y 170, su Despacho ordene:**

Tener como prueba la historia clínica del señor FRANCISCO JAVIER CANO MONTEJO, aportada al proceso.

Oficiar a la EPS SURA para que remita con destino al proceso, historia clínica del señor FRANCISCO JAVIER CANO MONTEJO.

- 2. De no acceder a la reposición, solicito tramitar el recurso de apelación.**

PRUEBAS:

DOCUMENTALES

Copia de denuncia en Fiscalía General

Copia de Historia clínica del señor **FRANCISCO JAVIER CANO MONTEJO**.

Nota: conforme o dispuesto por el decreto 806 de 2020, del presente se remite copia al correo: milec778@hotmail.com (aportado en la demanda por la parte demandante)

De usted atentamente,



VÍCTOR ESTEBAN PEÑA TOVAR
C. C. No 83´042.965 de Pitalito
T. P. 294.676 del C. S. de la J.