

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



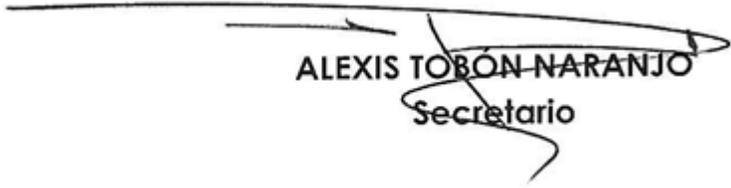
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 039

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del parágrafo 1 del artículo 13 del acuerdo PCSJA20-11546 del 25/04/2020 y sus prorrogas expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, fija el presente estado electrónico.

Radicado Interno	Tipo de Proceso	Accionante/Solicitante DELITO	Accionado / Acusado	Decisión	Fecha de decisión
2022-0069-1	Consulta a desacato	GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO	NUEVA EPS	Revoca sanción impuesta	Febrero 08 de 2022
2022-0131-1	Tutela 2ª instancia	CARLOS ROJAS ACOSTA	COLPENSIONES y otros	Modifica fallo de 1ª instancia	Marzo 04 de 2022
2022-0201-1	Tutela 1ª instancia	JUAN FELIPE GOMEZ ARBELAEZ	MINISTERIO DE DEFENSA NACIONAL Y OTROS	Niega por improcedente	Marzo 04 de 2022
2022-0158-3	Tutela 2ª instancia	Juliana María Quintero Agudelo	UARIV	Revoca fallo de 1ª instancia	Marzo 03 de 2022
2022-0223-4	Tutela 1ª instancia	PEDRO MIGUEL VARGAS GIL	Juzgado 1º Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otro	Remite por competencia	Marzo 04 de 2022
2022-0165-6	Tutela 2ª instancia	FABIAN ALBERTO MAZO CARDONA y otro	DEPARTAMENTO DE POLICIA DE ANTIOQUIA Y OTROS	Declara nulidad	Marzo 04 de 2022

FIJADO, HOY 07 DE MARZO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, siete (07) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 015

PROCESO	:	05034-31-04-001-2021-00143 (2022 - 0069 – 1)
ASUNTO	:	CONSULTA DESACATO
INCIDENTANTE	:	GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO
INCIDENTADA	:	NUEVA EPS
PROVIDENCIA	:	REVOCA SANCIÓN

V I S T O S

La Sala resuelve la consulta de la decisión emitida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes – Ant., el día 17 de enero de 2022, en la que resolvió sancionar por desacato a la orden contenida en la sentencia de tutela de fecha 02 de noviembre de 2021, al Gerente Regional Noroccidente de la NUEVA EPS, Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ.

ANTECEDENTES

Mediante sentencia de tutela del 02 de noviembre de 2021 el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Ant., resolvió amparar el derecho fundamental de petición deprecado por el señor GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO y como consecuencia de ello, le ordenó a la NUEVA EPS:

“(...) SEGUNDO: SE ORDENA a la NUEVA EPS que proceda a adelantar los trámites administrativos tendientes a suministrar una respuesta de fondo, en torno del pedimento que formulara el accionante GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO y referente a informar de manera clara y precisa los trámites que este debe adelantar para hacer efectivo el pago de la incapacidad generada el día 22 de febrero de 2021, N° 0006647666; lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte motiva”.

Debido al incumplimiento en el fallo de tutela, el señor GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO presentó incidente de desacato por no cumplimiento a la orden impartida, razón por la que el Juzgado mediante auto del 25 de noviembre de 2021, ordenó la apertura del incidente de desacato al Dr. Fernando Adolfo Echavarría Díez como Representante Legal de la NUEVA EPS notificado a través del correo electrónico que tiene habilitado la entidad para dicho efecto.¹

LA DECISIÓN CONSULTADA

El Juzgado el 17 de enero de 2022 resolvió el incidente de desacato, imponiendo sanción de tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, al Representante Legal de la NUEVA EPS, notificándole lo resuelto al DR. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ.

¹ secretaria.general@nuevaeps.com.co

El expediente fue remitido a esta Sala a efectos de desatar la consulta, por lo que se le informó al sancionado para que ejerciera el derecho de defensa.

Al respecto la Entidad informó que realizadas las validaciones correspondientes en el sistema de información por el área de prestaciones económicas, indica que el pago correspondiente a la incapacidad fue girado desde el 10 de noviembre de 2021 para ser reclamado por el usuario por ventanilla en las sucursales de Bancolombia, no obstante toda vez que el usuario no lo reclamó dentro de los dos meses siguientes a la notificación del pago de la incapacidad, el área de tesorería de 2021 nuevamente hace aplicación del pago el día 5 de enero de 2022 para que el usuario se acerque a las sucursales de Bancolombia y reclame el pago de la incapacidad objeto de sanción. Por lo anterior solicitó se revoque la sanción impuesta el 17 de enero de 2022 al doctor Fernando Adolfo Echavarría Diez. Aportando para tal efecto la constancia de envío a la dirección KR 51 50 77, Andes-Antioquia.

El despacho procedió a verificar el cumplimiento del fallo en el número 3108977402 en el cual contestó el señor GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO quien informó en una primera comunicación, que vivió en la dirección a la cual fue dirigida la notificación de la NUEVA EPS, pero que ya no reside allí, y que conforme la información brindada en la cual se aduce que en Bancolombia se encuentra disponible el giro para ser retirado por ventanilla, procedería acudir a la entidad bancaria. En segunda comunicación con el señor Gilberto Horacio, este informó que acudió a Bancolombia y efectivamente le hicieron entrega del

valor de las incapacidades generadas, por lo que afirmó que se encuentra satisfecha su solicitud.

CONSIDERACIONES

Resulta oportuno recordar que la jurisprudencia ha precisado que el incidente de desacato no tiene como única o principal finalidad la imposición de una sanción, pues lo que sustancialmente interesa es que la orden de proteger derechos fundamentales del demandante se cumpla, sin perjuicio, obviamente, de que en ocasiones el incumplimiento del fallo comporte sancionar al funcionario renuente.

Entendido el alcance de la decisión que asume el juez constitucional, como la manifestación clara y expresa frente a la protección inmediata de derechos fundamentales, resulta razonable señalar que, al producirse una decisión sancionatoria originada por el incumplimiento de tal orden y ser sometida al grado de jurisdicción llamado consulta, el objeto se encuentra centrado a determinar si en verdad existió incumplimiento, en los términos y condiciones señalados en la sentencia correspondiente, lo que de suyo no se erige como un medio de impugnación, de ahí que en el incidente de desacato no queda otra alternativa que confrontar la perentoria orden constitucional con los actos de cumplimiento y la disposición del accionado para proceder en tal sentido, aclarando eso sí, que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando*

para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”².

En efecto, en punto del cumplimiento de las órdenes impartidas en los fallos de tutela se diferencian dos situaciones así: La primera, el incumplimiento, que puede ser producto de diversos factores de índole logística, administrativa, presupuestal, fuerza mayor, otros; la segunda, el desacato, que evidencia una actitud consciente del funcionario a quien le fue dada la orden encaminada a proteger los derechos fundamentales del actor, en el sentido de sustraerse arbitraria y caprichosamente a proceder de conformidad con lo dispuesto, *“como si se tratase de asumir una posición de rebeldía frente a la decisión de la autoridad judicial”³.*

Igualmente, se ha puntualizado que *“en materia de desacato la responsabilidad personal de los servidores públicos es subjetiva y obedece al principio de culpabilidad, no bastando para sancionar la constatación objetiva de un aparente incumplimiento de la orden impartida en la sentencia de tutela, sin estudiar a fondo los factores que impiden el cabal cumplimiento de la sentencia”⁴.*

Ahora, en el presente caso la orden impartida por el Juzgado Penal del Circuito de Andes, Antioquia, consistió en ordenar a la NUEVA EPS:

² Corte Suprema de Justicia. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

³ CSJ, Sala Penal. Providencia del 12 de noviembre de 2003, Radicado 15116.

⁴ CSJ, Sala Penal. Sentencia de tutela del 18 de diciembre de 2003.

“(…) SEGUNDO: SE ORDENA a la NUEVA EPS que proceda a adelantar los trámites administrativos tendientes a suministrar una respuesta de fondo, en torno del pedimento que formulara el accionante GILBERTO HORACIO MARÍN GALLEGO y referente a informar de manera clara y precisa los trámites que este debe adelantar para hacer efectivo el pago de la incapacidad generada el día 22 de febrero de 2021, N° 0006647666; lo anterior, conforme a lo expuesto en la parte motiva”.

De lo expuesto, se puede establecer que la entidad accionada dio cumplimiento a lo ordenado en el fallo constitucional, en el sentido de que le fue cancelado el pago correspondiente a la incapacidad generada y que fueron ordenados en el fallo de tutela, información que fue ratificada por el incidentante.

Por lo tanto, al verificarse que la entidad accionada NUEVA EPS está cumpliendo con la orden dada en el fallo de tutela, así fuera de forma tardía, no puede hablarse de una conducta dolosa encaminada a sustraerse de manera deliberada del cumplimiento de la decisión.

Lo anterior, es suficiente para señalar que la Entidad accionada por el momento está cumpliendo con la orden impartida en la tutela, aunque no en el término otorgado, pero no surge evidente que ésta desde un comienzo se haya colocado en posición de rebeldía frente a la decisión judicial, pues la orden de tutela finalmente se está acatando, hecho que fue corroborado con la manifestación realizada por la parte incidentante, por lo que la Corporación procederá a revocar la sanción impuesta.

En razón y mérito de lo anteriormente expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal,

R E S U E L V E:

REVOCAR la decisión objeto de consulta, por la cual se sancionó por desacato al Dr. FERNANDO ADOLFO ECHAVARRÍA DÍEZ, en su calidad de Representante Legal de la NUEVA EPS, a las penas de tres (03) días de arresto y multa de tres (03) salarios mínimos legales mensuales vigentes, por incumplimiento al fallo de tutela proferido el 02 de noviembre de 2021.

Devuélvase el expediente al Juzgado de origen para las actuaciones subsiguientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrado

Firmado Por:

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

**Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**73657e1cb4353b7555e038b12006386b2ee0690b1d9b26db4b18
3ac529bb35ee**

Documento generado en 08/02/2022 10:52:47 AM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en
la siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, tres (03) de marzo de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 032

PROCESO : 05809-31-89-001-2022-00003 (2022-0131-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : CARLOS ROJAS ACOSTA
ACCIONADO : COLPENSIONES Y OTRAS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado especial de la Nueva EPS y el Representante Legal de la Empresa Caldas Gold Marmato S.A.S., contra la sentencia del 25 de enero de 2022, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí (Antioquia), decidió tutelar los derechos fundamentales invocados por el señor CARLOS ROJAS ACOSTA por medio de apoderado, que presuntamente venían siendo vulnerados por las entidades accionadas.

LA DEMANDA

En esencia expuso el profesional del derecho, que el señor Carlos Acosta Rojas celebró contrato de trabajo a término indefinido a partir del 2 de abril de 2013 con la Empresa Minera Caldas Gold de Marmato Caldas, realizando labores de oficios varios como manipulador de polímeros y cal, conductor de montacargas de carbón y auxiliar de construcción, devengando un salario mínimo legal vigente de \$908.526.

Informó que el afectado viene incapacitado de forma continua e ininterrumpida desde el 12 de octubre de 2018 llevando un total de 1082 días, con el diagnóstico de C 169 tumor maligno en el antro pilórico (estómago) y dilataciones aneurismáticas incidentales, manifestando que la empresa pagó incapacidad hasta el 15 de junio de 2021 fecha desde la cual no recibe dinero alguno, vulnerándose con ello el mínimo vital.

Adujo igualmente que le fue notificada la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, documento en el cual se le informó que debía presentarse en el departamento de Manizales para que le realizaran los exámenes rutinarios de egreso, considerando que la empresa desconoció la estabilidad laboral reforzada, por tener limitaciones físicas que generan incapacidad permanente que lo dejan en condiciones de debilidad manifiesta. Además, considera que la orden de que los exámenes de egreso debían ser realizados en Manizales es un acto arbitrario, discriminatorio y de mala fe, en tanto, la empresa conoce las limitaciones que le asisten actualmente a la accionante.

Por lo anterior, solicitó se tutelen los derechos fundamentales a la dignidad humana, al mínimo vital, al derecho al trabajo y protección especial, por encontrarse su poderdante en estado de estabilidad laboral reforzada, debilidad manifiesta y fuero sindical y por tanto se declara ineficaz el despido sin justa causa, en tanto la empresa debió obtener primero el permiso del Ministerio del Trabajo para que fuera dicha autoridad quien determinara si existía una justa causa para el despido, se ordenara el reintegro al cargo en dicha empresa, el pago de todos los salarios desde el 15 de junio de 2021 hasta el 15 de diciembre de 2021 y las

prestaciones sociales dejadas de percibir desde la desvinculación hasta que sea efectivo el reintegro, se paguen los aportes del sistema general de Seguridad Social.

LAS RESPUESTAS

1.- La NUEVA EPS informó que el afectado presenta incapacidades transcritas en el sistema de información de la entidad hasta el 29 de mayo de 2021, por lo que afirma que es necesario que el afiliado realice el proceso de transcripción el cual podrá realizar desde el celular, descargando la aplicación Nueva EPS móvil y seleccionando en el menú la opción de Transcripción de incapacidades. Señaló que el señor Carlos Acosta se encuentra afiliado al régimen subsidiado en salud por lo que es posible acceder a los servicios médicos que se hallan dentro del PBS y que en atención a la petición de reintegro laboral, la entidad no tiene injerencia alguna. Por lo que solicita la desvinculación del trámite constitucional en tanto en ningún momento se ha negado a suministrarle todos los tratamientos y procedimientos que requiere el usuario.

2.- La Representante judicial de CALDAS GOLD MARMATO S.A.S. informó que el señor Acosta Rojas fue vinculado a la empresa el 2 de abril de 2013 mediante contrato laboral de carácter indefinido y el 20 de octubre del 2021 la empresa de manera unilateral decidió dar por terminado sin justa causa ese contrato, observando lo dispuesto en el artículo 64 del código sustantivo del trabajo modificado por el artículo segundo de la Ley

789 de 2002 en tanto, aduce que la desvinculación del trabajador estuvo precedida del pago oportuno de todas sus prestaciones sociales, así como la generación de la liquidación de acreencias laborales e indemnización, las cuales fueron recibidas por el accionante, por lo que no se puede endilgar comportamiento ilegal alguno a la entidad. Agregó que el conflicto planteado por el actor debe dirimirse ante la jurisdicción ordinaria laboral conforme a la subsidiariedad de la acción de tutela.

3.- La Directora de Acciones Constitucionales de la Administradora Colombiana de Pensiones – COLPENSIONES expuso que la entidad no puede atender lo solicitado por el accionante, en tanto no se tiene competencia para resolver lo requerido y el Decreto 2011 de 2013 determinó y reglamentó la entrada en operación de COLPENSIONES y estableció que esta solo puede asumir asuntos relativos a la administración del régimen de prima media con prestación definida, por lo que solicitó la desvinculación por falta legitimación en la causa por pasiva.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de Primera Instancia concedió el amparo constitucional a los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada, mínimo vital, salud y Seguridad Social invocados a favor del señor Carlos Acosta Rojas y consecuente con lo anterior declaró la ineficacia de la terminación unilateral del vínculo laboral entre el trabajador y la empresa, y ordenó el reintegro del accionante a un

cargo igual o superior al que desempeñaba y en el cual se cumplan estrictamente las restricciones laborales que indique el médico tratante; se reconozca la indemnización prevista en el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997; se cancelen los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y los aportes al sistema general de Seguridad Social, causados y dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato y hasta que se haga efectivo el reintegro.

Asimismo, ordenó a la nueva EPS reconocer el subsidio de incapacidad que se encuentra pendiente de pago, esto es las causadas entre el 30 de mayo de 2021 hasta el 24 de diciembre de 2021. Señaló igualmente que la entidad podrá solicitar los reembolsos respectivos en los términos del párrafo tercero del artículo quinto de la ley 1562 de 2012.

De igual manera ordenó a la Nueva EPS cancelar las incapacidades que se causen en lo sucesivo hasta que se lleve a cabo el proceso de calificación de pérdida de capacidad laboral a efecto de determinar el grado de pérdida de capacidad laboral del trabajador y si hay lugar al reintegro o al reconocimiento de la mesada pensional por invalidez y proceda a autorizar la evaluación por medicina laboral, a fin de determinar el reintegro laboral del accionante, ordenado por el médico especialista tratante.

Ordenó al Representante Legal de la Empresa Caldas Gold Marmato S.A.S. adelantar los trámites necesarios para llevar a cabo en coordinación con la Nueva EPS lo relacionado con la evaluación por medicina laboral y el trámite de calificación de

pérdida la capacidad laboral, así como programar la evaluación por medicina laboral post incapacidad del señor Carlos, una vez finalice la incapacidad temporal.

LA IMPUGNACIÓN

1. El apoderado especial de la Nueva EPS inconforme con la decisión, interpuso y sustentó oportunamente el recurso de apelación.

Advirtió que el despacho judicial ordenó el pago de las prestaciones económicas, sin tener presente que las incapacidades no pueden ser reconocidas debido a que se notificó desde el 29-11-2019 el concepto de rehabilitación FAVORABLE a la AFP, con la finalidad de que Colpensiones asumiera el pago del subsidio de incapacidad si llegará a completar más de 180 días de incapacidad continua. Asimismo, afirmó que Colpensiones les notificó un dictamen de pérdida de la capacidad laboral emitido el 20 de mayo de 2020 donde definen un porcentaje de 22.65% de incapacidad permanente parcial. Por lo que solicitó revocar la sentencia emitida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Titiribí-Antioquia y en su lugar se denieguen las pretensiones en contra de la NUEVA EPS.

2. El Representante Legal Judicial de CALDAS GOLD MARMATO S.A.S. impugnó el fallo indicando, en primer lugar, que es la jurisdicción ordinaria en sus especialidades laboral y de Seguridad Social la competente para dirimir los conflictos que se originen directa o indirectamente en el contrato de trabajo y en segundo

lugar, el artículo 86 de la C.P. y el 6° del Decreto 2591, señalan que la acción de tutela sólo procede cuando el accionante no cuente con otros mecanismos de defensa judicial eficaces, a menos que, para evitar un perjuicio irremediable la acción se ejercite como solución transitoria, por lo que en el presente caso se cuenta con el proceso laboral ordinario regulado en los artículos 25 y siguientes del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, por lo que debe argumentarse y explicarse las razones por las cuales se considera ineficaz el procedimiento ordinario laboral, en tanto allí pueden solicitarse medidas cautelares tendientes al amparo efectivo de los derechos fundamentales.

CONSIDERACIONES

Los problemas jurídicos planteados en el presente caso invitan a determinar si la empresa CALDAS GOLD MARMATO S.A.S., vulneró los derechos fundamentales a la estabilidad laboral reforzada y el mínimo vital del señor CARLOS ACOSTA ROJAS, en virtud de la terminación del contrato laboral, a pesar de la enfermedad que padece el citado y si el no pago de las incapacidades laborales reconocidas al afectado viola sus derechos constitucionales fundamentales, si la acción de tutela es el mecanismo judicial idóneo para su protección y en caso tal, a cuál entidad de las accionadas debe ordenársele el pago correspondiente.

En primer lugar, se advierte que la *estabilidad laboral reforzada* es una salvaguardia de índole constitucional que ampara a

aquellas personas que se encuentren en un estado de debilidad manifiesta¹ y en virtud de ello no pueden ser desvinculadas sin que medie una autorización especial². De hecho, entraña una doble acepción a conocer,- como principio -, *“supone que el trabajo esté dotado de una vocación de permanencia o continuidad mientras no varíe el objeto de la relación, sobrevenga una circunstancia que haga nugatorias las obligaciones reconocidas a los sujetos de la relación o aparezca una justa causa de despido”* y, - como derecho -, *“se manifiesta en la posibilidad de exigir la ejecución de conductas que permitan el acceso y la preservación del empleo o la omisión de las que obstaculicen tales objetivos so pretexto de razones injustas, supuestos que corresponden a los conceptos de protección laboral positiva y protección laboral negativa, respectivamente”³.*

Por ello la Honorable Corte Constitucional, ha establecido que, en síntesis, *“como principio, la estabilidad laboral implica que las relaciones gocen de “cierta seguridad en la continuidad del vínculo laboral contraído, mientras no exista una causal justificativa del despido (...)”⁴.⁵*

¹ Sentencia T 754 de 2012. *“se relacionan con la protección que el Estado debe dar a quienes se encuentran en situación de indefensión (...) por las condiciones físicas, sociales, económicas o de salud que afrontan, la Corte ha sostenido que en el marco de las relaciones de trabajo, la protección especial a estas personas implica la titularidad del derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, esto es, el derecho a conservar el empleo, a no ser despedido en razón de su situación de vulnerabilidad, a permanecer en él hasta que se configure una causal objetiva que amerite la desvinculación laboral y a que el inspector de trabajo o la autoridad que haga sus veces, autorice el despido con base en la verificación previa de dicha causal.”.*

² Sentencia T-864 de 2011.

³ Sentencia T-198 de 2006.

⁴ Sentencia C-531 de 2000.

⁵ Apartes entre comillas tomadas de la Sentencia T-449 de 2010.

En ese orden de ideas, como postulado especial, los empleados que cuentan con tal calidad tienen derecho a no ser despedidos de manera abrupta, siempre y cuando, se trate, entre otros⁶, de personas en condición de discapacidad o en general con limitaciones físicas y/o psicológicas para realizar su labor. A estos trabajadores, se les debe respetar *“la permanencia en el empleo (...) luego de haber adquirido la respectiva limitación física, sensorial o psicológica, como medida de protección especial y en conformidad con su capacidad laboral”*⁷

Con base en dicha distinción, la Corte Suprema De Justicia Sala De Casación Laboral, ha edificado, la procedibilidad de la estabilidad laboral reforzada a través de la configuración de ciertos requisitos, tal como se expuso en su momento en la sentencia CSJ SL, radicación 41867 del 30 enero 2013, misma que fue posteriormente reiterada en la Sentencia SL14134-2015, No 53083 del 14 de octubre de 2015, con ponencia del doctor Rigoberto Echeverry Bueno, que al tenor dice:

*“...pues como lo ha dicho esta Corporación, **“También es cierto que las incapacidades, por sí solas, no acreditan que la persona se encuentre en la limitación física (...) para efectos de ser cobijada por la protección a la que se refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997”** (sentencia del 25 de marzo de 2005, radicación 35.606)*

(...)

*Surge de lo expuesto que **la prohibición que contiene el artículo 26 de la citada Ley 361, relativa a que ninguna persona con discapacidad podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su minusvalía, salvo que medie autorización de la Oficina de Trabajo, se refiere a las personas consideradas por esta ley como limitadas, es decir, todas aquellas que tienen un grado de invalidez superior a la limitación moderada. Situación en la que no se encuentra el demandante, pues su incapacidad permanente parcial tan sólo es del 7.41%, es decir, inferior al 15%***

⁶ Verbi gratia: mujeres embarazadas, en licencia de maternidad, sindicalistas, etc.

⁷ T-449 de 2008.

del extremo mínimo de la limitación modera, que es el grado menor de discapacidad respecto del cual operan las garantías de asistencia y protección que regula esa ley, conforme con su artículo 1º”.

(...)

*“En todo caso, para despejar cualquier duda que puede suscitar la precitada sentencia en cuanto al nivel de limitación requerido para el goce de la protección en cuestión, **esta Sala reitera su posición contenida en la sentencia 32532 de 2008, consistente en que no cualquier discapacidad está cobijada por el manto de la estabilidad reforzada previsto en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997; dicha acción afirmativa se justifica y es proporcional en aquellos casos donde la gravedad de la discapacidad necesita protección especial para efectos de que los trabajadores afectados con ella no sea excluidos del ámbito del trabajo, pues, históricamente, las discapacidades leves que podría padecer un buen número de la población no son las que ha sido objeto de discriminación. Por esta razón, considera la Sala que el legislador fijó los niveles de limitación moderada, severa y profunda (artículo 5º reglamentado por el artículo 7º del D. 2463 de 2001), a partir del 15% de la pérdida de la capacidad laboral, con el fin de justificar la acción afirmativa en cuestión, en principio, a quienes clasifiquen en dichos niveles; de no haberse fijado, por el legislador, este tope inicial, se llegaría al extremo de reconocer la estabilidad reforzada de manera general y no como excepción, dado que bastaría la pérdida de la capacidad en un 1% para tener derecho al reintegro por haber sido despedido, sin la autorización del ministerio del ramo respectivo. De esta manera, desaparecería la facultad del empleador de dar por terminado el contrato de trabajo unilateralmente, lo que no es el objetivo de la norma en comento”***

(...)

*Vistas así las cosas, contrario a lo sostenido por la censura, **el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no estaba llamado a regular el caso, porque esta garantía a la 16 estabilidad laboral exclusivamente procede para aquellas personas que padezcan una limitación en grado severo o profundo y no para quienes se encuentren en una incapacidad por motivos de salud o que tengan una afectación a ésta, de manera que, al no estar acreditado que la demandante padecía de una limitación con las características atrás referidas, es por lo que el Tribunal no se rebeló contra el mandato del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, ni contra los principios constitucionales de protección especial a quienes se encuentren en estado de debilidad manifiesta y a los discapacitados, (...).** Para esta Sala, si bien las pruebas arrojadas al juicio demuestran que la demandante*

padecía de “síndrome del túnel carpiano bilateral, tenosinovitis de quervain derecha, epicondilitis lateral bilateral (...), lo cierto es que esta sola circunstancia no la hace merecedora de la protección especial del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, tal como se dijo en líneas anteriores, pues para ello era necesario haber demostrado que padecía de una limitación 17 en grado severo o profundo, en los términos vistos en la jurisprudencia transcrita, lo cual no está acreditado en debida forma dentro del juicio, de ahí que los cargos formulados contra la sentencia recurrida resulten infundados...”⁸ (negrillas fuera de texto).

De acuerdo a lo anterior, para que confluya una situación de estabilidad laboral reforzada no solo tiene que obedecer a que la persona se encuentre en situación de discapacidad, limitación física o psíquica o merma severa o profunda en su salud, sino que además, se debe de contar con una calificación que así lo acredite o que por lo menos, se halle demostrado dentro del plenario efectivamente que la persona afectada es un sujeto de especial protección constitucional derivado de su debilidad manifiesta.

Así mismo, para resolver el problema a jurídico que se plantea, es imperativo hacer referencia a la jurisprudencia emanada de la Corte Constitucional en lo que respecta a: (i) La procedencia de la acción de tutela para solicitar el reintegro de trabajadores a su puesto de trabajo, especialmente cuando median circunstancias especiales, como el tratarse de una mujer embarazada o un trabajador incapacitado o en condiciones de debilidad manifiesta; (ii) Las condiciones para proteger por vía de tutela, el derecho a la estabilidad laboral reforzada de personas en circunstancias especiales de salud, que merecen una especial protección constitucional; y (iii) Los sujetos respecto de los cuales puede darse una especial protección constitucional a su estabilidad, en virtud de la disminución de su capacidad laboral.

Lo anterior, por cuanto el precedente constitucional y las sub reglas jurisprudenciales creadas por nuestro Máximo Tribunal, resultan vinculantes y

⁸ El precedente jurisprudencial citado ha sido reiterado, entre otros fallos, en el del 25 de marzo de 2009, radicación 35606; 16 y 24 de marzo de 2010, radicaciones 36115 y 37235 y 28 de agosto de 2012, radicación 39207, por la misma corporación.

además prácticas para la solución de los casos sometidos al estudio del juez de tutela, garantizando así el principio de igualdad y la coherencia del sistema jurídico bajo un sistema de precedentes.

I. PROCEDENCIA DE LA ACCIÓN DE TUTELA PARA SOLICITAR EL REINTEGRO DE TRABAJADORES A SU PUESTO DE TRABAJO, CUANDO MEDIAN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES, COMO EL TRATARSE DE UN TRABAJADOR INCAPACITADO O EN CONDICIONES DE DEBILIDAD MANIFIESTA.

Como bien lo ha decantado nuestra jurisprudencia constitucional en múltiples pronunciamientos, la acción de tutela no es considerada el mecanismo regular e idóneo para la obtención del reintegro a una labor, por existir la jurisdicción ordinaria laboral para tal efecto. Empero, es procedente acudir al amparo constitucional en busca del aludido reintegro en aquellos eventos de especial relevancia constitucional en los que, si bien se observan mecanismos ordinarios para la defensa de los derechos, la intervención del juez de tutela se hace imperiosa para evitar la configuración de un perjuicio irremediable.

En la sentencia T-530 de 2005 emanada de nuestra honorable Corte Constitucional, se concluyó que la acción de tutela es procedente para amparar los derechos de una persona discapacitada o de un trabajador enfermo, si se comprueba que su desvinculación obedece al estado de salud, veamos:

“2.2. La protección excepcional que ofrece la tutela para situaciones como éstas se da, en especial, cuando la persona desvinculada de su trabajo tiene derecho a la “especial protección a su estabilidad laboral”, como por ejemplo, las mujeres embarazadas o las personas con limitaciones”.

“2.3. Por ello, la Corte ha señalado que despedir de manera unilateral a una persona debido a su condición física limitada, constituye una discriminación, pues “a las personas en estado de debilidad física manifiesta no se les puede tratar de igual manera que aquellas sanas”, tal como lo sostuvo en la sentencia T-943 de 1999 (MP Carlos Gaviria Díaz). En esa sentencia dijo la Corte,

“la empresa (...) dio a la actora un tratamiento discriminatorio, porque la trató como si fuera un empleado sano, al que basta indemnizar en los términos del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, para dejar cesante de manera unilateral, cuando esa firma sabía, por las incapacidades que el Instituto de Seguros Sociales le había otorgado a la actora, que ésta se encontraba disminuida físicamente, y merecía un trato diferente al que exige la ley para una persona en buenas condiciones de salud. De esa manera, la dejó expuesta a perder la atención médica que precisa, pues dejó de darle el trato que, de acuerdo con el artículo 13 de la Carta Política, debe

otorgarse al que está en condiciones de debilidad manifiesta; al omitir considerar la situación de invalidez de su trabajadora, para dar por terminada la relación laboral de la manera más gravosa para la empleada, también vulneró la entidad empleadora el derecho de la accionante a un trabajo en condiciones dignas y justas y, en consecuencia, los argumentos que adujo no son de recibo.”

La Corte Constitucional ha reiterado esta decisión, indicando que “cuando se comprueba que la causa del despido fue en realidad el estado de salud del accionante, la Corte ha encontrado que la desvinculación configura una discriminación, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección.”

Ahora bien, para saber qué sujetos deben estar protegidos por la figura de la estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional ha establecido una distinción entre los conceptos de disminución física, discapacidad e invalidez:

“(…) se presenta una clara diferencia entre los conceptos de discapacidad e invalidez. En efecto, podría afirmarse que la discapacidad es el género, mientras que la invalidez es la especie, y en consecuencia no siempre que existe discapacidad necesariamente nos encontramos frente a una persona inválida. La invalidez sería el producto de una discapacidad severa.”. [Por lo tanto,] “para la protección especial de quienes por su condición física están en circunstancia de debilidad manifiesta se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en las condiciones regulares, sin necesidad de que exista una calificación previa que acredite su condición de inválido”.

(…)

[Asimismo] “la jurisprudencia ha extendido el beneficio de la protección laboral reforzada establecida en la Ley 361 de 1997, a favor, no sólo de los trabajadores discapacitados calificados como tales, sino aquellos que sufren deterioros de salud en el desarrollo de sus funciones. En efecto, en virtud de la aplicación directa de la Constitución, constituye un trato discriminatorio el despido de un empleado en razón de la enfermedad por él padecida, frente a la cual procede la tutela como mecanismo de protección”.⁹

De esta manera, debe resaltarse que la garantía a la estabilidad laboral reforzada no sólo se predica de las personas en invalidez, sino también de aquellos que por su estado de salud, limitación física o psíquica se encuentran discapacitados y en circunstancias de debilidad manifiesta, cuya seriedad impone al juez de tutela

⁹ Sentencia T- 198 de 2006 (MP. Marco Gerardo Monroy Cabra).

conceder la petición como mecanismo transitorio, así no se haya calificado su nivel de discapacidad, hasta tanto la autoridad judicial competente tome las decisiones respectivas.

II. LAS CONDICIONES PARA PROTEGER, POR VÍA DE TUTELA, EL DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL REFORZADA DE PERSONAS EN CIRCUNSTANCIAS ESPECIALES DE SALUD, QUE MERECEN UNA ESPECIAL PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Nuestra jurisprudencia constitucional en su doctrina ha adverado que las personas que sufren deficiencias o limitaciones en su salud, tienen el derecho a adelantar acciones afirmativas en virtud de su condición de debilidad manifiesta y por tanto, se les ha reconocido el derecho a **la estabilidad laboral reforzada**. Tal concepto se materializa en el deber de los empleadores de ubicarlos en cargos en los que puedan desarrollar labores que no atenten contra su integridad y en la prohibición de desvincularlos de sus puestos de trabajo, **salvo que medien causas justas y objetivas, previamente evaluadas y aprobadas por el Ministerio de la Protección Social.**

Jurisprudencialmente se ha aceptado que dicho derecho puede ser amparado a través de la acción de tutela, en aquellos casos en los que se ve afectado por acciones emanadas de un empleador, las cuales se presume, tienen como causa el estado de salud del trabajador y por ende, configuran un trato discriminatorio. Sobre el particular, nuestra honorable Corte Constitucional ha sostenido que es: *“(…) contrario a la Constitución Nacional y a la Ley, todo despido que tenga como origen la circunstancia misma de la disminución física, sensorial o síquica que padezca el trabajador como consecuencia de un accidente de trabajo, sin que previamente medie la intervención de “la oficina del trabajo”, en la medida en que genera una discriminación por razón del estado de salud del trabajador y da lugar a que se termine la relación laboral sin justa causa.”* (Sentencia T-853 de 2006)

En virtud de los principios que informan el deber de protección especial a las personas discapacitadas y lo establecido en la Ley 361 de 1997, nuestra Corte Constitucional ha concluido que se vulneran los derechos fundamentales de una persona que es despedida en virtud de las limitaciones de salud que afectan su capacidad laboral, o cuando conocida la discapacidad por el empleador es despedida sin contar con la autorización previa del Ministerio de la Protección Social.

Acorde con lo planteado, resulta necesario comprobar la existencia de una relación de causalidad entre el estado de salud del trabajador y la decisión del empleador de dar por terminada la vinculación o no permitir su prórroga, para prodigar el amparo constitucional que se ruega. Tal relación causal se presume teniendo en cuenta la regularidad de la relación de trabajo y la terminación unilateral de la misma, una vez que el empleador conoce alguna limitación en la salud del trabajador. En caso de oposición, corresponde al empleador probar que la terminación de la relación de trabajo tuvo una causa legal y razonable diferente (Cfr. Sentencia T-1040 de 2001). Sobre el tema se pronunció el alto Tribunal Constitucional en la sentencia T-1219 de 2005:

“En síntesis, se puede decir que (i) en principio no existe un derecho fundamental a la estabilidad laboral; no obstante, (ii) frente a las personas desaventajadas se presenta una estabilidad laboral reforzada, en virtud de la cual (iii) mediante la acción de tutela podrá ordenarse el reintegro laboral de las personas discapacitadas que ameritan una protección laboral reforzada, (iv) siempre y cuando se demuestre que la desvinculación se presentó en razón de la discapacidad y no por una justa causa y bajo el respeto y la observancia del debido proceso correspondiente. (v) Le corresponde en estos casos al empleador demostrar que el despido no estuvo motivado en la especial condición del discapacitado.”

Ahora, para arribar a la conclusión de que el despido se produjo como consecuencia de un acto discriminatorio debido a las limitaciones físicas del trabajador, el alto Tribunal Constitucional en la sentencia T-111 de 2012, entregó las siguientes herramientas:

“(…) Cuando el despido de un trabajador con limitaciones físicas ocurra como consecuencia de un trato discriminatorio, excusándose para ello en la utilización abusiva de una facultad legal del empleador, debe entrar a protegerse su derecho a la estabilidad laboral reforzada. Se ha entendido por la Corte que la discriminación se acredita cuando se comprueba que: (i) el peticionario pueda considerarse una persona discapacitada o con reducciones físicas que lo sometan a un estado de debilidad manifiesta para el desarrollo de sus labores; (ii) el empleador tenga conocimiento de tal situación; y (iii) se halle probado el nexo causal entre el despido y el estado de salud del trabajador. (…)”

En el caso referido, del estudio detallando tanto de los hechos narrados por el interesado como de las respuestas y los documentos allegados por los accionados, se puede advertir que el trabajador quien venía laborando para la Empresa Minera Caldas Gold desde el 2 de abril de 2013 fue despedido

unilateralmente por la empresa accionada, el 20 de octubre del año 2021 cuando el señor Carlos Acosta Rojas se encontraba incapacitado (comenzó incapacidad el 12 de octubre de 2018) y con citas pendientes por control y seguimiento por Oncología clínica, por neurocirugía y por psiquiatría para tratar los problemas de salud que padece. No obstante, pese a que el empleador tenía conocimiento de la situación de salud del empleado, decidió dar por terminado el contrato laboral sin ninguna justa causa aparente y sin haberle dado la oportunidad de reintegrarse y rehabilitarse en su puesto de trabajo, pues no culminó completamente el tiempo de las incapacidades y no esperó la recuperación del trabajador.

Se advierte igualmente que la empresa no acreditó haber realizado el trámite legal, consistente en solicitar al Ministerio del Trabajo la autorización para dar por terminado el contrato de trabajo, en tanto el afectado continuaba incapacitado para laborar al momento del despido y la modalidad de despido sin justa causa con indemnización, no sana la situación de haber despedido alguien en una situación de debilidad manifiesta.

Claramente puede advertirse como con anterioridad a la comunicación de terminación del vínculo laboral, la empresa tenía conocimiento del cuadro médico del accionante, pues obra prueba que acredita que efectivamente el empleador conocía de antemano el contexto en que se encontraba el trabajador, esto es, que venía incapacitado desde el 12 de octubre de 2018.

Así mismo, de cara a la configuración de los elementos constitutivos para acreditar si efectivamente se trata de una

persona amparada por la estabilidad laboral reforzada, se aprecia dentro del plenario que el ciudadano cuenta con Calificación de la pérdida de la capacidad laboral y ocupacional de 22.65 % el 20 de mayo de 2020.

Es así, que como lo estimó el funcionario de primer nivel en el libelo, se presume de entrada que el despido obedeció a circunstancias de debilidad manifiesta del trabajador, situación corroborada con el análisis de las pruebas aportadas, pues se determinó que efectivamente la entidad demandada tuvo la posibilidad de conocer de antemano el cuadro médico del trabajador antes del despido y que, para la época de la desvinculación, se encontraba incapacitado.

Es de anotar que en relación con el requisito de subsidiariedad, si bien cuenta con otro medio de defensa judicial, como es la jurisdicción ordinaria laboral, se advierte procedente el amparo de tutela como mecanismo transitorio sus derechos fundamentales, en virtud de la situación de debilidad manifiesta en que se encontraba al momento del despido. Asimismo, frente al requisito de la inmediatez se advierte la interposición de la acción de tutela a escasos 3 meses de la situación de despido como vulneradora de derechos fundamentales.

Conforme lo anterior, y considerando la jurisprudencia existente acerca de la procedibilidad de la acción de tutela en los casos en que se trata de la protección de los derechos fundamentales de una persona en estado de debilidad manifiesta, considerándose acertada la decisión del juez de primera instancia relativa a la declaratoria de la ineficacia de la terminación unilateral del vínculo

laboral, y la orden de reintegro del accionante a un cargo igual o superior al que desempeñaba y en el cual se cumplan estrictamente las restricciones laborales que indique el médico tratante; se reconozca la indemnización prevista en el inciso segundo del artículo 26 de la ley 361 de 1997; se cancelen los salarios y prestaciones sociales que legalmente le correspondan y los aportes al sistema general de Seguridad Social, causados y dejados de percibir desde la fecha de terminación del contrato y hasta que se haga efectivo el reintegro.

-De otro lado, en relación con el pago de incapacidades se advierte lo siguiente:

En principio, nuestro ordenamiento jurídico ha consagrado mecanismos judiciales ordinarios para resolver las controversias que impliquen el reconocimiento de prestaciones sociales, siendo los Jueces de la Justicia Ordinaria los competentes para su trámite y resolución. Por ello, la doctrina constitucional ha sido enfática en señalar que para estos casos, la acción de tutela no es la vía adecuada para resolver estos asuntos, por su carácter subsidiario.

No obstante, también la doctrina constitucional ha explicado que en forma excepcional, cuando los medios judiciales ordinarios no se observan eficaces o idóneos para resolver el conflicto, toda vez que hay presencia de un perjuicio irremediable, la acción de tutela se torna procedente.

Así, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha sostenido que cuando se interpone una acción de tutela para

reclamar el pago de prestaciones sociales, deben estar presentes los siguientes supuestos:

“(i) que sea presentada para evitar un perjuicio irremediable, (ii) que la falta de reconocimiento de una prestación social vulnere algún derecho fundamental como la vida, la dignidad humana o el mínimo vital y que (iii) la negativa del reconocimiento se origine en actuaciones que por su contradicción con los preceptos legales y constitucionales desvirtúen la presunción de legalidad de las actuaciones de la administración pública o sea evidentemente arbitraria en caso de que sea un particular quien preste este servicio público”¹⁰.

Las incapacidades constituyen una prestación social que puede generarse por enfermedad común o profesional. Por su carácter económico, en principio cuando se niega su pago, la acción de tutela no sería procedente. Pero se ha concluido que en la mayoría de los casos, procedería la acción de tutela, porque la jurisprudencia constitucional ha señalado que su no reconocimiento puede conllevar a vulneración de derechos fundamentales como la salud, la vida digna y el mínimo vital, pues en la generalidad de las ocasiones, dicha prestación social sería la única fuente de ingresos del incapacitado.

La Corte ha expresado que:

“De esta manera, el pago de las incapacidades laborales adquiere especial importancia y se justifica, por cuanto sustituye el salario del trabajador durante el tiempo en el que éste, en razón de su enfermedad, se encuentra imposibilitado para ejercer su profesión u oficio. Por tanto, hay lugar a su protección por vía de tutela, cuando su no reconocimiento y pago, afecta el derecho al mínimo vital, al constituir aquel la única fuente de ingresos para garantizar su subsistencia y la de su familia, y no es posible que dicha protección se logre de manera oportuna, a través de los mecanismos ordinarios de defensa.”¹¹

¹⁰ Ver Sentencia T-195 de 2014

¹¹ Ibídem

Ahora, frente a cuál entidad está obligada al pago de las incapacidades a partir del día 180, la jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional aclara este aspecto de la siguiente forma¹²:

4. Las incapacidades laborales por enfermedad común que superan los 180 días. Responsabilidad de los empleadores, las EPS y las administradoras de pensiones en su reconocimiento y pago.

4.1. El subsidio por incapacidad laboral hace parte del esquema de prestaciones económicas que el legislador diseñó con el objeto de cubrir a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social Integral frente a las contingencias que menoscaban su salud y su capacidad económica. En concreto, el subsidio cumple el propósito de sustituir el salario cuando el trabajador debe ausentarse del lugar en el que cumple sus actividades laborales, tras sufrir una enfermedad o un accidente que le impide desempeñar temporalmente su profesión u oficio.

Es esto, justamente, lo que explica la importancia de que las incapacidades sean reconocidas y pagadas de forma expedita. El papel que cumple el subsidio de incapacidad laboral en la tarea de proteger a quienes quedan temporalmente desprovistos de los recursos que destinaban a satisfacer sus necesidades básicas y las de sus familia por razones de salud, explica que la Corte se haya pronunciado, de forma insistente, acerca de las responsabilidades de cada uno de los actores del SGSSI en el desembolso de la citada prestación económica.

4.2. El primer referente normativo sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales ocasionadas por enfermedad no profesional se encuentra en el artículo 227 del Código Sustantivo del Trabajo, que consagra el derecho del trabajador a obtener de su empleador un auxilio monetario hasta por 180 días, en caso de incapacidad comprobada para desempeñar sus labores.

Con la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, dicha tarea quedó en manos de las entidades encargadas de asegurar las contingencias en materia de seguridad social. El artículo 206 dispuso que el régimen contributivo asumiría el reconocimiento de “las incapacidades generadas en enfermedad general, de conformidad con las disposiciones legales vigentes”, y autorizó a las EPS para subcontratar el cubrimiento de esos riesgos con compañías aseguradoras.

¹² Sentencia T-333 de 2013

En esa dirección, y en concordancia con lo previsto en el Decreto 1049 de 1999, reglamentario de la Ley 100 de 1993, se ha entendido que el empleador es responsable del pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días y que las EPS cubren las que se causen desde entonces y hasta el día 180, a menos que el empleador no haya afiliado a su trabajador al SGSSI o haya incurrido en mora en las cotizaciones sin que la EPS se hubiera allanado a ella, en cuyo caso las incapacidades correrán por su cuenta.

4.3. La responsabilidad en el pago de las incapacidades causadas después del día 180, que es lo que se reclama en la acción de tutela, se rige, a su turno, por las pautas previstas en el artículo 23 del Decreto 2463 de 2001.

La norma, que regula el trámite previo a la solicitud de la calificación de la invalidez, les asigna a las administradoras de fondos de pensiones (AFP) y a las administradoras de riesgos profesionales (según se trate de incapacidades de origen común o laboral, respectivamente) la función de remitir a sus afiliados a las juntas de calificación, previo concepto de rehabilitación integral.

Por regla general, tal remisión debe efectuarse antes de que se cumpla el día 150 de incapacidad temporal. No obstante, el Decreto 2463 permite que la AFP postergue el trámite de calificación hasta por 360 días calendario adicionales a los primeros 180 días de incapacidad temporal que otorgó la EPS, si el mencionado concepto de rehabilitación es favorable y con la condición de que *“otorgue un subsidio equivalente a la incapacidad temporal que venía disfrutando el trabajador”*.

Vale agregar, de cara a los argumentos de defensa planteados por la AFP accionada en el presente asunto, que el artículo 23 del Decreto 2463 vincula la posibilidad de postergar el aludido trámite de calificación a *“la autorización de la aseguradora que hubiere expedido el seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o entidad de previsión social correspondiente”*.^[20] La norma contempla, también, que las entidades que incumplan el pago de los subsidios por incapacidad temporal serán sancionadas por la autoridad competente, de conformidad con lo señalado en la ley.

4.4. Interpretando las disposiciones mencionadas, la Corte ha mantenido el criterio pacífico de que el pago de las incapacidades laborales por enfermedad general que se causan a partir del día 181 corre por cuenta de la AFP, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se califique la pérdida de su capacidad laboral.

El debate planteado en esta oportunidad remite, sin embargo, a un escenario distinto, que se enmarca en el ámbito de los cambios que

introdujo el Decreto Ley 19 de 2012, “por el cual se dictan normas para suprimir o reformar regulaciones, procedimientos y trámites innecesarios existentes en la administración pública” en relación con los procedimientos para el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales. A continuación, la Sala precisará cuáles fueron esas modificaciones y evaluará su relevancia en la solución del asunto objeto de revisión.

El reconocimiento de las incapacidades laborales, tras la entrada en vigencia del Decreto Ley 19 de 2012

4.5. El artículo 121 del Decreto Ley Antitrámites les atribuyó a los empleadores la obligación de gestionar directamente, ante las EPS, el reconocimiento de las incapacidades por enfermedad general y licencias de maternidad o paternidad a cargo del Sistema General de Seguridad Social en Salud. La norma prohíbe trasladarles a los afiliados dicha carga y advierte que, para efectos laborales, estos deben informarle a su empleador sobre la expedición de la respectiva incapacidad o licencia.

Más adelante, el artículo 142 le adicionó dos párrafos al artículo 41 de la Ley 100 de 1993, sobre el procedimiento de la calificación del estado de invalidez. Los nuevos párrafos son los siguientes:

*“Para los casos de accidente o enfermedad común en los cuales exista concepto favorable de rehabilitación de la Entidad Promotora de Salud, la Administradora de Fondos de Pensiones postergará el trámite de calificación de Invalidez hasta por un término máximo de trescientos sesenta (360) días calendario adicionales a los primeros ciento ochenta (180) días de incapacidad temporal reconocida por la Entidad Promotora de Salud, evento en el cual, con cargo al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia o de la entidad de previsión social correspondiente que lo hubiere expedido, **la Administradora de Fondos de Pensiones otorgará un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador.***

*Las Entidades Promotoras de Salud deberán emitir dicho concepto antes de cumplirse el día ciento veinte (120) de incapacidad temporal y enviarlo antes de cumplirse el día ciento cincuenta (150), a cada una de las Administradoras de Fondos de Pensiones donde se encuentre afiliado el trabajador a quien se le expida el concepto respectivo, según corresponda. **Cuando la Entidad Promotora de Salud no expida el concepto favorable de rehabilitación, si a ello hubiere lugar, deberá pagar un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento ochenta (180) días iniciales con cargo a sus propios recursos, hasta cuando se emita el correspondiente concepto”.***

4.6. Como se observa, el Decreto Ley 19 mantuvo en cabeza de las AFP la facultad de postergar el trámite de calificación de

invalidez hasta por 360 días adicionales a los primeros 180 días de incapacidad, con la condición de que, con cargo al seguro respectivo, otorguen un subsidio equivalente a la incapacidad que venía disfrutando el trabajador. Eso significa, en principio, que las AFP siguen siendo las responsables del pago de las incapacidades que superen 180 días.

Lo que cambió con la entrada en vigencia del estatuto antitrámites, el pasado 10 de enero de 2012, es que las AFP no tendrán que pagar las incapacidades subsiguientes a los 180 primeros días, **cuando las EPS no expidan el concepto favorable de rehabilitación.**

Esto, lejos de inaugurar un nuevo régimen de responsabilidades sobre el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales originadas en un evento de origen común -en los términos sugeridos por ING Pensiones al responder a la tutela promovida por el señor Bautista- lo que implica es un mayor compromiso de los empleadores y las EPS en la tarea de garantizar que el trabajador acceda oportunamente a esas prestaciones económicas, para que pueda asegurar su sustento y dedicarse a recuperar plenamente las condiciones de salud en virtud de las cuales podía desempeñar su empleo.

4.7. Así, vistas las modificaciones que introdujo el Decreto Ley 19, la Sala encuentra que el esquema de responsabilidades de los actores del SGSSI en el reconocimiento y pago de las incapacidades laborales de origen común sigue siendo el mismo, con una salvedad, relativa a que **las EPS asumirán por cuenta propia el pago de las incapacidades laborales superiores a 180 días, cuando retrasen la emisión del concepto médico de rehabilitación.** Las pautas normativas vigentes en la materia son, por lo tanto, las siguientes:

- El pago de las incapacidades laborales de origen común iguales o menores a tres días corre por cuenta del empleador (Decreto 1049 de 1999, artículo 40, párrafo 1°).
- Las incapacidades por enfermedad general que se causen desde entonces y hasta el día 180 deben ser pagadas por la EPS (Ley 100 de 1993, artículo 206). En todos los casos, corresponde al empleador adelantar el trámite para el reconocimiento de esas incapacidades (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 121).
- La EPS deberá examinar al afiliado y emitir, antes de que se cumpla el día 120 de incapacidad temporal, el respectivo concepto de rehabilitación. El mencionado concepto deberá ser enviado a la AFP antes del día 150 de incapacidad (Decreto Ley 19 de 2012, artículo 142).
- Una vez reciba el concepto de rehabilitación favorable, la AFP deberá postergar el trámite de calificación de la invalidez hasta por

360 días adicionales, reconociendo el pago de las incapacidades causadas desde el día 181 en adelante, hasta que el afiliado restablezca su salud o hasta que se dictamine la pérdida de su capacidad laboral (Decreto 2463 de 2001, artículo 23).

- **Si el concepto de rehabilitación no es expedido oportunamente, será la EPS la encargada de cancelar las incapacidades que se causen a partir del día 181.** Dicha obligación subsistirá hasta la fecha en que el concepto médico sea emitido.
- Si el concepto de rehabilitación no es favorable, la AFP deberá remitir el caso a la junta de calificación de invalidez, para que esta verifique si se agotó el proceso de rehabilitación respectivo y, en ese caso, califique la pérdida de la capacidad laboral del afiliado. Si esta es superior al 50% y el trabajador cumple los demás requisitos del caso, la AFP deberá reconocer la pensión de invalidez respectiva. Si es menor del 50%, el trabajador deberá ser reintegrado a su cargo, o reubicado en uno acorde con su situación de incapacidad.

(Negrillas fuera de texto original).

Para el presente caso, es evidente que el actor, ha acumulado más de 540 días de incapacidad, por lo que, para resolver lo relativo a cuál entidad está obligada al pago de las incapacidades a partir del día 540, es necesario advertir que sobre este asunto existía un vacío legal, sin embargo, con la promulgación de la ley 1753 de 2015 “por la cual se expide el Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018”, este interrogante fue resuelto con relación al pago de las incapacidades de origen común, situación que igualmente fue analizada por la Honorable Corte Constitucional en la sentencia T-144 de 2016 que hace un análisis del desarrollo jurisprudencial del tema y aclara este aspecto de la siguiente forma:

1.4 Las eventualidades y responsabilidades en materia de incapacidades que superan los 180 días conducen a una evaluación por parte de las autoridades calificadoras acerca de la pérdida de capacidad laboral. Una vez efectuada la calificación, varios son los resultados posibles: a) No hay pérdida de capacidad laboral

relevante para el Sistema General de Seguridad Social, esto es cuando el porcentaje oscila entre 0% y 5%. b) Se presenta una incapacidad permanente parcial, esto es cuando el porcentaje es superior al 5% e inferior al 50%. Y c) cuando el porcentaje es superior al 50%, esto es cuando se genera una condición de invalidez.

2. Las personas incapacitadas de forma parcial y permanente, se encuentran en una situación adversa, en la medida en que no tienen la plenitud de la fuerza de trabajo, pero no son consideradas técnicamente inválidas. En estos casos es claro que existe una obligación en cabeza del empleador de reintegrar al afectado a un puesto de trabajo que esté acorde a sus nuevas condiciones de salud. En otras palabras el trabajador se hace acreedor del derecho a la estabilidad laboral reforzada, desarrollado por esta Corte a partir del artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Ahora bien ¿qué sucede con el empleado que, a pesar de tener una incapacidad permanente parcial, sigue con problemas de salud de tal índole que le impiden médicamente ejercer su trabajo? Es decir, ¿qué pasa cuando agotado todo el proceso antes relatado, el trabajador no obtiene un porcentaje superior al 50% de PCL, pero aun así continúa como acreedor de certificados médicos de incapacidad laboral, pasados los referidos 540 días? Estas preguntas se pueden aclarar desde dos puntos de vista:

3. El **primero**, que apunta a reevaluar la real capacidad de trabajo del afectado, en especial frente al **concepto de invalidez**. Lo anterior, pues según amplia jurisprudencia de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia¹³, “... la invalidez es un estado que tiene relación directa con el individuo y con la sociedad en la cual se desenvuelve, el criterio de evaluación debe tener patrones científicos que midan hasta qué punto el trabajador queda afectado para desempeñar la labor de acuerdo con las características del mercado laboral”¹⁴.

De lo anterior se puede colegir que una persona que a pesar de no ser considerada técnicamente inválida, sigue incapacitada para trabajar con posterioridad a los 540 días, por motivos atribuibles a la razón primigenia de la incapacidad, debe contar con un mecanismo para reevaluar su porcentaje de habilidad para laborar, pues ese porcentaje está íntimamente relacionado con su labor u oficio. Sobre este punto se hará referencia más adelante.

¹³ Según la Sentencia T-561 de julio 7 de 2010, M. P. Nilson Pinilla Pinilla “una persona es inválida cuando no puede seguir ofreciendo su fuerza laboral, por la disminución sustancial de sus capacidades físicas e intelectuales para desarrollar una actividad laboralmente remunerada”. Así mismo, sobre concepto de invalidez ver T-377 de 2012, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

Según la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia advirtió que una persona es declarada inválida “desde el día en que le sea imposible procurarse los medios económicos de subsistencia”. Casación de 17 de agosto de 1954, citada en Constaín, Miguel Antonio. Jurisprudencia del Trabajo volumen II, edit. Temis, Bogotá, 1967, pág. 725.

¹⁴ Sala de Casación Laboral, rad. 17187 de noviembre 27 de 2001, M. P. Germán Valdés Sánchez.

4. El **segundo** punto de vista, está relacionado con la desprotección que enfrenta una persona que recibe **incapacidades prolongadas más allá de 540 días** pues, en principio, no existía una obligación legal de pago de dichos certificados, en cabeza de ninguno de las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social, dejando al trabajador desprotegido. Esta situación fue inicialmente descrita por esta Corte mediante sentencia **T-468 de 2010**¹⁵, y por su pertinencia se cita *in extensu* en esta ocasión:

“...El trabajador es incapacitado por un término superior a los 540 días.

En esta situación, el trabajador está desprotegido por la falta de regulación legal en la materia, ya que no existe claridad de cuál sería la entidad de protección social que debe asumir el pago del auxilio por incapacidad, situación que empeora si el empleador logra demostrar ante el Ministerio de protección social que en virtud de la incapacidad del trabajador no es posible reintegrarlo al cargo que venía desempeñando o a otro similar, operando de esta manera el despido con justa causa contenido en el artículo 62, numeral 14 del código sustantivo del trabajo. Ello sin perjuicio de lo estipulado en materia pensional.

Se tiene entonces, que en el anterior caso el trabajador quedaría desprovisto del pago de las incapacidades laborales después del día 541 (más no de las prestaciones en salud), por tanto, sin sustento económico para su congrua subsistencia. De igual manera, se vería privado de protección económica en el sistema integral de seguridad social, ante una eventual incapacidad parcial permanente, pues si la misma ha sido de origen común, no tendrá derecho a indemnización, contrario a lo que sucede cuando la incapacidad permanente parcial tiene su origen en una enfermedad de origen profesional o en un accidente laboral.

De esta manera quedan plenamente identificadas dos situaciones en las que el Sistema de Seguridad Social Integral contemplado en la Ley 100 de 1993, dejó desamparado al trabajador que sufre una incapacidad prolongada o una incapacidad parcial permanente de origen común; esto configura un déficit de protección legal frente a los principios constitucionales (integralidad especialmente) que deben regir la seguridad social en nuestro Estado Social de Derecho.”

Al resolver el caso concreto, la Corte en esa ocasión indicó que ni la EPS ni la AFP habían vulnerado los derechos fundamentales del entonces accionante, bajo la siguiente argumentación:

“A partir de la línea discursiva que se planteó en la parte dogmática de esta providencia, se estableció con meridiana claridad que en Colombia no hay una norma legal que estipule la obligación de reconocer el pago de las incapacidades por origen común que superen los 540 días. Desde este punto de vista se puede considerar

¹⁵ M. P. Jorge Iván Palacio Palacio.

que a el señor Torres Sánchez no se le ha vulnerado derecho alguno por parte del Sistema Integral de Seguridad social, ya que se le han reconocido más de los días estipulados en las normas pertinentes...

(...)

No obstante, le asisten a la tutelante otros derechos derivados de la relación laboral vigente, a saber: que se le sigan haciendo los aportes a la seguridad social por parte del patrono y la posibilidad de reintegro una vez alcance su rehabilitación. De igual manera, le asiste la posibilidad de que sea nuevamente valorada para establecer la pérdida real de la capacidad laboral.

Desde esta perspectiva la Sala de Revisión considera que en este caso no hay vulneración de los derechos fundamentales invocados al constatar que tanto la EPS NUEVA, como la Administradora de Fondos de Pensiones ING S.A., pagaron las incapacidades respectivas. De igual forma se aprecia que la Empresa Casa Limpia S.A., no ha incurrido en ninguna conducta que merezca reparo por parte de esta Corporación, al contrario, ha asumido el pago de las prestaciones sociales a favor de la demandante tal como lo establece el principio de solidaridad que rige nuestro sistema actual de seguridad social integral.”

Con posterioridad a esa sentencia la Corte emitió la **T-684 de 2010**¹⁶, en la cual si bien se hicieron algunas consideraciones en torno al déficit de protección de los asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días, se decidió negar por improcedente la acción de tutela debido a que el caso concreto había sido resuelto por una sentencia anterior¹⁷.

Aproximadamente tres años más tarde, la Corte profirió el fallo **T-876 de 2013**¹⁸, en el cual reiteró el referido déficit de protección legal, en un caso en el cual analizó una pretensión que perseguía el pago de incapacidades superiores a los 540 días. Allí se indicó que “... la Sala de Revisión considera que en el sub examine no se configura la vulneración de los derechos fundamentales invocados, dado que tanto Saludcoop E.P.S., como la Administradora de Fondos de Pensiones COLPENSIONES S.A., pagaron las incapacidades respectivas”. En consecuencia, negó parcialmente el amparo y ordenó una nueva calificación al entonces accionante.

5. Ahora bien ha de indicarse que al momento de resolver el caso concreto, el Juzgado de primera instancia en la presente acción de tutela citó como fundamento la sentencia **T-004 de 2014**¹⁹, sin embargo, ella no constituye un precedente aplicable al caso concreto

¹⁶ M. P. Nilson Pinilla Pinilla

¹⁷ La parte resolutive de esa sentencia es: “**Primero.- CONFIRMAR** el fallo dictado por el Juzgado 12° Penal del Circuito de Cali en marzo 26 de 2010, que confirmó el proferido por el Juzgado 5° Penal Municipal con Funciones de Conocimiento de Cali en febrero 18 de 2010, que **negó por improcedente** el amparo de los derechos fundamentales reclamados por el señor Diego Fernando Borrero Mejía.”

¹⁸ M. P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹⁹ M. P. Mauricio González Cuervo.

debido a que las situaciones fácticas no son equiparables.

Así, en esa ocasión, se amparó el derecho fundamental al mínimo vital de una persona a la cual le han expedido incapacidades laborales por más de 540 días como consecuencia de varios diagnósticos que habían redundado en **una pérdida de capacidad laboral del 51.77%**, sin que la EPS, la empresa accionada o la AFP hubieren pagado oportunamente las incapacidades prescritas, ni realizado los trámites para reconocer y pagar la pensión de invalidez. En ese caso existía un dictamen que ofrecía certeza de la imposibilidad de rehabilitación del accionante y una negligencia de las entidades en el trámite de su pensión, por tal razón se aplicó una interpretación constitucional del artículo 23 del Decreto 2463 de 2001, **que condicionaba el pago de las incapacidades superiores a los 540 por parte del fondo de pensiones, al trámite y reconocimiento de la pensión de invalidez a la que tenía derecho el actor.**

Como se evidencia, en el presente asunto, el porcentaje de calificación de la invalidez, hasta ahora vigente, no puede ofrecer tal certeza.

6. Ahora bien, retomando lo referente al déficit de protección legal para asegurados con incapacidades prolongadas por más de 540 días que no tienen derecho a una pensión de invalidez, es necesario resaltar que tal vacío legal fue advertido recientemente por el Congreso de la República, quien a través de la **Ley 1753 del 9 de junio de 2015** –Plan Nacional de Desarrollo 2014-2018–, reguló lo referido al pago de las incapacidades superiores a los 540 días y estableció, en cabeza del Gobierno Nacional, la obligación de regular el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad, dando soluciones a los dos puntos de vista analizados en los fundamentos 31 y 32 de esta sentencia.

En efecto, el artículo 67 de la referida Ley 1753 de 2015, indicó:

“ARTÍCULO 67. RECURSOS QUE ADMINISTRARÁ LA ENTIDAD ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD. *La Entidad administrará los siguientes recursos:*

(...)

Estos recursos se destinarán a:

a) *El reconocimiento y pago a las **Entidades Promotoras de Salud** por el aseguramiento y demás prestaciones que se reconocen a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud, **incluido el pago de incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.** El Gobierno Nacional reglamentará, entre otras cosas, el procedimiento de revisión periódica de la incapacidad por parte de las EPS, el momento de calificación definitiva, y las situaciones de abuso del derecho que generen la suspensión del pago de esas*

incapacidades.”

Teniendo presente esta nueva normativa, es claro que en todos los casos futuros; esto es, los suscitados a partir de la vigencia de la Ley –9 de junio de 2015²⁰–, el juez constitucional, las entidades que integran el Sistema de Seguridad Social y los empleadores deberá acatar lo normado. Como se puede observar en la norma transcrita, el Legislador atribuyó la responsabilidad en el pago de las incapacidades superiores a los 540 días a las EPS, quienes podrán perseguir el reconocimiento y pago de las sumas canceladas por dicho concepto, ante *la entidad administradora de los recursos del sistema general de seguridad social en salud*, según lo prescrito en el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015.

Para el presente caso, el Juez de primera instancia advirtió que se encontraba demostrado que el señor CARLOS ROJAS ACOSTA cuenta con 61 años de edad, se encontraba vinculado a la empresa CALDAS GOLD MARMATO S.A.S., viene incapacitado desde el 12/10/2018 de manera continua e ininterrumpida por los diagnósticos de C 169 TUMOR MALIGNO EN EL ANTRO PILÓRICO (ESTÓMAGO) Y DILATACIONES ANEURISMÁTICAS INCIDENTALS, debidamente reconocidas por las entidades responsables y le fueron canceladas las incapacidades hasta el 15 de junio de 2021.

Por ende, es evidente que el pago de las incapacidades generadas con posterioridad al día 15-06-2021, son posteriores al día 540 de incapacidad y al respecto como ya se emitió concepto de rehabilitación favorable del señor Carlos Rojas Acosta, radicado en Colpensiones, se debe dar efectivamente la orden a la NUEVA EPS del pago de las incapacidades solicitadas del 15 de junio de 2021.

Lo anterior para significar que el fallo, se encuentra debidamente

²⁰ L. 1753/2015. **ARTÍCULO 267. VIGENCIAS Y DEROGATORIAS.** *La presente ley rige a partir de su publicación y deroga todas las disposiciones que le sean contrarias.* La ley fue publicada en el Diario Oficial No. 49.538 de **9 de junio de 2015.**

fundamentado tanto normativa como jurisprudencialmente, por lo que esta Corporación procederá a confirmarla, ya que las órdenes efectuadas por el fallador constitucional no desbordan las competencias u obligaciones que tiene cada una de las entidades afectadas con la decisión.

No obstante, deberá aclararse que al existir un medio de defensa judicial ordinario, la tutela se concede como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable por lo que se dará aplicación al artículo 8 del decreto 2591 de 1991 que consagra:

ARTICULO 8o. LA TUTELA COMO MECANISMO TRANSITORIO. Aun cuando el afectado disponga de otro medio de defensa judicial, la acción de tutela procederá cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable.

En el caso del inciso anterior, el juez señalará expresamente en la sentencia que su orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

En todo caso el afectado deberá ejercer dicha acción en un término máximo de cuatro (4) meses a partir del fallo de tutela.

Si no la instaura, cesarán los efectos de éste.

Cuando se utilice como mecanismo transitorio para evitar un daño irreparable, la acción de tutela también podrá ejercerse conjuntamente con la acción de nulidad y de las demás procedentes ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. En estos casos, el juez si lo estima procedente podrá ordenar que no se aplique el acto particular respecto de la situación jurídica concreta cuya protección se solicita, mientras dure el proceso.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, CONFIRMA la sentencia de

naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia.

Se ACLARA que el amparo se concede de manera transitoria, por lo cual el accionante deberá interponer la acción laboral ordinaria dentro de los cuatro meses siguientes a esta providencia para que continúe la vigencia del amparo hasta que la justicia laboral decida lo pertinente. Esto es, la orden permanecerá vigente sólo durante el término que la autoridad judicial competente utilice para decidir de fondo sobre la acción instaurada por el afectado.

Envíese este proceso a la Honorable Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

Firmado Por:

**Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

**Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

**Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

**16303e63375546624a816c4db77f9a04e7ebf90f9218b8647d790
c4502e9f973**

Documento generado en 04/03/2022 09:40:34 AM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

N.I.	2022-0158-3
Radicado	05579310400120210001
Accionante	Juliana María Quintero Agudelo
Accionado	Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas - UARIV
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Revoca

Medellín, tres (03) de febrero de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 058 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la demandada¹ contra la sentencia de tutela de 25 de enero de 2021², emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio - Antioquia, que decidió tutelar los derechos fundamentales de la parte actora, y en consecuencia, ordenó a la demanda a comunicar a la promotora información acerca del período de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización indicando la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma.

¹ Fue remitida al Tribunal por el Juzgado de origen el 3 de febrero de 2021. Se recibió en secretaria de la Sala penal el 11 de febrero de 2021, el acta de reparto es del 9 de febrero de ese año y pasó al Despacho el 10 de febrero de 2022.

² Folio 33 a 43, ibídem.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó el accionante que³, es una persona desempleada y sin recursos de sostenibilidad, que el día 9 de noviembre de 2020, solicitó a la Dirección Técnica de la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en adelante **UARIV**- información relacionada con la Resolución 04102019-489056 del 13 de marzo de 2020, en donde refiere que se le reconoció el derecho de indemnización administrativa por desplazamiento forzado a su grupo familiar; sin embargo, relata que a la fecha no ha recibido comunicado por parte de la demandada.

Por lo anterior, requiere a la judicatura el amparo a su derecho fundamental de petición; y, en consecuencia, orden que determine a la demandada a resolver de fondo la solicitud alegada.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio – Antioquia el 18 de enero del año en curso⁴ decidió asumir la competencia del asunto, y ofició a la accionada para que, en ejercicio de sus derechos de defensa y contradicción, procediera a manifestarse respecto de los hechos expuestos en el escrito tutelar.
2. El 20 de enero de la misma anualidad⁵, el representante judicial de la **UARIV**, al descorrer traslado de la acción de tutela, afirmó que al revisar el sistema de información de la entidad, no se encontró solicitud por parte de la actora que se encuentre pendiente para dar respuesta.

³ Folios 2 a 3, ibídem.

⁴ Folio 7 y 8, ibídem.

⁵ Folios 17 a 23, ibídem.

Sin embargo, relató que mediante Resolución N° 04102019 489056 del 13 de marzo de 2020, se reconoció a la accionante indemnización administrativa por desplazamiento forzado y se le informó que la entrega de la indemnización se encuentra sujeta a la aplicación del método técnico de priorización, y aclaró que para el caso de la gestora el mismo se llevó a cabo por ruta general, de acuerdo a lo consignado en el artículo 20 de la resolución 01049 del 15 de marzo de 2019.

De contera, explicó el propósito del método técnico de priorización y que para su aplicación se tiene en cuenta la información de las variables demográficas, socioeconómicas, de caracterización del daño, y de avance en el proceso de reparación integral. Adicionó que el mismo se realiza anualmente, de modo que, su aplicación será respecto de la totalidad que al finalizar el 31 de diciembre del año inmediatamente anterior cuenten con decisión de reconocimiento de indemnización administrativa a su favor.

Indicó que para el caso particular se aplicará el 30 de julio del año 2021, cuyo resultado se informará a la respectiva víctima en su momento. Así, expuso que surge para la entidad la imposibilidad de dar fecha cierta y/o turno de pago, toda vez que debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

En virtud a ello, solicitó a la administración de justicia negar las pretensiones invocadas por la promotora en su escrito tutelar.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio – Antioquia profirió sentencia de primera instancia en la que decidió tutelar los derechos fundamentales de la parte actora y ordenó a la UARIV comunicarle

información acerca del período de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización indicando la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma.

Lo anterior, por cuanto consideró que de acuerdo con la valoración de los documentos aportados es posible determinar el reconocimiento de la accionante como víctima del conflicto armado y la presentación de solicitud escrita por parte de ella.

Del mismo modo, consideró el operador de justicia que no determinar un turno o fecha cierta de pago hasta tanto no se efectuó la aplicación del método técnico de priorización, desconoce lo preceptuado en el artículo 14 de la Resolución 1049 de 2019, en tanto es obligación de esa entidad informar la fecha aproximada o estimada en que se hará efectivo el pago de la indemnización.

Adicionó que el precedente de la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia, en decisión del 16 de septiembre de 2020, estableció que la **UARIV** transgredió el principio de plazo razonable que guía las actuaciones administrativas de su competencia, al omitir manifestarle a la accionante la fecha estimada y razonable en que hará efectivo el pago de la indemnización administrativa.

DE LA APELACIÓN

Indicó la UARIV que emitió Resolución N° 04102019-489056 del 13 de marzo de 2020, en la que reconoció el derecho de la gestora a recibir indemnización administrativa, lo cual fue comunicado a la residencia del jefe de hogar el 24 de julio de 2020, informando en el escrito que contra la decisión procedían los términos de ley, que no fueron debidamente ejecutados.

Relató que surge para la entidad la imposibilidad de dar fecha y cierta y/o pagar la indemnización administrativa, toda vez que debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

Aseguró que lo anterior, fue comunicado mediante oficio No. 20217202130431 adiado el 27 de enero de 2021, a la accionante la dirección de correo electrónico juliana3462@hotmail.com.

Adicionó que la labor de indemnizar a todas las víctimas del conflicto armado resulta en una labor difícil de ejecutar, por lo que el método técnico de priorización consagra un orden de entrega progresivo de todos los afectados, y que el próximo sería realizado el 30 de julio de 2021.

A su juicio, el fallo objetado resulta violatorio del derecho al debido proceso respecto de actuaciones administrativas por defecto procedimental absoluto, pues al ordenar a la Unidad que proceda a comunicarle a la promotora acerca del periodo de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización y le indique la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma, omite y deja de un lado el proceso administrativo legalmente establecido que debe ser de imperiosa observancia y respeto por el operador judicial, derivando ello en la apertura de una brecha para que las víctimas accedan a los beneficios diseñados para la población víctima de manera irregular sin cumplir con las etapas administrativas previas al reconocimiento de la indemnización administrativa.

Finalmente, realizó precisiones sobre la aplicación del método, y mencionó que en el caso concreto no hay vulneración de derecho fundamental alguno. Así las cosas, petitionó que se proceda a revocar la decisión

proferida por el administrador de justicia, y en su lugar se accedan a las pretensiones postuladas inicialmente por él.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁶, el *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela y esta Corporación es competente para pronunciarse según los artículos 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

Según el artículo 86 de la Constitución Política, la tutela constituye un mecanismo residual de protección de los derechos fundamentales que permite la intervención del juez constitucional ante su vulneración o amenaza por la acción u omisión de las autoridades públicas o de los particulares, tratándose de estos últimos en los casos previstos en la norma invocada.

De tal suerte, para la prosperidad del amparo judicial se requiere que aparezca demostrada una situación de esta naturaleza, esto es, de quebranto actual o de riesgo inminente para un derecho de dicha categoría. De igual modo, que el afectado carezca de otro medio de defensa judicial, a menos que el recurso ordinario sea ineficaz o se acuda a la acción pública con carácter de mecanismo transitorio para evitar un perjuicio irremediable;

⁶ Modificado por el Decreto 1382 de 2000, que fue ratificado en el Decreto 1069 de 2015 y este a su vez modificado por el Decreto 1983 de 2017

en fin, en las hipótesis excepcionales del artículo 6, numeral 1o, del Decreto 2591 de 1991.

Por tal motivo, la decisión sobre las pretensiones del impugnante se supedita a la verificación de los requisitos enunciados, que el Tribunal debe examinar si concurren en el presente caso.

Así, sea lo primero indicar que la ciudadana Juliana María Quintero Agudelo manifestó que el día 9 de noviembre de 2020 solicitó a la Dirección Técnica de la **Unidad para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas** –en adelante **UARIV**- información respecto del motivo por el cual no se ha hecho efectivo el pago de la indemnización que le fue reconocida, sin obtener respuesta alguna. Invocó amparo a su derecho fundamental de petición y se consecuencia, ordenara a la UARIV resolver de fondo la solicitud alegada.

La primera instancia tuteló los derechos fundamentales del derecho de petición, debido proceso y protección especial como persona en condición de desplazamiento y víctima del conflicto y ordenó a la UARIV comunicarle a la accionante información acerca del período de que dispone para hacerse efectivo el pago de la medida de indemnización indicando la fecha - estimada y razonable - para la cual se hará efectivo el pago de la misma.

La UARIV, expresa su inconformidad ante el fallo de primera instancia al considerar que no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la accionante pues debe ser respetuosa del procedimiento establecido en la Resolución 1049 de 2019 y del debido proceso administrativo.

Procede la Sala, en consecuencia, a estudiar lo relacionado con: i) la fecha de pago de la indemnización administrativa y ii) el derecho de petición.

1. Del pago de la indemnización administrativa.

Al respecto y reiterando el criterio de esta Sala de Decisión⁷, es preciso aclarar que la Sentencia T-083 de 2017 de la Corte Constitucional recalcó que la indemnización administrativa y los demás mecanismos de reparación, no siguen el orden de las solicitudes, por cuanto la Ley 1448 de 2011, y sus decretos reglamentarios, crearon criterios de gradualidad, progresividad y priorización, para poder fijar el orden de entrega, verificar el grado de vulnerabilidad de la persona y su grupo familiar, por ser la forma más viable para realizar la reparación efectiva, con enfoque diferencial, garantizando prevalencia sobre aquellos que requieren sean satisfechas con urgencia.

Mediante Auto 206 de 2017, la Corte Constitucional ordenó al Director de la Unidad para las Víctimas, en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público y del Departamento Nacional de Planeación, reglamentar el procedimiento a agotar por parte de las personas desplazadas para la obtención de la indemnización administrativa con criterios puntuales y objetivos. En ese orden, expidió la Resolución No. 1049 del 15 de marzo de 2019, *“Por medio de la cual se adopta el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa, se crea el método técnico de priorización, se deroga las Resoluciones 090 de 2015 y 01958 de 2018 y se dictan otras disposiciones”*

Según el artículo 11 del mencionado acto administrativo, para la materialización de la entrega de la indemnización administrativa, siempre se tendrá en cuenta la disponibilidad presupuestal, además la clasificación de las solicitudes en **prioritarias** *las que corresponden a las solicitudes en las que se acredite cualquiera de las situaciones previstas en el artículo 4 y*

⁷ 2021-0301-3, 2021-0594-3, 2021-0640-3, 2021-1373-3 2021.1688-3, 2021-1706-3.

generales corresponde a las solicitudes que no acrediten alguna situación de extrema urgencia y vulnerabilidad como lo establece el artículo 9.

En ese orden, con la Resolución 1049 de 2019, se estableció el procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa aplicándose para todas las solicitudes cuatro fases a saber: (i) fase de la solicitud de indemnización administrativa (artículo 7), (ii) fase de análisis de la solicitud (artículo 10), (iii) fase de respuesta de fondo de la solicitud (artículo 11) y (iv) fase de entrega de la medida indemnizatoria (artículo 14).

De otro lado, creó el Método Técnico de Priorización- artículo 15 y s.s.- el cual se define como un proceso técnico que determina los criterios y lineamientos que debe adoptar la Subdirección de Reparación Individual para determinar la priorización anual del desembolso de la indemnización administrativa.

Dicho Método -artículo 16- tiene por objeto generar listas ordinales que indicarán la priorización para el desembolso del derecho económico al que tienen lugar las víctimas reconocidas en el RUV, y se aplica anualmente a las mismas a efectos de determinar la urgencia en los pagos, asignar turnos que resulten proporcionales a ellos, y respetar los recursos asignados a la entidad para la vigencia fiscal⁸.

Si bien el inciso 4° del artículo 14 de la Resolución No. 01049 del 15 de marzo de 2019 contempla que *“En todos los casos que proceda la entrega de la indemnización, la Unidad para las Víctimas comunicará a la víctima solicitante acerca del periodo de que dispone para hacer efectivo el pago de la medida de indemnización”*, una interpretación sistemática de la norma obliga a considerar el

⁸ Artículo 17, ibídem.

procedimiento para reconocer y otorgar la indemnización por vía administrativa a través del método de priorización.

Conforme a lo antes descrito, resulta evidente que la entidad no conoce la fecha cierta de pago de las indemnizaciones administrativas, salvo la asignada para aquellas personas que resultaron priorizadas con la aplicación del método expuesto anteriormente.

Es en razón de ello, aunado a que en el RUV se registra un elevado número víctimas del conflicto armado, que se predica la imposibilidad de exigirle a la demandada el aporte de una fecha exacta o aproximada en la que realizará el pago del concepto económico que anteriormente reconoció.

En esa medida, dado que no se ha comprobado que la accionante se encuentran inmersos alguna de las situaciones de urgencia manifiesta o extrema vulnerabilidad contenidas en el artículo 4 de la Resolución 1049 de 2019 y artículo 1 de la Resolución 582 de 2021, mal puede obligarse a la entidad demandada a priorizar la entrega de la indemnización administrativa y señalar fecha estimada y razonable para ello.

Por tanto, la decisión de primera instancia será revocada al no advertirse vulneración alguna al debido proceso.

2. Del derecho de petición.

La accionante solicitó se amparara su derecho fundamental de petición dado que la UARIV no ha atendido su solicitud del 9 de noviembre de 2020, relacionada con la Resolución 04102019-489056 del 13 de marzo de 2020 según la cual le reconoció el derecho de indemnización administrativa por desplazamiento forzado a su grupo familiar.

Previo a la decisión adoptada por la primera instancia, la UARIV informó que no se encontró solicitud alguna por parte del accionante, pendiente de dar respuesta.

No obstante, al momento de presentar la impugnación, la **UARIV** aseguró que a la petición adiada el 9 de noviembre de 2021 se dio respuesta de fondo mediante oficio No. 20217202130431 adiado el 27 de enero de 2021⁹, y que se notificó el mismo día a la dirección de correo electrónico juliana3462@hotmail.com, aportada por la accionante en su escrito petitorio, en la que exponen el estado del trámite de entrega de su indemnización administrativa y los motivos por lo que se imposibilita asegurar fecha cierta de desembolso.

De tal suerte, nos encontramos ante un hecho superado, dado que durante el trámite de la acción de tutela, se presentó la ocurrencia de la respuesta brindada por la UARIV y echada de menos por el accionante, que a la luz de lo considerado por la Corte Constitucional, *“...demuestran que las circunstancias existentes al momento de interponer la acción se transformaron y por lo tanto la parte accionante ha perdido el interés en la satisfacción de su pretensión o ésta no puede obtenerse, pues la situación en principio informada a través de la tutela, ha cesado”*.¹⁰

Por tanto, al encontrarse satisfecho el núcleo esencial del derecho fundamental de petición durante el trámite constitucional, sin sujeción a una orden constitucional, debe comprenderse que en la actualidad carece de objeto emitir cualquier orden, pues se reitera, la accionada a la fecha ha cumplido con la carga probatoria para acreditar el contenido de la respuesta a la petición inicial de la gestora y su correspondiente

⁹ Folio 65 y 66, ibídem.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-283 de 2016.

notificación, por lo tanto, se declarará el acaecimiento del fenómeno jurídico del hecho superado.

Por lo expuesto, esta Sala de decisión del **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR por lo expuesto, la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío - Antioquia el 25 de enero de 2021.

SEGUNDO: DECLARAR la existencia del fenómeno jurídico del hecho superado, ante la respuesta emitida y notificada a la accionada el 27 de enero de 2021, según la motivación de este proveído.

TERCERO: NOTIFICAR a las partes, conforme lo ordena el Decreto 2591 de 1991, informándoles que contra la presente decisión no procede ningún recurso

CUARTO: REMITIR la actuación a Corte Constitucional para su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero
Magistrada
Sala 004 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:
b343001737ac648ed2f516be280d4af6b0a7a4f6f160d576996639b3b16
c472b

Documento generado en 03/03/2022 01:38:56 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE
ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL**

Medellín, marzo cuatro (04) de dos mil veintidós (2022)

Acta No 026

TUTELA	2022-0223-4
ACCIONANTE:	PEDRO MIGUEL VARGAS GIL
ACCIONADO:	JUZGADO PRIMERO PENAL DEL CIRCUITO ESPECIALIZADO DE ANTIOQUIA
ASUNTO:	REMITE POR COMPETENCIA

En la presente acción constitucional, aunque inicialmente se consideró competente la Sala para decidir sobre el fondo del asunto, conocida la respuesta del juzgado accionado – *Juzgado Primero Penal del Circuito Especializado de Antioquia* – es avizorada la falta de competencia de esta Corporación para surtir el trámite de la misma.

Es así como asumido el conocimiento del asunto por parte de la Magistratura, se requirió al ente judicial accionado para que ejerciera sus derechos de contradicción y defensa, recibándose como respuesta que el 26 de diciembre de 2008, fue emitida sentencia condenatoria en desfavor del señor Vargas Gil por los delitos de Secuestro extorsivo y Fabricación, tráfico y porte de armas de fuego, imponiéndosele una pena 360 meses de prisión,

decisión apelada por la defensa y el entonces procesado, siendo confirmada en su integridad por la Sala Penal de este Tribunal, el 26 de octubre de 2010.

Así las cosas, esta Colegiatura debe vincularse como autoridad accionada en el presente trámite, pues tuvo a su cargo el pronunciamiento de segunda instancia frente a la sentencia condenatoria proferida en contra del señor PEDRO MIGUEL VARGAS GIL, de ahí que tratándose la legalidad de la pena como aspecto central de la acción de amparo, la competencia para decidir este asunto constitucional recae en la Honorable Corte Suprema de Justicia, conforme a las previsiones del artículo 2.2.3.1.2.1 del Decreto 1069 de 2015, modificado por los Decretos 1983 de 2017 y 33 de 2021, artículo primero.

En consecuencia, se **ORDENA** remitir las presentes diligencias ante la H. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA –SALA PENAL-, para lo de su competencia.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

**Firma electrónica
PLINIO MENDIETA PACHECO**

**Firma electrónica
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

**Firma electrónica
GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME**

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

98c39ca1916c1fcb694bab6dfede9ab6c8147f05eaf54cbb07a150dbb50dd7c6

Documento generado en 04/03/2022 03:47:38 PM

Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 05031318900120220000800 **NI:** 2022-0165-6

Accionante: DR. FABIO ALBERTO MAZO CARDONA PERSONERO MUNICIPAL DE AMALFI COMO AGENTE OFICIOSO DE JULIÁN QUINTERO AVENDAÑO Y OTROS

Accionada: DEPARTAMENTO DE POLICÍA DE ANTIOQUIA Y OTROS

Decisión: Anula

Aprobado Acta No.: 028 de marzo 3 del 2022

Sala No: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, marzo cuatro del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia), en providencia del pasado 2 de febrero del año 2022, concedió el amparo Constitucional invocado por el Personero Municipal de Amalfi quien actúa como agente oficioso de los señores Julián Quintero Avendaño, Ken Joseph Rojas Tamayo y José Enrique Méndez Montes en contra del Departamento de Policía de Antioquia, Estación de Policía de Amalfi, SIJÍN Seccional Antioquia, Complejo Carcelario y Penitenciario Bellavista, Municipio de Amalfi, Municipio de Donmatías, y el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el director del Establecimiento Penitenciario de Santa Rosa de Osos, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario INPEC, la directora Regional Noroeste del INPEC, y el director del Establecimiento Penitenciario de Medellín - Bellavista, interpusieron recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de la presente acción constitucional fueron relatados por el Despacho de instancia de la siguiente manera:

“Los afectados Julián Quintero Avendaño, Ken Joseph Rojas Tamayo y José Enrique Méndez Montes fueron capturados los primeros días del mes de diciembre en el Municipio de Don Matías, y fueron trasladados El 07 de diciembre de 2021 a la Estación de Policía de Amalfi sin tener ningún vínculo procesal con este Municipio, el 04 de diciembre de 2021 el Juzgado Único Promiscuo de San José de la Montaña impuso contra el señor Julián Quintero Medida de Aseguramiento Intramural en el Complejo Carcelario Y Penitenciario De Bellavista y por Oficio 0126 solicitó al mayor de la SIJIN la custodia mientras era trasladado al centro de reclusión, en el mismo sentido el 06 de diciembre de 2021 el Juzgado Promiscuo Municipal de Santa Rosa de Osos impuso contra los señores Ken Rojas y José Méndez medida de aseguramiento intramural en el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos y por Oficio 1465 solicito al jefe de la SIJIN tener la custodia previo al traslado al centro indicado, a la fecha de presentación de tutela no se había realizado el traslado a los centros asignados superando más de un mes en la Estación de Policía de Amalfi.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Una vez admitida la acción de tutela el pasado 24 de enero de la presente anualidad, se efectuó la notificación de las partes accionadas, esto es, Departamento de Policía Antioquia, Estación de Policía de Amalfi, Centro Penitenciario Bellavista, Centro Penitenciario Santa Rosa de Osos, municipios de Donmatías y Amalfi, Juzgados Promiscuos Municipales de San José de la Montaña y Santa Rosa de Osos, y Sijín Antioquia. Posteriormente se ordenó la vinculación del Instituto Penitenciario Regional Noroeste.

La Dra. Natalia Alejandra Salazar Uribe Juez Promiscuo Municipal de Santa Rosa de Osos, comenzó su relato cuestionando el trámite impartido y las reglas de reparto de las acciones de tutela, pues el superior jerárquico de ese despacho y del Promiscuo Municipal de San José de la Montaña, es el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Rosa de Osos.

Asintió que en ese despacho judicial se llevaron a cabo las audiencias preliminares celebradas los días 2, 3 y 6 de diciembre de 2021 dentro del CUI 05 001 60 99154 2020 00045 N.I 2021-00073 investigación que se sigue por los delitos de *“concierto para delinquir artículo 340 inciso 2 y 3 en concurso con el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes art. 376 del c.p y otros”*, actuación que se adelantó en contra de 14 personas entre ellas los señores José Enrique Méndez Montes y Ken Joseph Rojas Tamayo, imponiéndoles medida de aseguramiento privativa de la libertad en establecimiento carcelario, consecuente con lo anterior expidió la boleta de detención dirigida al Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Santa Rosa de Osos y el oficio N° 1465 calendado el 6 de diciembre de 2021 dirigido a la Sijin Seccional de Antioquia, para que dicha institución procediera a realizar el traslado de los citados ciudadanos al lugar de detención indicado, así mismo, mientras se materializara el mismo, los prenombrados permanecerían en custodia de la Policía Nacional. Determinación que se notificó en estrados, quedando en firme dado que no fueron objeto de recurso.

Aseguró que la materialización de las citadas ordenes impartidas quedaron a cargo de la Policía Nacional y del Establecimiento Carcelario y Penitenciario de Santa Rosa de Osos, por ende, no encuentra vulneración por parte de ese despacho judicial de derechos fundamentales deprecados en favor de los prenombrados.

Solicitó la vinculación de la Dirección Regional Noroeste, entidad encargada de emitir los cupos carcelarios, así mismo, para que esta entidad procediera a materializar las ordenes impartidas por ese despacho judicial. Solicitando finalmente la desvinculación del presente trámite constitucional.

El director del Establecimiento Penitenciario de Santa Rosa de Osos, manifestó que por medio de la circular N° 00050 del 16 de diciembre de 2020 la Dirección Nacional del Inpec ordenó a los directores de los establecimientos recibir a las personas privadas de la libertad que tuvieran la condición de condenadas y sindicadas de altos perfiles criminales y que la boleta estuviera dirigida al establecimiento.

Derogada la anterior circular, por medio de circular N° 000026 del 24 de noviembre de 2021 la Dirección Nacional del INPEC, emite instrucciones para la recepción de las personas privadas de la libertad provenientes de estaciones de policía, unidades de reacción inmediata, guarniciones militares y espacios carcelarios empleados por las autoridades territoriales para la privación de la libertad, quienes deberán presentar la solicitud de fijación de establecimiento a la Dirección Regional del INPEC, sin importar para donde esta dirigida la boleta de encarcelamiento, lo anterior debido al hacinamiento.

Así mismo, que los establecimientos no son competentes para atender la recepción de solicitudes de cupos carcelarios, pues la entidad encargada de brindar cupo es la Dirección Regional Noroeste INPEC. Solicitando, la desvinculación de ese establecimiento de la presente acción constitucional.

El Juzgado Promiscuo Municipal de San José de la Montaña en oficio N° 00004, pone en consideración la competencia en la acción de tutela, por tanto, existen juzgados vinculados los cuales pertenecen al Circuito de Santa Rosa de Osos.

Señaló que ese despacho judicial en audiencias de control de garantías, llevadas a cabo entre los días 2 y 4 de diciembre de 2021, impuso medida de aseguramiento de detención preventiva intramural en contra del señor Julián Quintero Avendaño y otros, la cual quedó en firme por no ser objeto de reparo, dirigiendo esa orden al Establecimiento Penitenciario Bellavista, o donde el INPEC lo determinara, con custodia de la Policía Nacional mientras se cumplía

con el traslado, para lo cual remitieron los oficios del caso al citado Establecimiento Carcelario y a la SIJÍN.

Concluyendo su intervención, solicitando la desvinculación de ese despacho judicial del presente trámite constitucional, dado que no ha vulnerado derechos fundamentales del prenombrado.

La Dirección General del INPEC, señaló que con ocasión del estado de emergencia decretado por el Gobierno Nacional, se expidió el decreto 804 del 4 de junio de 2020 *"Por el cual se establecen medidas para la adecuación, ampliación o modificación de inmuebles destinados a centros transitorios de detención a cargo de los entes territoriales y se adoptan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, por lo tanto, los entes territoriales deben atender a las personas detenidas preventivamente, pues los condenados corresponden al Inpec.

La Procuraduría General de la Nación, mediante Directiva 018 del 29 de septiembre de 2021 señaló la *"responsabilidad de entes territoriales frente personas privadas de la libertad en calidad de sindicado"*, con el fin de promover el cumplimiento de las disposiciones normativas que rigen la creación y mantenimiento a las cárceles en al cual dispone: *"RECOMENDAR a los dirigentes de entidades territoriales la adopción de medidas para poner en marcha el correcto y adecuado funcionamiento de los establecimientos carcelarios dentro de su jurisdicción, de tal manera que se implementen los centros de detención transitoria que resulten necesarios, priorizando en sus acciones el desarrollo de la política carcelaria a nivel territorial, a efectos de superar lo relativo al creciente hacinamiento en estaciones de policía y unidades de reacción inmediata."*

Indicó que en cabeza de los municipios y de los departamentos se encuentra la responsabilidad de la creación y manutención de las cárceles. Que, en las unidades de reacción inmediata, estaciones de policía y centros transitorios de detención, se encuentran personas que soportan una medida de

aseguramiento en condiciones precarias, pues estos sitios no están adecuados en infraestructura sanitaria y alimentaria, es decir, estos lugares no están diseñados para atender las necesidades para una estadía larga.

En conclusión, solicitó se negaran las pretensiones en contra del INPEC, toda vez, pues no es la entidad competente para atender a la población detenida preventivamente.

La Directora del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Medellín - Bellavista, manifestó que en materia penitenciaria y carcelaria los condenados corresponden por competencia al Inpec y los sindicados y detenidos preventivamente a las entidades territoriales, situación que ha sido tratada en la ley 65 de 1993 y en varias sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Aseveró que al señor Julián Quintero Avendaño, le fue impuesta una medida de aseguramiento de carácter intramural, y que tiene la calidad de sindicado. Así mismo, que no vislumbra registro de la radicación de la solicitud de cupo para el prenombrado.

Encontrándose dando cumplimiento a la circular N° 000026 de 24 de noviembre de 2021 de la Dirección General del Inpec, la cual deroga la circular N° 000050 del 16 de diciembre de 2020, impartiendo nuevas instrucciones para las personas privadas de la libertad. En efecto, la Dirección General del Inpec, otorga la competencia a los directores regionales de coordinar con las estaciones de policía, todo lo relacionado con traslados de detenidos que se encuentran en estaciones de policía para los establecimientos carcelarios, encargados de asignar cupo. Por lo que solicitó exonerar de responsabilidad a ese establecimiento.

Por último, según un listado de la MEVAL en el cual se relacionan 435 personas privadas de la libertad en estaciones de policía que ostentan la calidad de condenados, con los mismo derechos reclamados por el accionante, sin embargo, esas personas privadas de la libertad que se encuentran a la espera

de un cupo en el penal cuentan con una sentencia condenatoria, incluso desde los años 2018 y 2019.

La Secretaría de Gobierno del Municipio de Donmatías, señaló que el 1 de diciembre de 2021 en el municipio de Donmatías se efectuaron varias capturas, entre ellas, la de los señores Julián Quintero Avendaño, ken Joseph Rojas Tamayo y José Enrique Méndez Montes.

Seguidamente entre los días 1 y 7 de diciembre se efectuaron las audiencias preliminares en ese municipio, determinaciones que no fueron notificadas a la alcaldía municipal desconociéndose las decisiones proferidas. Que una vez culminadas las audiencias preliminares e impuestas las medidas de aseguramiento, fueron trasladados a varios lugares de acuerdo al cupo gestionado por la Sijin. Asegurando que asumió ese ente territorial el transporte y la alimentación de los sindicados, conforme a las directrices entregadas por el personal de la Sijin encargado de la custodia.

Aseguró que durante el año 2021 se realizaron solicitudes con la intención de celebrar convenios con el Director del Inpec del municipio de Yarumal, con el Alcalde del municipio de Ituango y con el director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos, con el fin de garantizar los derechos fundamentales a la población que se encuentra privada de la libertad en la Estación de Policía Donmatías, solicitudes de las cuales no obtuvo respuesta. Posteriormente remitió nuevas solicitudes dirigidas a las anteriores entidades, sumando al Alcalde de Fredonia y al Alcalde de Cisneros, en este caso obtuvo respuesta y se encuentra realizando las gestiones correspondientes con el Inpec Yarumal.

Finalmente solicita se nieguen las pretensiones incoadas en favor de los demandantes, pues el municipio de Donmatías no es la entidad competente para asignar cupos y realizar traslados de las personas privadas de la libertad.

La Oficina de Asuntos Jurídicos del Departamento de Policía de Antioquia, expone la problemática existente en las Estaciones de Policía con las personas privadas de la libertad. Que la Policía Nacional cuando procede a capturar a una persona, el capturado debe estar bajo la responsabilidad del organismo que efectuó la aprehensión hasta que este sea presentado ante un juez, si el juez decide imponer medida de seguridad le corresponde al fiscal entregarlo al Inpec, situación que se desdibuja en la actualidad pues los funcionarios del Inpec se apartan de sus funciones, pues al trasladar al capturado manifiestan que no cuentan con cupo dado al hacinamiento, por ende el Departamento de Policía de Antioquia no puede negarse de albergar detenidos en Estaciones de Policía. Que, ante la ausencia de actuaciones contundentes por parte del INPEC, esa unidad policial se ha visto forzada asumir la función penitenciaria.

Finalmente solicita se desvincule de la presente acción constitucional a la Policía Nacional, el Departamento de Policía de Antioquia y la Estación de Policía de Amalfi; además, solicita se exhorte al Inpec para que proceda con los trámites para el traslado a un centro penitenciario de los PPL que se encuentran en custodia de la Policía Nacional.

La Secretaría de Gobierno del Municipio de Amalfi, relató que entre el municipio de Amalfi y los municipios de Santa Rosa de Osos y Donmatías no existe convenio alguno que obligue a recibir detenidos provenientes de alguno de los municipios en mención.

La Directora Regional Noroeste del Inpec, relató que de conformidad con el artículo 12 de la ley 1709 de 2014 las personas detenidas preventivamente son responsabilidad de los entes territoriales, pero si ostenta la calidad de condenado la entidad encargada es el Inpec.

Es obligación de las administraciones municipales el manejo de su población en calidad de detención preventiva, así lo estableció la ley 65 de 1993 que dispone que las personas con medidas de aseguramiento de detención en establecimiento carcelario le corresponde a los municipios o departamentos,

los cuales deben contar con cárceles municipales o departamentales, o suscribir convenios en un centro de reclusión del Inpec, o con otro de índole municipal o departamental los cuales también hacen parte del sistema penitenciario.

Insistió, que debe solicitarse al ente territorial para que asuma su responsabilidad, pues su indiferencia genera violación de derechos fundamentales de los PPL en lugares de reclusión transitorios, desconociendo sus obligaciones legales. Resaltando que no es el Inpec el que se encuentra violando los derechos fundamentales en calidad y sindicatos, es la alcaldía municipal conforme a la ley 65 de 1993 y la ley 1709 de 2014.

Aseveró que es prioritario para el Inpec recibir a los PPL condenados y sindicados siempre y cuando estos últimos ostenten un perfil de alta peligrosidad, teniendo en cuenta que existen muchos condenados por recibir provenientes de las Estaciones de Policía.

Resalta que los establecimientos adscritos a la Dirección Regional del INPEC, se encuentran con una tasa de hacinamiento que en su mayoría sobrepasa el 50%, situación que omite el juez de tutela al ordenar la remisión de todos los PPL al centro penitenciario, desplazando la obligación del ente territorial; además que la Presidencia de la República dotó de herramientas jurídicas y presupuestales a los entes territoriales para que estos alberguen y custodien a los PPL sindicados, tal como se encuentra consagrado en el decreto legislativo 804 de 2020.

Finalmente, solicitó la desvinculación de esa dirección de la presente acción constitucional, pues no son los competentes para decidir sobre las pretensiones demandadas.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, la competencia en las acciones de tutela, luego el Juez *a-quo* analizó el caso en concreto.

Comienza su intervención señalando que los señores Julián Quintero Avendaño, Ken Joseph Rojas Tamayo y Enrique Méndez Montes, se encuentran privados de la libertad, tras la imposición de las medidas de aseguramiento privativas de la libertad, impuestas por jueces municipales con función de control de garantías, actualmente, se encuentran privados de la libertad en la Estación de Policía del municipio de Amalfi, que en cumplimiento de dichas medidas se han superado, el lapso de 36 horas que pueden permanecer los detenidos en los centros de reclusión transitoria.

El Juzgado Promiscuo Municipal Santa Rosa de Osos el día 6 de diciembre de 2021 decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en establecimiento carcelario en contra de Ken Joseph Rojas Tamayo y Enrique Méndez Montes, ordenando ser trasladados al Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos. Como los procesados se colocaron a disposición de la Estación de Policía del municipio de Amalfi se encuentran recluidos en este centro de reclusión transitoria desde hace más de 1 meses, sin materializarse la orden de traslado impartida por el juez de control de garantías.

En relación al señor Julián Quintero Avendaño, el Juzgado Promiscuo Municipal San José de la Montaña el día 4 de diciembre de 2021 decretó medida de aseguramiento de detención preventiva en el establecimiento carcelario de Bellavista, aun así, al igual que los otros dos sindicados se encuentra en la Estación de Policía de Amalfi.

Considerando que a los accionantes se le están conculcando sus derechos fundamentales, *“pues de la normatividad ya expuesta y la línea jurisprudencial*

de la Corte Constitucional en la materia se deviene la obligación de trasladar a las personas privadas de la libertad a los establecimientos carcelarios idóneos ya sea para cumplir su condena o en razón a una medida de aseguramiento preventiva máxime cuando un juez ha ordenado su traslado a un centro carcelario específico como en el caso en estudio.”

Siendo clara la vulnerando de derechos fundamentales deprecados por el Personero Municipal, pues los procesados no pueden permanecer en un lugar que no les brinde condiciones dignas, y que no esté diseñado para la permanencia de personas que se encuentren privadas de la libertad por un largo tiempo, es por esto que concedió las pretensiones a fin de que las entidades accionadas realizaran el correspondiente trámite para que los accionantes puedan ser trasladados a los Establecimientos Carcelarios y Penitenciarios correspondientes.

Consideró que en cuanto a las demás pretensiones no es competencia del Juez de tutela determinar en qué jurisdicción deben estar reclusos los procesados, por cuanto el juez natural es el que debe realizar un análisis de las situaciones particulares para cada caso concreto.

En consecuencia, ordenó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario del Municipio de Santa Rosa de Osos, que en coordinación con la Dirección Regional Noroeste Inpec, procedieran en el término de 48 horas, asignar cupo y realizar el traslado de los señores Ken Joseph Rojas Tamayo y José Enrique Méndez Montes, conforme a lo ordenado por el Juzgado Promiscuo Municipal Santa Rosa de Osos, en audiencias preliminares finalizadas el día 6 de diciembre de 2021. Así mismo, ordenó al Establecimiento Penitenciario y Carcelario Bellavista, que en coordinación con la Dirección Regional Noroeste Inpec, procedieran dentro de las 48 horas, asignar cupo y realizar el traslado del señor Julián Quintero Avendaño, conforme a lo ordenado por el Juzgado Único Promiscuo Municipal San José de la Montaña, en audiencias preliminares finalizadas el 4 de diciembre de 2021.

Por otra parte, exhortó a los Juzgados Promiscuo Municipal Santa Rosa de Osos y al Juzgado Único Promiscuo Municipal San José de la Montaña, para que, si no lo han realizado, remitan los oficios a los establecimientos penitenciarios correspondientes, para la asignación de los cupos.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado, el Director del Inpec de Santa Rosa de Osos, el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, la Directora Regional Noroeste del Inpec, y el director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Medellín- Bellavista, interpusieron recurso de apelación.

El Director del Establecimiento Penitenciario de Santa Rosa de Osos, resalta que en la circular N° 00050 del 16 de diciembre de 2020 la Dirección Nacional del Inpec ordenó a los directores de los centros de reclusión recibir directamente las personas privadas de la libertad condenadas y sindicadas de altos perfiles criminales que correspondan a la jurisdicción o cuya boleta estuviera dirigida al respectivo establecimiento.

Esta circular fue derogada por la circular N° 000026 del 24 de noviembre de 2021, por medio de la cual emite instrucciones, en el entendido de *“que el ingreso de las personas privadas de la libertad a los establecimientos de orden nacional a cargo del Inpec, provenientes de las estaciones de policía unidades de reacción inmediata, guarniciones militares y espacios carcelarios empleados por las autoridades territoriales para la privación de la libertad, deben ser coordinados con unos enlaces dispuestos para tal efecto, quienes de presentar la solicitud de fijación de establecimiento y la documentación completa a la dirección regional de INPEC, sin importar para donde se encuentre dirigida la boleta de encarcelamiento por la problemática de hacinamiento que es más grave en algunos establecimientos que en otros.”*

Afirma que la entidad encargada de expedir los cupos carcelarios es la Dirección Regional Noroeste del Inpec.

El Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, señala que debido al estado de emergencia decretado por el Gobierno Nacional, se expidió el decreto 804 del 4 de junio de 2020 *"Por el cual se establecen medidas para la adecuación, ampliación o modificación de inmuebles destinados a centros transitorios de detención a cargo de los entes territoriales y se adoptan otras disposiciones en el marco del Estado de Emergencia Económica, Social y Ecológica"*, es por ello, que los entes territoriales deben proceder de conformidad y atender a las personas detenidas preventivamente, pues los condenados se itera corresponden al INPEC.

Por lo cual solicita se revoque la sentencia de primera instancia, dado que el Instituto Nacional Penitenciario y Carcelario Inpec, no ha vulnerado ningún derecho fundamental de los sindicatos.

La Directora Regional Noroeste del Inpec, cuestionó el fallo de tutela en el entendido de señalar que este omitió las facultades legales que le corresponde a esa dirección, por cuanto es una sede administrativa la cual no recibe, custodia o traslada personal privado de la libertad, pues no cuenta con los espacios e instrumentos para tal función, como tampoco tiene personal de guardia, grupo de remisiones, vehículos y las medidas de seguridad pertinentes.

Por tanto, no se le puede atribuir negligencia, toda vez que los afectados, ostenta la calidad de sindicato, por ende, *"recae la responsabilidad exclusiva de los entes territoriales tomar las acciones pertinentes para que ubique a los afectados en un sitio adecuado para la reclusión del precitado sindicato, de manera que es la Alcaldía como presunto violador de estos derechos fundamentales quienes tienen el deber de asumir su responsabilidad y tomen la custodia y vigilancia, de conformidad con la ley 65 de 1993 y la ley 1709 de*

2014, al igual que las órdenes generadas por Procuraduría General de la Nación.”

En ultimas, solicita se revoque el fallo de tutela impugnado.

El Director del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Medellín-Bellavista, señala que en materia penitenciaria y carcelaria los condenados le corresponden por competencia al Inpec y los sindicados y detenidos preventivamente a las entidades territoriales, situación que ha sido tratada en la ley 65 de 1993 y en diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia.

Conforme al señor Julián Quintero Avendaño tiene la calidad de sindicado, así mismo, niega haber recibido radicación de la solicitud de cupo para el prenombrado. Por lo que solicita se revoque el fallo de primera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Esta Corporación observa que, si bien en la acción tutela rige el principio de informalidad, éste no es absoluto y es necesario satisfacer ciertos presupuestos básicos para evitar una decisión que no proteja los derechos fundamentales, entre ellos la integración de la causa pasiva.

Al respecto la Corte Constitucional en auto 287 del 06 de junio del 2019, señaló:

“Debida integración del contradictorio en sede de tutela. Reiteración de jurisprudencia”

“5. Llegado a este punto, es importante resaltar que la jurisprudencia constitucional, de forma unívoca y consistente, señala que la falta de integración del contradictorio en tutela, no implica de entrada retrotraer la actuación judicial hasta su inicio. En algunos casos, un proceder semejante puede comprometer “desproporcionadamente los derechos fundamentales del respectivo accionante”[55].

“Si bien se ha estimado que, sin lugar a dudas, la falta de notificación de las decisiones en tutela, y específicamente del auto admisorio de la demanda, compromete el debido proceso de quien no fue enterado de las determinaciones del juez y de la existencia del proceso, y que ello impone la declaratoria de nulidad de lo actuado en el proceso; en sede de tutela ello no opera en forma automática, dados los bienes jurídicos que están en juego[56] y en atención a “los principios de economía y celeridad procesal que guían el proceso tutelar”[57].”

“6. En suma, ante la falta de notificación de las partes o de terceros con interés legítimo en el proceso de tutela, en sede de revisión existen dos opciones[58]. La Sala de Revisión puede optar, bien por (i) devolver el proceso a la primera instancia para efecto de que se rehaga el proceso o bien, (ii) en virtud de la urgencia de la protección constitucional y ante una situación que a primera vista pueda considerarse apremiante, por vincular directamente a quien no fue llamado al proceso.”

“La segunda opción, que se orienta por la vinculación en sede de revisión, implica que las personas vinculadas renunciarían a su derecho a controvertir la decisión que se adopte, sea o no desfavorable a ellas. Bajo esa perspectiva, la Corte ha sostenido que, de asumir esta postura, las distintas salas de revisión deben obrar conforme lo normado en el artículo 137 del C.G.P. y advertir la nulidad, junto con la posibilidad de que las personas vinculadas decidan si es de su interés proseguir con el trámite, o reclamar la reiniciación del mismo con el objetivo de lograr participar en él y fortalecer el debate ante los jueces de instancia.”

“Esta postura ha sido reiterada en múltiples pronunciamientos que destacan, como lo recordó el Auto 281A de 2010[59], que el uso excepcional de la vinculación directa en sede de revisión implica que las circunstancias de hecho lo ameriten.”

“7. Cuando la persona vinculada solicita la nulidad, en resguardo de su derecho al debido proceso, resulta imperioso remitir el expediente a la sede judicial de primera instancia para que se surta, nuevamente, el trámite de instancia y se asegure la comparecencia de quien no había sido convocado al proceso y no pudo materializar su derecho a la defensa[60]. Lo anterior en el entendido de que, aun en los eventos en los cuales es urgente la protección constitucional, el debido proceso es una garantía que no puede ser restringida a los sujetos involucrados en el proceso constitucional de tutela[61].”

Es así, como cuando durante el proceso de tutela la causa pasiva ha sido integrada incorrectamente o una parte con un interés legítimo no ha sido notificada, la Corte Constitucional ha encontrado que se configura una causal de nulidad del proceso de tutela y ha considerado que el procedimiento adecuado consiste en devolver el expediente al juez de instancia, con la finalidad que subsane el vicio y se integre correctamente el contradictorio.

En el presente caso una vez revisada la actuación, se observa que si bien la acción de tutela se encuentra dirigida en contra del Departamento de Policía de Antioquia, la Estación de Policía de Amalfi, SIJÍN Seccional Antioquia, el Complejo Carcelario y Penitenciario Bellavista, el Municipio de Amalfi, el Municipio de Donmatías, y el Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Santa Rosa de Osos, lo cierto es que el despacho de instancia omitió vincular al contradictorio a la Dirección General del Inpec, entidad la cual a pesar de haber emitido respuesta y de impugnar el fallo de la referencia, no se vinculó en debida forma tal como se observa en el auto admisorio¹, y dos autos sucesivos, uno que ordenó correr traslado y el que ordenó vincular al contradictorio². Consecuente con ello y visto lo anterior, se tiene que la circular N° 036 de 2020, la cual establece que la Dirección General del Inpec interviene en el trámite para efectuar el traslado de los internos que se encuentren en sitios transitorios de reclusión, por ende, la imposibilidad de excluir a esa entidad de la presente acción constitucional.

En efecto, la Corte Suprema de Justicia en reciente pronunciamiento señaló respecto al tema que nos ocupa la atención, lo siguiente:

“La Sala comparte la orden de amparo emitida en el fallo de primera instancia, pero encuentra que el traslado de los internos con desconocimiento del procedimiento establecido para ello¹ y sin acatamiento de las medidas de bioseguridad², implicaría un riesgo para la salud y vida de los reclusos del establecimiento carcelario al que se lleguen a remitir. Además, la asignación

¹ Auto del 24 de enero de 2022 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi.

² Auto interlocutorio T 16 del 1 febrero de 2022 y Auto interlocutorio T 17 del 1 de febrero de 2022 del Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi

de cupo y la responsabilidad en cuanto al cumplimiento de los protocolos de bioseguridad recaen en la Dirección General del INPEC y la Dirección Regional Noroeste del INPEC.³

Así pues, se itera, una vez auscultado el material probatorio recolectado dentro de la presente acción constitucional, se evidencia que la Dirección General del Inpec, no obstante emitir respuesta, al igual que denota su inconformidad con el fallo de primera instancia al impugnar el mismo, el juzgado de instancia omitió efectuar la vinculación formal al trámite de tutela, tal como se desprende del auto admisorio y del auto que ordena la vinculación y de la totalidad del expediente de tutela.

En consecuencia, se hace necesario vincular de manera efectiva a la Dirección General del Inpec, debido que puede verse inmersa en las resultas de la presente acción constitucional.

Por las razones expuestas anteriormente, se decretará la nulidad de la actuación viciada, que en este preciso caso es la que se surtió a partir del auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi el pasado 24 de enero de 2022, dejando a salvo las pruebas que obran en el expediente, con la finalidad de que se integre correctamente la causa pasiva en el proceso de la referencia.

Así las cosas, se dispondrá la devolución inmediata del asunto al Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia), para que en su lugar imprima el trámite correspondiente.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL, SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

³ Corte Suprema de Justicia STP6588 - 2021Tutela de 2ª instancia No. 115887

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de todo lo actuado, a partir del auto proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia) el pasado 24 de enero de 2022, con excepción de las pruebas practicadas conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO: En consecuencia, se ordena remitir de inmediato las presentes diligencias al Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia), para que imprima el trámite correspondiente.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Nancy Avila De Miranda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado
Sala 001 Penal
Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación:

28dcf405bdf058b01a15c41e7045b86a65b559896ec11f1d6da32fd85cf
fa66f

Documento generado en 04/03/2022 02:54:16 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la
siguiente URL:**

<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>