

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



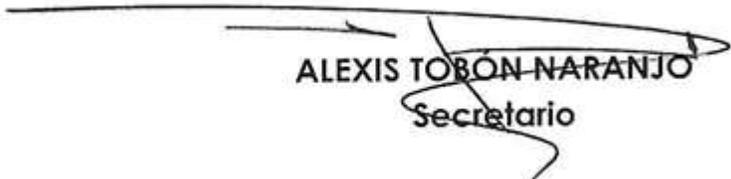
TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 061

La Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia en cumplimiento al inciso 3° del párrafo 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
2022-0295-1	Tutela 2ª instancia	FEDERICO GIL JARAMILLO	Unidad Administrativa Especial de Atención y reparación a las víctimas	Revoca fallo de 1º instancia	Abril 06 de 2022
2022-0297-1	Tutela 2ª instancia	JANETH GONZALEZ VILLA	NUEVA EPS	Modifica fallo de 1º instancia	Abril 06 de 2022
2022-0352-2	Tutela 1ª instancia	JORGE IVAN OSORIO TORRES	Juzgado 2º de E.P.M.S. de El Santuario Antioquia y o	Concede derechos invocados	Abril 06 de 2022
2022-0357-3	Tutela 2ª instancia	RAFAEL ZAPATA ROJAS	NUEVA EPS	Confirma fallo de 1º instancia	Abril 06 de 2022
2022-0396-3	Decisión de Plano	acceso carnal abusivo con incapaz de resistir	JHON FREDY GARCIA VIANA	Declara infundado impedimento	Abril 06 de 2022
2022-0311-3	auto ley 906	Actos sexuales con menor de 14 años	VICTOR ALONSO LONODÑO SANTAMARIA Y O	Rechaza recurso por improcedente	Abril 06 de 2022
2022-0368-3	Tutela 1ª instancia	CRISTIAN MEJIA PARRA	Juzgado 2º de E.P.M.S. de Antioquia y o	Niega por improcedente	Abril 06 de 2022
2017-0538-4	Sentencia 2ª instancia	Acceso carnal abusivo con menor de 14 años	JHON WALTER DAVID CARDONA	Confirma sentencia de 1º instancia	Abril 06 de 2022
2020-0485-4	Sentencia 2ª instancia	EXTORSION AGRAVADO	WALTER MATEO GALLEGO JIMENEZ	Confirma sentencia de 1º instancia	Abril 07 de 2022
2022-0419-6	Decisión de Plano	RECEPTACION AGRAVADA	MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO	Declara infundado impedimento	Abril 07 de 2022

FIJADO, HOY 08 DE ABRIL DE 2022, A LAS 08:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

DESFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 058

PROCESO : 2022-0295-1 (05031 31 89 001 2022 00028)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : FEDERICO GIL JARAMILLO en calidad de Alcalde
Municipal de Amalfi, Antioquia
ACCIONADO : UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA
ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS
VÍCTIMAS – UARIV-
PROVIDENCIA: TUTELA DE SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de impugnación interpuesto por la señora MIRYAM ALEYDA ZAPATA MONTOYA, como alcaldesa encargada según decreto N° 047 del 25 de febrero de 2022 en contra de la sentencia proferida el 03 de marzo de 2022 por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Amalfi (Antioquia), mediante la cual negó el amparo en la acción de tutela impetrada por el actor.

LA DEMANDA

Expuso el accionante, que, en su calidad de Alcalde local, envió derecho de petición por correo electrónico a la UARIV desde el 27 de julio de 2021 sin que a la fecha le hubiesen contestado de manera completa y de fondo el mismo, el cual ha sido reiterado en

diferentes oportunidades.

LA RESPUESTA

La Unidad Administrativa para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas, por medio de su Representante Judicial, informó que se dio respuesta al accionante mediante la comunicación 20227203844781 el 21 de febrero de 2021.

Agregó que se le dio respuesta a cada una de las personas relacionadas en el escrito y las que no tienen respuesta de fondo están en trámite una vez terminen el proceso se les comunicará de manera personal las resultas del estudio.

En consecuencia, solicita negar las peticiones incoadas en el escrito de tutela, en razón a que la Unidad para las Víctimas, ha realizado, dentro del marco de su competencia, todas las gestiones necesarias para cumplir los mandatos legales y constitucionales, evitando que se vulneren o pongan en riesgo los derechos fundamentales del solicitante.

EL FALLO IMPUGNADO

La Juez de Primera Instancia declaró improcedente el amparo de los derechos fundamentales invocados, al haberse configurado una carencia actual de objeto por hecho superado, debido a que la Entidad Accionada, dio respuesta al actor, respuesta que fue de

fondo y congruente y se puso en conocimiento del accionante.

LA IMPUGNACIÓN

La señora MIRYAM ALEYDA ZAPATA MONTOYA, en calidad de alcaldesa encargada, impugnó el fallo indicando que no está de acuerdo con la decisión de primera instancia, ya que considera que la entidad accionada no dio respuesta de fondo por lo que no se pronunciaron con respecto de los siguientes ítems:

- “...1. Acompañamiento en el proceso de desalojo de las personas que estén incluidas en el RUV, para la verificación de las condiciones de vulnerabilidad.
2. Informar cuál es la calificación vigente por parte de la UARIV en materia de alojamiento de estas personas.
3. Aportar información sobre la superación de la necesidad de vivienda de estos grupos familiares.
4. En caso de no tener la información solicitada en los numerales 2 y 3 de este apartado, favor designar un funcionario de la UARIV para que realice dicha calificación.”.

Pide se ordene a la unidad de Atención y reparación Integral a Víctimas – UARIV, dar una respuesta de fondo, clara y precisa a la información solicitada.

CONSIDERACIONES

La Sala advierte que el problema jurídico propuesto se contrae en determinar si la entidad accionada vulneró derechos fundamentales del accionante FEDERICO GIL JARAMILLO en calidad de Alcalde Municipal del Amalfi, quien solicitó información concreta a la Unidad

Administrativa Especial para la Atención y Reparación a las víctimas, la cual emitió respuesta al parecer de fondo con lo solicitado.

La Constitución Política, en su artículo 23 consagra que “toda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución. El legislador podrá reglamentar su ejercicio ante organizaciones privadas para garantizar los derechos fundamentales”.

Frente a las características esenciales del derecho de petición, ha sido abundante y reiterativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional, al considerar que el núcleo esencial de este derecho reside en la resolución pronta y oportuna de la solicitud.

En este sentido, esa Corporación ha manifestado:

“(i) El derecho de petición es fundamental y determinante para la efectividad de los mecanismos de la democracia participativa, garantizando a su vez otros derechos constitucionales, como los derechos a la información, a la participación política y a la libertad de expresión; (ii) el núcleo esencial del derecho de petición reside en la resolución pronta y oportuna de la cuestión; (iii) la petición debe ser resuelta de fondo, de manera clara, oportuna, precisa y congruente con lo solicitado; (iv) la respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible; (v) la respuesta no implica aceptación de lo solicitado ni tampoco se concreta siempre en una respuesta escrita; (vi) este derecho, por regla general, se aplica a entidades estatales, y en algunos casos a los particulares; (vii) el silencio administrativo negativo, entendido como un mecanismo para agotar la vía gubernativa y acceder a la vía judicial, no satisface el derecho fundamental de petición pues su objeto es distinto. Por el contrario, el silencio administrativo es la prueba incontrovertible de que se ha violado el derecho de petición; (viii) el

derecho de petición también es aplicable en la vía gubernativa; (ix) la falta de competencia de la entidad ante quien se plantea, no la exonera del deber de responder; y (x) ante la presentación de una petición, la entidad pública debe notificar su respuesta al interesado”.¹

De lo anterior se destaca que el derecho de petición exige, por parte de las autoridades competentes, una decisión de fondo a lo requerido por el ciudadano, lo cual implica la prohibición de respuestas evasivas o abstractas, sin querer decir con ello que la respuesta deba ser favorable. La respuesta de fondo implica un estudio sustentado del requerimiento del peticionario, acorde con las competencias de la autoridad frente a la que ha sido presentada la petición.

Ahora bien, el artículo 14 del Código Contencioso Administrativo, modificado por el artículo 1º de la Ley 1755 de 2015, señala que las peticiones deberán responderse en los 15 días siguientes a su presentación y también prevé que teniendo en cuenta el grado de dificultad o complejidad de la solicitud, la autoridad podrá responder en un término mayor, previa explicación de los motivos y el señalamiento del plazo para responder, el cual no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

De suerte que la administración tiene que responder las solicitudes respetuosas elevadas por los asociados, sin que para el efecto interese la persona, como tampoco la dependencia que recibió la petición, porque las autoridades deben coordinar lo relacionado con la recepción de peticiones y la oportuna y congruente respuesta de las mismas, facilitando así la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica,

¹ Sentencia T- 249 de 2001.

política administrativa y cultural de la nación, como lo disponen los artículos 2º, 23 y 209 constitucionales.

Es por ello que, sin perjuicio de lo anterior, se ha señalado en diferentes oportunidades que sobre las autoridades públicas recae un deber de orientación, cuyos fundamentos constitucionales residen en el principio de solidaridad (artículo 1º Superior) y en la razón misma de la existencia del Estado, consagrada en el artículo primero de la Constitución Política, que no es otra que servir a las personas que residen en territorio colombiano. La primera finalidad esencial del Estado enunciada en el artículo 2º Constitucional es precisamente “servir a la comunidad” lo cual, en circunstancias como las que en esta sentencia se analizan, cobra mayor peso como pauta para la acción de las autoridades.

Sobre el deber de orientación, las Salas de Revisión de la Corte Constitucional se han pronunciado en múltiples sentencias, generalmente en materia de salud, lo cual no significa que dicho deber no exista en otros ámbitos en los cuales la persona que acude a la autoridad se encuentre en situación de vulnerabilidad, debilidad o indefensión, en donde el deber de información de las entidades va más allá de la simple negativa de lo solicitado, sino que debe extenderse a la obligación de suministrar orientación respecto de las alternativas existentes, para la debida prestación del servicio², pues la persona que no obtiene por parte de la administración información oportuna, pertinente, correcta y completa del procedimiento a seguir para hacerse acreedora de una prestación positiva del Estado es colocada en una situación de desventaja no compatible con el marco constitucional.

² T-1227 de 2000, T-1237 de 2001, T-524 de 2001 y T-166 de 2007, entre otras.

En el caso en estudio, se advierte que el señor FEDERICO GIL JARAMILLO solicitó el 27 de julio de 2021 a la UNIDAD ADMINISTRATIVA PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS una serie de respuestas a múltiples interrogantes con respecto a un grupo de personas identificadas en su escrito.

El Juzgado declaró improcedente el amparo invocado al haberse configurado una carencia actual de objeto por hecho superado, porque la entidad accionada emitió respuesta a la petición del actor.

La señora Miryam Aleyda Zapata Montoya, en calidad de Alcaldesa Encargada en la impugnación, indicó que la respuesta de la entidad accionada a la petición no es una contestación de fondo y clara frente a su solicitud, por lo que solicitó ordenar a la Entidad emitir pronunciamiento de fondo.

Pues bien, para el caso a estudio, se tiene que la Juez Promiscuo de Circuito de Amalfi (Antioquia) consideró que la tutela no prosperaba, porque la entidad accionada había dado respuesta a la solicitud del accionante, considerándola de fondo y congruente con lo solicitado y la cual fue puesta en conocimiento del accionante.

No obstante, observada con detenimiento la respuesta, puede verse que allí si bien dan respuesta a la mayoría de los ítems relacionados en la petición, también es cierto que quedaron sin pronunciamiento las últimas peticiones realizadas por el actor dentro del mismo escrito, lo que lesiona el derecho fundamental del señor Alcalde del Municipio de Amalfi.

En consecuencia, se revocará el fallo de primera instancia y en

su lugar se tutelar  el derecho fundamental invocado por el accionante y se ordenará a la Unidad Administrativa Especial para la Atención y Reparación Integral a las Víctimas que en un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación del fallo, disponga lo pertinente para que se le brinde al señor FEDERICO GIL JARAMILLO actuando como Alcalde del Municipio de Amalfi o a quien haga sus veces una respuesta clara y concreta, la cual podrá ser positiva o negativa, en relación con: "...1. Acompañamiento en el proceso de desalojo de las personas que est n incluidas en el RUV, para la verificación de las condiciones de vulnerabilidad. 2. Informar cuál es la calificación vigente por parte de la UARIV en materia de alojamiento de estas personas. 3. Aportar información sobre la superación de la necesidad de vivienda de estos grupos familiares. 4. En caso de no tener la información solicitada en los numerales 2 y 3 de este apartado, favor designar un funcionario de la UARIV para que realice dicha calificación. " Y si excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en el plazo señalado, la Unidad deberá informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que resolver  o dará respuesta de fondo, que no podrá exceder de treinta (30) días hábiles. La decisión deberá notificarse, en debida forma al interesado.

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

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia y en su lugar TUTELAR el derecho constitucional fundamental invocado por el señor FEDERICO GIL JARAMILLO, quien actúa como Alcalde Municipal de Amalfi vulnerado por la omisión de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS.

SEGUNDO: En consecuencia, ORDENAR la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL PARA LA ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS que en un término de quince (15) días hábiles contados a partir de la notificación del fallo, disponga lo pertinente para que se le al señor FEDERICO GIL JARAMILLO actuando como Alcalde del Municipio de Amalfi o a quien haga sus veces una respuesta clara y concreta, la cual podrá ser positiva o negativa, en relación con: "...1. Acompañamiento en el proceso de desalojo de las personas que estén incluidas en el RUV, para la verificación de las condiciones de vulnerabilidad. 2. Informar cuál es la calificación vigente por parte de la UARIV en materia de alojamiento de estas personas. 3. Aportar información sobre la superación de la necesidad de vivienda de estos grupos familiares. 4. En caso de no tener la información solicitada en los numerales 2 y 3 de este apartado, favor designar un funcionario de la UARIV para que realice dicha calificación." Y si excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en el plazo señalado, la Unidad deberá informar esta circunstancia al interesado, antes del vencimiento del término señalado en la ley, expresando los motivos de la demora y señalando a la vez el plazo razonable en que resolverá o dará respuesta de fondo, que no podrá

exceder de treinta (30) días hábiles. La decisión deberá notificarse, en debida forma al interesado.

TERCERO: Comunicar esta decisión a la Juez de Primera Instancia para que esté atenta a su cumplimiento.

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:
934655f24ad4d479b5cef5fea9f394ff91e9d927bc8f41f9c0cfc3c5
6959c0~~

~~Documento generado en 06/04/2022 05:44:54 PM~~

~~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, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 057

PROCESO : 2022-0297-1 (05284 31 89 001 2022 00021)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JANETH GONZÁLEZ VILLA
ACCIONADOS : NUEVA EPS
PROVIDENCIA : SENTENCIA SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la señora Janeth González Villa contra la sentencia del 28 de febrero de 2022, a través de la cual el Juzgado Promiscuo del Circuito de Frontino (Antioquia) decidió negar los derechos fundamentales invocados, los cuales venían siendo vulnerados por parte de la entidad accionada.

LA DEMANDA

La accionante informó que se encuentra afiliada a la NUEVA EPS, régimen contributivo de salud y que devenga menos de un salario mínimo legal mensual vigente, ya que su esposo murió y le quedó la pensión a ella y su hijo, el cual invierte el dinero en su estudio.

Manifestó que es una persona de 44 años edad con diagnóstico de

LEIOMIOMA DE ÚTERO SIN OTRA ESPECIFICACIÓN y tiene que ir donde especialistas y diferentes procedimientos de revisión de manera continua.

Indicó que, por la pandemia del COVID 19, el transporte público en Frontino aumentó su precio, el cual no está en capacidad económica de sufragar dicho gasto, y por ello se puede ver afectado su tratamiento.

Aseguró que remitió petición hace varios meses a la EPS solicitando que se le garantizara el servicio de transporte y la respuesta fue negativa y se fundamentan que no le corresponde.

LAS RESPUESTAS

1.- La NUEVA EPS por medio del apoderado judicial informó que, si se llegara a acceder o garantizar coberturas no contempladas en el plan de beneficios en salud, se estaría incurriendo en un despropósito que afectaría la cobertura de los demás afiliados y atentaría contra el principio de sostenibilidad financiera del sistema.

Aseguró que, no ha incurrido en ninguna omisión que ponga en peligro, amanece o menoscabe derechos fundamentales, por el contrario, se ha ceñido en todo momento a la normatividad aplicable en materia de seguridad social en salud, y que la prueba de ello es la ausencia en el expediente de cartas de negación de servicios de salud emitidas por parte de NUEVA EPS.

Indicó que, no presta el servicio de salud directamente, sino a través

de su red de prestadores de servicios de acuerdo con lo ordenado en la resolución 2292 de 2021 y demás normas concordantes y por tal motivo la autorización de medicamentos y/o tecnologías de la salud no contemplados en el POS, las citas médicas y demás servicios, se autorizan siempre y cuando sean ordenadas por médicos pertenecientes a la res de NUEVAEPS, a través de la plataforma MIPRES y en este caso el transporte y alojamiento son servicios que no corresponden a un servicio de salud como tal.

Adujo también que, en este caso el servicio requerido no es prestado en el municipio de residencia de la usuaria porque dicho municipio no se encuentra contemplado en los reciben UPC diferencial por difícil acceso o dispersión geográfica, según lo estipulado en la resolución 2381 de 2021, en los que la EPS, si está en la obligación de costear el transporte del paciente.

Explicó que, de ordenarse el pago de transporte y alojamiento los cuales no están incluidos en el plan obligatorio de salud, se estaría colocando en riesgo la estabilidad del sistema de salud ya que no puede el estado colombiano sufragar estos gastos a los usuarios y acompañantes del país con la excusa de que se carece de recursos económicos, situación que solo procede de acuerdo al artículo 107 de la resolución 2292 de 2021 que define el plan obligatorio de salud – PBS- en situaciones de emergencia para el paciente en la medida en que se encuentre en inminente riesgo su vida o resida en municipios con UPC adicional.

Resaltó que es un modelo de atención que propende a garantizar a los afiliados el acceso a una red de Instituciones Prestadoras de Servicios de Salud, que cubra los requerimientos de salud de us usuarios de manera oportuna, eficiente y a través de canales de

acceso adecuados.

Peticionó declarar improcedente la presente acción de tutela, toda vez que no se ha demostrado vulneración por parte de Nueva EPS a los derechos fundamentales del accionante.

2.- Por su parte la entidad Secretaria Seccional de Salud y Protección Social de Antioquia, dio respuesta oportuna a la presente acción constitucional por intermedio de la Profesional del Derecho encargada de asuntos legales de dicha Secretaría, exponiendo que el Ministerio de Salud mediante resolución 6408 del 26 de diciembre de 2016, actualizó integralmente los beneficios de salud, destacando principios como la territorialidad, transparencia, competencia y calidad que permite determinar las obligaciones de las EPS frente a las solicitudes que presentan sus usuarios.

Adujo que la Ley 1122 de 2007 define el sistema de inspección, vigilancia y control en materia de salud pública para el aseguramiento de la prestación de servicios de salud, según la normatividad vigente, y por tal razón en el presente caso, se presenta falta de legitimación por pasiva de dicha entidad, la cual es ajena a la violación de derechos fundamentales de la accionante invocados como violados.

Sobre el cubrimiento de los gastos de transporte alojamiento y alimentación para el paciente y acompañante, no es catalogado como una prestación medica en sí, sin embargo, ha sido catalogado por la jurisprudencia constitucional al igual que el ordenamiento jurídico como un medio que permite el acceso a los servicios de salud, así la resolución 5592 de 2015 establece en su artículo 126 que se procede a cubrir el traslado acuático, aéreo y terrestre de los

pacientes cuando se presenten patologías de urgencia o el servicio requerido no pueda ser prestado por la IPS del lugar donde el afiliado deba recibir el servicio, incluyendo a su vez el transporte para la atención domiciliaria. Por lo tanto, estos son servicios que deben ser cubiertos por la EPS. De igual forma la sentencia T-760 de 2008, la Corte sostuvo que en ocasiones los usuarios para acceder a un servicio de salud, requieren que les sean financiados los gastos de desplazamiento y estadía en el lugar donde se pueda prestar la atención médica y sostuvo que esta obligación se traslada a las entidades promotoras de salud únicamente en los eventos concretos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado y (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física y el estado de salud del usuario.

EL FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

El Juez de primera instancia negó los derechos fundamentales invocados por la ciudadana JANETH GONZÁLEZ VILLA por cuanto el servicio de transporte no fue ordenado por el médico tratante o por lo menos no se acreditó dentro de los anexos allegados que hubiera sido prescrito por el médico la necesidad de ordenar el transporte y alojamiento que dice la accionante requerir y que no puede sufragar dada su incapacidad económica, de lo cual se tiene dentro de la solicitud de la solicitud solo lo manifestado por la accionante y el derecho de petición dirigido a la NUEVA EPS en el que solicita le sea suministrado dicho servicio y la respuesta de la entidad accionada, de fecha 11 de enero de 2022, en la que le explican las razones por las que no es posible acceder a su petición.

Dentro de las pruebas allegadas con el escrito de la acción constitucional solo se evidencia como se dijo anteriormente el derecho de petición y la respuesta del mismo sin que allegue la prueba de la orden médica de la que se infiera la necesidad de proporcionar el servicio de transporte o por lo menos la historia clínica de la accionante para determinar que el padecimiento del que afirma requieren tratamiento con especialistas, profesionales de la salud que no se encuentran disponibles en su lugar de residencia, siendo entonces necesario el traslado desde el municipio de Frontino hasta Santafé de Antioquia para contar con la atención de salud requerida, lo cual es necesario acreditar que es esencial para lograr el bienestar del paciente y puede limitarse ante la imposibilidad de ésta de sufragar los costos que permitan acceder a los centros de salud, que se ubican en un lugar diferente al de su residencia, para determinar que precisamente se ven comprometidos los derechos fundamentales de la accionante, en tanto no acceder al servicio por incapacidad económica para desplazarse, repercute en sus condiciones de salud y puede verse seriamente afectado e incluso poner en riesgo su vida, lo cual no se acreditó en el presente caso, lo que hace que se tornen improcedentes su pedimentos.

Es deber del Estado garantizar el derecho a la seguridad social, en tanto es un servicio público de carácter obligatorio que debe brindarse a los colombianos, garantizándose así los derechos fundamentales a la salud y tendiendo a que estos sean íntegros, plenos, con dignidad humana. El derecho a la salud es un derecho fundamental y debe ser prestado de manera efectiva e integral, brindando todos los servicios que sean requeridos para el acceso al servicio, ello implica la autorización de aquello que sea considerado

necesario para la prestación del servicio y para su materialización. Garantizar el acceso a la salud implica que sea en condiciones dignas y aptas para el paciente, de conformidad con sus patologías y necesidades, razón por la cual no se puede imponer obstáculo alguno para que los pacientes accedan a todas aquellas prestaciones que el médico tratante considere que son las indicadas para combatir sus afecciones, de manera oportuna y completa, en tanto las mismas son necesarias para garantizar la salud y vida de los pacientes, así como que ésta sea en condiciones óptimas y de dignidad, y que en el presente asunto era necesario que por lo menos se acredite que fue ordenado por el médico tratante las atenciones en el lugar diferente al de su residencia.

Si bien en principio, los costos en los que pueda incurrir el usuario por el desplazamiento para acceder a las citas médicas y/o procedimientos ordenados por el médico tratante, deben ser asumidos por éste, la Corte Constitucional ha indicado que en los casos en que el usuario carezca de recursos económicos para cubrir los gastos de transporte, la carga de la prueba se invierte y le corresponde a la EPS desvirtuar la afirmación del usuario, y en caso de guardar silencio, dicha afirmación se entenderá probada. Así mismo la Corte Constitucional ha establecido que: *“...Se puede implicar ha establecido que la obligación de asumir el transporte de una persona se trasladará a las EPS únicamente en los eventos donde se acredite que (i) ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado; (ii) de no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario”*, situación que no fue debatida en el presente caso ya que la EPS no demostró que la accionante si tiene capacidad económica; sin embargo, no puede endilgarse la responsabilidad de suministrar el transporte y

alojamiento que dice la accionante requerir para su tratamiento cuando no se allegó ninguna prueba de las ordenes médicas o historia clínica que determinen la necesidad a pesar de que se debe presumir la buena fe de la accionante, también es cierto que está en la obligación de acreditar por lo menos sumariamente que el desplazamiento y permanencia en un lugar diferente al de su residencia se requiere por las ordenes médicas dadas dentro de su tratamiento, lo cual no allegó con la presente acción constitucional.

IMPUGNACIÓN

La accionante presentó escrito impugnando la decisión del Juez de Primera Instancia indicando que la Nueva EPS debe garantizar el derecho a la salud y si bien, la accionada no niega que tenga citas médicas por fuera de Frontino, es raro que el Despacho de Primera Instancia exija una tarifa como órdenes médicas para demostrar que se necesita tratamiento por fuera del municipio.

Manifestó que basta con la afirmación presentada, que en todo caso de ninguna manera fue negada por la accionada Nueva EPS, finalmente, es un hecho notorio que el Hospital municipal María Antonia Toro de Elejalde y todos los hospitales de los municipios de sexta categoría como Frontino- Antioquia son de primer nivel y todo especialista, siempre está en la ciudad de Medellín.

Afirmó que bastan esas apreciaciones notorias, para que los argumentos presentados por el Despacho de Primera Instancia se desvanezcan, pero si en gracia de discusión, se necesita tarifa legal como una historia clínica o una orden médica, la anexa a la

impugnación (situación que no ocurrió), sin dejar a un lado que considero que con la acción de tutela y su contestación más los hechos notorios bastaba. (subrayas y texto fuera del escrito)

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

Esta garantía constitucional de toda persona a acceder a los servicios de promoción, protección y recuperación de la salud, contemplada dentro del derecho a la salud (art. 49, CP), ha sido desarrollada por la jurisprudencia constitucional, haciendo énfasis en las condiciones de calidad, eficacia y oportunidad con que las que estos servicios deben ser prestados.

Y para tal desarrollo, la doctrina constitucional ha establecido unas reglas claras:

Primero, se establece que el ámbito protección constitucional en el acceso a los servicios de salud, está determinado por aquellos que la persona requiere, según el médico tratante, sin que ello signifique que el derecho a la salud sea absoluto, ilimitado e infinito en el tipo de prestaciones cobijadas.

Segundo, se señaló que el principal criterio para determinar cuáles son estos mínimos servicios de salud a los que una persona tiene derecho a acceder, es el concepto científico del médico tratante, aunque no de forma exclusiva, pues hay algunos casos en los que es prescindible o puede ser controvertido.

Tercero, se enfatizó que la garantía constitucional de acceso a los servicios de salud que una persona requiera, no puede ser obstaculizada por el hecho de que el servicio no esté incluido dentro de un plan obligatorio de salud; incluso en aquellos casos en los cuales la persona no pueda asumir los costos que le corresponda asumir.

Cuarto, se advierte que el Sistema de Salud prevé en ocasiones pagos moderadores a cargo de las personas que van a acceder a un determinado servicio de salud; pero éstos deben ser razonables y no pueden constituir barreras de acceso a los servicios de salud que se requieran, para quienes no tienen la capacidad económica de sufragarlos.

Y quinto, se señala que el acceso a los servicios de salud debe garantizarse en condiciones de oportunidad, continuidad, eficiencia y calidad, y de acuerdo con el principio de integralidad.

En algunas ocasiones, los servicios que requieren los pacientes para la recuperación de la salud o para llevar una vida digna a pesar de los padecimientos, incluye elementos que en estricto sentido no se catalogan como medicamentos, pero que igualmente la Honorable Corte Constitucional ha señalado que las entidades prestadoras de salud en determinados casos deben suministrarlos.

En lo que tiene que ver con los gastos de transporte y alojamiento para el paciente, también hay doctrina constitucional (ver sentencia T- 206 de 2013):

4. Cobertura de transporte y alojamiento en virtud del principio de integralidad en salud.

4.1. Como se mencionó anteriormente¹, el artículo 48 constitucional le atribuye a la seguridad social una doble naturaleza; la primera, como servicio público de obligatoria prestación por el Estado y los particulares autorizados y, la segunda, como un derecho garantizado a todos los ciudadanos. Con fundamento en dicho mandato, el legislador desarrolló el Sistema General de Seguridad Social con la Ley 100 de 1993².

Esta norma consagró, entre otros temas, la obligación de garantizar a los afiliados al Sistema General de Seguridad Social en Salud la atención de los servicios del Plan Obligatorio de Salud³, que comprende un modelo integral de protección “*con atención preventiva, médico-quirúrgica y medicamentos esenciales*”⁴. Con base en tal normativa, el Gobierno Nacional se ha encargado de definir el conjunto de prestaciones concretas a cargo de las entidades que conforman el Sistema y de las cuales es posible exigir su efectivo cumplimiento.

4.1.1. De forma específica, el Acuerdo 029 de 2011 proferido por la Comisión de regulación en Salud -CRES-, señala en su artículo 42⁵ que el Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud, dentro del territorio nacional, para aquellos usuarios que requieran un servicio no disponible en la institución remitora.

¹ Acápites 3.1. de esta providencia.

² “Por la cual se crea el sistema de seguridad social integral y se dictan otras disposiciones”.

³ Ley 100 de 1993, artículos 159 y 162.

⁴ Ley 100 de 1993, artículo 156.

⁵ ARTÍCULO 42. TRANSPORTE O TRASLADO DE PACIENTES. El Plan Obligatorio de Salud incluye el transporte en ambulancia para el traslado entre instituciones prestadoras de servicios de salud dentro del territorio nacional de los pacientes remitidos, teniendo en cuenta las limitaciones en la oferta de servicios de la institución en donde están siendo atendidos, que requieran de atención en un servicio no disponible en la institución remitora.

El servicio de traslado cubrirá el medio de transporte disponible en el medio geográfico donde se encuentre el paciente, con base en su estado de salud, el concepto del médico tratante y el destino de la remisión, de conformidad con la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Si a criterio del médico tratante el paciente puede ser atendido por otro prestador, el traslado en ambulancia, en caso necesario, también hace parte del Plan Obligatorio de Salud. Igual ocurre en caso de ser remitido a atención domiciliaria.

Igualmente, dispone que se garantiza el servicio de transporte para el paciente que requiere cualquier evento o tratamiento previsto por el acuerdo atendiendo: i. el estado de salud del paciente, ii. el concepto del médico tratante y iii. el lugar de remisión. En consecuencia, aunque el transporte debe ofrecerse en ambulancia, este no es el único modo de garantizarlo, ya que se permite la utilización de los *medios disponibles*.

4.1.2. Adicionalmente, el artículo 43 del acuerdo mencionado⁶ se ocupa del transporte del paciente ambulatorio y dispone que tal servicio debe ser cubierto con cargo a la prima adicional de las unidades de pago por capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión.

De ahí que si un usuario del Sistema de Salud requiere ser remitido a un municipio diferente al de residencia con el fin de acceder a un servicio médico y al lugar de remisión se le reconoce una UPC adicional, el transporte está incluido en el POS y deberá ser cubierto por la EPS a la cual se encuentra afiliado.

Ahora bien, de lo anterior se podría concluir que cuando el municipio remitido no cuenta con una UPC diferencial mayor, el transporte debe ser asumido por el afiliado o su familia. Sin embargo, la Resolución 5261 de 1994 consagró dos excepciones: por un lado, los casos de urgencia debidamente certificada y, por otro, los pacientes internados que requieran atención complementaria⁷.

4.2. Sobre este tema, la Corte Constitucional ha sostenido que, aunque el transporte y el hospedaje del paciente y su acompañante no constituyen servicios médicos, hay ciertos casos en los cuales el acceso efectivo y real al servicio de salud depende de la ayuda para garantizar el desplazamiento al lugar donde será prestada la atención⁸.

Este tribunal ha considerado, a partir del principio de solidaridad sobre el que descansa el derecho a la seguridad social, que cuando un usuario del Sistema de Salud es remitido a un lugar diferente al de su residencia para recibir la atención médica prescrita por su galeno tratante, debido a que su EPS no cuenta con disponibilidad de servicios en el lugar de afiliación, los gastos que se originen por el transporte y la estadía deben ser asumidos por el paciente o su familia⁹.

No obstante, se ha establecido como excepción a la anterior regla el caso de los usuarios que son remitidos a un municipio diferente al de su residencia, pero ni ellos ni su familia cuentan con la capacidad económica para asumir el costo del transporte. En tal sentido, se adoptaron los conceptos de accesibilidad económica y física para analizar la protección constitucional en términos de gastos de traslado, como se cita a renglón seguido:

⁶ "ARTÍCULO 43. TRANSPORTE DEL PACIENTE AMBULATORIO. El servicio de transporte en un medio diferente a la ambulancia, para acceder a un servicio o atención incluida en el Plan Obligatorio de Salud, no disponible en el municipio de residencia del afiliado, será cubierto con cargo a la prima adicional de las Unidades de Pago por Capitación respectivas, en las zonas geográficas en las que se reconozca por dispersión."

⁷ Artículo 2°.

⁸ Sentencia T-760 de 2008.

⁹ Sentencia T-741 de 2007.

“Este conflicto, que contraría la garantía de accesibilidad económica del derecho a la salud, es recurrente y no en pocas ocasiones ha sido resuelto por esta Corte en sede de tutela. Para ello, la corporación ha hecho referencia a múltiples fuentes, como son los elementos derecho internacional público, a propósito del contenido mínimo del derecho fundamental a la salud, y su relación con las disposiciones legales y reglamentarias sobre el derecho al transporte, como medio para acceder a los servicios de salud que se requieren con necesidad.

3.2.1.1. Pues bien, esta corporación integró al desarrollo constitucional del derecho fundamental a la salud, el elemento de accesibilidad y sus cuatro dimensiones. Por tratarse de criterios generales sobre las condiciones mínimas en que los usuarios deben acceder a los servicios que brinda el Sistema de Salud, tales dimensiones son protegidas por vía de tutela.¹⁰

Específicamente, cuando una persona requiere un servicio de salud en un municipio diferente al de residencia, el cual supone gastos de transporte, para todos los casos, y gasto de estadía, en algunos de ellos, estamos frente a dos elementos esenciales del derecho a la salud: la accesibilidad física y la accesibilidad económica.

3.2.1.2. La Corte ha adoptado la accesibilidad física para significar que no en todos los casos de acceso a los servicios de salud, los usuarios van a poder acceder a ellos en su lugar de afiliación. Por lo tanto, la entidad de salud responsable, deberá remitir al usuario a una zona geográfica distinta en donde haya disponibilidad de especialistas, equipos médicos, medicamentos, etc.”¹¹

4.3. En consecuencia, la Corte ha establecido que procede su protección a través de la acción de tutela cuando la falta de autorización del transporte afecte gravemente el goce efectivo del derecho a la salud. Sobre el particular, la sentencia T-760 de 2008 conceptuó:

“La jurisprudencia constitucional, fundándose en la regulación,¹² ha señalado en varias ocasiones que toda persona tiene derecho a acceder a los servicios de salud que requiera, lo cual puede implicar tener derecho a los medios de transporte y gastos de estadía para poder recibir la atención requerida.

(...) Pero no sólo se ha garantizado el derecho al transporte y a otros costos que supone el desplazamiento a otro lugar distinto a aquel de residencia, para acceder a un servicio de salud requerido. También se ha garantizado la posibilidad de que se brinden los medios de transporte y traslado a un acompañante cuando este es necesario.”

Con posterioridad, en sentencia T-149 de 2011 se coligió:

¹⁰ Ver al respecto las sentencias T-884 de 2003, T-739 de 2004, T-223 de 2005, T-905 de 2005, T-1228 de 2005, T-1087 de 2007, T-542 de 2009, T-550 de 2009 y T-736 de 2010.

¹¹ Sentencia T-838 de 2012.

¹² En la sentencia T-350 de 2003, una de las principales decisiones dentro de esta línea jurisprudencial, se fundó en el artículo 2º de la Resolución No. 5261 de 1994 del Ministerio de Salud (Manual de actividades, intervenciones y procedimientos del Plan Obligatorio del Sistema de Salud en el Sistema General de Seguridad Social en Salud), en tanto señala que ‘cuando en el municipio de residencia del paciente no se cuente con algún servicio requerido, éste podrá ser remitido al municipio más cercano que cuente con el (sic). Los gastos de desplazamiento generados en las remisiones serán de responsabilidad del paciente, salvo en los casos de urgencia debidamente certificada o en los pacientes internados que requieran atención complementaria. (...)’.

“ (...) queda establecido que es obligación de todas las E.P.S. suministrar el costo del servicio de transporte, cuando **ellas mismas autorizan la práctica de un determinado procedimiento médico en un lugar distinto** al de la residencia del paciente, por tratarse de una prestación que se encuentra comprendida en los contenidos del POS. Esto dentro de la finalidad constitucional de que se remuevan las barreras y obstáculos que les impiden a los afiliados acceder oportuna y eficazmente a los servicios de salud que requieren con necesidad.”
(Negrilla fuera de texto original)

Así las cosas, se advirtió que el servicio de transporte se encuentra dentro del POS y en consecuencia debía ser asumido por la EPS en aquellos eventos en los que¹³:

- i. Un paciente sea remitido en ambulancia por una IPS a otra, cuando la primera no cuente con el servicio requerido.
- ii. Se necesite el traslado del paciente en ambulancia para recibir atención domiciliaria bajo la responsabilidad de la EPS y según el criterio del médico tratante.
- iii. Un paciente ambulatorio deba acceder a un servicio que no esté disponible en el municipio de su residencia y necesite ser transportado en un medio diferente a la ambulancia¹⁴.

4.4. A partir de esta última situación, las subreglas jurisprudenciales en materia de gastos de **transporte** intermunicipal se circunscriben a los siguientes eventos¹⁵:

- i. El servicio fue autorizado directamente por la EPS, remitiendo a un prestador de un municipio distinto de la residencia del paciente¹⁶.
- ii. Ni el paciente ni sus familiares cercanos tienen los recursos económicos suficientes para pagar el valor del traslado.
- iii. De no efectuarse la remisión se pone en riesgo la vida, la integridad física o el estado de salud del usuario.
- iv. *Si la atención médica en el lugar de remisión exigiere más de un día de duración se cubrirán los gastos de alojamiento.*

De forma puntual, en torno a la capacidad económica del paciente y su familia, este tribunal ha concluido:

Sumado a lo anterior, esta Corte ha reconocido que:

¹³ Estas reglas que a continuación se transcriben se establecieron en sentencias anteriores a la T-760 de 2008 y en esta última se ordenó su inclusión en la correspondiente regulación, razón por la cual fueron plasmadas en los acuerdos 008 de 2009 y 029 de 2011, aún cuando su desarrollo ha sido esencialmente por vía jurisprudencial.

¹⁴ Es de anotar que la clase de transporte a utilizar deberá ser acorde al estado de salud del paciente y al concepto del médico tratante.

¹⁵ Cfr. Corte Constitucional, Sentencia T-900/02. En esta decisión, se analizaron algunos casos, donde los usuarios, al ser remitidos a lugares distintos al de su residencia para la práctica de distintos procedimientos médicos, pretendían que las respectivas EPS asumieran el valor de su transporte, solicitud que fue desestimada por la Corte ante la falta de concurrencia de los requisitos de incapacidad económica del paciente y su familia y conexidad entre el tratamiento y la vida e integridad física del mismo. Esta regla jurisprudencial también fue utilizada en casos similares en las sentencias T-1079/01, T-197/03 y T-760/08, entre otras.

¹⁶ Sentencia T-769 de 2012.

“(…)… la identificación de los eventos en los cuales es viable autorizar el servicio de transporte o suministrar ayuda económica depende del análisis fáctico en cada caso concreto, donde el juez debe evaluar la pertinencia, necesidad y urgencia de la medida, así como las condiciones económicas del actor y su núcleo familiar. Así entonces, cuando deban prestarse servicios médicos en lugares diferentes al de la sede del paciente, si éste ni su familia disponen de los recursos suficientes para tal fin y se comprometen sus derechos fundamentales, procede la acción de tutela para ordenar a la EPS que pague los costos pertinentes y, posteriormente, recobre a la entidad estatal correspondiente, por los valores que no esté obligada a sufragar”.¹⁷

De allí, se genera la obligación del actor y su núcleo familiar de poner en conocimiento de juez su precaria situación económica, invirtiéndose la carga de la prueba hacia la EPS quien deberá probar que el afiliado cuenta con la capacidad financiera requerida¹⁸. En caso de guardar silencio, se tendrá por probada la afirmación de la accionante¹⁹. (Subraya fuera del texto).

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de Primera Instancia le negó las peticiones invocadas por la accionante, por considerar no haber demostrado sumariamente la necesidad de ordenar el transporte y el alojamiento en un municipio diferente al que reside con el fin de seguir un tratamiento para su patología.

Conforme con la impugnación, se discute la no concesión de transporte a favor de la accionante, para lo cual refiere que con el escrito presentado y la respuesta de la EPS es suficiente para

¹⁷ Sentencias T-550 de 2009 y T-352 de 2010, entre otras.

¹⁸ Sentencia T-022 de 2011: “(i) sin perjuicio de las demás reglas, es aplicable la regla general en materia probatoria, según la cual, incumbe al actor probar el supuesto de hecho que permite obtener la consecuencia jurídica que persigue; (ii) ante la afirmación de ausencia de recursos económicos por parte del actor (negación indefinida), se invierte la carga de la prueba correspondiendo en ese caso a la entidad demandada demostrar lo contrario; (iii) no existe tarifa legal para demostrar la ausencia de recursos económicos, la misma se puede intentar mediante negaciones indefinidas, certificados de ingresos, formularios de afiliación al sistema, extractos bancarios, declaración de renta, balances contables, testimonios, indicios o cualquier otro medio de prueba; (iv) corresponde al juez de tutela ejercer activamente sus poderes inquisitivos en materia probatoria, con el fin de establecer la verdad real en cada caso, proteger los derechos fundamentales de las personas y garantizar la corrección del manejo de los recursos del sistema de seguridad social en salud, haciendo prevalecer el principio de solidaridad cuando el peticionario cuenta con recursos económicos que le permitan sufragar el costo de las intervenciones, procedimientos o medicamentos; (v) en el caso de la afirmación indefinida del solicitante respecto de la ausencia de recursos económicos, o de afirmaciones semejantes, se presume su buena fe en los términos del artículo 83 de la Constitución, sin perjuicio de la responsabilidad civil o penal que le quepa, si se llega a establecer que tal afirmación es falsa o contraria a la realidad (vi) hay presunción de incapacidad económica frente a los afiliados al SISBEN teniendo en cuenta que hacen parte de los sectores más pobres de la población”.

¹⁹ Sentencia T-073 de 2012: “Esto quiere decir que al presentarse una acción de amparo para reclamar el cubrimiento de un servicio como el de transporte, corresponde en principio al accionante y su familia poner en conocimiento su situación económica. Sin embargo, ante la negación indefinida de no poder asumir los costos del servicio, se invierte la carga probatoria en cabeza de la EPS a la cual se reclama el servicio.

Ello debido a que las EPS tienen en sus archivos información referente a la situación socioeconómica de sus afiliados y por tanto están en la capacidad de controvertir o ratificar las afirmaciones formuladas por los accionantes referentes a su incapacidad económica. En esa medida, su inactividad al respecto hace que las afirmaciones presentadas por La accionante se tengan como prueba suficiente.”. En el mismo sentido ver sentencias: T-1019 de 2002, T-906 de 2002, T-861 de 2002, T-022 de 2011, T-091 de 2011, T-233 de 2011, T-481 de 2011 y T-523 de 2011, entre muchas otras.

demostrar la necesidad de ordenar el suministro del transporte para continuar con el tratamiento.

Ahora, respecto a la petición del transporte solicitado por la accionante en su favor, observa el despacho, que ni en el escrito de tutela como en la impugnación obra orden alguna en la que conste que un médico adscrito a la EPS, haya prescrito en su favor tal prestación ni mucho menos que tenga en este momento una cita asignada en otro municipio diferente al que reside, ya que no se aportó o indicó cuáles eran las citas que tenía pendientes, la fecha y en qué lugar se las habían asignado. Tal situación no puede ser pasada por alto, pues *no se olvide que en materia probatoria rige la máxima de que a cada parte le corresponde probar el supuesto de hecho que alega, no sucediendo lo propio en el sub lite, donde claramente se observa que la afectada no probó la existencia de orden médicas pendientes ni mucho menos las respectivas asignaciones de las citas con fecha y lugar de que se llevarían a cabo las mismas, como para poder decir que necesita el transporte, porque no se puede dar órdenes futuras sin tener claro las fechas y lugares a donde debe asistir a cumplir con las mismas.*

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis indicando que, si bien era la EPS la entidad obligada a prestar el servicio requerido por la usuaria JANETH GONZÁLEZ VILLA, también fue clara en indicar que la accionante no aportó prueba sumaria de las citas que tiene programadas para las cuales necesita el transporte, por lo que acertó en su decisión con relación a la negación inicial del servicio de transporte y alojamiento.

Ahora, habrá de indicarse que en este caso la Sala aclara que para la materialización de los servicios médicos requeridos por la

accionante con respecto a su patología esto es, LEIOMIOMA DE ÚTERO, en un momento dado que se deba trasladar a un lugar distinto de su lugar de domicilio, esto es, del municipio de Frontino a otro municipio por asignaciones de citas que realice la NUEVA EPS, la accionada deberá suministrar el transporte debido a que la entidad accionada no aportó prueba que desvirtuara que la accionante cuenta con capacidad económica para asumir esos gastos, y no se ordena su aprobación por cuanto es cierto que de las pruebas allegadas al Despacho por la accionante, no se desprende la existencia de alguna orden, exámenes, medicamentos o procedimientos que requiera y que estén pendiente de su traslado y para lo cual necesite el suministro de transporte por parte de la EPS y que hubiera sido negado. Por lo que no es posible acceder a la pretensión referida, pues no es posible amparar un riesgo futuro o incierto.

En consecuencia, se confirmará el fallo de tutela con la aclaración anunciada.

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 para la materialización de los servicios médicos requeridos por la accionante con respecto a su patología esto es, LEIOMIOMA DE ÚTERO, en un momento dado que se deba trasladar a un lugar distinto de su lugar de domicilio, esto es, del municipio de Frontino a otro municipio por asignaciones de citas que realice la NUEVA EPS, la accionada deberá suministrar el transporte debido a que la entidad accionada no aportó prueba que desvirtuara que la accionante cuenta con capacidad económica para

asumir esos gastos, y no se ordena su aprobación por cuanto es cierto que de las pruebas allegadas al Despacho por la accionante, no se desprende la existencia de alguna orden, exámenes, medicamentos o procedimientos que requiera y que estén pendiente de su traslado y para lo cual necesite el suministro de transporte por parte de la EPS y que hubiera sido negado. Por lo que no es posible acceder a la pretensión referida, pues no es posible amparar un riesgo futuro o incierto.

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:

55cf2a2c6b657e8490229936f0bfeef9035dc5d0d24548e0ca
f4e8f13cde4632

Documento generado en 06/04/2022 05:36:00 PM

Descargue el archivo y valide éste documento
electrónico en la siguiente URL:
[https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaE](https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica)
lectronica

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 05000 22 04 0000 2022 00122
No. interno: 2022-0352-2
Accionante: Jorge Iván Osorio Torres
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de
Penas y Medidas de Seguridad de El
Santuario, Antioquia y otro.
Actuación: Fallo tutela de 1º Instancia No.011
Decisión: Concede

Medellín, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro.030

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción

¹ Código QR refleja la trazabilidad de la decisión de la Magistrada Ponente hasta su entrega en la Secretaría de la Sala Penal para su notificación. Para su lectura se requiere aplicación- descargar en Play Store- lector QR.

constitucional de tutela incoada por el señor JORGE IVÁN OSORIO TORRES en contra del JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DEL SANTUARIO ANTIOQUIA y la OFICINA JURÍDICA DEL ESTABLECIMIENTO PENITENCIARIO Y CARCELARIO DE PUERTO TRIUNFO, por la presunta vulneración a los derechos fundamentales a la libertad, acceso a la administración de justicia, igualdad, petición y dignidad humana.

2.- HECHOS

Manifiesta el accionante que, el 24 de septiembre de 2021, la Oficina jurídica le recibió solicitud de libertad condicional, anexando a la misma constancia del Juzgado que lo condenó de que no hubo incidente de reparación a la víctima, insolvencias económicas, tres (3) arraigos sociales y un (1) arraigo familiar.

Aduce que, aproximadamente hace un mes se comunicó con la secretaria del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento de El Santuario Antioquia, con el fin de conocer el estado de su solicitud, quien a su vez le informó que no había llegado la reparación a la víctima, ante tal manifestación le indicó que la constancia se había remitido con la solicitud, por lo que revisado nuevamente ésta le manifiesta que allí está la constancia, pese a lo anterior su solicitud no se ha resuelto.

En vista de lo anterior solicita, solicita se ampare los derechos fundamentales invocados como vulnerados y en consecuencia se ordene su libertad condicional con caución juratoria.

2. RESPUESTA A LA DEMANDA

Luego del traslado de rigor de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas Y Medidas de Seguridad de EL Santuario Antioquia**, en la que informó:

"1.- Mediante proveído adiado el dieciocho (18) de mayo de dos mil diecisiete (2017), el Juzgado 16 Penal del Circuito de Medellín – Antioquía, instó al ciudadano JORGE IVÁN OSORIO TORRES, a purgar pena de DIEZ (10) AÑOS DE PRISIÓN, al hallarle penalmente responsable de los injustos de HOMICIDIO Y PORTE ILEGAL DE ARMA DE FUEGO.

2.- El día 07 de marzo de 2022, este Despacho mediante autos interlocutorios N° 537, 538 y 539, resolvió redimir pena, negar la libertad condicional y conceder permiso administrativo de hasta 72 horas . Autos que se enviaron con la comisión N° 451 el día 08 de marzo de 2022 a la CPMS de Puerto Triunfo – Antioquía para la respectiva notificación del sentenciado.

3.- El día 23 de marzo de 2022, se resuelve negar al sentenciado la prisión domiciliaria de que trata el artículo 38G del C. Penal, toda vez que no ha sido posible la confirmación del arraigo familiar y de los arraigos sociales, auto que se envió con la comisión N°531 en la fecha a CPMS de Puerto Triunfo – Antioquia para la respectiva notificación del sentenciado".

Finalmente, **la Oficina Jurídica del Establecimiento Penitenciario y Carcelario de Puerto Triunfo**, pese haber sido notificado de esta acción constitucional, no hizo ningún pronunciamiento frente a los hechos y pretensiones de la tutela, situación que no es óbice para resolver a tono con lo dispuesto en el Art. 20 del Decreto 2591 de 1991.

4. CONSIDERACIONES DE LA SALA

4.1 Competencia

La Sala es competente para resolver la acción, en términos del artículo 86 de la Constitución Política de Colombia, y los decretos 2591 de 1991 artículo 37 y 1382 de 2000, numeral 2º, en atención a la calidad de la entidad accionada.

4.2 Problema Jurídico

En este evento, corresponde a la Sala determinar, si en efecto se encuentran conculcados los derechos fundamentales invocados por el penado JORGE IVÁN OSORIO TORRES, al no haberse resuelto la solicitud de libertad condicional elevada ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento de El Santuario, Antioquia.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 86 de la Constitución Política, la acción de tutela ha sido instituida como

mecanismo para la protección efectiva de los derechos fundamentales de los ciudadanos, cuando éstos resulten vulnerados por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente de los particulares, en los casos específicamente previstos en la ley.

Así, el Juez Constitucional está llamado no sólo a verificar si se vulneran los derechos fundamentales invocados por quien demanda la acción, sino que si advierte la trasgresión de cualquiera otro que tenga tal entidad, debe ampliar el marco de protección a esos otros derechos conculcados.

En la presente actuación, advierte la Sala que, la petición elevada por el accionante en la que solicita se conceda la libertad condicional se realizó al interior de un proceso judicial, por manera que, el análisis no se centra solo en la vulneración al derecho de petición, en tanto la respuesta que emita la autoridad judicial debe darse conforme las reglas propias de cada juicio o procedimiento, y su omisión acarrearía una vulneración al debido proceso – el cual se estudiará de oficio- y acceso a la administración de justicia, así lo explicó Corte Constitucional en sentencia T- 394-2018:

“El derecho de petición ante autoridades judiciales – Reiteración jurisprudencial

5.1. A partir de la jurisprudencia constitucional que ha desarrollado el núcleo y alcance del derecho de petición consagrado en el artículo 23 de la Constitución Política, se ha establecido que este tiene dos dimensiones fundamentales: la primera implica la facultad de presentar solicitudes respetuosas a las entidades públicas y privadas, y la segunda comprende el derecho a tener respuesta oportuna, clara, completa y de fondo a las peticiones presentadas^[35].

De esta forma, dicha garantía fundamental refiere a la posibilidad de las personas de elevar peticiones respetuosas ante las autoridades, las cuales deben ser resueltas de manera pronta y oportuna. Este deber se extiende a las autoridades judiciales, quienes se encuentran obligadas a resolver las solicitudes de los peticionarios en los términos prescritos por la Ley y la Constitución para tal efecto.^[36]

5.2. Ahora bien, en lo que respecta al derecho de petición ante autoridades judiciales, esta Corporación ha precisado sus alcances al manifestar que si bien es cierto que el derecho de petición puede ejercerse ante los jueces y en consecuencia estos se encuentran en la obligación de tramitar y responder las solicitudes que se les presenten,^[37] también lo es que *"el juez o magistrado que conduce un proceso judicial está sometido -como también las partes y los intervinientes- a las reglas del mismo, fijadas por la ley, lo que significa que las disposiciones legales contempladas para las actuaciones administrativas no son necesariamente las mismas que debe observar el juez cuando le son presentadas peticiones relativas a puntos que habrán de ser resueltos en su oportunidad procesal y con arreglo a las normas propias de cada juicio"*.^[38]

En este sentido, la Corte ha sostenido que el alcance del derecho de petición encuentra limitaciones respecto de las peticiones presentadas frente a autoridades judiciales, toda vez que han de diferenciarse los tipos de solicitudes, las cuales pueden ser de dos clases: (i) las referidas a actuaciones estrictamente judiciales, que se encuentran reguladas en el procedimiento respectivo de cada juicio, debiéndose sujetar entonces la decisión a los términos y etapas procesales previstos para tal efecto; y (ii) aquellas peticiones que por ser ajenas al contenido mismo de la *litis* e impulsos procesales, deben ser atendidas por la autoridad judicial bajo las normas generales del derecho de petición que rigen la administración y,^[39] en especial, de la Ley 1755 de 2015.^[40]

En este orden, la omisión del funcionario judicial en resolver las peticiones relacionadas a su actividad jurisdiccional según las formas propias del proceso respectivo, configura una violación del debido proceso y del derecho al acceso a la administración de justicia^[41]. Por otro lado, la omisión de la autoridad jurisdiccional en resolver las peticiones formuladas en relación con los asuntos administrativos constituye una vulneración al derecho de petición^[42]." NEGRILLAS FUERA DEL TEXTO.

Asimismo, en lo que atañe al debido proceso en la etapa de la ejecución de la sentencia, señaló la Corte Constitucional en sentencia T-753 de 2005, lo siguiente:

(...)

“Reglas que informan el debido proceso durante la etapa de ejecución de las sentencias penales.

3.1. La ejecución es la última parte del procedimiento judicial, que tiene como finalidad dar cumplimiento a la sentencia definitiva del tribunal competente. En atención a esta definición, la Corte Constitucional ha entendido que las garantías del proceso penal se extienden a la etapa de la ejecución de la sentencia. En este sentido, fue dispuesto en el fallo T- 388 de 2004^[1]:

“ (...) la ejecución de la pena no puede entenderse escindida del proceso penal que se siguió en contra de quien se encuentra privado de la libertad por existir una sentencia condenatoria en su contra, y cuyas garantías también se predicán del tiempo de la ejecución de la pena. La unidad del proceso presupone que los distintos actos que lo integran estén coordinados y concurren armoniosamente al fin del mismo, que es la efectividad de la ley sustancial, obviamente, mediante la observancia de los principios fundamentales del procedimiento^[2]”.

En virtud de lo anterior, las reglas que informan el debido proceso establecidas en el artículo 29 de la Constitución Política, las disposiciones internacionales, los principios de la administración de justicia consagrados en la Ley 270 de 1996, “Ley Estatutaria de la Administración de Justicia” y aquellos que se encuentran vigentes en el procedimiento penal son parámetros a los cuales debe ceñirse la actuación de las autoridades judiciales durante el período de ejecución de las sentencias.

3.2. El derecho fundamental al debido proceso consagrado en el artículo 29 de la Constitución Política ha sido definido por la Corte Constitucional como “la regulación jurídica que de manera previa limita los poderes del Estado y crea las garantías de protección a los derechos de las personas, por lo que ninguna actuación de las autoridades públicas depende de su propio arbitrio”^[3]. En este orden de ideas, es deber de las autoridades sujetarse a los procedimientos previamente fijados y destinados a preservar las garantías sustanciales y procedimentales consagradas en la Constitución y en la Ley.^[4]

Según fue explicado en la sentencia T-266 de 2005^[5], el derecho a un debido proceso comprende al menos las siguientes garantías:

" (...) las garantías mínimas que este derecho consagra son: i) el derecho de acceso a la administración de justicia ante el Juez natural de la causa; ii) el derecho a que se le comunique aquellas actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una multa o sanción; iii) el derecho a expresar en forma libre las opiniones; iv) el derecho a contradecir pretensiones o excepciones propuestas; v) el derecho a que los procesos se efectúen en un plazo razonable y, vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra" (subrayado no original).

Tanto el principio del juez natural como el derecho de los ciudadanos a que el proceso se efectúe en un plano razonable se encuentran vigentes en tratados internacionales de derechos humanos incorporados al ordenamiento colombiano en virtud del artículo 93 de la Constitución Política especialmente, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Art. 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Arts. 8 y 25) sobre garantías judiciales y protección judicial, respectivamente.

En primer lugar, el derecho de acceso a la administración de justicia implica que existe un juez competente para decidir cada caso de acuerdo con criterios legales predeterminados por la ley. Es decir, que el ciudadano goza de certidumbre sobre la autoridad judicial y las competencias que le son atribuidas a la misma, con el objeto de que se pronuncie sobre su causa⁶¹.

En segundo lugar, los procesos deben ser desarrollados en un término razonable y sin dilaciones injustificadas. En armonía con este postulado, la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia consagra el principio de celeridad y el principio de eficiencia en virtud de los cuales la administración de justicia debe ser pronta y cumplida⁶². Igualmente, la diligencia con arreglo a la cual deben obrar las autoridades judiciales en el impulso de sus actuaciones fue incorporada en las normas rectoras del código de procedimiento penal en especial, el artículo 9 sobre actuación procesal, en virtud de la cual, la actividad procesal se desarrollará teniendo en cuenta "(...) la necesidad de lograr la eficacia de la administración de justicia" y la previsión legal sobre celeridad y eficiencia (Art. 15 C.P.P.).

Asimismo, esta Corporación ha sostenido que el derecho a un proceso sin dilaciones injustificadas procura garantizar a las personas que acuden a la administración de justicia una protección en el ámbito temporal del trámite, bajo la idea de que justicia tardía no es justicia⁶³. En consecuencia, una situación de procesamiento no puede ser indefinida so pena de afectar el derecho de acceso a la administración de justicia.

Considerando las directrices mencionadas, para la Sala es importante destacar que en una sociedad democrática, la lentitud de la administración de justicia coloca al ciudadano en un estado de indefensión que amenaza el ejercicio de sus

derechos y por ende, aquellas acciones que extralimiten periodos de ejercicio procesal contradicen los propósitos del Estado de derecho...” (NEGRILLAS NUETRAS)

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se le brinde a la petición de libertad condicional elevada en el mes de septiembre de 2021 ante el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia.

Por su parte el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Aseguramiento de El Santuario Antioquia a este amparo, informó que efectivamente resolvió la citada solicitud mediante auto interlocutorio No. 538 del 7 de marzo del año que avanza por medio del cual se negó la libertad condicional, no obstante, revisado los anexos allegados con la respuesta, advierte la Sala que la Comisión N°. 451 del 7 de marzo de 2022 dirigida al CPMS de PUERTO TRIUNFO para la notificación de la citada decisión, no se remitió vía correo electrónico a ese establecimiento penitenciario para su cumplimiento y trámite², por lo que no obra constancia de notificación, situación que fue corroborada con la entidad accionada conforme constancia anexa.

En consonancia con lo anterior, al continuar la vulneración a los derechos fundamentales al debido proceso, acceso

² Ver paginas 9 y 12 de archivo denominado “04 Respuesta Juzgado Segundo de EPMS.pdf” del expediente electrónico.

a la administración de justicia y petición, se torna procedente la concesión del amparo constitucional deprecado.

Es anotar que, si bien el accionante invocó de igual forma el amparo a los derechos fundamentales a la libertad, igualdad y dignidad humana, no se acreditó dentro de la presente actuación constitucional, afectación alguna frente a estos tópicos; asimismo, el objeto del presente amparo se centra en la no respuesta oportuna a la solicitud de libertad condicional elevada por el actor, pero ello no implica perse una vulneración a estos derechos constitucionales, en tanto la concesión de este beneficio depende de la verificación que de los requisitos de ley realice el juez competente.

En consecuencia, se **ORDENARÁ** al Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice los trámites pertinentes para la notificación personal del auto interlocutorio No 0538 del 7 de marzo de 2022 por medio del cual se resuelve la solicitud de libertad condicional al accionante.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

5. RESUELVE

PRIMERO: TUTELAR los derechos fundamentales de petición, debido proceso y acceso a la administración de justicia en favor del penado **JORGE IVÁN OSORIO TORRES**, conforme a las razones expuestas en la parte motiva.

SEGUNDO: SE ORDENA al Juzgado Segundo Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, Antioquia, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas siguientes, contadas a partir de la notificación de esta sentencia, realice los trámites pertinentes para la notificación personal del auto interlocutorio No 0538 del 7 de marzo de 2022 por medio del cual se resuelve la solicitud de libertad condicional al accionante.

TERCERO: Infórmesele a las partes que esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. Una vez en firme esta providencia, se ordena la remisión del cuaderno original ante la Honorable Corte Constitucional para efectos de su eventual revisión

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
MAGISTRADA

GUERTHY ACEVEDO ROMERO
MAGISTRADA

PLINIO MENDIETA PACHECO
MAGISTRADO

ALEXIS TOBÓN NARANJO
SECRETARIO

Firmado Por:

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

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal
Tribunal Superior De Medellin - 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:
0dcb9727b01525ce465ace9ac4bf4a6c48b004cc624d75ba81e97a52ca2cc
d4f

Documento generado en 06/04/2022 05:11:32 PM

FALLO TUTELA 1º. INST. 2022-0352-2
ACCIONANTE: Jorge Iván Osorio Torres
ACCIONADO: Juzgado Segundo de Ejecución
de Penas y Medidas de Seguridad del Santuario Antioquia.

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.	2022-0357-3
Radicado	05376310400120220001201
Accionante	Rafael Zapata Rojas
Accionado	Nueva EPS
Asunto	Impugnación fallo de tutela
Decisión	Confirma

Medellín, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Aprobado mediante Acta N° 092 de la fecha

ASUNTO

Procede la Sala a resolver la impugnación presentada por la accionada¹, contra el fallo de tutela de 3 de marzo de 2022², emitido por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja – Antioquia, que amparó los derechos de la parte accionante, concedió tratamiento integral respecto de la enfermedad huérfana llamada hipocondroplasia, además de la migraña y ordenó la exoneración de pagos que la misma genere.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN

Manifestó la accionante que³, su nieto Rafael Zapata Rojas tiene 8 años de edad y se encuentra afiliado al sistema integral de seguridad social en salud por intermedio de la **Nueva E.P.S.** en calidad de beneficiario, que

¹ Folio 32 a 40, expediente digital de la acción de tutela

² Folios 19 a 28, ibídem.

³ Folios 1 a 8, ibídem.

fue diagnosticado de una enfermedad huérfana denominada hipocondroplasia que le ocasiona fuertes dolores de cabeza.

Por lo anterior, el menor está sometido a tratamiento con ortopedia infantil, genética médica y neuropediatría, lo cual genera copagos que en se encuentra en incapacidad de pagar porque la madre del menor hace 5 años abandonó el hogar sin hacer ningún tipo de aporte económico y el progenitor *-hijo de la accionante-*, trabaja como conductor de camión y su salario mínimo no alcanza para cubrir los gastos de Rafael Zapata y sus hermanos.

Afirmó que, el 24 de enero de 2022 elevó petición ante la promotora de salud accionada solicitando la exoneración de copagos, que fue resuelta desfavorablemente, por lo que interpone la presente demanda constitucional para que se amparen los derechos a la vida y salud del menor, se le conceda el tratamiento integral que requiere por la patología huérfana que le acongoja y se exonere el pago de copagos y/o cuotas moderadoras con ocasión al mismo.

ACTUACIÓN RELEVANTE

1. El conocimiento de la acción pública incoada correspondió al Juzgado Penal del Circuito de La Ceja - Antioquia, quien mediante auto adiado 22 de febrero de 2022⁴, avocó el conocimiento del presente trámite, y corrió el respectivo traslado para que la accionada se pronunciara respecto de los hechos expuestos por la promotora.
2. La E.P.S. demandada no allegó respuesta al trámite tutelar.

⁴ Folio 16 y 17 ibídem.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Penal del Circuito de La Ceja – Antioquia, procedió a dictar sentencia adiada 3 de marzo de 2022⁵, en la que resolvió amparó los derechos de la parte accionante, concedió tratamiento integral respecto de la enfermedad hipocondroplasia y ordenó la exoneración de pagos que la misma genere.

Lo anterior, por cuanto determinó el juzgador de primer grado que, exigir pagos al menor, para sobrellevar la enfermedad huérfana que le acongoja cuando no cuentan con los recursos para solventarla, pone en riesgo sus derechos fundamentales a la salud y vida, máxime si se tiene en cuenta que la el derecho a la salud debe ser integral y sin barreras, como lo son las exigencias económicas.

DE LA APELACIÓN

Una vez notificada del fallo de primera instancia, la apoderada judicial de la accionada presentó escrito de impugnación contra la sentencia de primera instancia⁶, en el que indicó que contrario a lo expuesto por el *a quo*, el 24 de febrero hogaño remitió respuesta al requerimiento realizado.

Aseguró que no hay lugar a decretar el tratamiento integral, pues el mismo contiene ordenes abstractas sobre hechos futuros e inciertos, lo cual está vedado al juez constitucional. Respecto de la exoneración de copagos y cuotas moderadoras pone de presente que la Corte Constitucional fijó dos subreglas para su concesión, esto es, (i) la imposibilidad de pagar un

⁵ Folio 18 a 28, *ibidem*.

⁶ Folio 32 a 40 *ibidem*.

servicio de urgente y (ii) cuando teniendo la capacidad de pago no puede hacer la erogación antes del suministro del servicio.

Afirmó que el progenitor del menor tiene un ingreso base de liquidación de 1.103.973 pesos, por lo que puede asumir los costos que son definidos por el Gobierno Nacional. Por lo tanto, solicita se revoque el fallo primigenio.

CONSIDERACIONES

Competencia

Según el artículo 86 de la Carta Política, desarrollado en el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991⁷, la Juez *a quo* tenía competencia para conocer de la acción de tutela.

De otro lado, esta Corporación tiene la competencia para pronunciarse conforme a lo previsto por el artículo 32 y 33 del Decreto 2591 de 1991, al tener la condición de superior funcional del despacho de primera instancia.

Del caso concreto

La persecución del amparo de los derechos planteados en el escrito tutelar, es procedente para ser abordado vía tutela, por atender asuntos que refieren a la salud y la vida digna de una persona, sin existir medio de defensa diferente que le permita efectivizar el estudio de los argumentos planteados.

Ahora bien, valoradas las afirmaciones de la petente, se tiene que considera vulnerado los derechos fundamentales del menor, en atención a que, por la ausencia de recursos económicos, no puede sufragar los gastos

⁷ 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

de copagos que origina la multiplicidad de citas y controles que requiere para adelantar el cabal tratamiento por la enfermedad huérfana denominada hipocondroplasia que le fue diagnosticada, por lo que requiere su exoneración.

A su turno, la E.P.S. demandada asegura que teniendo en cuenta el ingreso base de liquidación del progenitor del menor, tiene capacidad de pago y por lo tanto no es posible dicha exoneración; se opone al tratamiento integral concedido teniendo en cuenta que es una orden indeterminada que escapa la orbita del juez constitucional.

Ahora bien, delimitando el marco fáctico del agenciado, se tiene el que mismo es un menor que para el 11 de febrero de 2022⁸ contaba con 7 años y 2 meses de edad y fue diagnosticado con una enfermedad huérfana denominada hipocondroplasia, codificada con el numero 1022 en la Resolución 2048 de 2015 -“Por la cual se actualiza el listo de enfermedades huérfanas y se define el número con la cual se identifica cada una de ellas en el sistema de información de pacientes con enfermedades huérfanas”-.

Consecuencia de ese diagnóstico se comprende que requiere controles con genética médica, ortopedia infantil y neuropediatría, entre otros, según consta en la historia clínica allegada⁹, y de contera, aunado a su minoría de edad, lo posiciona como un sujeto de especial protección constitucional, lo cual esta contemplado en el artículo 11 de la Ley 1751 de 2015:

Artículo 11. Sujetos de especial protección. La atención de **niños**, niñas y adolescentes, mujeres en estado de embarazo, desplazados, víctimas de violencia y del conflicto armado, la población adulta mayor, **personas que sufren de enfermedades huérfanas** y personas en condición de discapacidad, gozarán de especial protección por parte del Estado. **Su atención en salud no estará limitada por ningún tipo de restricción administrativa o económica.** Las instituciones que hagan parte del sector salud deberán definir procesos de

⁸ Folios 9 y 10, Expediente digital de tutela de primera instancia.

⁹ Ibidem.

atención intersectoriales e interdisciplinarios que le garanticen las mejores condiciones de atención. (resaltado fuera del original).

Y es que la norma en comento, conlleva inmerso los principios de integralidad y continuidad en la prestación de servicios de salud para este grupo poblacional, y ello lo ha concluido la Corte Constitucional al asegurar que *“tanto la legislación colombiana como la jurisprudencia constitucional han sido claras en señalar el trato preferente que deben tener los menores de edad para la satisfacción de su derecho a la salud, razón por la cual todas las entidades prestadoras del servicio de salud deben respetar y garantizar de manera inmediata, prioritaria, preferente y expedita el acceso efectivo y continuo al derecho a la salud del cual son titulares”*¹⁰, lo que hace que la E.P.S. accionada deba garantizar el tratamiento integral que se derive de la patología que afecta al menor, lo cual no constituye una orden abstracta como se alegó, pues está circunscrita a las prescripciones médicas que indiquen los galenos tratantes adscritos a la promotora de salud.

De otro lado, el máximo órgano de la jurisdicción constitucional aseguró que *“las enfermedades huérfanas también se consideran enfermedades de alto costo y, en ese orden, se encuentran incluidas en la cuenta encargada de administrar los recursos de las enfermedades catalogadas como de Alto Costo”*¹¹, y en consecuencia aseguró que:

En conclusión, la Corte afirmó que conforme a lo previsto en la Ley 100 de 1993 y en el Acuerdo 260 de 2004, por regla general, toda persona que padezca una enfermedad calificada como de alto costo, en las que se incluyen las enfermedades denominadas huérfanas, adquiere el estatus de sujeto de especial protección constitucional y se encuentra eximida de la obligación de realizar el aporte de copagos, cuotas moderadoras o cuotas de recuperación, independientemente de si se encuentra inscrito en el régimen contributivo o subsidiado.

¹⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-402 de 2018.

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-399 de 2017.

Por lo tanto, resulta acertada la solución del caso planteada por el juez de primera instancia y en consecuencia, la Sala confirmará integralmente la decisión impugnada.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la decisión proferida por el Juzgado Penal del Circuito de La Ceja – Antioquia el 3 de marzo de 2022, de conformidad a los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia

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

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

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:

bed1df5a21b4986198bb10743d478dda88547bee051c65cb41e8f694dfdd92fa

Documento generado en 06/04/2022 05:25:19 PM

**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 PENAL DE DECISIÓN

N.I.	2022-0396-3
RADICADO	058906100170200880031
PROCESA	Jhon Fredy García Viana
DELITO	Acceso o acto sexual abusivo con incapaz de resistir
ASUNTO	Impedimento
DECISIÓN	Causal Infundada

Medellín, cinco (05) de abril de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante acta No. 089 de la fecha)

OBJETO DE LA DECISIÓN

La Sala resuelve de plano el impedimento alegado por el **Juez Penal del Circuito de Yolombó Antioquia**, al amparo de la causal 6 del artículo 56 del C.P.P, conforme lo dispuesto en el artículo 57 *ibidem*.

**FUNDAMENTOS DE LA DECLARATORIA DE
IMPEDIMENTO**

1. En audiencia de acusación del 1 de diciembre de 2021, el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó se declaró impedido para tramitar el proceso seguido en contra del ciudadano **Jhon Fredy**

García Viana por el delito de acceso o acto sexual abusivo con incapaz de resistir¹.

La razón es que la Sala de Decisión Penal de este Tribunal que preside el Dr. René Molina Cárdenas, mediante providencia del 30 de abril de 2021, declaró la nulidad del proceso desde la presentación del escrito de acusación inclusive.

Como en razón de ese proceso, el Juez de Yolombó valoró las pruebas y profirió sentencia de condena en contra del señor **García Viana**, estimó estar incurso en la causal de impedimento prevista en el numeral 6 del artículo 56 del C.P.P.

Dispuso la remisión inmediata del proceso ante el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, para que se pronuncie en relación con el impedimento planteado.

2. Con auto del 27 de enero de 2022², el Juez Promiscuo de Circuito de Segovia no aceptó el impedimento planteado.

Manifestó que el Juez de Yolombó no realizó mayores precisiones respecto de las razones subjetivas que lo llevaron a declararse impedido. Lo único que expresó fue que ante él se había practicado las pruebas y había emitido sentencia condenatoria, fallo que fue anulado por la Sala Penal del Tribunal Superior de Antioquia y que, por tanto, se estructuraba la causal 6 del art. 56 de la Ley 906 de 2004.

¹ A partir del minuto 00:02:47.

² PDF 44

La decisión adoptada por el superior, al retrotraer la actuación para que el funcionario de primera instancia la restablezca con sujeción al debido proceso, no configura la causal de impedimento alegada porque en esa actuación intervino en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Es decir, con relación al proceso penal que ahora se adelanta contra del señor **Jhon Fredy García Viana**, solo se detectó por parte de la segunda instancia un vicio en el trámite, anulándose la actuación y se le conminó a conocer de nuevo de las actuaciones para que se defina nuevamente por parte de la Fiscalía el fundamento fáctico de la acusación.

El hecho de reiniciar las etapas del juicio, no significa que su decisión deba coincidir con la inicialmente adoptada, toda vez que deberá realizar el estudio y valoración del acervo probatorio bajo las reglas de la sana crítica, con la autonomía e independencia que le es propia.

Ordenó remitir el asunto a esta Corporación para decidir de plano.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Según el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el impedimento declarado por el **Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó**, al amparo de la causal 6 del artículo 56 *ibidem*, y no aceptado por el **Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia**.

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, decidir si efectivamente se ha configurado el impedimento planteado.

La causal 6 de impedimento hace relación a que:

“...el funcionario haya dictado la providencia de cuya revisión se trata, o hubiere participado dentro del proceso ...”

En este asunto, una Sala de Decisión Penal de este Tribunal declaró la nulidad del proceso seguido en contra del ciudadano **Jhon Fredy García Viana** por el delito de acceso o acto sexual abusivo con incapaz de resistir, desde la presentación del escrito de acusación inclusive.

El Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó estimó que, como en razón de ese proceso, valoró las pruebas y profirió sentencia de condena, se encuentra impedido en los términos del numeral 6 del artículo 56 del C.P.P, para tramitar de nuevo el proceso en virtud de la nulidad declarada en segunda instancia.

No obstante, el nuevo conocimiento del proceso se origina en virtud de sus competencias funcionales, las que ejerció de forma previa a la nulidad declarada en segunda instancia. Este nuevo conocimiento del proceso no afecta la imparcialidad del Juez quien se enfrenta a un nuevo escenario que le impone corregir los errores advertidos desde la presentación del escrito de acusación relacionados con el deber de controlar que la Fiscalía presente correctamente los hechos jurídicamente relevantes. Esa situación conlleva que nuevos aspectos deban ser valorados por el Juez.

Sobre ese aspecto se ha pronunciado la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia de la siguiente manera³:

³ AP2297-2019, radicado No. 55433

“4. En el asunto bajo análisis, la manifestación de impedimento tiene su génesis en la decisión proferida en sede de casación por esta Sala, que decretó la nulidad del proceso, a partir del anuncio del sentido absolutorio del fallo, para que, se reconstruyeran las pruebas perdidas y, luego, se dictara una nueva decisión

Como lo ha venido precisando la jurisprudencia de la Sala, el conocimiento del asunto que ahora refulge es con ocasión de las competencias funcionales que habilitan a un mismo funcionario a conocer de la actuación en razón de diferentes actos procesales como acaece en el presente evento, donde habiéndose decretado la nulidad a partir del anuncio del fallo, se inició un nuevo escenario.

Siendo del caso precisar, que en esta nueva oportunidad, el juez tendrá nuevos elementos y aspectos por valorar, dada la reconstrucción de las piezas procesales extraviadas que, claramente, no fueron tenidas en cuenta en la actuación decretada nula.

Entonces, que en pretérita oportunidad el Juez haya conocido de la actuación, en este caso en concreto, no le impide anunciar el sentido del fallo y emitir la sentencia de primera instancia.

5. Luego, no se estructuró el impedimento alegado y por consiguiente se declarará infundado...”

(Negrillas de esta Sala).

De tal suerte, es claro que el impedimento declarado por el Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó-Antioquia es infundado, pues lo expuesto por él para separarse del conocimiento del proceso, no permite concluir que su imparcialidad se verá afectada en este asunto. Se reitera, la declaratoria de la nulidad habilita un nuevo escenario procesal en el que el Juez deberá valorar nuevas situaciones generadas por la corrección de los hechos jurídicamente relevantes de la acusación.

Así las cosas, el conocimiento de esta actuación deberá seguir en cabeza del Juez **Promiscuo del Circuito de Yolombó-Antioquia** a donde regresará el proceso para que continúe con su desarrollo.

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA, EN SALA DE DECISIÓN PENAL,**

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADA LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO promovida por el **Juez Promiscuo del Circuito de Yolombó**, para fungir como Juez de conocimiento dentro de la presente actuación.

SEGUNDO: En consecuencia, **DEVUÉLVASE** la actuación al **Juzgado de origen** para que continúe con la etapa de juzgamiento.

TERCERO: Infórmese lo decidido a las partes interesadas.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

(firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada Ponente

(firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECO
Magistrado

(firma electrónica)
RENÉ MOLINA CÁRDENAS
Magistrado

Firmado Por:

Guerthy Acevedo Romero

N.I.
Procesado
Impedimento

2022-0396-3
Jhon Fredy García Viana
Infundado

**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:

**7b9b98fcb2977326569e6720f2db4105513eae27396e505ed41cd
d73cc067057**

Documento generado en 06/04/2022 05:25:04 PM

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

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

**REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO**



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

N. Interno	2022-0311-3
Radicado CUI	05282 60 00000 2020 00005
Delito	Actos sexuales con menor de 14 años y otro
Acusados	Víctor Alonso Londoño Santamaría y otro
Asunto	Prueba de refutación
Decisión	Improcedente

Medellín, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

(Aprobado mediante Acta No. 091 de la fecha)

Se pronuncia la Sala frente al recurso de apelación interpuesto contra la decisión del 22 de febrero de 2022, por medio de la cual el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia, en sede de audiencia de juicio oral, negó la solicitud de prueba de refutación realizada por la Defensa.

HECHOS

El 21 de septiembre de 2017, la señora Martha Cecilia Londoño denunció ante la Comisaría de Familia de Venecia-Antioquia que su hijo K.E.T.L. de 9 años de edad fue accedido carnalmente por su primo Jorge Iván Álvarez Diosa.

También denunció al señor Víctor Alonso Londoño Santamaría como responsable de haber realizado actos sexuales abusivos en contra de su hija A.T.L. de 5 años de edad.

ACTUACIÓN PROCESAL RELEVANTE

En la sesión de audiencia de juicio oral del 22 de febrero de 2022, en desarrollo de la práctica de la prueba de la Defensa, ésta solicitó que se escuche de nuevo el testimonio de la señora Martha Cecilia Londoño - madre de las menores víctimas- porque según lo declarado por el testigo de descargo y acusado, Víctor Alonso Londoño Santamaría, la referida testigo mintió en su declaración¹.

Recordó que el acusado Víctor Alonso Londoño manifestó que su hermana Martha Cecilia Londoño *“lo acusó de otras cosas”*, por eso es necesario que esa testigo sea contrainterrogada sobre ese aspecto, porque si ello es así, se podría pensar que *“esa señora es una mentirosa por naturaleza”*.

El apoderado de las víctimas y la delegada de la Fiscalía se opusieron a la pretensión de la Defensa. Argumentaron que lo que se propone es un tema de valoración probatoria que debe ser resuelto en la sentencia.

De otro lado, el solicitante pide que se cite de nuevo a la señora Martha Cecilia Londoño con el fin de que se le realice un contra interrogatorio que la Defensa ya tuvo la oportunidad de realizar. La testigo no fue pedida por la Defensa como prueba directa. Si la estrategia de la Defensa era demostrar que la testigo de la Fiscalía era una mentirosa, debió solicitar su testimonio como prueba.

¹ A partir del minuto 01:24:26

DECISIÓN IMPUGNADA²

El juez de conocimiento negó la petición probatoria. Adujo que la Defensa solicitó una prueba de refutación de acuerdo con el artículo 362 del C.P.P frente al dicho del acusado Víctor Alonso Londoño Santamaría. Adujo que esa petición debió hacerla al momento en que estaba declarando el acusado no después y que la oportunidad de pedir la prueba caducó.

DE LA APELACIÓN³

La Defensa manifestó que la audiencia de juicio no ha culminado que el proceso reviste especial complejidad y es necesario que el Juez tome una decisión correcta, imparcial y justa.

Dijo textualmente:

“En relación con lo de la señora Martha Londoño Santamaría, fueron situaciones que se presentaron en esta etapa del proceso...y que no fue ni siquiera de la Defensa, fue del contra de la Fiscalía y que en el ejercicio de mi acción nuevamente aclaré muy bien eso. Son hechos que van resultando y que nunca...en un interrogatorio o con unas entrevistas a los acusados... ellos alcanzan a dimensionar todo el problema y a darle a uno los elementos de juicio...por eso en estos juicios, cuando se avizora eso, está lo consagrado como lo dijo usted, el artículo 262 que es la prueba de refutación. Por qué es importante eso, porque aquí estamos viendo que la señora Martha Cecilia Londoño Santamaría, la madre de la menor víctima, ha sido una constante mentira para todos los demás testigos. Queremos corroborar eso en este estrado porque es fundamental para el proceso. Entonces por eso le solicito que reconsidere esa situación y autorice que se suspenda esta diligencia...y que se llame nuevamente a esa señora porque es vital para el proceso...”.

Dijo que como se le está negando una prueba, procede el recurso de apelación porque “se trata de una cuestión de justicia”.

² A partir del minuto 01:30:09

³ A partir del minuto 01:34:41

ARGUMENTOS DE LOS NO RECURRENTES

La **fiscalía** sostiene que la solicitud de la Defensa no puede ser valorada como una prueba de refutación porque no reúne las características para el efecto. Estima que al parecer, la Defensa pretende que se escuche de nuevo el testimonio de Martha Londoño para acreditar el dicho del acusado Víctor Santamaría, no para desacreditarlo y esa no es la función atribuida a la prueba de refutación pues no es viable refutar a la testigo con su propio testimonio.

Considera que la defensa dejó pasar la oportunidad para pedir la prueba de refutación pues debió solicitarla en el curso del testimonio del acusado Víctor Santamaría.

El representante de víctimas considera que no es el momento para que tenga lugar la prueba de refutación planteada por la Defensa pues al momento de hacer la solicitud, la defensa pidió que se autorizara el testimonio de un testigo que ya había declarado y así no argumentó debidamente su solicitud probatoria.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Dado que la Ley 906 de 2004 solamente enunció la prueba de refutación estimó la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia que su desarrollo integral y sistemático debía ser asumido por la Jurisprudencia, más aún en el campo de los recursos respecto de las decisiones de los jueces en ese tema.

Por tanto y con el propósito de resolver el asunto objeto de estudio, se trae a colación lo que jurisprudencialmente se ha considerado frente a la improcedencia del recurso de apelación respecto de la providencia que resuelve sobre la prueba de refutación⁴.

“ Dado que las pruebas de refutación y refutada tienen un objeto diferente, como ha quedado explicado en esta providencia, la solicitud de la evidencia primeramente citada se resuelve de plano, mediante providencia que no admite recursos. La misma regla aplica para las pruebas de contra refutación.

El principio de la doble instancia en materia de pruebas de origen legal tiene su regulación en los artículos 20 y 176 de la Ley 906 de 2004, en tanto que ese mismo criterio rector en el orden constitucional se apoya en el artículo 29 de la Carta Política, advirtiéndose en su cotejo diferencias que obligan en el caso concreto del auto que resuelve sobre la prueba de refutación a preferir literalmente la restricción que trae el mandato superior que prevé la apelación para las sentencias, providencia esta que resuelve definitivamente los problemas jurídicos que registre la actuación procesal (sustanciales, de estructura o de garantías).

En apoyo de la restricción a la impugnación de la providencia que decida sobre la prueba de refutación, se suma la necesidad de administrar una justicia pronta, sin dilaciones, en donde las decisiones judiciales materialicen la eficacia de la justicia y den prevalencia al derecho sustancial, propósitos que se verían gravemente comprometidos con trámites que posponen en el tiempo lo que se ha de resolver en la sentencia que ponga fin al proceso.

A juicio de la Sala dados los fines del proceso penal y aplicado a ellos los moduladores de la actividad procesal (artículo 27 ídem) se impone con criterio ponderado evitar los excesos contrarios que resulten en detrimento de la función pública de administrar justicia, como así se evidenciaría con la posibilidad de interponer recursos sobre temas de estricta refutación probatoria y los cuales se controlan por el juez al decidir si decreta o no la prueba, o denegando actuaciones temerarias o dilatorias (artículos 140-2, 141 y 161-3 del C de P.P.) o en la sentencia al apreciar la prueba con los principios de identidad, existencia material o jurídica, sana crítica, legalidad o convicción y al verificar el respeto de las garantías debidas para el tema en examen al acusador, al procesado o al defensor.

*El derecho de contradicción de las partes se ejercitaría al presentarse la petición de la prueba de refutación y argumentarse la **necesidad, conducencia, pertenencia o utilidad** y la correspondiente crítica en el traslado de la solicitud a la contraparte.*

La doble instancia para las partes estaría materializada con los recursos contra las sentencias de instancia, oportunidad en que se pueden cuestionar tópicos vinculados con la prueba de refutación y que sean trascendentes en

⁴ CSJ- AP4787-2014 (rad.43.749) stp168-2015 (Rad.77489) y AP2215-2019 (rad.55337)

relación con las garantías o derechos fundamentales o la credibilidad de la evidencia que fundamente la decisión.

Los recursos contra las sentencias realizan plenamente la contradicción y el examen por el superior funcional de la situación que se resuelve en esta providencia, pues no necesariamente en el ordenamiento jurídico todas las decisiones admiten inmediatamente recursos, ejemplo de ello es la que decide o no el decreto de la prueba de refutación, pues tratándose de un aspecto relativo al cuestionamiento de un medio probatorio su incidencia en el proceso se advierte con certeza en el fallo al momento de definir la eficacia de los elementos en los que se ha de soportar la absolución o la condena, de ahí que ese sea el momento procesal idóneo para que las partes censuren o reclamen lo que tenga trascendencia para su teoría del caso”.

De otro lado, consideró la Corte que era improcedente paralizar el juicio oral cada que una parte solicitara pruebas de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos⁵, así sostuvo.

“En este orden de ideas, a la luz del principio de proporcionalidad invocado por el censor, resulta claro que es improcedente paralizar el juicio oral cada que una parte solicite pruebas de refutación para impugnar la credibilidad de los testigos, pues ello haría prácticamente inoperantes los principios de concentración e inmediación, a cambio de que el superior funcional revise la viabilidad de ejercer una de las varias formas de impugnación previstas en el ordenamiento jurídico. Si se aceptara esa tesis, también habría que admitir que las decisiones acerca de las preguntas procedentes en el contrainterrogatorio y la utilización de declaraciones anteriores con el fin de demostrar contradicciones, omisiones u otros aspectos relevantes para el estudio de la credibilidad, también admiten el recurso de apelación, lo que es claramente inaceptable.

De tal suerte, como el recurso de apelación interpuesto por la defensa y concedido por la primera instancia, contra la decisión que resolvió una prueba de refutación en sede de juicio oral es manifiestamente improcedente, de acuerdo con lo previsto en el numeral 1º. del artículo 139 del C.P.P. se procede a rechazar de plano el mismo y se deja sin efectos lo actuado a partir de su concesión, inclusive, para que se continúe sin dilación alguna la audiencia de juicio oral.

⁵ CSJ AP 2215-2019 (rad.55337)

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

RESUELVE:

PRIMERO: RECHAZAR DE PLANO, por ser manifiestamente improcedente, el recurso de apelación concedido por el Juzgado Penal del Circuito de Fredonia Antioquia frente a la decisión de negar una prueba de refutación.

SEGUNDO. Contra esta determinación, no procede recurso alguno.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)

GUERTHY ACEVEDO ROMERO

Magistrada Ponente

(Firma electrónica)

PLINIO MENDIETA PACHECHO

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:
47008145a53e3bebc1a3716aec20f1ae8e4bfa2ddcb5f537bc8bf5b871
94605d

Documento generado en 06/04/2022 05:03:41 PM

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

Radicado 2022-0368-3
CUI 05000220400020220012600
Accionante **Cristian Mejía Parra**
Accionados **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y
Medidas de Seguridad de Antioquia**
Asunto Tutela de Primera Instancia
Decisión Improcedente

Medellín, seis (06) de abril de dos mil veintidós (2022)

Aprobada mediante Acta N° 090 de la fecha

ASUNTO

Resuelve la Sala, en primera instancia, la acción de tutela propuesta por **Cristian Mejía Parra**, en contra del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** por la presunta vulneración de su derecho fundamental de *petición* e igualdad.

FUNDAMENTOS DE LA PETICIÓN

Relató el demandante¹ que, purgó pena intramural desde el 16 de noviembre de 2013 hasta el 16 de enero de 2019, cuando le concedieron libertad condicional dentro del proceso en que el Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín, el 16 de julio de 2013 lo condenó a 94 meses de prisión tras ser hallado penalmente responsable del punible de fabricación, tráfico, porte o tenencia de armas de fuego, partes o accesorios.

¹ Folios 2 a 6, expediente digital de tutela.

Indicó que en el periodo en que purgaba la pena en mención, esto es, en el año 2015, fue requerido por el mismo juzgado de conocimiento para *imputarle cargos* por el delito de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzoso, reatos por los que fue condenado el 31 de julio de 2017, a 75 meses de prisión que está cumpliendo actualmente en la cárcel Villa Inés de Apartadó.

Aseguró que la precitada condena se derivó de un preacuerdo con la fiscalía en el que le concederían un descuento punitivo por circunstancias de marginalidad y que podría obtener la libertad condicional tras el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena, lo cual no se ha cumplido.

Afirmó que el juzgado executor le ha negado en 4 oportunidades la posibilidad de acceder a la libertad condicional argumentando la gravedad de la conducta cometida, situación que comprende como vulneradora de derechos fundamental máxime cuando sus compañeros de causa se encuentran disfrutando de ese beneficio.

Por lo anterior, solicita la protección a sus derechos fundamentales y se le conceda, vía tutela, la libertad condicional.

TRÁMITE

Mediante auto adiado el 28 de marzo de 2022², se dispuso asumir la demanda y vincular al **Establecimiento Penitenciario de Villa Inés de Apartadó, Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia, Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín** y al **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Medellín**, por lo que se les corrió traslado del escrito

² Folios 18 y 19, ibídem.

tutelar para que pudieran ejercer efectivamente sus derechos de defensa y contradicción.

RESPUESTAS

El secretario del **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados Penales del Circuito Especializados de Medellín**, indicó que el **Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín** adelantó dos procesos en contra del promotor, a saber, (i) con CUI 050016000000201600767 (ruptura del CUI 050016000000201600602), remitido el 8 de mayo de 2017 a los juzgados ejecutores de Medellín; y (ii) con CUI 050016000000201700204 (ruptura del CUI 050016000000201600767) enviado a los juzgados de ejecución de penas de Antioquia desde el 4 de septiembre de 2017.

El titular del **Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín**, informó que dentro del proceso CUI 050016000000201700204, condenó al accionante el 31 de julio de 2017 a la pena de 75 meses de prisión y multa de 1750 salarios mínimos legales mensuales vigentes por el delito de concierto para delinquir agravado y desplazamiento forzado, proveído que no fue objeto de recursos y se remitió a los juzgados ejecutores para lo de su competencia.

Afirmó que no se ha recibido ninguna solicitud o recurso de apelación sobre decisiones tomadas por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de *Medellín*, despacho que vigila la sanción impuesta al accionante.

El **Centro de Servicios Administrativos de los Juzgados de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Medellín y Antioquia**, expuso que el **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** con el radicado interno No. 02017A23458, vigila

la pena impuesta al accionante por parte del **Juzgado 4 Penal del Circuito Especializado de Medellín**.

Por su parte, la titular del **Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia** informó que, vigila la pena de 75 meses impuesta al promotor por los delitos de concierto para delinquir y desplazamiento forzado mediante sentencia de 31 de julio de 2017.

Indicó que mediante auto interlocutorio No. 799 de 15 de abril de 2021, negó solicitud de libertad condicional en atención a la gravedad de los delitos cometidos, ya que era el encargado de intimidar con amenazas a los residentes y comerciantes de Itagüí para que abandonaran sus inmuebles y recaudar dineros producto de extorsiones.

Con auto No. 2530 de 13 de octubre de la misma anualidad, negó solicitud de sustitución de la pena intramural por domiciliaria por expresa prohibición legal. En auto de sustanciación No. 5 de 3 de enero de 2022, rechazó de plano petición de libertad condicional porque los fundamentos de la petición habían sido examinados en el proveído 799 de 15 de abril de 2021, decisión contra la que interpuso recursos pero se le advirtió que por la naturaleza del auto no admitía ningún recurso.

Ante nueva insistencia del petente, el 14 de marzo del año que avanza, mediante autos interlocutorios No. 897 y 898, estudió de fondo solicitud de libertad condicional, negándola nuevamente por la gravedad de la conducta desplegada.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 86 de la Constitución Política, 37 del Decreto 2591 de 1991 y 1° del Decreto 1983 de 2017, es

competente esta Sala para proferir fallo de primera instancia dentro de la presente acción de tutela.

El artículo 86 de la Constitución Política consagra la acción de tutela, cuya razón de ser no es otra que la de conceder a toda persona un procedimiento preferente y sumario para reclamar ante los jueces de la República, la protección inmediata, en cualquier tiempo y lugar, de sus derechos fundamentales, cuando considere que han sido violados o se encuentren amenazados por la acción u omisión de cualquier autoridad pública siempre que el afectado no cuente con otro medio de defensa judicial, salvo que se utilice transitoriamente para evitar un perjuicio irremediable. En un Estado social de derecho la protección de tales garantías debe ser real y material, a ello apunta la tutela.

2. Problema jurídico

Se procede a analizar si en efecto se ha vulnerado el derecho de igualdad invocado por el accionante y, de otro lado, el estudio de los requisitos de procedencia de la demanda de tutela cuando la misma es contra providencias judiciales.

Del derecho fundamental a la igualdad.

Como cuestión inicial debe predicarse la ausencia de vulneración a la garantía fundamental contemplada en el artículo 13 constitucional, pues el accionante fundamentó su violación en que tiene conocimiento que a compañeros de causa, les han concedido la libertad condicional.

Al respecto, cabe advertir que el derecho a la igualdad se vulnera cuando a situaciones iguales se les da un tratamiento diferenciado o a supuestos desiguales se les da igual tratamiento. En el presente caso, el actor, no acreditó en qué situación de hecho y de derecho específica, se ha actuado

de manera diferente, pues más allá de afirmar que a compañeros, condenados por los mismos hechos, se les ha concedido la libertad condicional, no se tiene un mínimo de conocimiento sobre el fundamento fáctico o jurídico de las decisiones que presuntamente concedieron dicho beneficio, sin poder siquiera constatar que las mismas existen y si efectivamente guardan relación con lo expuesto por el promotor, por lo que no es posible conceder la tutela invocada respecto de este derecho.

Análisis de procedencia de la acción de tutela contra providencias judiciales.

Dado que la inconformidad del accionante refiere a los planteamientos expuestos por el juzgado executor en sus proveídos en que niega la libertad condicional solicitada y por la cual rechazó de plano nuevo estudio sobre esa petición, resulta imprescindible realizar el debido estudio de procedencia de la demanda de tutela cuando la misma es contra providencias judiciales.

La sentencia C-590 de 2005 señala que hay un grupo de causales de procedibilidad genéricas y específicas para la prosperidad del recurso de amparo en contra de las decisiones judiciales³, cuyo fin –definido con posterioridad- consiste en tener con anticipación reglas metodológicas objetivas que sirvan al operador jurídico para examinar la procedencia y prosperidad de la acción de tutela⁴.

En cuanto a los lineamientos generales de procedencia de la acción, ha establecido:

“Esta nueva dimensión abandonó la expresión “vía de hecho” e introdujo “criterios de procedibilidad de la acción de tutela contra decisiones judiciales”, los cuales fueron distinguidos como de carácter general y de carácter específico. Los primeros constituyen restricciones de índole

³ Así también puede consultar la decisión SU-915 de 2013.

⁴ Corte Constitucional, Sentencia T-225 de 2010.

procedimental o parámetros imprescindibles para que el juez de tutela aborde el análisis de fondo y fueron clasificados así:

a. Que la cuestión que se discuta resulte de evidente **relevancia constitucional**.

b. Que se hayan **agotado todos los medios -ordinarios y extraordinarios- de defensa judicial al alcance de la persona afectada**, salvo que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.

c. Que se cumpla el requisito de la **inmediatez**, es decir, que la tutela se hubiere interpuesto en un término razonable y proporcionado a partir del hecho que originó la vulneración.

d. **Cuando se trate de una irregularidad procesal, debe quedar claro que la misma tiene un efecto decisivo o determinante en la sentencia que se impugna y que afecta los derechos fundamentales de la parte actora.** No obstante, de acuerdo con la doctrina fijada en la Sentencia C-591-05, si la irregularidad comporta una grave lesión de derechos fundamentales, tal como ocurre con los casos de pruebas ilícitas susceptibles de imputarse como crímenes de lesa humanidad, la protección de tales derechos se genera independientemente de la incidencia que tengan en el litigio y por ello hay lugar a la anulación del juicio.

e. Que la parte actora **identifique de manera razonable tanto los hechos que generaron la vulneración como los derechos vulnerados** y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que esto hubiere sido posible.

f. **Que no se trate de sentencias de tutela.** Esto por cuanto los debates sobre la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, mucho más si todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante esta Corporación, proceso en virtud del cual las sentencias no seleccionadas para revisión, por decisión de la sala respectiva, se tornan definitivas". Resaltado es nuestro⁵

Una vez satisfechas tales condiciones generales, resulta imperioso que se acredite la existencia de, por lo menos, una causal o defecto específico de procedibilidad, a saber: Defecto orgánico, defecto procedimental absoluto, defecto fáctico, defecto material o sustantivo, error inducido, decisión sin motivación, desconocimiento del precedente, violación directa de la Constitución."⁶

⁵ Corte Constitucional. Sentencia SU-116 de 2018.

⁶ *Ibíd.*

Requisitos generales:

En el asunto bajo revisión, no admite discusión alguna que se trata de un tópico de evidente relevancia constitucional, pues el acierto de las decisiones que reprocha la parte actora, tiene incidencia directa sobre derechos constitucionales de indiscutible trascendencia, como lo es el debido proceso o la libertad, inclusive.

Frente al deber de promoción de los mecanismos de defensa judicial existentes a su alcance para revertir las decisiones que acusa como nugatorias de su derecho fundamental, para el caso, se tiene que corresponden a los proveídos 799 de 15 de abril de 2021, 5 de 3 de enero de 2022⁷ y 898 de 14 de marzo hogaño⁸.

Respecto de los autos 799 de 15 de abril de 2021 y 898 de 14 de marzo hogaño, que negaron de fondo la libertad condicional deprecada, debe asegurarse que conforme a la consulta web de procesos de la Rama Judicial allegada por el accionante⁹ y el juzgado ejecutor demandado¹⁰, contra el primero de los enunciados no se interpusieron recursos, situación que fue confirmada por el titular del juzgado cognoscente que aseguró que a su despacho no a arribado ninguna solicitud o recurso de apelación frente a peticiones liberatorias.

Es de precisar que el último de los proveídos según anotación registrada el 23 de marzo hogaño en la página web de los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad de Antioquia, el término para interponer recursos fenecía el 28 de marzo de los corrientes, pues es clara la constancia que indica que de no interponerse recursos, la decisión quedaría ejecutoriada el 29 del mismo mes y año, por lo tanto, de no

⁷ Folios 64 a 71, ibídem.

⁸ Folios 74 y 80, ibídem.

⁹ Folios 8 a 12, ibídem.

¹⁰ Folios 55 a 58, ibídem.

haberse radicado impugnación alguna, dicho presupuesto no se encuentra actualizado.

Ahora bien, se torna improcedente el estudio constitucional, pues *“la intervención del juez constitucional está vedada porque la acción de tutela no constituye un mecanismo alternativo o paralelo para resolver problemas jurídicos que deben ser analizados al interior del trámite procesal respectivo.”*¹¹

Frente al auto de sustanciación No. 5 de 3 de enero de 2022, el cual rechazo de plano nuevo estudio sobre petición de libertad condicional, por su naturaleza no admite ningún recurso, lo cual se comprende de los artículos 169 inciso 3 e inciso final del artículo 176 de la Ley 600 de 2000, trámite aplicable a las decisiones tomadas por los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad, por lo que el agotamiento de los medios ordinarios y extraordinarios se encuentra a salvo y procede continuar con el estudio de los demás requisitos únicamente frente a este proveído.

Sobre el criterio de inmediatez, está vigente, toda vez que a la fecha de presentación de la demanda de tutela - 28 de marzo¹²-, solamente habían pasado cerca de 4 meses desde que se emitió el auto cuestionado por el accionante, razón suficiente para colegir que el accionante ha procurado realizar gestiones en defensa de su derecho fundamental dentro de un plazo razonable.

Ahora bien, respecto de la identificación razonable de los aspectos que generan la vulneración de los derechos fundamentales, el promotor se limitó a indicar su fundamento en la imposibilidad de recurrir dicho auto, por lo que debe reiterarse que, son las disposiciones legales contempladas en la Ley 600 de 2000, aplicables a los procesos que se encuentran en fase de ejecución de la pena, las que impiden darle trámite

¹¹ Corte Constitucional, Sentencia T-016 de 2019.

¹² Folio 16, Expediente digital de tutela.

de impugnación a decisiones que son solamente de sustanciación, por lo que resulta infundada la alegación del gestor.

En consecuencia, no es preciso continuar con el estudio de los demás requisitos generales y específicos de procedibilidad de la demanda de tutela frente a la providencia judicial, pues no se puede perder de vista que el accionante ni siquiera argumentó la existencia de alguna causal específica de cara al proveído de 3 de enero de 2022 que se analiza.

Por lo tanto, se procederá a declarar la improcedencia del amparo a los derechos fundamentales del promotor.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la protección al derecho fundamental a la igualdad deprecado por **Cristian Mejía Parra**, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR IMPROCEDENTE la petición de amparo los derechos fundamentales invocados en esta acción constitucional por **Cristian Mejía Parra**, de conformidad con lo anotado en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: INFORMAR que contra esta providencia procede su impugnación, dentro del término de tres (3) días hábiles contados a partir de la notificación de la misma.

CUARTO: En caso de no ser impugnado este fallo, **REMITIR** el expediente a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

(Firma electrónica)
GUERTHY ACEVEDO ROMERO
Magistrada

(Firma electrónica)
PLINIO MENDIETA PACHECHO
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: **9a4c3ea53a294aad59ecf97b5e4f483098e91de9876805fc6a010d4cb0c84efa**
Documento generado en 06/04/2022 05:03:28 PM

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**

Abril siete (07) de dos mil veintidós (2022)

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : Jhon Walter David Cardona
Delito : Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo.
Decisión : Confirma sentencia absolutoria.

Proyecto discutido y aprobado en sesión virtual del 6 de abril de 2022. Acta N° 037

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera el delegado de la Fiscalía General de la Nación, contra la sentencia proferida por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó (Ant.)*, el día *21 de febrero de 2017*, y a través de la cual se absolvió al acusado JHON WALTER DAVID CARDONA, de los cargos que por la conducta punible de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años*

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

agravado en concurso homogéneo y sucesivo le había formulado el ente acusador.

2. SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Ocurrieron aproximadamente entre los meses de junio y diciembre de 2011, cuando la menor K.L.R.L. informó a personas cercanas a su contexto familiar, que venía siendo abusada sexualmente por quien fuera su abuelo materno de crianza el señor JHON WALTER DAVID CARDONA; por esa razón la suegra de la niña puso en conocimiento de sus padres esta situación y en consecuencia, el 10 de enero de 2012, el señor LUIS ENRIQUE RAMOS DÍAZ -padre de la menor-interpuso la denuncia correspondiente.

3. ACTUACIÓN PROCESAL

En la respectiva audiencia ante el Juez de control de garantías, que tuvo lugar el *26 de marzo de 2012*, se formuló imputación, por el delito de Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo, cargos que no fueron aceptados por el enjuiciado.

El *29 de mayo de 2012* se efectuó la diligencia de formulación de acusación y el *10 de julio posterior* la audiencia preparatoria, en tanto que el juicio oral y público se desarrolló durante

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

los días 28, 29 de agosto, 5 de diciembre de 2012, y 13,14 y 28 de marzo de 2013, finalizando con sentido de fallo de carácter absolutorio; la lectura de la respectiva providencia sucedió el 21 de febrero de 2017, decisión que fue recurrida por el Fiscal titular del caso, concediéndose la alzada ante este Tribunal, en el efecto suspensivo.

4. DE LA SENTENCIA IMPUGNADA.

Acorde viene de reseñarse, en la sentencia que puso fin a la primera instancia, la señora Juez, una vez culminado el juicio oral, decidió absolver al acusado JHON WALTER DAVID CARDONA, de los cargos formulados por la conducta punible de *Acceso carnal abusivo con menor de 14 años agravado en concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles*, en el entendido que en el proceso no se logró demostrar la responsabilidad penal del procesado, y debía darse plena credibilidad a la retractación de la menor K.L.R.L., cuando manifestó en el juicio que su acusación se debió a la crianza estricta de su abuelo que consistía obligarla a ella y a su hermana a asistir permanentemente a ceremonias religiosas, a usar ropa que no les gustaba, a negarles salir con amigos o tener novios; por lo tanto, esa fue la manera que encontró para librarse de aquellas restricciones.

Advierte la imposibilidad de valorar el material auditivo allegado al proceso, consistente en una tarjeta de memoria microSD extraída de un celular, porque si bien varios testigos la identificaron, no se contó con cotejo de voces para establecer que se trataba de la voz del acusado, adicionalmente, porque dicho elemento

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

no fue sometido a cadena de custodia, y de igual manera, manifiesta que no se demostró la autenticidad de la historia psicológica de la menor toda vez que este documento carece de firma y no fue posible obtener el testimonio de la profesional que la elaboró, conllevando a que el informe fuera ingresado por otra profesional de la psicología.

Ante la insuficiencia de pruebas para determinar la responsabilidad penal del procesado, optó por proferir sentencia absolutoria en favor del señor JHON WALTER DAVID CARDONA.

5. FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

Dentro de los términos establecidos el ente Fiscal presentó escrito de sustentación del recurso de apelación, manifestando su inconformidad con la decisión de primera instancia, por los siguientes motivos:

- La retractación de la menor no tiene mayor relevancia, dado que existen en el proceso otros elementos materiales probatorios que valorados en su conjunto permiten determinar la responsabilidad penal del procesado.
- La autenticidad de la prueba documental se estableció cuando la menor reconoció en el juicio el lugar en el que se había hecho la grabación.
- Adicionalmente en el proceso se cuenta con la entrevista de la víctima, la valoración psicológica, el informe de medicina legal y el testimonio de quien fuera la suegra de la menor quien escuchó una conversación entre K.L.R.L y el procesado.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Por lo anterior, considera que el juez valoró erróneamente la prueba y por ende se debe revocar la decisión, y en su defecto condenar al JHON WALTER DAVID CARDONA por el hecho punible endilgado.

6. TRASLADO A LOS NO RECURRENTES

Durante los traslados correspondientes, los no impugnantes no se pronunciaron acerca de los argumentos planteados por el apelante.

7. CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar el recurso interpuesto por el delegado de la Fiscalía General de la Nación, de conformidad con lo previsto en los artículos *34 numeral 1º*, *176 inciso final* y *179 de la Ley 906 de 2004*, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Desde esta perspectiva, deberá la Sala establecer si en la sentencia que se revisa, se incurrió en una equivocada apreciación probatoria que hubiese determinado injustificadamente la absolución del señor JHON WALTER DAVID CARDONA, frente al delito investigado, como lo pregonara el recurrente.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Su posición nos lleva a incursionar en el análisis del acervo probatorio que sirvió de fundamento a la Juez primaria para absolver al acusado, con miras a determinar si el mismo, en términos del *artículo 381 de la ley 906 de 2004*, permite o no, llegar al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre su responsabilidad frente al injusto que se le atribuye.

Es importante destacar que en casos como el que concita nuestra atención, la prueba de cargo resulta ser por lo general, el testimonio único de la víctima; es por ello que su dicho debe ser cotejado con las demás pruebas que pudieron ser recaudadas durante el proceso, para establecer su grado de credibilidad; así se ha dicho:

*“El testimonio de la víctima es fundamental, ya que en no pocos delitos se trata de la persona que más cerca ha estado del criminal, siendo en ocasiones además el único testigo. Lo habitual es que la palabra de la víctima resulte creída, **salvo que resulte incongruente con el resto de las pruebas**, presente anomalías psíquicas, carácter fabulador o se constate un previo ánimo de venganza o una enemistad manifiesta”¹ (Resalta la Sala).*

En ese orden, lo primero que cabe precisar es que si bien el ente acusador fundamentó la acusación por la conducta punible de Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años en concurso homogéneo y sucesivo, al parecer con sustento en lo narrado por la menor K.L.R.L. en la entrevista que se incorporó en el juicio como testimonio adjunto, lo cierto es que allí la presunta

¹ **Francisco Pastor Alcoy**, *Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*. Valencia, Tirant Lo Blanch. 200, p. 89.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

víctima alude genéricamente a siete (07) hechos delictivos, pero explícitamente sólo se refiere a dos; el primero, ocurrido antes de las vacaciones del mes junio de 2011, cuando su abuela se había trasladado por unos días a otro municipio, época en que el procesado se le acercó y le dijo que debían tener relaciones sexuales, de lo contrario, omitiría continuar con la ayuda económica para su núcleo familiar, aunque no detalla si en aquella oportunidad se trató de una insinuación o si realmente se produjo un acceso carnal o si se trató de un acto sexual; y en el segundo, manifestó lo que sucedió el 14 de diciembre de 2011, cuando su madre se encontraba en el hospital dando a luz un bebé, lo que aprovechó el señor DAVID CARDONA para presionarla con la misma amenaza para tener relaciones íntimas con él.

Pero la Fiscalía no demostró en el proceso circunstancias de tiempo, modo y lugar que dieran cuenta de los otros cinco abusos sexuales, quedando entonces los relacionados en junio y diciembre de 2011, como objeto de análisis en el caso a estudio, lo que resulta relevante si se tiene en cuenta que para diciembre de dicho año, cuando supuestamente tuvo ocurrencia la segunda agresión sexual, la menor K.L.R.L. ya había cumplido los 14 años de edad, pues según su tarjeta de identidad nació el 29 de octubre de 1997, por lo que en ese segundo evento, mal podría configurarse la conducta punible de acceso carnal abusivo con menor de 14 años y menos en la modalidad del *concurso homogéneo y sucesivo de conductas punibles*, pues sólo quedaría como materia de análisis el punible ocurrido en el mes de junio de 2011, del que como antes se dijo, tampoco hay claridad sobre si se trata de un acceso carnal o un acto sexual con menor de 14 años.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Sin embargo, la anterior conclusión resultaría de trascendencia si el material probatorio allegado al juicio oral permitiera otorgar entero crédito a lo manifestado por la menor K.L.R.L. en la referida entrevista que se incorporó en el juicio como testimonio adjunto, y ese es el problema jurídico central, pues como se sabe, la menor compareció a la audiencia del juicio oral retractándose de las acusaciones hechas en contra del procesado, aduciendo que nunca la obligó a tener relaciones sexuales con él, y que todo fue producto de su invención para perjudicarlo, pues se sentía presionada y molesta con sus exigentes reglas de crianza, como cuando la obligaba a asistir permanentemente a la Iglesia Pentecostal, además de prohibirle salir y departir con sus amigos o con su novio, y de impedirle tanto a ella como a su hermana vestirse normalmente, usando jeans o aretes. Por lo tanto, de lo que se trata es de establecer cuál de las dos versiones es la que prevalece.

Respecto al ingreso de la aludida entrevista de la víctima, al juicio como medio de prueba para ser valorada por el Juez, cabe destacar que se han cumplido las exigencias legales y de orden jurisprudencial; en tal sentido ha resaltado lo siguiente, la Sala Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, *Radicado 46992 de 23 de mayo de 2018, M. P. PATRICIA SALAZAR CUELLAR*:

“Del mismo modo, la Fiscalía cuenta con la alternativa de utilizar en el juicio oral las declaraciones anteriores como medios de prueba, cuando estas son inconsistentes con lo que el testigo declara en juicio. Esto, por supuesto, requiere que el testigo se encuentre disponible (CSJ SP606-2017, 25 ene. rad. 44950):

Aunque en principio estas declaraciones encajan en la definición de prueba de referencia, la razón principal para excluirla de dicha categoría es que el testigo está disponible en el juicio oral para ser

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

contrainterrogado frente a lo expuesto en dicho escenario. Sobre el particular, valen las anotaciones

(...)

*No puede confundirse la utilización de declaraciones anteriores con fines de impugnación, con la incorporación de una declaración anterior al juicio oral **como medio de prueba**. En el primer evento, la finalidad de la parte adversa (la que no solicitó la práctica de la prueba testimonial²), es mostrar que existen contradicciones que le restan verosimilitud al relato o credibilidad al testigo. En el segundo, la parte que solicitó la práctica de la prueba y que se enfrenta a la situación de que éste cambió su versión, pretende que la versión anterior ingrese como **medio de prueba**, para que el juez la valore como tal al momento de decidir sobre la responsabilidad penal.*

*En tal sentido, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral **está supeditada** a que el testigo se haya **retractado o cambiado la versión en el juicio**. Este aspecto tendrá que ser demostrado por la parte durante el interrogatorio. Además, la declaración anterior,*

[D]ebe ser incorporada a través de lectura, para que pueda ser valorada por el juez. De esta manera, éste tendrá ante sí las dos versiones: (i) la rendida por el testigo por fuera del juicio oral, y (ii) la entregada en este escenario.

En suma, para ser valorada la declaración anterior, como medio de prueba, se requiere que el testigo se haya retractado, que esté disponible para ser contrainterrogado y que la declaración anterior se incorpore mediante lectura para ser valorada por el Juez, requisitos que se cumplen a cabalidad en el presente caso respecto de las declaraciones de la presunta víctima K.L.R.L..

Aclarado el referido aspecto, tenemos que la Juez de primer grado valora como verosímil la narración efectuada en el

² Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. Ello puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

juicio oral por la menor, es decir, encuentra admisible su retractación, más no su declaración anterior, por insuficiencia del material probatorio que la corrobore, especialmente por no contarse con un cotejo de voces para establecer que la voz del acusado era la registrada en el audio allegado al proceso en una tarjeta de memoria microSD extraída de un celular, sin que además ese elemento fuera sometido a cadena de custodia, e igualmente por no haberse demostrado la autenticidad de la historia psicológica de la menor, al carecer este documento de firma y no haberse obtenido el testimonio de la profesional que la elaboró.

Y es que no puede desconocerse que es válido y legítimo que un testigo se retracte, pues la retractación no sólo se genera por miedo, amenazas o coacción en su contra, sino que también puede darse, y así lo ha reconocido la misma Corte Suprema de Justicia, en su propósito de no perpetuar una mentira, entre otros factores que pueden generar graves consecuencias a la administración de justicia; sin que pueda desconocerse además, que cuando se trata de menores víctimas de delitos sexuales, la retractación debe ser revisada con sumo cuidado por parte del juzgador, debido a que la misma puede presentarse por diversos factores, incluso relacionados con presiones provenientes del núcleo familiar, por eso la jurisprudencia ha decantado que se pueda incorporar como testimonio adjunto las versiones anteriores rendidas por el menor, siempre y cuando se garantice la posibilidad de confrontación y contradicción, como aquí acontece.

Así y conforme a las pruebas documentales y testimoniales presentadas en el juicio, anticipa la Sala que la razón

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

está del lado de la A quo, cuando concluye que la retractación de la presunta víctima tiene la virtualidad suficiente de prevalecer y minar la verosimilitud que pudiese evidenciarse en su entrevista anterior.

Sobre el motivo que condujo a la menor K.L.R.L. a idearse la mentira para perjudicar a su abuelastro, quien como se demostró, formaba parte de su núcleo familiar, dado que era el compañero permanente de su abuela materna y con quienes tanto ella, como su hermana menor convivían durante el año 2011, esto es, las exageradas e injustificadas reglas de crianza que generaban tensión en todas ellas, fueron acreditadas con las declaraciones de su hermana K. M. R. L., quien deja en claro que durante un tiempo vivió con sus abuelos maternos, hasta que tuvo una discusión con WALTER DAVID dado que éste no les permitía salir mucho, además las obligaba a ir a la iglesia Pentecostal varias veces en la semana y además coincide con su hermana al advertir que no podían usar jeans, aretes o ropa descubierta, toda vez que estas reglas estaban limitadas con la creencia religiosa del procesado.

En el mismo sentido se pronunció su progenitora NANCY SALAZAR LARGO, quien dice haber tenido problemas con el procesado porque siempre la reprendía cuando salía de fiesta y siempre fue estricto no solo con ella, sino también con sus hijas, e igualmente su tía CLAUDIA PATRICIA SALAZAR LARGO cuando indica que las menores eran obligadas por el procesado a asistir a la iglesia y no les permitía vestirse como ellas deseaban ni tampoco asistir a fiestas; y es que hasta la misma suegra de K.L.R.L. manifiesta que debía intervenir para que el acusado le permitiera salir con su hijo, pues constantemente les negaba permisos.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Mal podría concluirse entonces un motivo infundado en la menor, para idearse mecanismos de retaliación contra el acriminado, como el haber sostenido no sólo frente a algunas de estas personas sino en su entrevista ante la Comisaria de Familia, lo mismo que ante la psicóloga adscrita al ICBF, y ante el médico legista, que efectivamente había sido objeto de abusos sexuales por parte de su abuelastro.

Y precisamente fueron casi todas estas personas las que dieron cuenta de la retractación de la menor y de la validez de su nueva postura, resultando bien significativo al respecto, el testimonio de su progenitora, especialmente cuando menciona que cuando se enteró inicialmente de la situación de abuso de su hija, no le creyó, pero después decidió apoyarla, aclarando que posteriormente se reunió con ella, su otra hija y una hermana, manifestándoles la primera que pedía perdón por haberse inventado esa historia, originada en el trato agobiante de su abuelo de crianza. Y en ese mismo sentido declararon su tía materna CLAUDIA PATRICIA SALAZAR LARGO y su hermana K.M.R.L., quienes afirmaron que aquella les había confesado que todo se trató de una farsa que había recreado para escapar del yugo al que estaba siendo sometida por el procesado; agregando la última de las nombradas que en diversas oportunidades le tocaba quedarse a solas con él, cuando su abuela salía de viaje, pero aquel nunca le llegó a hacer propuestas de índole sexual.

Y en cuanto a la historia psicológica elaborada por la profesional SILVIA AGUIRRE DE LOS REYES e introducida a través de la psicóloga ADELINA CASTRO CUESTA, si bien presenta las falencias que

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

señala la A quo, al no estar firmada por la profesional que la elaboró, lo cierto es que de allí se extracta en lo esencial, el mismo relato de la menor víctima en la entrevista ante la Comisaría de Familia, que como antes se dijera, hizo parte de su estrategia para lograr su propósito de venganza en contra del acriminado. Y algo parecido acontece con el informe técnico sexológico de Medicina Legal, que dio cuenta que efectivamente la menor no presentaba su himen integro y tenía un desgarró antiguo, es decir, ya había sido desflorada; pero si se tiene en cuenta que en la anamnesis la paciente relató que antes del abuso sexual del procesado, ella había iniciado su actividad sexual con un hombre del cual no da su nombre, tampoco esta circunstancia degradaría la validez de su retractación, pues la desfloración podría atribuirse al desconocido o también al novio de la menor DEYMER DÍAZ YANCES, quien acepta haber sostenido relaciones con ella, desde el inicio de su noviazgo.

En relación con el último de los nombrados, su novio DEYMER, cabe precisar que también la menor acepta haberlo incluido, igual que a la madre de éste YENNY MARÍA YANCES SOLERA, en el plan de venganza, contándoles sobre los supuestos abusos sexuales por parte de su abuelo de crianza, y previo convenio con ellos, se reunió en su presencia con este señor en una cafetería, y de esa conversación que sostuvo con él, realizó una grabación que fue conservada en una memoria tarjeta SD extraída de un celular y posteriormente fue reproducida en un CD por el investigador de la Fiscalía FABIO NELSON SILVERA GARCÍA.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

El investigador aclara que el CD que grabó elimina ruidos de la memoria y al principio se escucha con alguna distorsión, pero posteriormente el sonido es mejor, pudiéndose entender cuando el señor le pregunta a la menor *“yo he sido malo con usted, he sido un monstruo con usted?”* y ella le contesta *“sí, porque usted me obliga a estar con usted”* y él responde *“yo no la he obligado a nada, yo no quiero que le pase nada malo yo no quiero que usted destruya su vida, yo me pierdo”* y ella contesta *“usted ya la destruyó...usted se quiere adueñar de mi vida y de mí”*. Añade el investigador que el individuo reconoce que la está cohibiendo mucho. Manifiesta finalmente que se incorporan la memoria y el cd como evidencia 1 y 2 respectivamente, pero que dichos elementos no pudieron ser ingresados al almacén de evidencia y sólo los custodió en la seccional de investigación de Urabá, dejándolos en un cajón, advirtiendo que el CD no fue sometido a cadena de custodia.

Sobre este aspecto se centra en buena parte la controversia, pues para el ente acusador es fundamental la mencionada grabación para demostrar la responsabilidad del procesado, mientras que para la funcionaria de instancia no puede valorarse ese material auditivo por no haberse contado con el cotejo de voces para establecer si se trataba de la voz del acusado, y por no haberse sometido dicho elemento, como lo acepta el investigador SILVERA GARCÍA, a cadena de custodia.

Ciertamente no pasan desapercibidos los yerros en cuanto a la ausencia del cotejo de voces y de la cadena de

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

custodia, de mayor importancia respecto del acusado, pues frente a la voz de la menor K.L.R.L., ella misma da cuenta de su autenticidad y mismidad con su relato en el juicio; si embargo, tales falencias confrontadas con la parte audible del contenido del audio, carecen de trascendencia en el ámbito de la prueba de cargo, toda vez que los apartes del diálogo allí sostenido ente la menor y el supuesto victimario no demuestran siquiera la materialidad del punible, pues como quedara evidenciado en las frases antes transcritas según lo relatado por el aludido investigador, sólo se desprende una tensa conversación entre ambos, en la que se destaca el insistente reclamo de la adolescente sobre el por qué siempre tenía que pedirle permiso para salir, o por qué siempre debe estar con él, haciéndole ver que eso es adueñarse de su vida y por tanto un abuso.

Pero de ese contenido no puede extraerse claramente el tipo de abuso del que sea habla, es decir si se trata de uno de índole sexual o simplemente de un exceso de reglas comportamentales. Es tal la confusión al respecto, derivada incluso de las fallas de sonido en el audio, que hasta los padres de la menor, luego de escucharlo, manifiestan que allí no se hace mención clara y concreta sobre un posible abuso sexual en contra de su hija.

En ese orden, no resulta fundado entonces este otro argumento del ente acusador, dirigido a restarle credibilidad a la retractación de la menor, o cuando sostiene que la misma obedeció al deterioro en el estado de salud de su abuela materna, lo que no fue probado en el juicio, pues en las declaraciones de la

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

víctima, así como en las de su señora madre, su hermana mayor y su tía materna, sólo se dijo que la abuela sufría de diabetes, pero nada más que eso, y no que se encontrara pasando por un período desestabilizante en su salud, que pusiera en riesgo su vida, de tal manera que de allí pudiera inferirse que ese fuese el motivo de la retractación.

La confusión, como ha podido verse, impera por doquier, lo que, desde luego, no permite llegar en términos del artículo 381, Ley 906 de 2004, al convencimiento más allá de toda duda razonable sobre la responsabilidad de JHON WALTER DAVID CARDONA frente a la conducta punible que se le atribuye. Y es que, de la apreciación en conjunto de todas las pruebas debatidas en el juicio oral, sólo podríamos construir hipótesis o conjeturas sobre la autoría en cabeza del acusado del delito contra la *libertad, integridad y formación sexual* objeto de la acusación, pero sobre las mismas no puede cimentarse, desde luego, una sentencia de condena en nuestro ordenamiento jurídico penal.

En tales condiciones, ha de concluirse que la responsabilidad del encausado no emerge clara e incontrovertible; por el contrario, resulta evidente que la carga procesal del ente instructor no se cumplió a cabalidad o, en todo caso, que las probanzas practicadas no poseían la fortaleza que demanda una sentencia de condena.

La incertidumbre que sobresale en todos los aspectos analizados nos conducen ineludiblemente a aplicar a favor del procesado el principio del *in dubio pro reo*, pues las profundas y ya

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

insuperables dudas, sobre su responsabilidad no permiten proferir en su contra una sentencia condenatoria por vía de la revocatoria de la absolución proferida por el Juzgado de instancia, actualizando, de paso, la presunción de inocencia que no pudo desvirtuarse y tal como lo dijera la *H. Corte Constitucional*:

“...Etimológicamente se entiende por presumir, suponer algo por indiscutible aunque no se encuentre probado. La presunción consiste en un juicio lógico del constituyente o del legislador, por virtud del cual, considera como cierto un hecho con fundamento en las reglas o máximas de la experiencia que indican el modo normal como el mismo sucede. La presunción se convierte en una guía para la valoración de las pruebas, de tal manera que las mismas deben demostrar la incertidumbre en el hecho presunto o en el hecho presumido.

*La presunción de inocencia en nuestro ordenamiento jurídico adquiere el rango de derecho fundamental, por virtud del cual, **el acusado no está obligado a presentar prueba alguna que demuestre su inocencia y por el contrario ordena a las autoridades judiciales competentes la demostración de la culpabilidad del agente.** Este derecho acompaña al acusado desde el inicio de la acción penal (por denuncia, querrela o de oficio) hasta el fallo o veredicto definitivo y firme de culpabilidad, y **exige para ser desvirtuada la convicción o certeza, mas allá de una duda razonable, basada en el material probatorio que establezca los elementos del delito y la conexión del mismo con el acusado.** Esto es así, porque ante la duda en la realización del hecho y en la culpabilidad del agente, se debe aplicar el principio del *in dubio pro reo*, según el cual toda duda debe resolverse en favor del acusado...”³. (Resalta la Sala).*

Si bien, del anterior análisis probatorio no emerge diáfana la absoluta inocencia del acusado, tampoco permite estructurar un certero juicio de reproche en su contra, de ahí que la conclusión a la que llegara la Juez *A quo* en ese sentido, es decir, absolviéndolo, resulte acertada y en consecuencia la Sala le impartirá aprobación, desestimando, por supuesto, la pretensión del

³ Sent. C-774 de julio 25 de 2001 M.P: Rodrigo Escobar Gil.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Fiscal impugnante, orientada, como antes se dijo, a que se revoque la absolución decretada en favor del mencionado DAVID CARDONA.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, en Sala de Decisión Penal**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley,

FALLA

PRIMERO. - SE CONFIRMA íntegramente la sentencia absolutoria proferida por el *Juzgado Segundo Penal del Circuito de Apartadó con Funciones de Conocimiento (Ant.)*, de fecha 21 de febrero de 2017 y en favor del acusado JHON WALTER DAVID CARDONA; lo anterior, conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los *cinco (5) días* siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 98, Ley 1395 de 2010*. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que, por Secretaría de la Sala se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen.

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

Firma electrónica

PLINIO MENDIETA PACHECO

Firma electrónica

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Firma electrónica

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco

Nº Interno : 2017-0538-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
C.U.I. : 05045 61 00498 2012 00009
Acusado : JHON WALTER DAVID CARDONA
Delito : Acceso Carnal Abusivo con menor de 14 años.

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:
**631958d3b3fe3119713b322501a785563fdb55c3e8e3020a51d3e62f5
074a53b**

Documento generado en 07/04/2022 10:07:36 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**

Abril siete (07) de dos mil veintidós (2022)

Radicado : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) - 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.
Decisión : Confirma sentencia.

Proyecto discutido y aprobado en sesión del 6 de abril de 2022. Acta N° 037

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

1. ASUNTO

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación que interpusiera la defensa, frente a la sentencia proferida el *13 de marzo de 2020* por el *Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartado -Ant.-* y a través de la cual se declaró al acusado WALTER MATEO GALLEGO JIMÉNEZ, penalmente responsable por la comisión de la conducta punible de *Extorsión agravada en modalidad de tentativa* y se le condenó a la pena de *diecinueve punto dos (19.2) meses de prisión*, y a la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas por el mismo término de la pena privativa de la libertad, en virtud del preacuerdo logrado entre la fiscalía, defensa y procesado.

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

Se le denegaron los subrogados de la suspensión condicional de la ejecución de la pena y la prisión domiciliaria.

SÍNTESIS DE LOS HECHOS

Ocurrieron el 2 de abril de 2019, cuando el señor HERNÁN DARIO PÉREZ USUGA se presentó en las instalaciones del Gaula Militar de Urabá (Ant.) informando que venía siendo víctima de una extorsión a través de llamadas en las que le exigían pagar la suma de \$150.000.000 a cambio de no iniciar un proceso penal en su contra.

Inmediatamente se organizó un operativo en el que la víctima acuerda con los extorsionistas la entrega de la suma de \$60.000.000 en el Centro Comercial Premium Plaza, y efectivamente, el 10 de abril, cuando llega el sujeto encargado de recibir el dinero, se le hace entrega del mismo y cuando se alejaba del lugar fue capturado por funcionarios del CTI y del Gaula, respondiendo al nombre WALTER MATEO GALLEGO JIMÉNEZ, quien para esa época fuera integrante de la Policía Nacional. Posteriormente y aprovechando que GALLEGO JIMÉNEZ continuaba recibiendo llamadas en su celular, se organizó un segundo operativo en el que se da captura, en el Centro Comercial La Florida, a los señores BERNARDO ANTONIO ZABALA RUA y JOSÉ ARGEMIRO GUZMÁN ZAPATA, quienes se encontraban esperando a GALLEGO JIMÉNEZ para que les hiciera entrega de la parte que les correspondía.

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

ANTECEDENTES

Ante el juez de control de garantías de la ciudad de Apartadó, y con fecha 11 de abril de 2019, el ente instructor formuló imputación por el mencionado delito al señor *WALTER MATEO GALLEGO JIMÉNEZ*, sin que éste se allanara a los cargos y se le impuso medida de aseguramiento de detención domiciliaria. Posteriormente se llegó a un preacuerdo a través del cual el mencionado aceptaba los cargos por el delito de extorsión agravada en grado de tentativa bajo la modalidad dolosa y en calidad de autor, pactándose una rebaja del 50% por haber ocurrido la aceptación de cargos antes de la audiencia de acusación y partiendo del *quantum* mínimo, estableciendo a su vez, una disminución del 50% por tratarse de una tentativa, acordando en total, una pena de 48 meses, pero a la que también, se le debería reconocer un descuento a discrecionalidad del juez por la reparación efectiva de dos salarios mínimos legales mensuales vigentes a la víctima, conforme al artículo 259 C.P..-

DE LA SENTENCIA IMPUGNADA

En la sentencia que puso fin a la primera instancia, el señor Juez procedió a condenar por vía de preacuerdo al señor *WALTER MATEO GALLEGO JIMÉNEZ*, respecto de los cargos por éste aceptados en relación con la conducta punible de *Extorsión Agravado en modalidad de tentativa* y bajo consideración que los elementos materiales probatorios

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

aportados por el ente acusador, sumados a su aceptación de los cargos, daban cuenta con suficiencia demostrativa, de la existencia de la aludida ilicitud y de su responsabilidad frente a la misma.

Una vez fijada la pena acordada entre las partes, es decir, 48 meses de prisión y establecida la sanción de multa en 300 S.M.L.M.V., procedió la falladora de primera instancia a aplicar el art. 269 del C.P. aplicando un descuento del 60%, explicando que esta rebaja se da en ese porcentaje dado que la reparación solo se produjo con la finalidad de lograr la disminución de la pena. Estableciendo así, una pena final privativa de la libertad de 19.2 meses de prisión y multa de 210 S.M.L.M.V.

Por último, negó la Juez de primera instancia la concesión del subrogado de la suspensión condicional de ejecución de la pena y la prisión domiciliaria por expresa prohibición del inc. 2º del art. 68 A del C.P., además argumentó que en el caso de GALLEGO JIMÉNEZ no se demostró que este fuera padre cabeza de familia.

FUNDAMENTOS DE LA ALZADA

El señor Defensor inconforme con la decisión interpone recurso de apelación, centrando su disenso en los siguientes aspectos:

- Se debió conceder a su defendido, bien la

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

suspensión condicional de la pena o la prisión domiciliaria dado que este prestó una colaboración efectiva para el esclarecimiento de los hechos, no solo por la terminación anticipada del proceso, sino también porque mediante su confesión permitió la captura de otras personas involucradas, entre ellos, BERNARDO ANTONIO ZABALA y JOSÉ ARGEMIRO GUZMÁN ZAPATA. Adicionalmente porque en virtud de los principios de proporcionalidad, necesidad y retribución justa, la pena impuesta a su prohijado resulta menor a 4 años, por lo que no sería necesario que este purgara la sanción en un centro carcelario.

- Atendiendo a la indemnización integral de su defendido a la víctima, se debió haber aplicado un 75% de rebaja y no un 60% de la pena, dado que aquella se efectuó antes de que se profiriera sentencia de primera instancia. Aunque reconoce que la rebaja entre el 50% y el 75% es facultativo del fallador, también lo es, que, en el caso concreto, su defendido posee condiciones individuales y familiares que lo hacen acreedor de un descuento mayor.

Por lo tanto, pide el defensor se conceda el subrogado de suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria y se revoque la sanción impuesta concediendo un 75% de disminución por la indemnización integral.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Es competente esta Corporación para desatar

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

el recurso interpuesto por la defensa del acusado, de conformidad con lo previsto en los *artículos 34, numeral 1º, 176, inciso final y 179, Ley 906 de 2004*, dentro de los límites fijados por el objeto de la impugnación.

Del escrito de sustentación del recurso de alzada presentado por el señor defensor del acusado, se advierte que en su calidad de único sujeto procesal recurrente pretende, en primer lugar, que a su defendido se le conceda algún subrogado penal, bien sea la suspensión condicional de la ejecución de la pena o la prisión domiciliaria; y en segundo lugar, se redosifique la sanción, concediendo el máximo de un 75% de descuento por la indemnización integral, en términos del artículo 269 C.P.-.

En relación con el primer aspecto, es decir, la concesión de subrogados penales, no se observa irregularidad alguna en lo resuelto por la juez de instancia, cuando deniega los beneficios con fundamento la prohibición del inc. 2º del art. 68 A del C.P.; pero es que además de esta prohibición por el delito de Extorsión, las restricciones van más allá en términos del canon 26 de la ley 1121 de 2006:

*“Cuando se trate de delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, **extorsión y conexos**, no procederán las rebajas de pena por sentencia anticipada y confesión, ni se concederán subrogados penales o mecanismos sustitutivos de la pena privativa de la libertad de condena de ejecución condicional o suspensión condicional de ejecución de la pena, o libertad condicional. Tampoco a la prisión domiciliaria como sustitutiva de la prisión, ni habrá lugar ningún otro beneficio o subrogado legal, judicial o administrativo, salvo los beneficios por colaboración consagrados en*

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

el Código de Procedimiento Penal, siempre que esta sea eficaz”.

Como puede verse, en relación con el punible de Extorsión no sólo están prohibidos los sustitutos sino *las rebajas de pena por sentencia anticipada* y en ello, es ostensible el error en que se incurrió al permitirse la rebaja de pena del 50%, producto de un preacuerdo prohibido legalmente. Sin embargo, por ser apelante único el defensor del acusado y para no afectar el principio de la prohibición de la *reformatio in peius*, se dejará incólume la pena impuesta en la sentencia recurrida, no obstante conllevar el aludido yerro. Al respecto, bien pertinente resulta el siguiente aparte de la sentencia proferida por la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, el día 12 de diciembre de 2012. M.P. Dr. Luis Guillermo Salazar Otero:

“De este modo, se sentó como premisa general que la Corte hoy reitera bajo los supuestos de este caso, que cuando el objeto del recurso que propicia la doble instancia está signado por el propósito de mejorar la situación procesal del imputado como único apelante, carece el superior del más mínimo poder corrector del debido proceso o adecuación de la actuación, al margen de que aduzca advertir flagrantes quebrantos o pretexto defectos en el cálculo dosimétrico de la pena.

La modificación oficiosa de la sentencia, aún bajo el referido supuesto de enmienda de la actuación, en todos los casos en que involucre directa o indirectamente una alteración peyorativa de la sanción (esto es una más drástica punición o la invalidación de lo actuado con mediato idéntico efecto), está prohibida por el art. 31 superior, pues dicha restricción constitucional no admite excepción alguna”.

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

Ahora bien, en relación con el descuento por la indemnización integral que alega el defensor debió corresponder a un 75% de la pena y no a un 60%, cabe precisar que tal y como lo señala el mismo apelante, la disminución de la pena que trae el art. 269 del Código Penal por indemnización integral, depende de la discrecionalidad del Juez. Frente al tema, la H. Corte Suprema de Justicia en diversos pronunciamientos (Cfr. CSJ SP 11895, rad. 44618 de 7 de octubre de 2015; CSJ SP 4746-2018 rad. 51100 de 7 de noviembre de 2018) ha sostenido que esa reducción punitiva que oscila entre un 50% y un 75%, aunque puede ser decidida facultativamente por el fallador, es una decisión que no puede ser arbitraria, por lo que éste debe valorar la voluntad demostrada por el procesado de cumplir pronta o lejanamente su interés de reparar los perjuicios patrimoniales ocasionados a la víctima.

En el caso concreto, si revisamos la fecha de ocurrencia de los hechos, es decir, 2 de abril de 2019 y las fechas de los pagos realizados a la víctima, 5 y 10 de marzo de 2020, lo que significó el transcurso de casi un año para que el procesado indemnizara al señor HERNÁN DARIO PÉREZ USUGA, no puede concluirse su propósito de cumplir prontamente con la reparación de los perjuicios; lo que se puede inferir, como bien lo manifestara la *A quo*, es que el interés de la reparación tenía como única finalidad obtener la aplicación del art. 269 del CP (fl. 23). Por lo tanto, considera esta Magistratura que no erró la Juez de primera instancia en conceder al procesado GALLEGO JIMÉNEZ un descuento equivalente al 60% del total de la pena.

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

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

FALLA

PRIMERO.- SE CONFIRMA íntegramente la sentencia condenatoria proferida por el *Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Apartado*, de fecha *13 de marzo de 2020*, en contra del acusado WALTER MATEO GALLEGO JIMÉNEZ, según las razones consignadas en la parte motiva de esta providencia.

Así mismo, **SE SIGNIFICA** que frente a esta decisión procede el recurso extraordinario de casación, el cual deberá ser interpuesto dentro de los *cinco (5) días* siguientes a la última notificación, de conformidad con lo dispuesto en el *artículo 98, Ley 1395 de 2010*. En tanto surta ejecutoria la presente decisión, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala, se proceda con la remisión de las diligencias ante el Juzgado de origen, a fin que sean destinadas para lo concerniente a la fase ejecutiva de la condena.

Quedan las partes notificadas en estrados.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de
tentativa.

PLINIO MENDIETA PACHECO

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

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**

N° Interno : 2020-0484-4
Sentencia (Ley 906) – 2ª Instancia.
CUI : 05-001-60-00-000-2020-00186
Acusado : Walter Mateo Gallego Jiménez.
Delito : Extorsión agravada en grado de tentativa.

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:

f11ac5fd3732c62dc7279e60cf726d9584b28ec80b5348501b94
37de10e52a86

Documento generado en 07/04/2022 10:07:25
AM

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

Proceso No: 054956099169202100012 N.I.2022-0419
Acusado: MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre
Delito: Receptación
Motivo: Impedimento
Decisión: Declara infundado

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No: 054956099169202100012 **N.I.2022-0419**
Acusado: MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre
Delito: Receptación
Motivo: Impedimento
Decisión: Declara infundado
Aprobado por medios virtuales mediante acta No. 49 del 6 de abril del 2022
Sala No: 06

Magistrado Ponente: Dr. **Gustavo Adolfo Pinzón Jácome.** -

Medellín, abril seis del dos mil veintidós.

1. Objeto del pronunciamiento

Resolver el impedimento expresado por la Juez Promiscuo del Circuito de Amalfi, que no fue aceptado por el Juez Promiscuo del Circuito de El Bagre.

2. Actuación procesal relevante

Ante el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Caucasia el pasado 24 de agosto del año 2021, se legalizó la captura de MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO, y en su contra se formularon cargos por el delito de receptación que no fueron aceptados.

Posteriormente el día 12 de octubre del 2021, se radicó solicitud de preclusión por parte de la Fiscalía, por lo que se programó por el Juzgado Penal del Circuito de Caucaasia el 11 de noviembre de 2021, para que se llevara a cabo la respectiva audiencia. En tal fecha el Juzgado negó la preclusión solicitada al considerar que no estaba acreditada la causal alegada esto es la inexistencia del hecho investigado, razón por la cual se interpuso recurso de apelación, y esta Corporación mediante auto del pasado 3 de febrero del presente año confirmó la negativa de preclusión.

Radicó entonces la Fiscalía General de la Nación escrito de acusación en contra de MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO por el delito de receptación ante el Juzgado Penal del Circuito de Caucaasia y el titular de dicho despacho mediante auto del pasado 22 de febrero del año en curso se declaró impedido por haber conocido previamente de solicitud de preclusión y dispuso la remisión de la actuación al Juzgado Promiscuo del Circuito de El Bagre.

La titular del Juzgado Promiscuo de El Bagre asumió la competencia y al momento de instalarse la audiencia de acusación, el pasado 17 de marzo del año en curso la Fiscalía cambio la pretensión, presentó solicitud de preclusión, oídas las partes se negó la preclusión señalándose que conforme a lo planteado por el Tribunal Superior de Antioquia, al conocer de la segunda instancia sobre la petición inicial de preclusión, no existe certeza sobre la supuesta inexistencia del hecho visto los inconvenientes que se presenta en la versión dada por JOSE MARIA LOPEZ BACILIO, y aunque ahora se presentan otras dos declaraciones extra juicio de otras personas que intervinieron en la negociación de la motocicleta, las razones que planteó el Tribunal a la hora de confirmar la negativa inicial de preclusión se mantiene, razón por la cual negó la preclusión reclamada. Contra dicha determinación las partes no interpusieron recurso alguno.

Acto seguido la Juez Promiscuo de El Bagre procedió a declares impedida por haber conocido de la solicitud de preclusión lo que le impida conocer de la acusación y dispuso la remisión de la actuación al Juzgado Penal del Circuito de Yarumal, cuyo titular consideró el pasado 23 de marzo del año en curso que el competente para conocer del impedimento lo era el Juez Promiscuo del Circuito de Segovia por ser el más próximo al circuito de El Bagre.

Mediante auto del pasado 29 de marzo el Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia, negó el impedimento señalando que la causal propuesta no opera de manera taxativa, y la funcionaria que se declara impedida no explicita la forma como efectivamente se vio comprometido su criterio, agregó que no se vislumbran las hipótesis que la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia , que precisamente la funcionaria que se declara impedida cita establece sobre esta causal de impedimento y en consecuencia la consideró infundada por lo que dispuso la remisión de la actuación al Tribunal Superior de Antioquia, actuación que arribó a esta Corporación el 5 de abril del año en curso.

3. Para resolver se considera

Procederá la Sala a ocuparse de si en efecto el impedimento propuesto por la Juez Promiscuo del Circuito del Bagre esta llamada a prosperar.

Lo primero que debe resaltarse es que las causales de impedimento son taxativas y solo es posible expresar como motivo válido para rehusar el conocimiento de una actuación, los contemplados en el artículo 56 del Código de Procedimiento Penal. Al respecto la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa lo siguiente:

“En materia de impedimentos y recusaciones rige el principio de taxatividad, esto quiere decir, que ... sólo constituye motivo de excusa o de recusación, aquel que de manera expresa esté señalado en la ley; por tanto, a los jueces les está vedado apartarse por su propia voluntad de sus funciones jurisdiccionales, mientras que a los sujetos procesales no les está permitido escoger el juzgador a su arbitrio, de modo que las causas que dan lugar a separar del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario, no pueden deducirse por similitud, ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía en punto de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez¹

La causal que invoca el señor Juez Tercero Penal del Circuito de Rionegro es la prevista en el numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 del 2004 que establece: *“Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo”*.

Ahora bien, sobre la causal de impedimento en cuestión la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia ²señala:

“El legislador, procurando la efectivización de tales propósitos, indicó taxativamente los eventos en los cuales resulta viable inhibirse del conocimiento. Uno de tales presupuestos lo contempla el numeral 14 del artículo 56 del estatuto procesal penal así:

Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.

Norma armónica con el artículo 335-2 ibidem que impone que, el juez que conozca de la preclusión queda impedido para conocer del juicio.

Sin embargo, la anterior preceptiva no es absoluta, como pareciera seguirse de su tenor literal, sino que además se requiere que el juez haya comprometido su criterio respecto al fondo del asunto. Contrario sensu, no se estructura el impedimento, ya que la independencia e imparcialidad, que son las garantías a las que obedecen los supuestos de impedimento o recusación, en manera alguna serían puestas en cuestión.

¹ CSJ AP7325 - 2017

² Auto 1299 del 2018 M.P. EUGENIO FERNANDEZ CARLIER.

De ahí que la Sala haya señalado de manera pacífica y reiterada que:

«[E]l motivo de impedimento no surge automático del sólo hecho de que el juez o corporación hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión, pues, se hace menester consultar no sólo el tipo de intervención realizado, de cara a la nueva decisión o participación de la cual buscan apartarse, sino la teleología del instituto, para, finalmente, verificar si objetiva y materialmente se pone en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia». (CSJ AP, 22 agosto 2012, Rad. 39687, AP3711-2015, rad. 46199, entre otras).

En desarrollo de lo anterior, esta Colegiatura ha explicado que resulta innecesario apartar a un fallador del conocimiento de un asunto, en eventos como el que aquí se examina, de presentarse dos circunstancias:

«No tiene cabida que el funcionario sea separado del proceso a partir de la audiencia preparatoria y particularmente del juicio –cuyo objeto es examinar las pruebas para conocer lo ocurrido con el fin de juzgar la conducta del procesado- si: (i) no ha llevado a cabo valoración alguna de los elementos materiales de prueba, evidencia física o información relacionada con el caso, y (ii) no se ha pronunciado respecto de los hechos objeto de juzgamiento; pues frente a estas situaciones no se advierte por qué podría originarse en el juez algún prejuicio que vicie su ecuanimidad, máxime si tampoco el líbello del impedimento da cuenta de ello». (CSJ AP, 11 Mar 2015, Rad. 45419, AP2012-2015, rad.45822, entre otras).

Así las cosas, es claro que no siempre que un funcionario niegue una preclusión, automáticamente queda impedido para conocer de las actuaciones subsiguientes, toda vez que es preciso estudiar en cada caso particular, si en efecto se ha afectado o no su imparcialidad, pues esta debe basarse en situaciones fácticas objetivas que reflejen el compromiso capaz de invadir su conciencia en la resolución del asunto.”

Descendiendo al caso que nos ocupa, y teniendo claro que el simple hecho de haber negado una preclusión no genera de manera inmediata el impedimento para continuar conociendo del juicio, debemos adentrarnos en las razones expuestas por la Juez Promiscuo del Circuito de El Bagre, las cuales al revisar el auto del pasado 17 de marzo resultan ser después de resumir la actuación y traer a colación una decisión de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia sobre la causal de impedimento escuetamente señaló lo siguiente:

“Se tiene entonces que la intervención de la suscrita en el proceso que se adelanta, tiene la suficiente entidad para franquear la imparcialidad a la hora de asumir la etapa de conocimiento, puesto que ello, conllevaría el análisis de elementos materiales de prueba que ya fueron suficientemente conocidos y estudiados en la diligencia de solicitud de preclusión, generándose una valoración probatoria con conceptos preconcebidos en esta audiencia frente a la materialización del delito de receptación y la participación del acusado”.

Sobre tal argumentación debe indicarse inicialmente que no se explicita tan siquiera cuales son los elementos probatorios que valoró ni mucho menos porque tal valoración comprometida su criterio e imparcialidad, no debiéndose pasar por alto que la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia precisa que no solamente se debe exponer la causal invocada sino argumentar los motivos que fundan el impedimento. En efecto la Alta Corporación³ indica:

“En tratándose de impedimento, es necesario que en cada caso particular y concreto los funcionarios judiciales — jueces y magistrados — expliquen cuáles son las razones por las cuales su imparcialidad, su ecuanimidad, su independencia o su equilibrio podrían afectarse frente a cada uno de los implicados, por el hecho de haber participado ya en el proceso.”

De otra parte debe advertirse tal y como lo avizoro el señor Juez Promiscuo del Circuito de Segovia que no admitió inicialmente el impedimento que al oír la audiencia de preclusión la funcionaria se limita a señalar que las razones que expuso el Tribunal Superior de Antioquia para negar la preclusión inicial, no aparecen rebatidas con las declaraciones extra juicio que se acompañan a la nueva solicitud, pues de lo allí vertido no queda clara la duda que existe sobre si efectivamente quien denunció inicialmente el hurto de la motocicleta y posteriormente en una entrevista dijo que no se había presentado falso a la verdad, en su inicial denuncia o si en efecto el hurto no se presentó, con lo que se evidencia que al

³ AP1860 del 2020.

Proceso No: 054956099169202100012 N.I.2022-0419
Acusado: MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre
Delito: Receptación
Motivo: Impedimento
Decisión: Declara infundado

estudiar la nueva apetición de preclusión aunque analizó algunos elementos de prueba no lanzo juicios de responsabilidad en contra del acusado, sino por el contrario explicitó que no se habían superado los aspectos que se tuvieron en cuenta para la negativa inicial de preclusión, lo que implica entonces que no por el simple hecho de haber negado la nueva solicitud de preclusión en verdad su imparcialidad y ecuanimidad se ha visto comprometida, o que mucho menos ella hubiere lanzado juicios de reproche en contra del imputado MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO.

En este orden de ideas no encuentra la Sala que el impedimento expuesto por la Juez Promiscuo del Circuito de El Bagre tenga vocación de prosperidad y por lo mismo se declarará infundado .

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

Por lo expuesto, **EL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA**, en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la Republica y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: DECLARAR INFUNDADO el impedimento propuesto por Juez Promiscuo del Circuito de El Bagre de conformidad a lo señalado en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: Informar de esta determinación a los sujetos procesales y al Juzgado Promiscuo del Circuito de Segovia.

Proceso No: 054956099169202100012 N.I.2022-0419
Acusado: MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre
Delito: Receptación
Motivo: Impedimento
Decisión: Declara infundado

TERCERO: Contra lo aquí resuelto no procede recurso alguno

COMUNIQUESE 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

Proceso No: 054956099169202100012 N.I.2022-0419
Acusado: MANUEL DE JESUS CONTRERAS BALDOVINO
Origen: Juzgado Promiscuo del Circuito del Bagre
Delito: Receptación
Motivo: Impedimento
Decisión: Declara infundado

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:
33d08d40d3597f0af55d841c9ccd42d915e0c6134abae25123f08374d6337df6

Documento generado en 07/04/2022 01:51:37 PM

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