

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA SALA PENAL

ESTADO ELECTRÓNICO 111

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
2022-0759-1	auto ley 906	TRAFICO, FABRICACIÓN O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	DIEGO HUMBERTO OSPINA GARCÍA	Fija fecha de publicidad de providencia	Junio 24 de 2022
2022-0783-1	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ	Fija fecha de publicidad de providencia	Junio 24 de 2022
2022-0387-1	Incidente de desacato	JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO	DIRECTOR (E)CPMS PUERTO TRIUNFO	Sanciona por desacato	Junio 28 de 2022
2022-0761-1	Tutela 1ª instancia	VÍCTOR HUGO GALLÓN MARÍN	FISCALÍA 35 LOCAL DE SANTA BÁRBARA Y O	Niega por improcedente	Junio 28 de 2022
2022-0799-1	Tutela 1ª instancia	JUAN FERNANDO ARIAS ROMERO	FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA	Niega por improcedente	Junio 28 de 2022
2022-0769-2	Tutela 1ª instancia	JAVIER ESTEBAN CADAVID MONTOYA	FISCALIA 42 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO – ANTIOQUIA	Niega por hecho superado	Junio 28 de 2022
2022-0805-3	auto ley 906	HOMICIDIO Y OTRO	RICHARD FRANCISCO CANO DURÁN	confirma auto de 1 instancia	Junio 28 de 2022
2022-0725-4	Tutela 2ª instancia	LUZ ELENA SERNA DE GIRALDO	NUEVA EPS	Modifica fallo de 1ª instancia	Junio 28 de 2022
2022-0770-4	auto ley 906	DUGLAR IVÁN DUQUE ARIAS	JUZGADO SEXTO PENAL DEL CIRCUITO	No aclara providencia	junio 28 de 2022
2022-0857-4	Decisión de Plano	JUAN DE DIOS SÁNCHEZ HENAO	COLTEJER	DEFINE COMPETENCIA	Junio 28 de 2022

2022-0798-5	Tutela 1ª instancia	EDGAR EDUARDO ACERO ACOSTA	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y O	Niega por improcedente	Junio 28 de 2022
2022-0704-5	Tutela 2ª instancia	ISABEL VELANDIA	UNIDAD DE ATENCIÓN Y REPARACIÓN INTEGRAL A LAS VÍCTIMAS	Confirma fallo de 1° instancia	Junio 28 de 2022
2022-0692-5	Tutela 2ª instancia	SONIA DEL SOCORRO RÍOS GARCÍA	COLPENSIONES Y OTROS	Revoca fallo de 1° instancia	Junio 28 de 2022
2022-0157-5	auto ley 906	HURTO CALIFICADO Y AGRAVADO	CARLOS URIEL GAFARO BOADA Y OTRO	Fija fecha de publicidad de providencia	Junio 28 de 2022
2021-1277-5	auto ley 906	CONTRATO SIN EL CUMPLIMIENTO DE REQUISITOS LEGALES	MARÍA CELIA ROMÁN QUINTERO Y OTRA	Fija fecha de publicidad de providencia	Junio 28 de 2022
2022-0682-6	Tutela 2ª instancia	RAÚL DE JESÚS BOLÍVAR RODRÍGUEZ	NUEVA EPS	Modifica fallo de 1° instancia	Junio 24 de 2022
2022-0716-6	Tutela 2ª instancia	ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO	DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD MILITAR Y O	Modifica fallo de 1° instancia	Junio 28 de 2022
2022-0149-6	Sentencia 2ª instancia	ACTO SEXUAL VIOLENTO	CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL	Revoca sentencia de 1 instancia	Junio 28 de 2022
2022-0264-6	Sentencia 2ª instancia	ACTOS SEXUALES ABUSIVOS	AURELIANO LOPEZ LOPEZ	Confirma sentencia de 1° instancia	Junio 28 de 2022

FIJADO, HOY 29 DE JUNIO DE 2022, A LAS 08:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

DESEFIJADO EN LA MISMA FECHA A LAS 17:00 HORAS

**ALEXIS TOBON NARANJO
SECRETARIO**

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

AUTO DE SUSTANCIACIÓN: FIJA FECHA AUDIENCIA

RADICADO : 05 591 60 00343 2020 00027 (2022 0759)

DELITO TRÁFICO ESTUPEFACIENTES

ACUSADOS DIEGO HUMBERTO OSPINA GARCÍA

NILTON ANTONIO MONSALVE MONTOYA

LEIDY DAYAN GONZÁLEZ SALAZAR

PROVIDENCIA : DECISIÓN DE SEGUNDA INSTANCIA

De conformidad con el inciso 3° del artículo 179 de la ley 906 de 2004, modificado por el artículo 91 de la ley 1395 de 2010, atendiendo la disponibilidad de la Sala de Audiencias de la Corporación, fijase como fecha para la realización de la diligencia de lectura de la decisión, para el **MARTES CINCO (05) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022), A LAS 9:00 A.M.**

Es de anotar que en atención a la contingencia sanitaria originada por la propagación del virus COVID-19, la decisión se enviará al correo electrónico de las partes en la fecha y hora programada.

Por la Secretaría de la Sala entérese de manera oportuna a todas las partes e intervinientes.

COMUNÍQUESE Y CÚMPLASE

El suscrito Magistrado Ponente¹

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

¹ Se puede validar la autenticidad del documento firmado electrónicamente ingresando en la dirección:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>

Firmado Por:

**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: **a42ef55355f822b791191fcc7b7242c588991a66319a3d22ae633f35286c1cc7**

Documento generado en 24/06/2022 06:33:04 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, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 123

RADICADO	: 05 034 60 00323 2021 00022 (2022 0783)
DELITOS	HOMICIDIO Y TENTATIVA DE HOMICIDIO
ACUSADO	DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ
PROVIDENCIA	: INTERLOCUTORIO SEGUNDA INSTANCIA

La Sala conoce del presente asunto por recurso de apelación interpuesto por el Representante de la Víctima en contra del auto proferido el 7 de junio de 2022, por el Juzgado Penal del Circuito de Andes (Antioquia), mediante el cual aprobó preacuerdo presentado por las partes.

ANTECEDENTES

Se dice en las diligencias que el 13 de febrero de 2021, en horas de la noche, en el corregimiento Santa Inés, vía pública, jurisdicción del municipio de Andes (Antioquia), se presentó una discusión entre varias personas entre ellas DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ, ROBINSON ERNEY RESTREPO SALAZAR y DUVÁN ALEJANDRO VARGAS SIERRA. En esos hechos falleció el señor ROBINSON ERNEY RESTREPO SALAZAR y resultaron lesionados DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ y DUVÁN ALEJANDRO VARGAS SIERRA.

Se afirma también que el señor Robinson Erney de un momento a otro comenzó a empujar al Dairo de Jesús Álvarez Ruiz y ponerle problema, lo insultaba y le decía que si le daba miedo pelear con un hombre. Robinson le estalló una botella en la cara a Dairo y éste se

defendió con una navaja y lesionó a Robinson. Posteriormente, el señor Duván Alejandro se fue contra Dairo y esgrimió un cuchillo para agredirlo, por lo cual el señor Dairo también al defenderse lesionó con arma blanca a Duván en el pecho.

El 24 de octubre de 2021 ante el Juzgado Segundo Promiscuo Municipal de Andes (Antioquia) se legalizó la captura y se formuló imputación de cargos al señor DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ como autor material del concurso de conductas punibles de homicidio simple y tentativa de homicidio simple.

Las partes presentaron a consideración del Juez Penal del Circuito de Andes (Antioquia) un preacuerdo en el cual el señor DAIRO DE JESÚS ÁLVAREZ RUIZ acepta los cargos endilgados a cambio que la Fiscalía reconozca como causa de atenuación punitiva el exceso en la legítima defensa. Se acordó una pena de prisión de 6 años en prisión domiciliaria.

El señor abogado de los familiares del ahora occiso Robinson Erney Restrepo Salazar, en su calidad de apoderado de víctimas, se opuso al preacuerdo, porque considera que la pena pactada es irrisoria y que se está concediendo la prisión domiciliaria ilegalmente toda vez que el mínimo a tener en cuenta es el del homicidio simple que supera el monto establecido en el numeral primero del artículo 38 B del Código Penal. No se aprestigia la administración de justicia con la pactado.

LA DECISIÓN IMPUGNADA

El señor Juez decidió aprobar el preacuerdo, porque lo encontró ajustado a la legalidad.

Afirmó que la Fiscalía allegó todos los elementos probatorios que cumplen con el mínimo para la aprobación. Se observaron con las garantías fundamentales del procesado.

En lo que tiene que ver con los términos del preacuerdo hubo mutación de la tipicidad propuesta en la audiencia de imputación y bajo el escrutinio de los elementos materiales probatorios se propone la configuración la causa atenuante el exceso en causal de justificación. La Fiscalía es clara en advertir un fundamento fáctico para reconocer la disminuyente. Por ello, en su criterio se abre paso la concesión sustitutiva de la prisión domiciliaria.

Sostiene que el preacuerdo con base fáctica determina la posibilidad de concesiones sustitutivas en la medida en que la contraprestación si puede ser tenida en cuenta para los baremos de esas concesiones. No se trata de una situación caprichosa arbitraria sino debidamente argumentada. No se ofrece irrazonable y que desprestigie la administración de justicia.

LA IMPUGNACIÓN

1. El señor apoderado de los familiares del ahora occiso Robinson Erney Restrepo, inconforme con la decisión, interpuso y sustentó el recurso de apelación.

Insiste en que el preacuerdo vulnera las garantías fundamentales de las víctimas.

Se queja porque el Juez abrió un espacio para subsanar la irregularidad que detectó en la elaboración del preacuerdo, porque en la audiencia la fiscalía no se pronunció sobre las inquietudes de las víctimas, lo que considera irregular.

Sostiene que el preacuerdo va en contravía de las finalidades del instituto, establecidas en el artículo 348 del C.P.P., específicamente no aprestigia la administración de justicia.

Para su criterio, existe una interpretación errónea de la Jurisprudencia. Se imputó un concurso de hechos de homicidio simple y tentativa de homicidio simple y con los mismos elementos se viene ahora a reconocer un exceso en la legítima defensa, lo que va en contravía del principio de legalidad, pues si existían esos elementos probatorios la calificación jurídica debió hacerse así en la imputación. El preacuerdo no es el momento procesal para hacer acreedor al procesado de lo que debía incluirse en la imputación.

Considera que la Fiscalía no señaló en que consistía la supuesta legítima defensa y el cambio no es más que una ficción jurídica únicamente para efectos punitivos, no por mutación de la tipicidad porque iría en contravía de la imputación. La Fiscalía expresó que los testigos tenían posiciones diversas pero que podía inferir la legítima defensa.

Reitera que la pena pactada es irrisoria y que no podía además acordarse la prisión domiciliaria al no cumplirse con lo previsto en el artículo 38 B del Código Penal.

Por otra parte, afirma que no se tuvo en cuenta el cuestionamiento sobre la entrega del arma blanca al procesado, lo que implicaba la participación de otra persona. Si bien ello no es una agravante si es una circunstancia de mayor punibilidad.

Solicita revocar la decisión del A quo y no aprobar el preacuerdo.

2. El señor Fiscal, como sujeto no recurrente, solicita se confirme la decisión del Juez de conocimiento.

Afirma que la Fiscalía fue clara en que antes de la audiencia de verbalización del preacuerdo se había tomado contacto con el apoderado de la víctima para hablar del mismo y convinieron que la oposición se presentaría en la audiencia de aprobación del preacuerdo. No se dijo los puntos exactos de disenso, pero el juez dio el espacio y allí no se tomó decisión de fondo, para subsanar la situación, para que la fiscalía escuchara y diera sus argumentos en caso de sostener el preacuerdo.

Por otra parte, expresó que el Juez hizo un análisis de la línea jurisprudencial y concluyó que sí podía hacerse el preacuerdo con fundamento fáctico.

Sostiene que el acusado recibió un ataque injusto. Se dijo la forma como se defendió, así no se hubiera mencionado al testigo, pero se indicaron los elementos materiales probatorios.

Considera que hay progresividad en la etapa investigativa y la calificación jurídica provisional se puede cambiar. No se presentó

escrito de acusación sino directamente el preacuerdo. Se puede avalar el preacuerdo porque se tiene base fáctica.

3. Por su parte, el señor defensor del procesado, dice que el apoderado de la víctima cree que este espacio procesal se asemeja a un juicio, donde se traen unos elementos de prueba para controvertirlos y poder el despacho fundamentarse en ellos para aprobar el preacuerdo, desconociendo que el preacuerdo es una forma de terminación anticipada en favor del procesado y el derecho a la verdad y a la justicia de las víctimas están plenamente garantizados en el acto procesal aprobado. Solicita mantener en firme la decisión.

4. El apoderado de las otras víctimas no hizo pronunciamiento.

CONSIDERACIONES

El problema jurídico presentado en esta oportunidad a la Sala se contrae en determinar si el preacuerdo presentado entre las partes puede o no aprobarse.

En primer lugar, debe decirse que frente al debido proceso y las garantías de las víctimas en cuanto a su participación en la elaboración del preacuerdo, la Sala no observa irregularidad, pues en la audiencia quedó claro que la Fiscalía socializó los términos del preacuerdo antes con los apoderados de las víctimas y si bien en un comienzo no se pronunció sobre la oposición presentada, esto se debió a que el apoderado de las víctimas sólo dio a conocer su criterio en la audiencia celebrada para la aprobación. Por ello, el juez decidió hacer uso de sus facultades para corregir la situación y suspendió la audiencia y fijó nueva fecha, para que en el interregno las Víctimas y

la Fiscalía tuvieran la oportunidad de discutir los términos del preacuerdo y la oposición. Tal proceder no es irregular, porque desde un principio el Ente Acusador permitió a las víctimas su participación.

Para los suscritos Magistrados, siempre ha sido claro que tanto la aceptación de cargos como los preacuerdos puestos a conocimiento de la judicatura, deben ser objeto de control judicial, pues la actividad de la Fiscalía no es discrecional y en ningún momento el orden jurídico colombiano permite que el Ente Acusador obre con completa arbitrariedad.

Así, frente a los preacuerdos, puede entenderse fácilmente que, bajo un mínimo de prueba, las partes cedan algo en sus pretensiones y acuerden la aceptación de cargos por un lado y las rebajas de pena u otras alternativas dirigidas a ese mismo fin, por el otro.

Si bien la jurisprudencia de la Honorable Corte Suprema de Justicia en algunos momentos ha expresado que el Juez no puede hacer control material de los preacuerdos, hoy día la situación ha cambiado frente a los nuevos pronunciamientos, tanto de la Honorable Corte Constitucional¹ como de la Honorable Corte Suprema de Justicia².

Estas posiciones jurisprudenciales permiten ratificar la tesis que siempre ha venido pregonando esta Sala en el sentido de señalar que para efectos de aprobación de los preacuerdos, el Juez debe verificar que la calificación jurídica corresponda razonablemente a los hechos jurídicamente relevantes de la acusación y que exista un mínimo de prueba que los soporte. Eso sí, precisando que no se trata de elementos de conocimiento semejantes a las pruebas que se obtienen

¹ Sentencia SU 479 DE 2019.

² Dedición del 24 de junio de 2020. Rad. 52227, M.P. Dra Patricia Salazar Cuellar.

en el juicio oral del trámite ordinario, esto es, bajo los principios de inmediación, publicidad, concentración y contradicción. En realidad, los elementos probatorios solo alcanzan a ser evidencias sumarias, porque no han pasado por el proceso de contradicción y de ellos no puede esperarse más que una hipótesis probable de ocurrencia.

Si bien el artículo 350 del Código de Procedimiento Penal establece modalidades del preacuerdo y en el numeral 2º se dice que la aceptación de cargos puede hacerse a cambio de que la Fiscalía “Tipifique la conducta, dentro de su alegación conclusiva, de una forma específica con miras a disminuir la pena”, esta disposición fue declarada exequible condicionalmente por la Honorable Corte Constitucional “en el entendido de que el fiscal, en ejercicio de esta facultad, no puede crear tipos penales y de que en todo caso, a los hechos invocados en su alegación no les puede dar sino la calificación jurídica que corresponda conforme a la ley penal preexistente”³.

En el presente caso, se ha utilizado como modalidad de preacuerdo la establecida en el numeral 2º del artículo 350 del Código de Procedimiento Penal, teniendo en cuenta que el Ente Acusador pudo obtener elementos materiales probatorios indicativos de la presencia de una causal de atenuación punitiva, esto es, el exceso en una causal de justificación, específicamente, el exceso en la legítima defensa.

El señor Fiscal al momento de narrar los hechos, dejó claro que el señor Robinson Erney Restrepo Salazar comenzó a empujar al procesado, Dairo de Jesús Álvarez Ruíz, con el fin de que peleara con él, situación que Dairo pretendió evitar. El administrador del lugar en donde estaban los sacó a la calle y allí el señor Robinson continuó con la agresión y estalló una botella en la cara de Dairo por lo cual éste se

³ Sentencia C-1260/2005

defendió con una navaja. También se señaló que el señor Duván Alejandro se fue en contra de Dairo a agredirlo con un cuchillo y por ello, Dairo también para defenderse lo lesionó con el arma blanca que tenía.

Así las cosas, es claro que el Ente Acusador al momento de hacer la imputación fáctica que va a fundamentar el preacuerdo, describió adecuadamente las circunstancias que le permiten adecuar la conducta como Homicidio Simple y Tentativa de Homicidio Simple realizados con exceso en una de las causales de ausencia de responsabilidad, específicamente, la contemplada en el artículo 32 numeral 6.

Igualmente, la Fiscalía presentó elementos materiales probatorios que apoyan la imputación fáctica y su calificación jurídica, con lo que se cumple con el mínimo probatorio exigido por el orden jurídico.

El señor David Chaverra Ossa en entrevista aseguró que “el flaco” (Robinson) le buscaba pelea a “Chócolo” (Dairo) lo insultaba y le decía que le daba miedo pelear con un hombre, Chócolo lo evitaba y el otro lo empujaba muy duro, por ello salió de la administración y los sacó del establecimiento.

El señor Duván Alejandro Vargas Sierra (uno de los lesionados) afirmó que el vio a Dairo y Robinson salir de la discoteca “Noche de Luna” discutiendo y se manoteaban. En ese instante vio como Robinson le pegó un botellazo en la cara a Dairo y éste reaccionó violentamente y de inmediato le dio puñaladas a Robinson. Dairo salió huyendo hacia donde él estaba y por eso se le acercó, lo detuvo y ahí Dairo le propinó una puñalada.

El señor Alex Restrepo Ledesma afirmó que cuando llegó al lugar, el señor Dairo le estaba pegando una puñalada a su papá Robinson, se fue a defenderlo y le pegó a Dairo una patada en el pecho, cuando trató de levantarse le pegó otra patada en la cara. Un amigo que estaba con su padre le pegó con una silla, otro amigo de su padre, llamado Duván preguntó que le había pasado a Robinson y quien había sido, entonces le indicó quién y de una sacó una navaja y se fue encima del hombre que atacó a su papá y cuando Duván trató de pegarle una puñalada, Dairo respondió e hirió a Duván en el pecho.

Nelson Arlex Jaramillo Guzmán en entrevista contó que cuando llegó al lugar, vio a Dairo que le pegó una puñalada a su tío Robinson. Alex corrió a defenderlo y le pegó una patada a Dairo, quien cayó al piso y al levantarse, Alex le logró pegar otra patada. Un amigo le pegó con una silla y lo tumbó. Otro amigo de su tío preguntó y se fue donde Dairo, sacó una navaja y se dirigió a pegarle y le cortó la cara, pero Dairo le pegó una puñalada.

Como puede verse fácilmente, existen elementos materiales probatorios mínimos que permiten sustentar la imputación fáctica realizada por la Fiscalía en el preacuerdo que hace las veces de acusación. Y el representante de las víctimas, recurrente, no atina a señalar cuáles otros elementos materiales probatorios no tenidos en cuenta, podrían derruir las inferencias realizadas por el Ente Acusador.

Ahora, la calificación jurídica de los hechos realizada en la audiencia preliminar de imputación es provisional y determinados aspectos fácticos pueden ser modificados al momento de presentar la acusación

ya porque sean simples circunstancias que no inciden en la punibilidad o porque se trata de aspectos que favorezcan al procesado.

En ese orden de ideas, es evidente que el preacuerdo no comporta irregularidad alguna o vulneración al principio de legalidad, pues la Fiscalía está facultada para variar la imputación, siempre y cuando la narración fáctica tenga soporte mínimo probatorio y su calificación jurídica corresponda a la prevista en el ordenamiento jurídico.

Si bien la Honorable Corte Suprema de Justicia en decisión del 24 de junio de 2020, radicado 52227, M.P. Dra. Patricia Salazar Cuellar, no se pronunció sobre la legalidad de preacuerdos como el presente sometido a consideración de la judicatura, si dio pautas importantes que pueden tenerse en cuenta para su aprobación.

En esa decisión, la Alta Corporación expresó:

En todo caso, no puede perderse de vista que en el trámite ordinario el juez no controla materialmente el acto de imputación o acusación en el momento de la actuación donde ocurren estas actividades de parte, pero, al emitir la sentencia, verifica que la propuesta factual de la Fiscalía haya sido demostrada más allá de duda razonable y realiza un examen exhaustivo sobre el respeto del principio de legalidad.

Bajo las anteriores premisas y en atención a lo expuesto por la Corte Constitucional sobre esta temática, esta Sala también ha resaltado el carácter progresivo de la actuación penal, lo que justifica, precisamente, la posibilidad de introducir en la acusación algunas modificaciones a la premisa fáctica delimitada en la imputación, así como la viabilidad de modificar la calificación jurídica durante el llamamiento a juicio (CSJSP, 5 jun 2019, Rad 51007, entre otras).

De otro lado, la Sala también se ha referido al rol de la defensa en el actual sistema de enjuiciamiento criminal. Al respecto, ha destacado la posibilidad de proponer hipótesis factuales alternativas (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 5 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras), así como de llevar a cabo los actos de investigación que considere pertinentes para obtener el respaldo de las mismas.

Sobre esa base, ha concluido que el tema de prueba está conformado por la hipótesis factual de la acusación y por las hipótesis alternativas que propone la defensa, cuando opta por esa estrategia (CSJSP, 8 mar 2017, Rad. 44599, entre muchas otras).

En la misma línea, ha resaltado que existe duda razonable si concurren (*con la hipótesis de la acusación*) propuestas factuales que desvirtúen la responsabilidad penal, siempre y cuando puedan ser catalogadas como verdaderamente plausibles, esto es, que tengan un soporte razonable en las pruebas practicadas en el juicio oral (CSJSP, 12 oct 2016, Rad. 37175; CSJSP, 4 dic. 2019, Rad. 55651; entre otras).

Lo anterior permite comprender que antes del juicio oral, e incluso desde el inicio de la actuación penal, pueden coexistir hipótesis que impliquen mayor o menor responsabilidad penal de una persona en particular, lo que puede abarcar debates de todo orden, desde la negación de la conducta hasta la concurrencia de circunstancias de menor punibilidad o eximentes de responsabilidad.

Si bien es cierto el juicio oral es el escenario natural para debatir ese tipo de asuntos, también lo que es que en las fases previas el Estado debe tomar decisiones relevantes acerca de las hipótesis factuales y su fundamento. Ello sucede, por ejemplo, cuando la Fiscalía realiza el “juicio de imputación” (Art. 287) y el “juicio de acusación” (Art. 336), o cuando los jueces de control de garantías verifican el primer requisito para la imposición de una medida de aseguramiento, previsto en el artículo 308, consistente en que “*de los elementos materiales y evidencia física recogidos y asegurados o de la información obtenidos legalmente, se pueda inferir razonablemente que el imputado puede ser autor o partícipe de la conducta que se investiga*”.

(...)

Ante este panorama, es razonable que la concurrencia de hipótesis factuales, en las fases previas al juicio, sea uno de los escenarios propicios para la celebración de acuerdos entre las partes, con las limitaciones estudiadas en los siguientes numerales.

Lo anterior permite concluir: (i) cuando se habla de los “*hechos del caso*”⁴ como referente para la celebración de acuerdos, no puede perderse de vista que se trata de hipótesis, sometidas a diferentes estándares a lo largo de la actuación penal; (ii) para hacer la imputación, la Fiscalía debe verificar el estándar establecido en el artículo 287, y debe hacer lo propio para decidir sobre la acusación, según los lineamientos del artículo 336; (iii) si el juicio de imputación y/o el juicio de acusación arrojan como resultado una hipótesis favorable en algún sentido al procesado –*por ejemplo, que el homicidio se cometió bajo estado de ira, su intervención fue a título*

⁴ Como se les denomina en varias oportunidades en la SU479 de 2019

de cómplice y no de autor, se trató de un delito de hurto y no de peculado, etcétera-, la inclusión de esos aspectos no constituyen un beneficio, sino la sujeción al principio de legalidad; (iv) los fiscales deben actuar con la objetividad exigida en el artículo 115 de la Ley 906 de 2004, que corresponde a lineamientos básicos de la Constitución Política, lo que implica que la formulación de los cargos debe hacerse conforme la hipótesis factual establecida *–según el estándar previsto para cada fase-*, sin importar que ello dé lugar a situaciones favorables del procesado, porque, visto de otra manera, les está vedado *“inflar”* la imputación o la acusación para presionar la celebración de acuerdos; (v) es posible que luego de formulada la imputación, en virtud de la progresividad inherente a la actuación, la Fiscalía deba ajustar los cargos, lo que en algunos casos puede perjudicar al procesado *–como en los eventos analizados en el fallo con radicado 51007⁵-*, pero en otros puede favorecerlo, como cuando, luego de la imputación, se establece que el homicidio ocurrió bajo circunstancias de menor punibilidad; (vi) esos cambios pueden producirse por su propia actividad investigativa o por la información que logre recopilar la defensa *–cuando opta por compartirla para que la hipótesis inicial sea corregida-*; y (vii) es igualmente posible que en las fases anteriores al juicio la defensa

⁵ Sobre la posibilidad de introducir modificaciones a la premisa fáctica de la imputación, en dicho fallo se concluyó:

“Frente a las modificaciones que pueden introducirse a la premisa fáctica de la imputación: (i) los cambios en la calificación jurídica pueden realizarse en la audiencia de acusación; (ii) igualmente, las precisiones factuales que no incidan en la calificación jurídica; (iii) por el carácter progresivo de la actuación, es posible que la premisa fáctica expuesta en la imputación sufra cambios, que incidan en su calificación jurídica; (iv) como la imputación constituye una forma de materializar el derecho del procesado a conocer oportunamente los cargos y contar con tiempo suficiente para la defensa, en la acusación no puede modificarse el núcleo fáctico de la imputación; (iii) cuando el fiscal considere procedente incluir los referentes fácticos de nuevos delitos, introducir cambios factuales que den lugar a un delito más grave o modifiquen el núcleo de la imputación, tiene la posibilidad de añadirla; (iv) si por el carácter progresivo de la actuación, luego de la imputación se establecen aspectos fácticos que puedan adecuarse a circunstancias genéricas o específicas de mayor punibilidad, o den lugar a un delito consumado en lugar de la tentativa imputada inicialmente, ese cambio puede hacerse en la acusación; (v) al efecto, el juez evaluará el tiempo que debe transcurrir entre la acusación y la audiencia preparatoria, según los rangos establecidos en la ley, en orden a salvaguardar el derecho del procesado a contar con suficiente tiempo para preparar su estrategia defensiva; y (vi) los cambios factuales favorables al procesado pueden realizarse en la audiencia de acusación, en los términos analizados a lo largo de este fallo”.

plantee hipótesis alternativas fundadas, así, a juicio de la Fiscalía, no tengan el respaldo “*probatorio*” suficiente para modificar la hipótesis factual de la imputación a la luz de los lineamientos de los artículos 287 y 336.

(...)

6.2.2.2.2.2. El cambio de la premisa fáctica incluida en la imputación

(...)

Se trata, sin duda, de una problemática sustancialmente diferente, porque no atañe a la aplicación de una norma que no corresponde a los hechos (*como en el evento analizado en el numeral 6.2.2.2.2*), sino a la modificación de la premisa fáctica, que apareja el respectivo cambio de la calificación jurídica.

Según se indicó en el numeral 6.2.2.2.1, el carácter progresivo de la actuación puede dar lugar a que los hechos descritos en la imputación sufran modificaciones, que pueden resultar favorables o desfavorables al procesado. Ello, sin perjuicio de la consonancia fáctica que debe existir entre la imputación y la acusación (CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007).

En el trámite ordinario, la Fiscalía puede realizar esas modificaciones en la acusación, en los términos analizados en el fallo 51007, lo que, valga la repetición, en algunos eventos puede resultar favorable al procesado, como cuando se incluye una circunstancia de menor punibilidad que por alguna razón no había sido considerada en la imputación.

Ello podría presentarse, por ejemplo, cuando la Fiscalía imputa el delito de homicidio, porque al momento de la audiencia regulada en los artículos 286 y siguientes del C.P.P. solo cuenta con evidencias e información legalmente obtenidas atinentes a que el imputado fue quien causó la muerte. Sin embargo, en desarrollo del programa metodológico logra establecer, bajo las mismas exigencias, que el sujeto activo actuó ante la provocación grave e injusta de la víctima. Bajo esas condiciones, la defensa podría estar interesada en que se ajusten las premisas fáctica y jurídica, en orden a que el procesado se someta a una condena anticipada a cambio de un beneficio en particular.

Incluso puede suceder que la calificación jurídica se modifique sin que haya sido cambiada la premisa fáctica y sin que ello implique un beneficio para el procesado –*en el contexto de los acuerdos*–, como cuando el fiscal advierte que las normas que seleccionó frente a los hechos incluidos en la imputación son equivocadas.

Frente a ese tipo de situaciones, la Sala ha hecho hincapié en la necesidad de que la Fiscalía aclare si el cambio de las premisas fáctica y jurídica corresponde a un beneficio o al hecho de ajustar el

caso al ordenamiento jurídico (CSJSP, 11 dic. 2018, Rad. 52311; CSJSP, 5 jun 2019, Rad. 51007; entre otras).

En estos casos, si se hacen las respectivas aclaraciones y demostraciones (*por ejemplo, explicar el sustento “probatorio” de la premisa fáctica modificada*), debería existir suficiente claridad acerca de cuáles cambios obedecen al ajuste del caso a la estricta legalidad y cuáles son las concesiones o beneficios producto del acuerdo.

Lo que insinúa el impugnante es un poco más complejo, porque se refiere a la posibilidad de cambiar (*sustancialmente*) los hechos de la **acusación**, para solicitarle al juez que emita la condena por una hipótesis factual alternativa, que tiene aparejada una calificación jurídica diferente, mucho más favorable para el procesado.

La Sala no emitirá un pronunciamiento de fondo sobre la viabilidad legal de esa modalidad de acuerdo, porque el caso sometido a su conocimiento se resuelve bajo las reglas analizadas en el numeral 6.2.2.2.1.

(...)

Lo anterior guarda coherencia con el hecho de que el allanamiento a cargos y los acuerdos (*y, por regla general, el principio de oportunidad*) solo procedan a partir de la formulación de imputación, bajo el entendido de que esta solo es viable si “*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o de la imputación legalmente obtenida, se pueda inferir razonablemente que el imputado es autor o partícipe del delito que se investiga*”.

Por tanto, si el fiscal realiza el juicio de imputación con plena observancia de este límite material, no debe tener mayor dificultad para cumplir el requisito previsto en el artículo 327. Con mayor razón, cuando los acuerdos se celebran después de la acusación, toda vez que esta solo procede si “*de los elementos materiales probatorios, evidencia física o información legalmente obtenida, se puede afirmar, **con probabilidad de verdad**⁶, que la conducta delictiva existió y que el imputado es su autor o partícipe*” (Art. 336)

De otro lado, la norma también está orientada a garantizar, en la medida de lo posible, los derechos de las víctimas, especialmente en lo que concierne a conocer la verdad. Sin embargo, ello no puede lograrse en el mismo nivel que lo permitiría el juicio oral, precisamente porque estas formas de terminación anticipada de la actuación penal implican la supresión de esa fase del proceso. En el mismo sentido, y en el contexto del principio de oportunidad, la Corte Constitucional se refirió al sentido y alcance del estándar previsto en el artículo 327, aplicable tanto a esa figura como a los preacuerdos:

En efecto, la aplicación de cualquiera de las causales del artículo 324, exige un principio de verdad respecto de la autoría y la tipicidad

⁶ Negrillas añadidas.

de la conducta, como quiera que deben existir elementos de juicio fácticos que conduzcan a inferencias razonables sobre la realización de la conducta, su adecuación típica y la participación del investigado en la misma, para que el fiscal sopesa la pertinencia de aplicar el principio de oportunidad.

Al respecto, es imposible exigir la convicción que sólo puede resultar después de concluido el juicio. El propio artículo 327 establece que para la aplicación del principio de oportunidad es necesario que haya “un mínimo de pruebas que permita inferir la autoría o la participación en la conducta y su tipicidad.” De lo contrario, no se respetaría la presunción de inocencia que el mismo artículo prohíbe “comprometer”. De otro lado, exigir certeza sobre la autoría y la tipicidad plantearía el dilema de adelantar la investigación y el proceso penal hasta un momento tal que el principio de oportunidad perdería su razón de ser (C-209 de 2007).

De la jurisprudencia transcrita puede deducirse que los acuerdos tendientes a darle una calificación jurídica a la conducta punible sin fundamento fáctico no están permitidos, pero sí es posible que en la acusación (y el preacuerdo hace las veces de acusación) la Fiscalía introduzca cambios a la premisa fáctica que favorezcan al procesado, sobre todo si se trata de circunstancias de atenuación punitiva que no desconozcan el núcleo fáctico de la imputación. Eso sí conforme con los elementos probatorios recaudados y dando la calificación jurídica que realmente corresponde a la conducta evidenciada.

Y esto último es lo que precisamente ocurre en el presente preacuerdo, pues la Fiscalía señala que hay fundamento fáctico para reconocer una circunstancia de atenuación punitiva, por lo cual hace la correspondiente corrección de la premisa fáctica y debido a ello el procesado acepta los cargos y se acuerda una pena determinada. Además, como consecuencia del cambio en la premisa fáctica se habilita la concesión del sustituto penal de la prisión domiciliaria, pues el mínimo de la pena para tener en cuenta es el establecido por el delito atenuado y no por el delito de homicidio simple. No se trata de una ficción jurídica o que las partes pretendan darles a los hechos una

calificación jurídica que no corresponde con miras a rebajar la pena, sino de introducir un cambio en la premisa fáctica que tiene sustento probatorio.

Así las cosas, tuvo razón el A quo al impartir aprobación al preacuerdo presentado y la decisión será confirmada.

En razón y mérito de lo expuesto y sin necesidad de más consideraciones el Tribunal Superior de Antioquia, Sala de Decisión Penal, resuelve **CONFIRMAR** decisión del Juez Penal del Circuito de Andes (Antioquia), objeto de impugnación, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Esta decisión se considera notificada en estrados y contra ella no procede recurso alguno.

Las diligencias volverán al Despacho de origen para que continúe con el trámite procesal.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE,

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: **c53f645e1738c969d5dde382103d48285c5fe5542b3e61cea2b225212c4fde77**

Documento generado en 24/06/2022 04:55:57 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, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 124

PROCESO	: 05000.22 04 000 2022 00133 (2022-0387-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONADO	: CENTRO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE PUERTO TRIUNFO, ANTIOQUIA
PROVIDENCIA	: SANCIÓN POR DESACATO

La Sala resuelve el incidente de desacato presentado por el señor JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO, en contra del CENTRO PENITENCIARIO DE MEDIANA SEGURIDAD DE PUERTO TRIUNFO, ANTIOQUIA, por no cumplimiento del fallo de tutela.

DEL INCIDENTE DE DESACATO

Indica el incidentista que no ha dado cumplimiento a lo ordenado en el fallo de tutela emitido por esta Corporación, al no brindar los servicios de salud que requiere y que su salud sigue empeorando con el paso de los días.

ACTUACIÓN PROCESAL

Con auto del 07 de junio de 2022, se requirió previo a realizar la apertura el incidente de desacato propuesto por el señor JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO, conforme a lo establecido en el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, corriéndosele traslado a las partes incidentadas representadas por el Director del CPMS Puerto

Triunfo, el Director del Hospital La María y el Juez Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario, por el término de tres días a fin de que diera las explicaciones e hiciera valer las pruebas que considerara pertinentes.

Una vez vencido el término del traslado y revisada las actuaciones de notificación, se pudo evidenciar que en las respuestas enviadas por las entidades accionadas, la falta de cumplimiento de la orden impartida por el Despacho, fue debido a la falta de coordinación por parte del Director del Centro Penitenciario ya que no contaba con vehículos disponibles, por eso no se trasladó al detenido a cumplir con las citas asignadas en el Hospital La María, de ahí que se procedió a emitir auto de apertura del incidente con fecha 10 de junio de 2022, realizándose en debida forma las respectivas notificaciones, para lo cual el Director (e) del CPMS Puerto Triunfo, indicó con más precisión que para el día de las citas programadas se imposibilitó el traslado por fallas mecánicas en el parque automotor, donde se evidencia que mediante oficio del 08 de junio, la señora Natalia Sánchez Ramírez – Responsable de transportes CPMS Puerto Triunfo-, informó la situación de cada uno de los vehículos que se tienen a disposición del Centro Penitenciario, donde se puede concluir que a pesar de tener a su disposición 9 vehículos automotores, solo uno (1) presta la función para la cual está destinado, como lo indican en dicho reporte “...El único vehículo del ERON que se encuentra y cumple con todas las condiciones para su uso...”.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Teniendo en cuenta que la finalidad de la acción de tutela es la protección eficaz e inmediata de los derechos fundamentales,

frente a las agresiones o amenazas de las que sean objeto por la acción u omisión de las autoridades públicas y eventualmente por particulares, claro deviene el deber del Juez Constitucional para garantizar tal propósito, aún con posterioridad a la decisión de amparo.

Esto, por cuanto su labor no se limita a impartir una orden que formalmente proteja los derechos de quienes acuden a este mecanismo, sino que se extiende a la obligación de velar por la efectividad de las medidas adoptadas; y en ese sentido, a agotar todas las posibilidades a su alcance, hasta lograr que la decisión materialmente produzca el resultado esperado.

Con esa finalidad, esta Corporación y de acuerdo con el artículo 52 del Decreto 2591 del 1991 dio apertura al incidente de desacato propuesto por el señor JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO, en orden a garantizar el cumplimiento de la decisión proferida por esta Sala el 20 de abril de 2022.

Ahora, se tiene que el accionante en aras de hacer valer sus derechos fundamentales conculcados por la parte demandada, ha iniciado el incidente de desacato, trámite este que ha sido instituido como un medio de coacción para el cumplimiento de una orden de amparo proferida por un juez constitucional.

En cuanto al incidente de desacato la Corte Constitucional ha manifestado:

“... (vi) el trámite de incidente de desacato, debe respetar las garantías del debido proceso y el derecho de defensa de aquél de quien se afirma

ha incurrido en desacato¹, quien no puede aducir hechos nuevos para sustraerse de su cumplimiento²; (vii) el objetivo de la sanción de arresto y multa por desacato es el de lograr la eficacia de las órdenes impartidas por el juez de amparo para la efectiva protección de los derechos fundamentales reclamados por los tutelantes, por lo cual se diferencia de las sanciones penales que pudieran ser impuestas³; (viii) el ámbito de acción del juez, definido por la parte resolutive del fallo correspondiente, le obliga a verificar en el incidente de desacato “(1) a quién estaba dirigida la orden; (2) cuál fue el término otorgado para ejecutarla; (3) y el alcance de la misma. Esto, con el objeto de concluir si el destinatario de la orden la cumplió de forma oportuna y completa (conducta esperada)”⁴. De existir el incumplimiento “debe identificar las razones por las cuales se produjo con el fin de establecer las medidas necesarias para proteger efectivamente el derecho y si existió o no responsabilidad subjetiva de la persona obligada”⁵.

La posibilidad de que el juez de tutela imponga sanciones a quien incumple sus órdenes está perfectamente justificada pues como ha sostenido esta Corporación:

“...el incumplimiento de las sentencias judiciales constituye una trasgresión del derecho fundamental de acceso a la justicia puesto que el reconocimiento de esta garantía en el texto constitucional se encuentra encaminado, como es obvio, no sólo a garantizar la posibilidad de interponer acciones frente a tribunales competentes e imparciales, y a reclamar una decisión sobre las pretensiones debatidas. Adicionalmente –y cabe anotar que en este punto adquiere sentido la totalidad del proceso judicial agotado- incluye el derecho a obtener cumplimiento de las decisiones consignadas en las sentencias. De otra forma, se desvanece la legitimidad de la Rama judicial y sus decisiones se convierten en meras proclamaciones sin contenido vinculante”⁶.

Visto lo anterior, corresponde a la Sala determinar si se ha incumplido con la orden de amparo proferida mediante fallo de tutela en favor del señor JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO y cuál

¹ Sentencias T-459 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño, T-368 de 2005 T-368 de 2005 M.P. Clara Inés Vargas Hernández, T-1113 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño y Auto 118/05.

² Sentencia T-343 de 1998 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

³ Sentencias C-243 de 1996 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa, C-092/97 M.P. Carlos Gaviria Díaz. Respecto de la finalidad de la sanción que se impone por desacato a una orden del juez de tutela cabe resaltar lo señalado por la Corte en sentencia T- 421 de 2003 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra:

“Del texto subrayado se puede deducir que la finalidad del incidente de desacato no es la imposición de la sanción en sí misma, sino la sanción como una de las forma de búsqueda del cumplimiento de la sentencia. Al ser así, el accionante que inicia el incidente de desacato se ve afectado con las resultas del incidente puesto que éste es un medio para que se cumpla el fallo que lo favoreció.

“Segundo, la imposición o no de una sanción dentro del incidente puede implicar que el accionado se persuada o no del cumplimiento de una sentencia. En efecto, en caso de que se inicie el incidente de desacato y el accionado, reconociendo que se ha desacatado lo ordenado por el juez de tutela, quiera evitar la sanción, deberá acatar la sentencia.

“En caso de que se haya adelantado todo el trámite y resuelto sancionar por desacato, para que la sanción no se haga efectiva, el renuente a cumplir podrá evitar ser sancionado acatando.”

⁴ Sentencias T-553/02 y T-368/05.

⁵ Sentencia T-1113 de 2005 M.P. Jaime Córdoba Triviño

⁶ Sentencia T-096-08 M.P. Humberto Sierra Porto

ha sido la actuación procesal del incidente de desacato, por lo que inicialmente habrá de indicarse de cara al aspecto objetivo, que la entidad demandada ha incumplido con la orden de amparo, pues basta con las manifestaciones realizadas por el incidentista y lo verificado por esta Corporación, en el momento de requerir previamente a las entidades accionadas y con las respuestas por estos emitida.

Se observa entonces que, frente al aspecto objetivo del incumplimiento, se encuentra plenamente satisfecho, teniendo en cuenta que luego de dar inicio al incidente de desacato y haber sido requerido el Director del centro Penitenciario de Mediana Seguridad de Puerto Triunfo, Antioquia, si bien allegó respuesta no es del todo coherente con la necesidad del accionante, ya que si bien están con problemas de mantenimiento de automotores, también es cierto que se certificó que se contaba con un vehículo que cumplía con las funciones asignadas, situación está que debería inicialmente permitir el traslado del interno a la realización del examen y posteriormente a la cita de control con especialista y así lograr la evaluación con medicina legal.

Sin embargo, por tratarse el desacato de una sanción, el incumplimiento de la orden debe estar precedido del aspecto subjetivo, que en el presente caso, basta con decirse que la entidad demandada representada por el Director (E), Centro Penitenciario de Puerto Triunfo Dr. Juan ramón Angarita Romero, no obstante haber emitido respuesta al requerimiento y a la apertura, dicha justificación para sustraerse del cumplimiento, no satisface plenamente, ya que como se evidencia existe un automotor que se encuentra en servicio, en el cual se pudo trasladar al interno para

cumplir con las citas asignadas, es más con llamado telefónico realizado al área de jurídica de la Cárcel el Dg. Villarreal, manifestó que el interno no había sido sacado de las instalaciones para cumplir alguna cita, lo cual permite concluir, que la inobservancia a la orden impartida ha sido caprichosa, colmándose así el aspecto subjetivo de la responsabilidad del demandado.

Sobre la verificación de los requisitos de carácter objetivo y subjetivo para que configure el incumplimiento por desacato a la orden emitida en fallo de tutela, nuestro máximo Tribunal en lo Constitucional, en sentencia T- 123 de 2010, refirió lo siguiente:

“10.4. Puesto que se trata de un procedimiento disciplinario, el incidente de desacato está cobijado por las garantías que el derecho sancionador prodiga al disciplinado, entre ellas la necesidad que se demuestra la responsabilidad subjetiva en el incumplimiento del fallo de tutela. Por ende, para declarar el desacato de la autoridad responsable no basta con que se compruebe la omisión, sino que esta debe ser atribuible al sancionado. Sobre el particular, la jurisprudencia ha insistido en que “... el juez de tutela al tramitar el respectivo incidente tiene el deber constitucional de indagar por la presencia de elementos que van dirigidos a demostrar la responsabilidad subjetiva de quien incurre en desacato, por tanto dentro del proceso debe aparecer probada la negligencia de la persona que desconoció el referido fallo, lo cual conlleva a que no pueda presumirse la responsabilidad por el sólo hecho del incumplimiento. De acuerdo con ello, el juzgador tiene la obligación de determinar a partir de la verificación de la existencia de responsabilidad subjetiva del accionado cuál debe ser la sanción adecuada – proporcionada y razonable – a los hechos.(...) En este punto cabe recordar que, la mera adecuación de la conducta del accionado con base en la simple y elemental relación de

causalidad material conlleva a la utilización del concepto de responsabilidad objetiva, la cual está prohibida por la Constitución y la Ley en materia sancionatoria. Esto quiere decir que entre el comportamiento del demandado y el resultado siempre debe mediar un nexo causal sustentado en la culpa o el dolo”.

Es así que en el incidente de desacato propuesto, se ha comprobado la responsabilidad de la demandada en el incumplimiento de la orden de amparo proferida el 20 de abril de 2020, que consistía en lo siguiente: **“SEGUNDO: ORDENAR a la CPMS PUERTO TRIUNFO y el HOSPITAL LA MARÍA, por conducto de su representante legal o quien haga sus veces, que en el término las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de la sentencia, si aún no lo ha hecho, efectivice JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO, efectivice la realización del “TAC DE ABDOMEN” y “CITA DE CONTROL CON UROLOGÍA”, conforme a lo ordenado por su médico tratante.”**

Es por lo anterior que se encuentra que el Dr. Juan Ramón Angarita Romero, Director (e) CPMS Puerto Triunfo - ha incurrido en desacato al fallo de tutela proferido por esta Sala de Decisión Penal, el 20 de abril de 2022, y en consecuencia resulta procedente imponerle sanción por desacato de TRES (3) DIAS DE ARRESTO y multa de UN (1) salario mínimo legal mensual vigente.

Por encontrarlo procedente, la Sala señala que el arresto ordenado, una vez en firme la decisión, se cumplirá en el domicilio del sancionado, bajo la vigilancia de la autoridad competente.

Igualmente, y visto que lo que se busca es el cumplimiento de la orden de amparo del referido fallo de tutela, se requerirá al Director Regional Noroeste, superior jerárquico del Dr. JUAN RAMÓN

ANGARITA ROMERO, Director (E)CPMS Puerto Triunfo, a fin de que disponga lo necesario para el cumplimiento del fallo de tutela del 20 de abril de 2022, y consecuentemente investigue las posibles faltas en que haya incurrido el Director (e) del CPMS Puerto Triunfo por el incumplimiento a la orden de amparo.

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,

RESUELVE:

Primero: SANCIONAR por desacato al fallo de tutela proferido por esta Sala de Decisión Penal el 20 de abril de 2022 en favor de JHONNY JAIR BERRÍO CAICEDO, al Dr. JUAN RAMÓN ANGARITA ROMERO, Director (E)CPMS Puerto Triunfo, con arresto de TRES (3) DIAS DE ARRESTO DOMICILIARIO y multa de UN (1) salario mínimo legal mensual vigente, conforme a lo expuesto en el cuerpo de este proveído.

Segundo: REQUERIR al Director Regional Noroeste, superior jerárquico del Dr. JUAN RAMÓN ANGARITA ROMERO, Director (E)CPMS Puerto Triunfo, a fin de que disponga lo necesario para el cumplimiento del fallo de tutela del 20 de abril de 2022, y consecuentemente investigue las posibles faltas en que haya incurrido el Director (e) del CPMS Puerto Triunfo por el incumplimiento a la orden de amparo.

Tercero: REMÍTASE la presente actuación a la Sala de Casación Penal, a fin de surtirse el grado Jurisdiccional de Consulta, visto que contra la presente decisión no procede recurso alguno.

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: **0b0d4b4ccf75126cf5bf2015cda54ce97686e053d19c364aab46cded569195c9**

Documento generado en 28/06/2022 01:53:20 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, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 124

PROCESO	: 05000-22-04-000-2022-00239 (2022-0761-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: VÍCTOR HUGO GALLÓN MARÍN
AFFECTADO	: WILMAR DAVID RENDÓN CUERVO
ACCIONADO	: FISCALÍA 35 LOCAL DE SANTA BÁRBARA Y FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN
PROVIDENCIA	: FALLO PRIMERA INSTANCIA

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el doctor VÍCTOR HUGO GALLÓN MARÍN actuando como apoderado judicial, del señor WILMAR DAVID RENDÓN CUERVO en contra de la FISCALÍA 035 LOCAL DE SANTA BÁRBARA, ANTIOQUIA, y la FISCALÍA GENERAL DE LA NACIÓN.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que, el 01 de marzo de 2021, siendo aproximadamente las 13:00 horas, se presentó un accidente de tránsito en la vía La Pintada - Medellín en el kilómetro 31 + 200 a la altura de la Camelia del municipio de Santa Bárbara - Antioquia, debido a que el vehículo de placas SQW967 el cual era conducido por el señor Gustavo Adolfo Velosa Rivera colisionó con la motocicleta de placas JWE86E, la cual era conducida por su representado, el señor Wilmar David Rendón Cuervo.

Indicó que, debido a la ocurrencia del accidente de tránsito su representado sufrió varias lesiones en su humanidad, por lo cual el 31 de agosto de 2021 interpuso querrela por el delito de lesiones culposas ante la Fiscalía General de la Nación, a través de correo electrónico mesacontrol.usuariosmed@fiscalia.gov.co.

Expresó que, el 15 de septiembre de 2021, se asignó el NUNC 05001 60 99166 2021 65477, para lo cual al realizar la consulta apareció que se encuentra inactivo por "*Extinción de la acción penal por caducidad de la querrela*"; querrela que fue interpuesta dentro del término establecido en el artículo 73 de la Ley 906 de 2004.

Afirmó que, el accidente de tránsito que generó las lesiones culposas por las cuales se pretende la apertura del proceso penal ocurrió el 01 de marzo de 2021 y los 6 meses que establece la norma como caducidad de la querrela, si se contabiliza con detención, se cumplían el 01 de septiembre de 2021, y la querrela fue interpuesta el 31 de agosto de 2021, es decir, aun dentro del término permitido para tal fin.

Aseguró que, se radicó derecho de petición el 01 de febrero de 2022 ante la Fiscalía 35 Local de Santa Bárbara de manera virtual al correo electrónico luisf.giraldo@gmail.com; solicitando el desarchivo del proceso penal que se tramita bajo el SPOA 05001 60 99166 2021 65477, dado a que la querrela con la que pretendía abrir el caso fue presentada de forma oportuna dentro del término de 6 meses que establece el artículo 73 de la Ley 906 de 2004.

Señaló que, el 08 de febrero de 2022, el Doctor Luis Fernando Giraldo Bernal Fiscal 35 Local, dio respuesta a través del correo electrónico

mariaf.gomez@fiscalia.gov.co; mediante el oficio N° 010 en el que indicó la continuación del archivo del proceso, en razón a que la querrela se presentó de forma extemporánea, el 15 de septiembre de 2021.

Dijo que, el 01 de marzo de 2022, envió nuevamente petición al correo electrónico luisf.giraldo@fiscalia.gov.co; con la anotación de que según la constancia de envío de correo electrónico el 31 de agosto de 2021 fue enviada al correo electrónico mesacontrol.usuariosmed@fiscalia.gov.co; la querrela donde se hace evidente la fecha de radicación y que no es menester de la víctima sufrir con la carga negligente que implica el reparto tardío de la querrela que realizó el ente acusador.

Adujó que, el 17 de marzo de 2022 se recibió respuesta mediante oficio No. 021 a través del correo electrónico mariaf.gomez@fiscalia.gov.co; de fecha 14 de marzo de 2022 reiterando la postura inicial de no desarchivar el proceso penal referenciado por cuanto el despacho considera que la querrela fue interpuesta de manera extemporánea.

Solicitó que, se ordene a la entidad accionada, que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la sentencia emita la respuesta pretendida y adicionalmente se ordene remitir a medicina legal al señor Wilmar David Rendón Cuervo para valoración médica.

LA RESPUESTA

1.- La Fiscal 035 Local de Santa Bárbara, Antioquia, indicó que el 16 de septiembre de 2021 ese delegado dispuso el archivo de la

investigación distinguida con el SPOA N° 05001 60 99166 2021 65477 que por lesiones personales culposas incoara el señor Wilmar David Rendón Cuervo en calidad de víctima por hechos acaecidos el día 01/03/2021, y donde resultó lesionado al colisionar la moto que conducía con un vehículo tipo tracto camión incidente ocurrido en el sitio conocido como vereda "Loma Larga" comprensión municipal de Santa Bárbara, considerando la fecha en que fue recibida la denuncia, esto es, el 15 de septiembre de 2021 fecha que superaba los seis (6) meses a los que se refiere el Art. 73 del CPP.

Manifestó que, el 08 de febrero de esta anualidad recibió en el correo institucional de esa delegada un derecho de petición elevado por el Doctor Víctor Hugo Gallón Marín de la firma "Asociados Abogados Grupo Empresarial" donde solicitaba el desarchivo del averiguatorio, petición que fue respondida mediante oficio N° 010 de febrero 08 de 2022 donde se explicaba al petente la razón por la cual no se accedía a su solicitud.

Afirmó que, el día 17 de junio a su correo institucional se le notificó una tutela interpuesta por el mencionado profesional del derecho por lo que se comunicó con el abonado celular 3113051932 y fue atendido por la Doctora Andrea Colorado a quien de nuevo le planteó la situación y ella diligentemente le envió un documento de gmail fechado 31 de agosto de 2021 a las 15.34 horas donde consta que efectivamente la querrela fue instaurada antes de los 6 meses, o sea dentro del término previsto por la ley.

Por último, expresó que ese delegado dispuso el desarchivo de las diligencias y la continuación del averiguatorio.

2.- La Fiscalía General de la Nación no dio respuesta al requerimiento.

PRUEBAS

La Fiscal 035 Local de Santa Bárbara remitió dentro de la misma respuesta la copia la carpeta escaneada que se estaba solicitando en su derecho de petición, además de sendos archivos en Excel donde se plasman las actuaciones realizadas por la Fiscalía.

CONSIDERACIONES

Como bien se conoce, la acción de tutela posee un carácter eminentemente subsidiario y excepcional de procedencia, y más aún, cuando la solicitud de amparo se dirige contra providencias judiciales. En tal virtud, la acción de tutela sólo es procedente frente a situaciones contra las cuales no exista otro medio de defensa tendiente a proteger los derechos constitucionales fundamentales vulnerados o amenazados, o cuando existiendo, no tenga la eficacia del amparo constitucional, lo que abre paso a su utilización como mecanismo transitorio para precaver la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

Las providencias judiciales en todos los niveles se encuentran soportadas en los principios de autonomía, independencia, acceso a la justicia y legalidad, y en esencia, dirigidas a que los ciudadanos puedan reivindicar sus derechos constitucionales y legales, siguiendo los parámetros establecidos por el legislador, lo que a la postre las hace inmodificables en pro de la seguridad jurídica y del respeto de la separación de poderes. Sin embargo, debido al carácter normativo, de supremacía de las normas constitucionales (art. 4º C.P) y de primacía

de los derechos fundamentales (arts. 5º y 86 C.P.), la acción de tutela procede excepcionalmente contra las acciones u omisiones en que incurren los jueces al administrar justicia cuando son desconocidos los derechos constitucionales fundamentales.

Esta posición fue sostenida por la Corte Constitucional desde la sentencia C-543 de 1992, en la cual, si bien se declararon inexecutable los artículos 11 y 12 del Decreto 2591 de 1991, al considerarse que desconocían las reglas de competencia establecidas por la Constitución Política y afectaban el principio de seguridad jurídica, en su *ratio decidendi* se indicó que en circunstancias excepcionales, la acción de tutela procedía contra actuaciones judiciales cuando las mismas constituían vías de hecho.

Se expresó que no “riñe con los preceptos constitucionales la utilización de esta figura ante actuaciones de hecho imputables al funcionario por medio de las cuales se desconozcan o amenacen los derechos fundamentales, ni tampoco cuando la decisión pueda causar un perjuicio irremediable, para lo cual sí está constitucionalmente autorizada la tutela pero como mecanismo transitorio cuyo efecto, por expreso mandato de la Carta es puramente temporal y queda supeditado a lo que se resuelva de fondo por el juez ordinario competente (artículos 86 de la Constitución Política y 8º del Decreto 2591 de 1991). En hipótesis como éstas no puede hablarse de atentado alguno contra la seguridad jurídica de los asociados, sino que se trata de hacer realidad los fines que persigue la justicia.”.

A partir de ese momento, hasta la actualidad, los jueces Constitucionales han aplicado a los casos concretos el precedente jurisprudencial, con el fin de conjurar la vulneración abierta y

ostensible de los derechos constitucionales fundamentales a través de acciones u omisiones de los operadores jurídicos, cuando no existe otro medio de defensa eficaz al alcance del afectado. Es decir, el amparo constitucional en estos casos se convierte en el medio idóneo y eficaz a través del cual se adoptan las medidas necesarias para restablecer los derechos fundamentales amenazados o vulnerados mediante una decisión judicial, o en su caso puede proponerse como mecanismo transitorio con el fin de evitar un perjuicio irremediable.

Las llamadas doctrinal y jurisprudencialmente “vías de hecho” o defectos en que pueden incurrir los jueces al adoptar sus decisiones, ahora se conocen técnicamente como causales de procedibilidad de la tutela contra providencias judiciales. Dentro de ella se encuentran unas genéricas o previas y otras específicas.

Las causales genéricas buscan asegurar la aplicación subsidiaria del amparo constitucional como medio de protección de derechos constitucionales fundamentales y se sintetizan de la siguiente forma:

- (i) *Que la cuestión discutida resulte de evidente relevancia constitucional que afecta derechos fundamentales de las partes, pues el juez de tutela no puede entrar en el análisis de situaciones que no tengan una clara y marcada importancia constitucional so pena de involucrarse en asuntos que deben ser resueltos por otras jurisdicciones.*
- (ii) *Que se hayan agotado los otros medios –ordinarios y extraordinarios- de defensa que se encuentren al alcance de la persona afectada, a no ser que se trate de evitar la consumación de un perjuicio iusfundamental irremediable.*
- (iii) *Que se cumpla con el principio de inmediatez o solicitud de protección constitucional dentro de un término prudente y razonable a la vulneración o amenaza de los derechos fundamentales.*
- (iv) *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 invocados.*

- (v) *Que la parte actora identifique claramente los hechos que generaron la vulneración, así como los derechos vulnerados y que hubiere alegado tal vulneración en el proceso judicial siempre que ello hubiere sido posible, y,*
- (vi) *Que no se trate de sentencias de tutela, habida cuenta que la protección de los derechos fundamentales no pueden prolongarse de manera indefinida, máxime cuando todas las sentencias proferidas son sometidas a un riguroso proceso de selección ante la Corte Constitucional, en virtud del cual las decisiones judiciales no seleccionadas para revisión, se tornan definitivas.*

Además de los requisitos generales expuestos, para que proceda la acción de tutela contra una providencia judicial, es imprescindible acreditar la existencia de requisitos o causales especiales de procedibilidad, las que deben demostrarse plenamente y que se centran en los defectos o vicios concretos en los que incurren los jueces en las actuaciones judiciales, que lesionan derechos fundamentales de los asociados. Así, debe presentarse alguna de las siguientes circunstancias: (i) defecto sustantivo, (ii) defecto fáctico, (iii) defecto orgánico, (iv) defecto procedimental, (iv) vía de hecho por consecuencia, (v) decisión sin motivación, (vi) desconocimiento del precedente y (vii) violación directa de la Constitución.

Así, se exige que la conducta del operador jurídico sea arbitraria con la consecuente vulneración grave de derechos fundamentales de alguna de las partes. De igual forma se debe establecer si la presunta afectación puede superarse por los medios ordinarios instituidos en el respectivo proceso con miras al restablecimiento de los derechos conculcados, salvo que tales recursos o medios de defensa, no sean eficaces para deparar una protección expedita e integral, en caso de que el requerimiento sea inmediato e impostergable, para evitar la ocurrencia de un perjuicio irremediable.

En el presente caso, el señor Wilmar David Rendón Cuervo, por

intermedio de su apoderado, considera que le fueron vulnerados sus derechos fundamentales, por parte de la Fiscalía 35 Local de Santa Bárbara que decidió archivar la investigación con CUI 05001 60 99166 2021 65477 que se tramitaba en contra de Gustavo Adolfo Velosa Rivera por el delito de lesiones culposas.

Solicitó en consecuencia se ordene el desarchivo de las diligencias y se ordene el envío a medicina legal para la respectiva valoración médica.

Frente a lo anterior, es necesario precisar que la tutela por su carácter residual y subsidiario, no es el mecanismo indicado para ordenar el desarchivo de una investigación, pues no es competencia del Juez constitucional.

En efecto, ha dicho nuestro máximo organismo Constitucional:

“... la acción de tutela no ha sido concebida como un instrumento para sustituir los demás medios de defensa judicial, sino como un mecanismo que complementa los otros recursos y acciones, en la medida en que cubre aquellos espacios que éstos no abarcan o lo hacen deficientemente. Aceptar lo contrario sería admitir que el juez constitucional tomara el lugar de las otras jurisdicciones, resultado que iría en contra del fin de la jurisdicción constitucional, cual es el de velar por la guarda e integridad de la Constitución, tarea que comprende también la de asegurar las competencias de las otras jurisdicciones. Es por eso que esta Corte estableció, en su sentencia T-119 de 1997, que dentro de las labores que le impone la Constitución ‘está la de señalarle a la acción de tutela límites precisos, de manera que se pueda armonizar el interés por la defensa de los derechos fundamentales con la obligación de

respetar el marco de acción de las jurisdicciones establecidas.”¹

En el caso a estudio, se puede advertir de la respuesta de la entidad accionada y de la documentación anexada que la Fiscalía 35 Local de Santa Bárbara tenía a su cargo la investigación radicado CUI. 05001 60 99166 2021 65477, tramitado en contra de Gustavo Adolfo Velosa Rivera por el delito de lesiones culposas, donde registra el señor WILMAR DAVID RENDÓN CUERVO como denunciante, dentro del cual se decretó el archivo de la investigación porque considerar que se presentó extemporáneamente.

Se señala que el Doctor Víctor Hugo Gallón Marín, apoderado del señor Rendón Cuervo, fue debidamente notificado por el ente Fiscal. Posteriormente, el 01 de febrero de 2022 el actor radicó en dicha entidad solicitud de desarchivo de la investigación y la Fiscalía mediante oficio Nro. 010 del 08 de febrero de 2022 le informó al actor que no era posible acceder a la solicitud de desarchivo por cuanto la querrela se había presentado extemporáneamente.

Debido a lo anterior, presentó el 01 de marzo de 2022 nueva solicitud de desarchivo ante la Fiscalía 35 Local de Santa Bárbara y la Fiscalía mediante oficio Nro. 021 del 14 de marzo de 2022 le informó nuevamente al actor que no era posible acceder a la solicitud de desarchivo por cuanto la querrela se había presentado extemporáneamente.

Puede vislumbrarse entonces como se torna improcedente la presente acción de tutela en atención de la negativa de desarchivo de la

¹ Sentencia T-625 de 2000.

investigación penal adelantada por el delito de lesiones culposas en contra del señor Gustavo Adolfo Velosa Rivera, en virtud a que la Fiscalía archivó la investigación valorando que la querrela fue presentada extemporáneamente, sin embargo, es claro que el actor cuenta con otros medios judiciales para la solicitud de desarchivo de la investigación, como es acudir ante los Jueces Penales Municipales con Función de Control de Garantías, como lo estableció Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil M.P Dr. Ariel Salazar Ramírez, en la sentencia STC16997-2017, que estableció:

*“...La Sala le recuerda al reclamante que, si a bien lo tiene, está en posibilidad de solicitar ante el Juez de Control de Garantías el desarchivo de su denuncia, tal como lo permite el inciso segundo del **artículo 79 del Código de Procedimiento Penal** al señalar que **«...si surgieren nuevos elementos probatorios la indagación se reanuda mientras no se haya extinguido la acción penal.»** (Negrilla fuera de texto).*

De la norma y jurisprudencia transcrita, se puede concluir entonces que: i) Si es procedente la solicitud de desarchivo de las diligencias adelantadas dentro de la Investigación Penal; ii) esto no deberá hacerse ante la Fiscalía, ni a través de la Acción de Tutela, sino ante el Juez de Control de Garantías y iii) La indagación se reanuda, siempre y cuando surgieren nuevos elementos probatorios y mientras no se haya extinguido la Acción Penal...”

Conforme con el recuento, frente a los hechos expuestos en la demanda y la respuesta ofrecida por la entidad accionada, se vislumbra como el Doctor Víctor Hugo Gallón Marín pretende utilizar la acción de tutela como una instancia adicional, pues es claro que no es el medio idóneo para acudir al desarchivo de la investigación, aunque se debe decir que en escrito aportado por la Fiscalía 35 Local de santa Bárbara con fecha del 21 de junio de 2022, accedió al desarchivo de las diligencias. Así mismo, ha hecho peticiones a la entidad accionada, quien le ha explicado la improcedencia de desarchivo de las diligencias y una vez se adelantó el trámite constitucional dicho

ente accedió al desarchivo de la investigación. Por ende, las inconformidades aducidas por el accionante en el escrito tutelar, si bien han sido respondidas todas sus solicitudes, también es cierto que se debe adelantar bajo el escenario del proceso penal.

Frente al problema jurídico planteado, es diáfano para esta Corporación, que este medio de defensa de los derechos fundamentales no puede concebirse como una instancia adicional, para lograr se resuelvan favorablemente peticiones a las cuales no se ha acudido al trámite ordinario y, por tanto, no le es dable al Juez Constitucional, entrar a debatir la motivación expuesta por los funcionarios, toda vez que aquellos gozan de independencia y autonomía frente a las decisiones judiciales que toman.

Es claro que el Juez de Tutela, sólo se encuentra habilitado para cuestionar actuaciones u omisiones que dan lugar a vulneración de derechos fundamentales cuando no exista mecanismo idóneo para hacerlos valer o cuando existiendo éste, se advierta la posibilidad de causarse un perjuicio irremediable, situaciones que no se presentan en este evento.

Por lo anterior, se denegará el amparo solicitado por el Doctor Víctor Hugo Gallón Marín, como apoderado del señor WILMAR DAVID RENDÓN CUERVO.

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,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR por improcedentes las pretensiones de tutela formuladas por el Doctor Víctor Hugo Gallón Marín, como apoderado del señor WILMAR DAVID RENDÓN CUERVO en contra de la entidad accionada, conforme lo dicho en la parte considerativa de esta sentencia.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (03) días siguientes a su notificación. En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente 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: **3ca25805cb87559e3ef401027f44512dd3c1002cafb1946c008ccdf8af99d807**

Documento generado en 28/06/2022 01:53:38 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, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 124

PROCESO : 05000-22-04-000-2022-00246 (2021-0799-1)
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : JUAN FERNANDO ARIAS ROMERO
ACCIONADO : FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO,
ANTIOQUIA
PROVIDENCIA: FALLO DE PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por el señor JUAN FERNANDO ARIAS ROMERO en contra de FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO, ANTIOQUIA, por la presunta vulneración de su derecho de petición.

LA DEMANDA

Manifestó el accionante que, el 08 de marzo de 2022, radicó ante la Fiscalía 31 Seccional de Antioquia, derecho de petición donde solicitó copias del proceso con radicado 05697 60 00333 2021 80044, repitiendo la solicitud el 02 de mayo de 2022, en el cual reiteraba la expedición de copias.

Afirmó que a la fecha de interponer la acción de tutela no ha

recibido respuesta alguna de la Fiscalía.

Por último, solicitó que se ordene la inmediata respuesta a los derechos de petición presentados.

LA RESPUESTA

La Fiscalía 31 Seccional de El Santuario, Antioquia, manifestó que se procedió a verificar si habían recibido petición elevada por el accionante, dentro de las diligencias radicadas con el número de SPOA 05697 60 00333 2021 80044, no obstante, se constató que a ese despacho no se ha allegado dicha solicitud, por lo cual no tenía conocimiento de dicho requerimiento, por lo cual no se vislumbra vulneración alguna de derecho fundamental.

Afirmó que en dicha carpeta se observó que el 21 de septiembre de 2021 se recibió solicitud elevada por los familiares del señor YON JAIRO RODRÍGUEZ PINEDA, víctima en los hechos, y sus apoderados, la cual pese a que en el cuerpo de la solicitud la víctima correspondía a otro nombre, en la parte superior de la solicitud estaban los datos de víctima y SPOA correctos, a lo cual dieron la respectiva respuesta el día 27/09/2021, así mismo, el doctor JUAN ESTEBAN MARIN G., como apoderado, envía nuevamente solicitud de información el pasado 9 de junio del 2022, pese a que no se ha dado respuesta a esa última petición, la misma aún se encuentra dentro del término permitido para el trámite respectivo.

Indicó que, revisados los anexos a la acción elevada por el doctor

Arias Romero, se observó que la solicitud fue enviada al anterior Fiscal Seccional 031, el doctor Everardo Patiño al correo electrónico everardo.patiño@fiscalia.gov.co; correo que no existe, ya que el correo correspondiente al anterior delegado es everardo.patino2@fiscalia.gov.co; situación que no fue confirmada por el solicitante al momento de enviar la solicitud, ni verificó que efectivamente el funcionario la recibiera.

Expresó que, el accionante se limitó a enviar una solicitud a un posible correo sin comprobar que si fuera el correcto, y no hizo ni una verificación mediante llamada o por otro medio de que se haya recibido el mismo por el competente. Es por ello, que la Fiscalía insiste en que no se presenta vulneración a derecho fundamental alguno del accionante que merezca su protección, lo cual conlleva a solicitar que se declare improcedente.

Advirtió que, no se tiene conocimiento, por el momento de la calidad que tendría dentro del proceso el doctor Juan Fernando Arias Romero, ya que no se cuenta con datos dentro de las diligencias, sin embargo, quedará atenta en caso que el profesional de derecho envíe la respectiva solicitud con la documentación que lo acredite como solicitante para darle respuesta.

LAS PRUEBAS

1. El accionante remitió copia del correo enviado el 08 de marzo de 2022 al correo everardo.patiño@fiscalia.gov.co, donde enviaba poder y solicitud de copias, copia del envío realizado el 02 de

mayo de 2022, al correo everardo.patiño@fiscalia.gov.co, donde reiteraba solicitud de copias, copia de la tarjeta profesional y la cédula de ciudadanía.

2. El Fiscal copia de la petición recibida el 22 de septiembre de 2021 con la respectiva respuesta de fecha 27 de septiembre de 2021, copia de derecho de petición enviado el 09 de junio de 2022.

CONSIDERACIONES

Conforme con la doctrina constitucional¹, el derecho de petición es una prerrogativa especial prevista en el artículo 23 de la Carta Política, que consiste en la posibilidad que tiene cualquier persona para realizar peticiones respetuosas ante las autoridades o ante otros particulares, con el objeto de obtener la satisfacción de un interés personal o colectivo.

La Jurisprudencia de la Honorable Corte Constitucional ha trazado algunas reglas básicas para entender cuando esta garantía fundamental ha sido satisfecha.

Las peticiones respetuosas presentadas ante las autoridades deben ser resueltas en forma oportuna, completa y de fondo, y no limitarse a una respuesta simplemente formal.

Frente al tema ha dicho:

¹ Ver Sentencia T- 608 de 2013

“Según se ha precisado en la doctrina constitucional, esta garantía constitucional consiste no sólo en el derecho de obtener una respuesta por parte de las autoridades sino a que éstas resuelvan de fondo, de manera clara y precisa la petición presentada. Asimismo, tal respuesta debe producirse dentro de un plazo razonable, el cual debe ser lo más corto posible, pues prolongar en exceso la decisión de la solicitud, implica una violación de la Constitución...”²

Ahora, cuando no es posible que la entidad resuelva una petición, debe informar al peticionario acerca de los inconvenientes presentados, señalando un término en el cual podrá producir la respuesta a su cuestionamiento.

La respuesta se ha considerado de fondo cuando la entidad realiza un análisis detallado para la verificación de los hechos y la respuesta expresa el marco jurídico que regula el tema cuestionado, con un análisis que confronte lo pedido, sin importar si la respuesta misma es favorable o no a los intereses del peticionario.

En el caso concreto, se tiene que el señor JUAN FERNANDO ARIAS ROMERO solicita se ordene a la FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA de respuesta a las peticiones radicadas (según correos electrónicos el 08 de marzo y el 02 de mayo de 2022) mediante la cual solicita se le expidan copias del proceso con radicado 05697 60 00333 2021 80044, pero a la fecha de presentación de la acción constitucional no ha obtenido respuesta alguna.

² Sentencia T-957 de 2004

Al respecto, revisado lo descrito en la acción constitucional y sus anexos, se advierte que el actor no allegó constancia de recibido de la solicitud por parte de la FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO - ANTIOQUIA, en tanto aportó copia del envío de un correo electrónico remitido desde info@ariasquinteroabogados.com al everardo.patiño@fiscalia.gov.co; sin vislumbrarse constancia de recibido de la entidad accionada.

De otro lado la Fiscalía accionada informó que el correo: everardo.patiño@fiscalia.gov.co; no corresponde al correo del anterior Fiscal 31 Seccional y a la Fiscalía 31 Seccional, ya que el correo del anterior Fiscal 31 Seccional era everardo.patino2@fiscalia.gov.co. Indicó además que la investigación no fue radicada en esa Unidad, ni el solicitante verificó por otro medio la recepción de la petición, que solo está pendiente resolver una petición que radicó el accionante el 9 de junio de 2022, la cual está aún a tiempo de respuesta.

En de anotar que si bien es cierto, conforme lo consagrado en el artículo 20 del Decreto 2591 de 1991, los hechos narrados por los actores constitucionales deben tenerse como ciertos y no exigirse formalidades que eventualmente puedan tornar nugatorio el acceso a la protección de los derechos, también es incuestionable que los accionantes tienen la carga de acreditar por lo menos, alguna prueba aunque sea sumaria, pero fidedigna, de la vulneración del derecho.

Como se indicó, se advierte como el accionante no acreditó que

hubiese radicado en el correo electrónico que tiene la FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA, ya que si bien envió un correo este fue mal dirigido, de ahí que no podría darse válidamente una orden de responder por parte de la Entidad, cuando ni siquiera existe constancia de que se hubiese elevado petición alguna y se le permitiera a la accionada pronunciarse, pues omite el actor el ejercicio de su derecho de petición, dentro del escenario propio para tal fin y acude en su lugar a la tutela como medio supletivo de defensa, cuando en su lugar debió agotar los medios que tiene a su alcance.

De lo anteriormente expuesto, se puede concluir que la acción de tutela no puede invocarse a fin de sustituir los procedimientos que debe seguir quien pretenda le sea brindada respuesta respecto de una solicitud invocada, toda vez que existen medios ordinarios para solicitarlos. Esto de acuerdo con el principio de subsidiariedad en el que se erige la acción de tutela.

Resulta diáfano para la Sala que, en relación con la situación planteada por el accionante, existen trámites previos a agotar que en este caso no se han surtido, siendo necesario por parte del actor que proceda a realizarlos, pues hay obligaciones mínimas que deben agotarse para que sea analizado lo solicitado. Por tanto, deberá elevar la correspondiente petición ante la entidad correspondiente para que proceda de acuerdo con sus funciones a dar respuesta clara, concreta, oportuna y de fondo frente a lo pretendido.

Por lo anterior, se advierte que la FISCALIA 31 SECCIONAL DE

EL SANTUARIO ANTIOQUIA no ha vulnerado derecho fundamental alguno al accionante.

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,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR las pretensiones de tutela formuladas por el señor JUAN FERNANDO ARIAS ROMERO en contra del FISCALIA 31 SECCIONAL DE EL SANTUARIO ANTIOQUIA.

SEGUNDO: Esta decisión puede ser impugnada dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación. En caso de que no se presente ninguna impugnación, envíese el expediente 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

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: **75d93cb53c5b95b0bb7eb660f5cbea1a08a742b278f41a2da4eef0023550baa5**

Documento generado en 28/06/2022 01:53:29 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 DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

M.P NANCY AVILA DE MIRANDA



1

Radicado: 050012204000202200240
No. interno: 2022-0769-2
Accionante: JAVIER ESTEBAN CADAVID MONTOYA
Accionado: FISCALIA 42 SECCIONAL DE PUERTO
BERRIO – ANTIOQUIA
Actuación: Fallo tutela de 1ª Instancia No.024
Decisión: No accede, hecho superado

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

Aprobado según acta Nro.057

1. EL ASUNTO

Dentro del término legal estipulado en el Decreto 2591 de 1991, procede la Corporación a resolver la acción constitucional de tutela invocada por el doctor Javier Esteban Cadavid Montoya apoderado de la señora María Lucelly Sandoval Aristizábal, en contra de la Fiscalía 42 Seccional de Puerto Berrio – Antioquia, al considerar vulnerado el derecho fundamental de petición.

2.- HECHOS

Advierte el accionante que, el día 16 de marzo de 2022 radicó derecho de petición ante la Fiscalía 42 Seccional de Puerto Berrio

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.

Antioquia, el cual fue remitido al correo electrónico: german.lopera@fiscalia.gov.co, y en el cual se solicitó:

“solicito al señor Fiscal, se sirva informar si ya nombro el perito grafólogo para que haga el análisis del título valor objeto de la presunta falsedad, además de comunicarme si ya fue realizado el cotejo de dactiloscopia y cuál fue el resultado del mismo, en caso de no haber nombrado perito solicito que se nombre de manera inmediata para continuar con el curso de la investigación. También solicito que se me envíe copias de todo el expediente al correo electrónico o se me dé acceso al expediente digital que maneja el Despacho”.

Destaca que, a la fecha, pese haber transcurrido un término de 20 días que la ley 1755 de 2015, no se ha decidido de fondo. Por lo que solicita:

- 1. Se ampare el derecho fundamental de petición y cualquier otro del mismo rango que se determine como violado.*
- 2. Se ordene al accionado(a), que dentro de las 48 horas siguientes a la notificación de la Sentencia produzca la respuesta o acto pretermitido.*
- 3. Se ordene al accionado(a), que, una vez producida la decisión definitiva en el asunto en cuestión, remita a su Despacho, copia respuesta al derecho de petición, so pena de las sanciones de ley por desacato a lo ordenado por Sentencia de tutela.”*

RESPUESTA A LA DEMANDA

Posterior al traslado de la tutela con sus anexos, se recibió vía correo electrónico respuesta del doctor JULIAN RICARDO BARRERA RINCON, Fiscal 42 Seccional de Puerto Berrío Antioquia, en la que informa que, ya se emitió respuesta de fondo a la petición objeto de esta causa, misma que notificada al accionante al correo electrónico: Javier.cadavid12@gmail.com.

Destaca que, no tenía conocimiento de la citada petición, dado que la petición se remitió al correo electrónico: german.lopera@fiscalia.gov.co, que pertenece al Dr. German Lopera, quien se pensionó de la institución el pasado primero (1) de mayo de dos mil veintidós (2022) y es el único que tiene acceso a dicho correo

electrónico y, solo desde el pasado 17 de junio de la presente anualidad se posesionó como Fiscalía 42 Seccional adscrito a la Unidad Seccional de Puerto Berrio-Antioquia.

Coralario de lo anterior, se opone a las pretensiones del accionante al haber operado el fenómeno de la carencia actual por objeto de hecho superado, ya que se procedió a dar contestación clara y de fondo a los pedimentos del actor, por lo que solicita se niegue el amparo constitucional deprecado.

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 encuentra conculcado el derecho fundamental de petición invocado por el accionante al no haberse dado respuesta a la petición elevada el 16 de marzo de 2022 ante la Fiscalía 42 seccional de Puerto Berrío 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.

Se invoca por el accionante la vulneración del derecho fundamental de petición, para lo cual la Constitución y la ley han determinado el término para su atención y de otro lado, la jurisprudencia de la Corte Constitucional en diferentes decisiones en sede de tutela, establece las características y núcleo esencial del mismo, veamos:

Acorde con la consagración Constitucional se tiene lo siguiente:

“Art. 23. Derecho de Petición. 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”².

El desarrollo legal del derecho de petición, se encuentra en el artículo 14 de la ley 1755 de 2015, que dispone:

ARTÍCULO 14. Términos para resolver las distintas modalidades de peticiones. *Salvo norma legal especial y so pena de sanción disciplinaria, toda petición deberá resolverse dentro de los quince (15) días siguientes a su recepción. Estará sometida a término especial la resolución de las siguientes peticiones:*

1. Las peticiones de documentos y de información deberán resolverse dentro de los diez (10) días siguientes a su recepción. Si en ese lapso no se ha dado respuesta al peticionario, se entenderá, para todos los efectos legales, que la respectiva solicitud ha sido aceptada y, por consiguiente, la administración ya no podrá negar la entrega de dichos documentos al peticionario, y como consecuencia las copias se entregarán dentro de los tres (3) días siguientes.

² *Constitución Política de Colombia.*

2. Las peticiones mediante las cuales se eleva una consulta a las autoridades en relación con las materias a su cargo deberán resolverse dentro de los treinta (30) días siguientes a su recepción.

PARÁGRAFO. Cuando excepcionalmente no fuere posible resolver la petición en los plazos aquí señalados, la autoridad debe 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 se resolverá o dará respuesta, que no podrá exceder del doble del inicialmente previsto.

En torno al derecho de petición señaló la Corte Constitucional en Sentencia T- 230 del 7 de julio de 2020, lo siguiente:

(...)

“4.5. Derecho de petición

4.5.1. Caracterización del derecho de petición. El artículo 23 de la Constitución dispone que “[t]oda persona tiene derecho a presentar peticiones respetuosas a las autoridades por motivos de interés general o particular y a obtener pronta resolución.” Esta garantía ha sido denominada derecho fundamental de petición, con el cual se promueve un canal de diálogo entre los administrados y la administración, “cuya fluidez y eficacia constituye una exigencia impostergable para los ordenamientos organizados bajo la insignia del Estado Democrático de Derecho”^[40]. De acuerdo con la jurisprudencia constitucional, esta garantía tiene dos componentes esenciales: (i) la posibilidad de formular peticiones respetuosas ante las autoridades, y como correlativo a ello, (ii) la garantía de que se otorgue respuesta de fondo, eficaz, oportuna y congruente con lo solicitado. Con fundamento en ello, su núcleo esencial se circunscribe a la formulación de la petición, a la pronta resolución, a la existencia de una respuesta de fondo y a la notificación de la decisión al peticionario.

4.5.2. Formulación de la petición. En virtud del derecho de petición cualquier persona podrá dirigir solicitudes respetuosas a las autoridades, ya sea verbalmente, por escrito o por cualquier otro medio idóneo (art. 23 CN y art. 13 CPACA). En otras palabras, la petición puede, por regla general, formularse ante autoridades públicas, siendo, en muchas ocasiones, una de las formas de iniciar o impulsar procedimientos administrativos. Estas últimas tienen la obligación de recibirlas, tramitarlas y responderlas de forma clara, oportuna, suficiente y congruente con lo pedido, de acuerdo con los estándares establecidos por la ley^[41]. En tratándose de autoridades judiciales, la solicitud también es procedente, siempre que el objeto del requerimiento no recaiga sobre procesos judiciales en curso^[42].

4.5.2.1. Las peticiones también podrán elevarse excepcionalmente ante organizaciones privadas. En los artículos 32 y 33 de la Ley 1437 de 2011, modificados por el artículo 1 de la Ley 1755 de 2015^[43], se estipula que cualquier persona tiene el derecho de formular solicitudes ante entidades de orden privado sin importar si cuentan o no con personería jurídica^[44], cuando se trate de garantizar sus derechos fundamentales. En el ejercicio del derecho frente a privados existen iguales deberes de recibir, dar trámite y resolver de forma clara, oportuna, suficiente y congruente, siempre que sean compatibles con las funciones que ejercen^[45]. En otras palabras, los particulares, independientemente de su naturaleza jurídica, son asimilables a las autoridades públicas, para determinados efectos, entre ellos, el relacionado con el derecho de petición.

4.5.2.2. Teniendo en cuenta el asunto sobre el que conoce la Sala en esta oportunidad, es preciso aclarar el escenario jurídico que en esta materia resulta exigible a las empresas de servicios públicos, las cuales pueden tener una naturaleza pública, mixta o privada^[46]. En este orden de ideas, cabe distinguir entre, por una parte, el derecho de petición como manifestación del derecho fundamental contenido en la Constitución y, por otra, la obligación de atender las peticiones que presenten los usuarios en el marco de actividades reguladas, particularmente la prestación de servicios públicos.

Frente a este último, de acuerdo con la amplia libertad de configuración por parte del legislador en virtud del artículo 365 de la Constitución^[47], la Ley 142 de 1994^[48] fija normas relativas a la defensa de los usuarios o suscriptores – incluso aquellos potenciales^[49]– del contrato de prestación del servicio^[50]. Para ello, todas las personas que presten servicios públicos domiciliarios deberán contar con una “Oficina de Peticiones, Quejas y Recursos”, “la cual tiene la obligación de recibir, atender, tramitar y responder las peticiones o reclamos y recursos verbales o escritos que presenten los usuarios, los suscriptores o los suscriptores potenciales en relación con el servicio o los servicios que presta dicha empresa.”^[51]

En todo caso, por fuera del régimen de prestación de servicio (usuario-prestador) también cabe la formulación de peticiones. Frente a este escenario, el régimen aplicable dependerá de la naturaleza de las empresas de servicios públicos ante las que sean elevadas las solicitudes. Concretamente, cuando se trate de entidades oficiales o mixtas, las cuales hacen parte de la Rama Ejecutiva, dentro del sector descentralizado por servicios (art. 38 y 68 de la Ley 489 de 1998) y, por ende, ostentan la calidad de autoridades públicas, se encuentran sujetas a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo^[52]. Por su parte, si el requerimiento de un no usuario se dirige a una empresa privada, se aplicarán las reglas relativas al derecho de petición para particulares en los términos ya descritos^[53].

4.5.3. Pronta resolución. Otro de los componentes del núcleo esencial del derecho de petición, consiste en que las solicitudes formuladas ante autoridades o particulares deben ser resueltas en el menor tiempo posible, sin que se exceda el término fijado por la ley para tal efecto.

4.5.3.1. El artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 dispone un término general de 15 días hábiles siguientes a la recepción de la solicitud para dar respuesta, salvo que la ley hubiera determinado plazos especiales para cierto tipo de actuaciones^[54]. Esa misma disposición normativa se refiere a dos términos especiales aplicables a los requerimientos de documentos o información, y a las consultas formuladas a las autoridades relacionadas con orientación, consejo o punto de vista frente a materias a su cargo. Los primeros deberán ser resueltos en los 10 días hábiles siguientes a la recepción, mientras que los segundos dentro de los 30 días siguientes.

De incumplirse con cualquiera de estos plazos, la autoridad podrá ser objeto de sanciones disciplinarias. Por ello, el párrafo del precitado artículo 14 del CPACA admite la posibilidad de ampliar el término para brindar una respuesta cuando por circunstancias particulares se haga imposible resolver el asunto en los plazos legales. De encontrarse en dicho escenario, se deberá comunicar al solicitante tal situación, e indicar el tiempo razonable en el que se dará respuesta –el cual no podrá exceder el doble del inicialmente previsto por la ley–. Esta hipótesis es excepcional, esto es, solo cuando existan razones suficientes que justifiquen la imposibilidad de resolver los requerimientos en los plazos indicados en la ley.

Cuando se trata de peticiones relacionadas con la solicitud de documentos o de información, el artículo 14 de la Ley 1437 de 2011 establece un silencio

administrativo positivo que opera cuando no se ha brindado respuesta dentro del término de 10 días hábiles que consagra la norma. En esos eventos, la autoridad debe proceder a la entrega de los documentos dentro de los tres días hábiles siguientes al vencimiento del plazo.

Como ya se anunciaba, el plazo para la respuesta de fondo se contabiliza desde el momento en que la autoridad o el particular recibieron la solicitud por cualquiera de los medios habilitados para tal efecto, siempre que estos permitan la comunicación o transferencia de datos. En otras palabras, los términos para contestar empiezan a correr a partir de que el peticionario manifiesta su requerimiento, (i) ya sea verbalmente en las oficinas o medios telefónicos, (ii) por escrito –utilizando medios electrónicos que funcionen como canales de comunicación entre las dos partes, o por medio impreso en las oficinas o direcciones de la entidad pública o privada–, o (iii) también por cualquier otro medio que resulte idóneo para la transferencia de datos.

4.5.3.2. Para el caso de las empresas de servicios públicos, como ya se anunciaba, las reglas varían dependiendo de si las peticiones y recursos son o no elevados por usuarios o suscriptores –incluso los potenciales– de las empresas de servicios públicos. Entonces, ante un marco del régimen de prestación del servicio (usuario-prestador), el artículo 158 de la Ley 142 de 1994 determina una regla especial según la cual las peticiones, quejas y recursos deberán resolverse en un término de 15 días hábiles, contados a partir de la fecha de la presentación. Cumplido dicho plazo, se configura el silencio administrativo positivo. Mientras que, cuando las solicitudes sean formuladas por no usuarios, se aplicarán las mencionadas reglas del CPACA.

4.5.4. Respuesta de fondo. Otro componente del núcleo esencial supone que la contestación a los derechos de petición debe observar ciertas condiciones para que sea constitucionalmente válida. Al respecto, esta Corporación ha señalado que la respuesta de la autoridad debe ser: **“(i) clara, esto es, inteligible y contentiva de argumentos de fácil comprensión; (ii) precisa, de manera que atienda directamente lo pedido sin reparar en información impertinente y sin incurrir en fórmulas evasivas o elusivas ; (iii) congruente, de suerte que abarque la materia objeto de la petición y sea conforme con lo solicitado; y además (iv) consecuente con el trámite que se ha surtido, de manera que, si la respuesta se produce con motivo de un derecho de petición formulada dentro de un procedimiento del que conoce la autoridad de la cual el interesado requiere la información, no basta con ofrecer una respuesta como si se tratara de una petición aislada o ex novo, sino que, si resulta relevante, debe darse cuenta del trámite que se ha surtido y de las razones por las cuales la petición resulta o no procedente”**^[55] (se resalta fuera del original).

La respuesta de fondo no implica tener que otorgar necesariamente lo solicitado por el interesado^[56], salvo cuando esté involucrado el derecho de acceso a la información pública (art. 74 C.P.^[57]), dado que, por regla general, existe el “deber constitucional de las autoridades públicas de entregarle, a quien lo solicite, informaciones claras, completas, oportunas, ciertas y actualizadas sobre cualquier actividad del Estado.”^[58] Sobre este punto, es preciso anotar que al tratarse de una garantía fundamental que permite el ejercicio de muchos otros derechos fundamentales, así como la consolidación de la democracia, las restricciones al derecho de petición y de información deben ser excepcionales y deberán estar previamente consagradas en la ley. Al respecto, en el Título III de la Ley 1712 de 2014 se hace referencia a los casos especiales en los cuales se puede negar el acceso a la información, por ejemplo, entre otros, al tratarse de información clasificada y reservada, o que pueda causar daños a personas naturales o jurídicas en su derecho a la intimidad, vida, salud, seguridad o secretos comerciales, industriales y profesionales.

En las hipótesis en que la autoridad a quien se dirigió la solicitud no sea la competente para pronunciarse sobre el fondo de lo requerido, también se preserva la obligación de contestar, consistente en informar al interesado sobre la falta de capacidad legal para dar respuesta y, a su vez, remitir a la entidad encargada de pronunciarse sobre el asunto formulado por el peticionario⁵⁹¹.

4.5.5. Notificación de la decisión. Finalmente, para que el componente de respuesta de la petición se materialice, es imperativo que el solicitante conozca el contenido de la contestación realizada. Para ello, la autoridad deberá realizar la efectiva notificación de su decisión, de conformidad con los estándares contenidos en el CPACA⁶⁰¹. El deber de notificación de mantiene, incluso, cuando se trate de contestaciones dirigidas a explicar sobre la falta de competencia de la autoridad e informar sobre la remisión a la entidad encargada.

4.5.6. Agotada la anterior caracterización sobre el derecho de petición y en consideración al fondo del asunto sometido a examen de la Corte, se considera necesario puntualizar sobre las formas de canalizar o presentar las solicitudes respetuosas, las distintas manifestaciones del derecho bajo estudio y aquellas expresiones que, por regla general, no originan una obligación de respuesta.

4.5.6.1. Formas de canalizar las peticiones. El derecho de petición se puede canalizar a través de medios físicos o electrónicos de que disponga el sujeto público obligado, por regla general, de acuerdo con la preferencia del solicitante. Tales canales físicos o electrónicos pueden actuarse de forma verbal, escrita o por cualquier otra vía idónea que sirva para la comunicación o transferencia de datos..." NEGRILLAS Y SUBRAYAS FUERA DEL TEXTO

Acorde con los hechos de la tutela, la pretensión del accionante está encaminada a que se le brinde respuesta a la petición presentada 16 de marzo de 2022 a través de su apoderado ante la Fiscalía 42 seccional de Puerto Berrio Antioquia, por medio de la cual solicita se informe si dentro del proceso con radicación final 201980034, se nombró perito grafólogo y se realizó cotejo dactiloscópico; asimismo, solicita copias de todo el expediente o acceso al expediente digital.

En el transcurso de la presente acción, la Fiscalía 42 Seccional de Puerto Berrio informó que dio respuesta de fondo a la solicitud del doctor Javier Esteban Cadavid Montoya, misma que fue notificada vía correo electrónico. Actuación que fue verificada por el accionante, conforme constancia anexa en el expediente electrónico.

En ese orden de ideas, debe decirse que, acorde con la jurisprudencia constitucional, no es de resorte del juez

constitucional ordenar que se brinde una respuesta en forma positiva o negativa, lo importante y esencial es que se resuelva acorde con lo solicitado y se comunique al interesado. En la siguiente decisión de la Alta Corporación³ se indicó:

“La jurisprudencia constitucional ha señalado en este mismo sentido que la respuesta a los derechos de petición, la cual puede ser favorable o no para el peticionario, (i) debe ser reconocido como un derecho fundamental que se encuentra en conexidad con la garantía de otros derechos fundamentales; (ii) debe ser resuelto en forma oportuna, esto es, dentro del término legal que se tiene para resolver; (iii) debe dársele una respuesta de fondo respecto de lo que se ha solicitado, de una manera clara, precisa y congruente; (iv) como ya se indicó en el párrafo anterior, debe ser dada a conocer al peticionario; y (v) se aplica por regla general a entidades públicas pero también a organizaciones privadas cuando la ley así lo determine.”

También, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar, que, una vez superada la vulneración del derecho, pierde su esencia y razón de ser la acción de amparo, así puntualizó:

“En virtud de lo anterior, la eficacia de la acción de tutela radica en el deber que tiene el juez, en caso de encontrar amenazado o vulnerado un derecho alegado, de impartir una orden de inmediato cumplimiento orientada a la defensa actual y cierta del derecho que se aduce.

No obstante, lo anterior, si la situación de hecho que origina la violación o la amenaza ya ha sido superada en el sentido de que la pretensión erigida en defensa del derecho conculcado está siendo satisfecha, la acción de tutela pierde eficacia y por lo tanto razón de ser.”⁴

Igualmente, en la sentencia T-358 de 2014. M.P. JORGE IGNACIO PRETELT CHALJUB, sobre el mismo tema la Corte Constitucional señala:

“El fenómeno de la carencia actual de objeto tiene como característica esencial que la orden del juez de tutela relativa a lo solicitado en la demanda de amparo no surtiría ningún efecto, esto es, caería en el vacío. Lo anterior se presenta, generalmente, a partir de dos eventos: el hecho superado o el daño consumado”.

Así las cosas, al haber emitido la Fiscalía 42 Seccional de Puerto Berrio Antioquia respuesta de fondo a la petición incoada por el accionante, la cual fue debidamente notificada, el presente

³ Sentencia T-831A-13

⁴ Corte Constitucional, T-1130 de 2008, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

amparo pierde su eficacia y razón de ser, dado que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental que haya que proteger.

En consecuencia, se **NEGARÁ** la tutela impetrada por el doctor JAVIER ESTEBAN CADAVID MONTOYA apoderado de la señora MARÍA LUCELLY SANDOVAL ARISTIZÁBAL, al haber cesado la vulneración al derecho fundamental de petición, configurándose en la actuación constitucional un **HECHO SUPERADO**.

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: NEGAR la tutela impetrada por el doctor JAVIER ESTEBAN CADAVID MONTOYA apoderado de la señora MARÍA LUCELLY SANDOVAL ARISTIZÁBAL, al haberse configurado un **HECHO SUPERADO**, según lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: Contra esta decisión procede el recurso de apelación el cual deberá interponerse dentro del término de ley.

TERCERO: Una vez en firme, 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**

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: **8939dd17d759be531becc3147c6f98d2796ebd7e91c7a2077aa2d0076b419625**

Documento generado en 28/06/2022 03:50:27 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.	2022-0805-3
RADICADO	2018-0261
PROCESO:	Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad
PROCESADO	Richard Francisco Cano Durán
DELITO	Homicidio y otros
DECISIÓN	Confirma situación jurídica

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós (2022)
(Aprobado mediante acta No. 163 de la fecha)

OBJETO DE LA DECISIÓN

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación interpuesto por el sentenciado **Richard Francisco Cano Durán** contra del auto interlocutorio No. 972 del 28 de abril de 2022 por el cual el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia le informó su situación jurídica actual.

ANTECEDENTES

El 1 de septiembre de 2014, el Juzgado Sexto Penal del Circuito de Barranquilla condenó anticipadamente al señor **Richard Francisco Cano Durán** a la pena de 235 meses de prisión, tras ser encontrado penalmente responsable del concurso de

conductas punibles de homicidio simple, homicidio simple tentado y fabricación, tráfico y porte de armas de fuego agravado.

DECISIÓN IMPUGNADA

Mediante auto interlocutorio No. 972 del 28 de abril de 2022¹, la Juez Primera de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia le informó al condenado **Richard Francisco Cano Durán** su situación jurídica hasta esa fecha.

Se consignó en la providencia que, desde la fecha de la captura, ocurrida el 3 de abril de 2011, hasta el 28 de abril de 2022, entre tiempo físico y redimido, el sentenciado ha descontado un total de 4.713.75 días del total de pena impuesta que equivale a 7.050 días. Resta por descontar 2.336.25 días.

IMPUGNACIÓN

El sentenciado apeló la decisión². Estima que en su situación jurídica actual no se tuvo en cuenta el tiempo que ha redimido desde la fecha de su captura hasta la fecha en la que se profirió la decisión. Según el impugnante, los 4.713.75 días reconocidos por el Despacho no se corresponden con el total de pena que ha descontado.

Cabe anotar que **Cano Durán** también mostró su inconformidad en relación con la negativa de redención de pena y la libertad condicional solicitadas, no obstante, la Juez declaró desiertos los recursos contra esas decisiones.

¹ PDF 50

² PDF 18

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, decidir si la situación jurídica informada al sentenciado en el auto 972 del 28 de abril de 2022 fue correcta de conformidad con la realidad procesal.

Revisado cuidadosamente el expediente que contiene las actuaciones surtidas en fase de ejecución de la pena impuesta al señor **Richard Francisco Cano Durán** se verifica que éste fue condenado a una pena de 235 meses de prisión o su equivalente en días de 7.050³. Desde la fecha de su captura ocurrida el 3 de abril de 2011 -información consultada en su cartilla biográfica- hasta el 28 de abril de 2022, descontó un total de 3.986 días físicos de prisión.

Ahora bien, en el expediente digital, obran los autos mediante los cuales se le ha concedido a **Cano Durán** las diferentes redenciones de pena solicitadas y debidamente acreditadas⁴. Esas redenciones suman un total de pena descontada de 727.75 días los cuales, sumados a los 3.986 días físicos da un total de 4.713.75 días en prisión.

Siendo así, la Sala encuentra que la decisión impugnada, contenida en el auto interlocutorio No. 972 del 28 de abril de 2022, es acertada y, por consiguiente, será confirmada.

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

³ PDF 09

⁴ PDF 14, 15, 16 Y 17.

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto interlocutorio No. 972 del 28 de abril de 2022 con el que el Juzgado Primero de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de El Santuario Antioquia le informó al sentenciado **Richard Francisco Cano Durán** su situación jurídica actual.

SEGUNDO: COMUNÍQUESE el presente a las partes, **SIGNIFICÁNDOLES** que contra el mismo no procede ningún recurso.

TERCERO: ORDENAR la devolución de las diligencias al Juzgado de origen para lo de su cargo.

COMUNÍQUESE 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
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: **7cb492231a999b5233db48210b92ac3a17cb023dbe5d66f4e7d27b069de17999**

Documento generado en 28/06/2022 01:43:18 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela - 2ª instancia.
Radicado : 05.697.31.04.001.2022.00037
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA E.P.S.
Decisión : Hecho superado y confirma Tratamiento integral

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 087

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO

Por vía de impugnación, conoce la Sala de la sentencia de tutela proferida el 26 de mayo de 2022, por el *Juzgado Penal del Circuito de El Santuario (Ant.)*, por medio de la cual se concedió el amparo de las garantías fundamentales invocadas por *Luz Elena Serna de Giraldo* como agente oficiosa de *Julio Enrique Giraldo Arcila*, diligencias que se adelantaron contra la NUEVA EPS.

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

ANTECEDENTES

Los hechos objeto de la presente tutela fueron resumidos así por el *A quo*:

“Expone la accionante que el señor JULIO ENRIQUE GIRALDO ARCILA, se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud, Régimen Contributivo en la NUEVA EPS en calidad de cotizante.

Manifiesta que su esposo señor GIRALDO ARCILA, cuenta con 67 años de edad, que padece de TUMOR MALIGNO DE PROSTATA (CANCER DE PROSTATA), y para el tratamiento el médico le ordenó el medicamento denominado BICATULAMIDA 150/MGS, TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, TRATAMIENTO POR CUATRO (4) MESES, ENCANTIDAD FARMACÉUTICA 120 TABLETAS y la realización de los exámenes de laboratorio ANTIGENO ESPECIFICO DE PROSTATA SEMIAUTOMATIZADO O AUTOMATIZADO, y CONSULTA CON ESPECIALISTA EN UROLOGIA. Que dichos servicios han sido solicitados ante la NUEVA EPS, y le manifiestan que no hay medicamentos, ni citas disponibles.

Por lo anterior, acude a este mecanismo constitucional, pretendiendo el amparo de los derechos fundamentales a la salud, vida en condiciones dignas y los derechos de los adultos mayores a quienes la constitución política de Colombia les brinda una protección reforzada y en consecuencia se ordene a la NUEVA EPS, autorice y materialice el suministro del medicamento BICATULAMIDA 150/MGS, 1U, TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, TRATAMIENTO POR CUATRO (4) MESES, EN CANTIDAD FARMACÉUTICA 120 TABLETAS. y la realización de los exámenes de laboratorio ANTIGENOESPECIFICO DE PROSTATA SEMIAUTOMATIZADO O AUTOMATIZADO, y CONSULTA CON ESPECIALISTA EN UROLOGIA. Igualmente solicita se le garantice el tratamiento integral.

Fue así, que el Juez de instancia procedió a dictar sentencia mediante la cual concedió el amparo invocado y ordenó lo siguiente:

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

PRIMERO.-TUTELAR los derechos fundamentales a la salud y a la vida en condiciones dignas, invocados por la señora LUZ ELENA SERNA DE GIRALDO, en agencia oficiosa del señor JULIO ENRIQUE GIRALDO, en contra de la NUEVA EPS..

SEGUNDO:SE ORDENA al Representante Legal de la NUEVA EPS, que en un término de cuarenta y ocho (48) horas contados a partir de la notificación de esta decisión, autorice y haga efectivo el suministro del medicamento BICATULAMIDA150/MGS, TABLETAS DE LIBERACION NO MODIFICADA, en los términos ordenados por el médico tratante.

TERCERO:-Se ordena a la NUEVA EPS brindar el TRATAMIENTO INTEGRAL que requiera el señor JULIO ENRIQUE GIRALDO ARCILA, de ahí que le deben ser suministrados todos y cada uno de los procedimientos, intervenciones, medicamentos y remisiones que requiera para su tratamiento del diagnóstico que fue objeto de tutela "TUMOR MALIGNO DE PROSTATA".

Frente a dicha decisión, instauró recurso de apelación el apoderado judicial de la NUEVA EPS, quien manifestó que el medicamento Bicatulamida 150 mg fue entregado el 17 de mayo de 2022, dándose cumplimiento a lo requerido por el usuario, motivo por el que se presenta hecho superado.

Ahora, frente al tratamiento integral señala que la acción de tutela es un mecanismo de carácter excepcional breve y sumario para la protección de los derechos fundamentales y el reconocimiento de la prestación integral del servicio de salud debe ir acompañado de indicaciones precisas que hagan determinable la orden del juez de tutela, ya que no le es posible dictar órdenes indeterminadas ni reconocer mediante ellas prestaciones futuras e inciertas.

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

Hace alusión a la sentencia T-279 de 1997 para solicitar la revocatoria del suministro del tratamiento integral, insistiendo que no puede el Juez de tutela emitir órdenes para proteger derechos que no han sido amenazados o violados, es decir, órdenes futuras que no tengan fundamento fáctico en una conducta positiva o negativa de la autoridad pública o de particulares.

Por lo tanto, el representante de la NUEVA EPS solicita se revoque el fallo de Tutela bajo examen.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

Para resolver el recurso de impugnación propuesto por la NUEVA E.P.S., se abordarán los siguientes problemas jurídicos (i) Establecer si la entidad accionada cumplió con la entrega de medicamentos al paciente, ordenados por el médico tratante y, (ii) Analizar si en el presente asunto es procedente o no la concesión del tratamiento integral.

La jurisprudencia constitucional establece que cuando ha desaparecido el hecho que ha dado lugar al ejercicio de la protección de amparo constitucional, el juez de tutela queda imposibilitado para emitir orden alguna para la salvaguarda de derechos fundamentales, pues ha dejado de existir objeto jurídico sobre el cual proveer. Es decir, la decisión que hubiera podido proferir el juez constitucional, en relación con la protección

solicitada, resultaría inoficiosa por “*CARENCIA ACTUAL DE OBJETO POR HECHO SUPERADO*”¹.

En este orden de ideas, en *Sentencia T-352 de 2006*, la *H. Corte Constitucional* reiteró que si durante el trámite de la acción de tutela, la vulneración o amenaza a los derechos fundamentales desaparece, el amparo constitucional pierde toda razón de ser como mecanismo apropiado y expedito de protección judicial, pues la decisión que pudiese adoptar el juez respecto del caso específico resultaría a todas luces inocua, y por tanto, contraria al objetivo constitucionalmente previsto para dicha acción.

Por supuesto, que para evitar que se repitan los mismos hechos, el juez constitucional se encuentra habilitado para señalar cuál ha debido ser el comportamiento adoptado por la entidad o entidades demandadas, para no desconocer los derechos fundamentales, en cuanto se hubiera constatado una eventual afrenta. Así, según el *artículo 24, Decreto 2591 de 1991*, cuando cesen los efectos del acto impugnado o éste se ha consumado en forma que resulta imposible ordenar el restablecimiento invocado, “*los accionados serán prevenidos para que en ningún caso vuelvan a incurrir en las acciones u omisiones advertidas, y que, si procedieren de modo contrario serán sancionados, en los términos de la misma disposición*”.

¹ “La carencia actual de objeto por hecho superado se configura cuando entre el momento de la interposición de la acción de tutela y el momento del fallo se satisface por completo la pretensión contenida en la demanda de amparo. En otras palabras, aquello que se pretendía lograr mediante la orden del juez de tutela ha acaecido antes de que el mismo diera orden alguna. En este sentido, la jurisprudencia de la Corte ha comprendido la expresión hecho superado en el sentido obvio de las palabras que componen la expresión, es decir, dentro del contexto de la satisfacción de lo pedido en tutela.” Corte Constitucional. Sentencia SU225 de 2013.

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

En el mismo sentido, se ha pronunciado de antaño la Honorable Corte Constitucional en sentencias como la T-018-02, expediente T-507-07, con ponencia del H. M. JAIME ARAUJO RENTERIA y la T-134-03, expediente T-616929, con ponencia del H. M. EDUARDO MONTEALEGRE LYNNET.

Así las cosas, en el caso concreto, se tiene que la NUEVA EPS allegó escrito de cumplimiento del fallo de tutela de primera instancia y la Sala a través de llamada telefónica pudo constatar que efectivamente se le había hecho entrega del medicamento BICATULAMIDA 150 MG al señor JULIO ENRIQUE GIRALDO.

Si bien como objeto de la acción de amparo el accionante pretendía igualmente se le garantizara la práctica de exámenes de laboratorio ANTIGENO ESPECIFICO DE PROSTATA SEMIAUTOMATIZADO O AUTOMATIZADO, y CONSULTA CON ESPECIALISTA EN UROLOGIA, el A quo estableció que no se contaba con las órdenes médicas al respecto, motivo por el que no se ampararon tales servicios, y sobre dicho aspecto no hubo controversia por ninguna de las partes, quedando centrada la misma solamente en medicamento BICATULAMIDA 150 MG .

En ese orden y como dicho medicamento fue entregado al actor, y como quiera que ha podido establecerse que la desaparición del hecho originario de esta acción tuvo lugar en desarrollo del respectivo trámite constitucional, logra constatarse que se está ante la configuración de un supuesto de hecho superado.

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

En virtud de lo anterior, esta Sala revocará el numeral segundo de la sentencia de tutela proferida por el *JUZGADO PENAL DEL CIRCUITO DE EL SANTUARIO - ANTIOQUIA*, mediante la cual se ordenó a la NUEVA EPS autorizar y entregar el medicamento en los términos y condiciones ordenadas por el médico tratante, y en su lugar se declarará la carencia actual de objeto por hecho superado, en virtud a que ya se procedió por parte de la entidad accionada a realizar la entrega de los insumos médicos.

Ahora bien, frente al tratamiento integral, advierte esta Sala, que no obstante la normatividad en materia de seguridad social en salud, que claramente distribuye las competencias para la atención entre las diversas entidades que conforman el sistema, es necesario seguir los lineamientos de la Honorable Corte Constitucional al respecto, en cuanto ha sostenido en algunos casos la viabilidad de que la *EPS*, a la cual se encuentre afiliado el paciente, en este caso la NUEVA EPS, asuma la atención médica requerida, aunque la misma no se encuentre contemplada en el POS.

En sentencias como la T-644 de 2008, se ha decantado que las EPS, como entidades aseguradoras del sistema general de seguridad social en salud, están obligadas a prestar el servicio a sus afiliados de manera íntegra y continua, con arreglo a los principios de universalidad y eficiencia, defendidos desde nuestra carta política, evitando de esta manera supeditar la defensa de los derechos fundamentales a litigios de orden administrativo que obstaculizan la prestación oportuna de los servicios en salud.

En lo que respecta al *principio de integralidad*, básicamente constituye una garantía esencial de protección en el derecho a la salud, a través del cual se propende porque de manera continua y eficiente se brinde las atenciones médicas requeridas, sin que medie barreras para su acceso hasta que se concluya el tratamiento o se extinga la dolencia. Frente al tópico referido, ha reiterado la Corte Constitucional en la Sentencia T-039 de 2013, con ponencia del H. Magistrado Jorge Iván Palacio Palacio, lo siguiente:

“...Al respecto esta Corporación, en la sentencia T-576 de 2008, precisó el contenido del principio de integralidad de la siguiente manera:

“(...) la atención en salud debe ser integral y por ello, comprende todo cuidado, suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento de los tratamientos iniciados así como todo otro componente que los médicos valoren como necesario para el restablecimiento de la salud del/ de la (sic) paciente².

17.-El principio de integralidad es así uno de los criterios aplicados por la Corte Constitucional para decidir sobre asuntos referidos a la protección del derecho constitucional a la salud. De conformidad con él, las entidades que participan en el Sistema de Seguridad Social en Salud-SGSSS- deben prestar un tratamiento integral a sus pacientes, con independencia de que existan prescripciones médicas que ordenen de manera concreta la prestación de un servicio específico. Por eso, los jueces de tutela deben ordenar que se garantice todos los servicios médicos que sean necesarios para concluir un tratamiento³.”

(...)

5.2. En síntesis, el principio de integralidad, tal y como ha sido expuesto, comprende dos elementos: “(i) garantizar la continuidad en la prestación del servicio y (ii) evitar a los accionantes la interposición de nuevas acciones de tutela por cada

² Consultar Sentencia T-518 de 2006.

³ Esta posición jurisprudencial ha sido reiterada en diferentes fallos, dentro de los cuales pueden señalarse a manera de ejemplo los siguientes: T-830 de 2006, T-136 de 2004, T-319 de 2003, T-133 de 2001, T-122 de 2001 y T-079 de 2000.

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

nuevo servicio que sea prescrito por los médicos adscritos a la entidad, con ocasión de la misma patología”⁴...

Es claro entonces para esta Magistratura, que la prestación del servicio de salud debe ser oportuna, eficiente y en condiciones de continuidad, en donde se suministre un tratamiento integral al usuario, sin que ello implique que por cada prescripción del profesional tratante tenga que acceder a este mecanismo tutelar, pues es deber de los jueces constitucionales asegurar que sean prestadas todas las asistencias médicas necesarias hasta que la persona afectada se restablezca en sus dolencias.

En ese orden de ideas, es que puede colegirse que la condición de salud que presenta el señor *JULIO ENRIQUE GIRALDO ARCILA*, persona de 67 años de edad, requiere de un tratamiento integral para la recuperación total de su salud, de ahí, que el juez constitucional avizore la necesidad de brindar la protección que sea necesaria para garantizar que se presten oportunamente todos los servicios relacionados con la patología que motivó la acción, a fin de evitar que el afectado deba acudir a esta vía por cada procedimiento o medicamento que le sea prescrito, ya que de otro modo la tutela se tornaría ineficaz y el servicio a brindar no estaría acorde con los postulados constitucionales que ha referido la alta Corporación. Al respecto sostuvo:

“...entre las características propias del servicio público de salud que prevé el ordenamiento legal, se establece que éste debe ser prestado de manera eficaz, lo que implica que la atención se preste de manera continua, oportuna, integral y acorde con la dignidad humana, ello en razón de que la mayoría de las veces

⁴ Corte Constitucional, Sentencias T-103 de 2009 y T-022 de 2011.

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

para superar las dolencias que aquejan a los seres humanos, se requiere que los tratamientos médicos sean brindados en el momento oportuno, de manera continua e integral evitando cualquier tipo de interrupción, máximo cuando se trata de afecciones graves a la salud...”⁵

“...queda entonces claro que la atención y el tratamiento a que tienen derecho el afiliado cotizante y su beneficiario son integrales; es decir, deben contener todo cuidado, suministro de droga, intervención quirúrgica, práctica de rehabilitación, examen para el diagnóstico y el seguimiento, y todo otro componente que el médico tratante valore como necesario para el pleno restablecimiento del estado de salud del paciente que se le ha encomendado, dentro de los límites establecidos en la ley...”⁶

No obstante lo anterior, también es menester aclarar que en el tratamiento integral amparado por la primera instancia no hace alusión a cualquier enfermedad que padezca el afectado, sino que se encuentra circunscrito única y exclusivamente a la patología que originó la acción de tutela, esto es, el diagnóstico de *TUMOR MALIGNO DE PRÓSTATA*.

En ese orden de ideas, el conceder un tratamiento integral supone un privilegio excepcional, transitorio en relación con la inclusión en unos específicos procedimientos médicos, pero nunca implicará como lo entiende el impugnante, una carta abierta para dolencias futuras que pueda llegar a padecer el titular de los derechos salvaguardados.

De suerte, que el reconocimiento de las prestaciones futuras amparadas bajo el principio de integralidad

⁵ Corte Constitucional. Sentencia T-405 de 2005. Magistrado Ponente Álvaro Tafur Galvis (La negrilla no es del texto original).

⁶ Corte Constitucional. Sentencia T-133 de 2001. Magistrado Ponente Carlos Gaviria Díaz. (La mayúscula y la negrilla no son del texto original).

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

del servicio de salud, siempre van acompañadas de indicaciones precisas –órdenes-, emitidas por el profesional de la medicina adscrito a la entidad, que hace determinable el fallo del funcionario judicial, no tratándose de dolencias, procedimientos e insumos que sean dables al libre arbitrio del usuario.

Asimismo, lo ha determinado el tribunal de cierre en lo constitucional en sentencias como la T- 365 de 2009 y T-056 de 2015, ante eventos similares al que nos ocupa, imponiendo el deber a las EPS brindar atención integral en salud, con independencia de que el conjunto de prestaciones requeridas estén excluidas de los planes obligatorios.

En mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA, SALA DE DECISION PENAL EN SEDE CONSTITUCIONAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **REVOCA** el numeral segundo sentencia de tutela objeto de impugnación, y en su lugar se **DECLARA** la carencia actual de objeto por hecho superado, acorde con los fundamentos consignados en la parte motiva.

En lo demás **CONFIRMAR** la sentencia de tutela objeto de impugnación, según fue proferida por el Juzgado de origen y conforme a los fundamentos consignados en la parte motiva.

De igual forma, **SE DISPONE** que por Secretaría de la Sala se proceda a comunicar a las partes la presente decisión de segundo grado, una vez lo cual, se remitirá el expediente ante

N° Interno : 2022-0725-4
Sentencia de Tutela – 2ª Instancia.
Accionante : Luz Elena Serna de Giraldo
Afectado : Julio Enrique Giraldo Arcila
Accionada : NUEVA EPS

la *H. Corte Constitucional*, conforme se establece para efectos de su eventual revisión, en el *artículo 32, Decreto 2591 de 1991*.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

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

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: **46c27061c69de434e9c1ecd4af2982da567f448c2d47ce83016074b025bc56f3**

Documento generado en 28/06/2022 03:11:18 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
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

N° Interno	: 2022-0770-4
Accionante	: Duglar Iván Duque Arias
Accionadas	: Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia y otros
Decisión	: No es viable aclaración sentencia de tutela Art. 285 CGP

El 23 de junio de 2022, fue emitido fallo de tutela en el proceso bajo radicado 2022-0770-4, en el que fundamentalmente se dispuso que de la programación de citas médicas, bien sea para exámenes o ayudas diagnósticas que sean asignadas por la EPS SURA o cualquier prestador adscrito a la misma, se enterará de manera oportuna, especialmente por parte del actor, al Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, despacho que perentoriamente informará a la Estación de Policía de San Carlos, a fin de que disponga los medios que garanticen el desplazamiento del señor DUGLAR IVÁN DUQUE ARIAS al Centro médico en el que deba ser atendido.

Notificada la decisión, se recibió posterior comunicación del Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, a través de la Secretaría de la Sala, en la que se

aclara que a pesar de haberse mencionado en la aludida providencia la no respuesta de ese despacho judicial no obstante su vinculación, lo cierto es que ello sí ocurrió de manera oportuna, y la recepción del documento contentivo de sus manifestaciones fue confirmada por la Secretaría de esta Sala Penal.

Al respecto, verificado el correo electrónico institucional del Despacho, se pudo constatar que, efectivamente el día 13 de junio de 2022, fue allegada la referida respuesta y por un error no fue observada, como quiera que se encontraba en la parte final de una cadena de correo electrónico en el que se aporta respuesta del Juzgado Penal Circuito de Marinilla, lo cual llevó a concluir de manera errónea acerca del silencio de la autoridad accionada en este plenario.

En efecto, el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia, durante el término concedido en el auto admisorio de la tutela, ejerció oportuna y debidamente el derecho de defensa, allegando en su respuesta, entre otros argumentos, el siguiente:

“Es de anotar que en momento alguno el accionante ha solicitado ante este Despacho Judicial autorización para traslado a cumplir cita médica de cualquier especialidad, de ser así esta Titular a fin de ahondar en garantías y no vulneración de derechos fundamentales hubiese proferido auto autorizando en ese sentido, debiendo el personal policial de San Carlos, conducirlo hasta el centro médico requerido , pero bajo su responsabilidad, con las medidas de seguridad que el caso amerite y por el tiempo estrictamente necesario, atendiendo a la posición de garantes que ostentan frente a la custodia del hoy procesado”.

Añade que la Policía Nacional no solo debe prestar el servicio de custodia sino adecuar espacios y garantizar todos los derechos y estándares de una situación digna de detención en coordinación con el INPEC; de ahí que hubiese solicitado se ordenará al comandante de Policía de Antioquia, disponer el traslado del interno a las citas médicas requeridas. Por lo tanto, considera que no ha vulnerado derechos fundamentales al accionante.

En esas condiciones bien podría contemplarse la posibilidad de realizar aclaración en uno de los apartes de la referida sentencia de tutela radicado 2022-0770-4, así no lo hubiera solicitada de manera expresa el el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de Antioquia; sin embargo, tal pretensión no resulta viable en términos del artículo 285 del Código General del Proceso:

*“**ACLARACIÓN.** La sentencia no es revocable ni reformable por el juez que la pronunció. Sin embargo, podrá ser aclarada, de oficio o a solicitud de parte, cuando contenga conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda, siempre que estén contenidas en la parte resolutive de la sentencia o influyan en ella.*

En las mismas circunstancias procederá la aclaración de auto. La aclaración procederá de oficio o a petición de parte formulada dentro del término de ejecutoria de la providencia.

La providencia que resuelva sobre la aclaración no admite recursos, pero dentro de su ejecutoria podrán interponerse los que procedan contra la providencia objeto de aclaración”.

Y es que, pese a haberse consignado en el fallo de tutela que el Juzgado Sexto Penal del Circuito Especializado de

Antioquia, no se pronunció acerca de la queja del accionante, cuando en realidad ello sí acaeció, el canon transcrito no permite replantear aspectos resueltos de manera sustancial y clara en nuestro fallo de tutela, pues de lo que trata la aludida preceptiva es de adicionar alguna determinación frente a algún aspecto que debía resolverse y no se hizo, lo que aquí no acontece, más cuando la decisión final guarda armonía, por lo antes expuesto, con lo argumentado en la respuesta del Juzgado.

Contra el presente auto no proceden recursos.

A través de la Secretaría de la Sala infórmese lo resuelto.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

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

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: **ed41490a4afb71f45c498c4d49448f770b71103af3e5723bc77dc1a6a0fd0847**

Documento generado en 28/06/2022 03:11:07 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 MIXTA
SEDE CONSTITUCIONAL**

Medellín, veintiocho (28) de junio de dos mil veintidós (2022)

N° Interno : 2022-0857-4
Auto de Tutela - 1ª Instancia.
Radicado : 05.440.40.89.001.2022.00296
Accionante : Juan de Dios Sánchez Henao
Accionado : Coltejer
Decisión : Dirime conflicto

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 088

M.P. PLINIO MENDIETA PACHECO.

Procede la Sala a resolver sobre el conflicto de competencia suscitado entre el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MARINILLA, ANTIOQUIA y el JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, para conocer de la acción interpuesta por el señor JUAN DE DIOS SÁNCHEZ HENAO, contra COLTEJER.

ANTECEDENTES

El 15 de junio de 2022, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Marinilla, Antioquia, por competencia, remite la acción de tutela instaurada por el señor JUAN DE DIOS SÁNCHEZ HENAO, contra la empresa COLTEJER, a los Juzgados

Penales Municipales de Rionegro (Reparto), al considerar que la compañía accionada desarrolla sus actividades en Rionegro y por ser allí donde se produce la amenaza de los derechos fundamentales invocados por el actor, así como los efectos.

Direccionado el asunto al JUZGADO PRIMERO PENAL MUNICIPAL DE RIONEGRO, ANTIOQUIA, su titular se negó a asumir la acción de tutela porque de acuerdo a las reglas de reparto y la competencia a prevención es aquella localidad donde se debe asumir el conocimiento, pues, el accionante eligió los Jueces de Marinilla para la presentación de la acción, quienes también serían competentes y por ser el lugar donde se producen los efectos de la vulneración alegada, de acuerdo al auto 016 de 2021 de la Corte Constitucional:

“Factores de competencia en relación con acciones de tutela. La Corte reitera que, de conformidad con los artículos 86 de la Constitución Política y 8 del título transitorio del Acto Legislativo 1 de 2017, así como 32 y 37 del Decreto 2591 de 1991, existen tres factores de competencia en materia de tutela, a saber: (i) el factor territorial [5], (ii) el factor subjetivo [6] y (iii) el factor funcional [7]. En particular, a la luz del factor territorial, los jueces competentes para conocer y tramitar una acción de tutela son aquellos con jurisdicción en el lugar donde (a) ocurre la presunta amenaza o la vulneración de los derechos fundamentales o (b) se producen los efectos de los actos que, según el accionante, generan la referida amenaza o vulneración [8]. Al respecto, esta Corte ha sostenido que, cuando se presente una divergencia entre autoridades judiciales competentes en virtud del factor territorial, se debe otorgar prevalencia a la elección del demandante, “en virtud del criterio a prevención” [9], previsto por el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991. Esto, por cuanto “existe un interés del ordenamiento jurídico en proteger la libertad del actor frente a la posibilidad de elegir el juez competente de las acciones de tutela que desee promover”.

De ahí que estime que, ambas autoridades judiciales son competentes para tramitar la acción de tutela, pero debe respetarse la elección del accionante, en virtud de la competencia a prevención, no solo por ser el lugar de residencia del actor, sino por ser el lugar donde se producen los efectos de la vulneración invocada.

Por lo expuesto, propuso conflicto negativo de competencia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De una vez adviértase que la situación descrita por los aludidos juzgados será resuelta conforme a lo planteado por el Juzgado Primero Penal Municipal de Rionegro, Antioquia, por los siguientes motivos:

Al tenor del artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, “*son competentes para conocer de la acción de tutela, a prevención, los jueces o tribunales con jurisdicción en el lugar donde ocurriere la violación o la amenaza que motivaren la presentación de la solicitud*”, tal regulación es reproducida en el Decreto 1983 de 2017, en su artículo primero en el sentido que *conocerán de la acción de tutela, a prevención, los jueces con jurisdicción donde ocurriere la violación o la amenaza que motivare la presentación de la solicitud o donde se produjeren sus efectos*; y traída en su artículo 1º del decreto 333 de 2021.

Resulta claro que la figura *a prevención* tiene como finalidad facilitar al presunto afectado la escogencia del juez que ha de resolver, con la celeridad propia de esta acción, sobre la

protección de sus derechos fundamentales, y al respecto se ha explicado en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que,

“la competencia por el factor territorial debe establecerse por el lugar donde, según las afirmaciones de la respectiva demanda, adquiera materialidad la violación o amenaza de tales atributos, es decir, donde se producen los efectos de la actuación u omisión que se acusan, y que regularmente coincide con el sitio donde el peticionario se desenvuelve en forma cotidiana (...). De ahí, además, que se trate de una competencia preventiva, significando con ello que si son varios los jueces llamados a asumir el conocimiento, el primero que lo haga excluye a los demás (resalte fuera de texto) (CSJ ATC214-2018, entre otras).¹

Pero a propósito del asunto que debe ser solucionado en concreto, resultan útiles las explicaciones subsiguientes del Alto Tribunal, también en el marco de la competencia a prevención que limita las actuaciones del juez de tutela:

“En esa misma dirección, se ha aceptado que para saber cuál es la célula que debe ocuparse de la salvaguarda, se exhibe definitiva la elección que libremente haga el requirente al iniciar su reclamo ante cualquiera de las respectivas agencias, de tal suerte que la escogida queda habilitada para resolverla (Autos 10 sep. 2002, 22 en. 2004, CSJ ATC1322-2018 Y CSJ ATC008-2019).²

Y en el mismo sentido, la H. Corte Constitucional en decisión 076-2017, expuso que *“del artículo 86 Superior se desprende una protección a la libertad del accionante para presentar la acción de tutela en el territorio que, satisfaciendo el factor territorial del artículo 37 de Decreto 2591 de 1991, sea de su elección. Cuando hay una divergencia entre los dos criterios que definen el alcance del factor territorial, es decir, cuando el lugar*

¹ CSJ ATC1918-2019.

² Ibidem.

de la vulneración o amenaza difiere del de sus efectos, se confiere prevalencia a la elección del accionante.”

Lo anterior, permite concluir que el promotor de la acción busca la protección de los derechos fundamentales al trabajo, mínimo vital en conexión con la vida, y en esa medida escogió el municipio de Marinilla donde actualmente reside y se presentan los efectos de la presunta vulneración de los derechos fundamentales reclamados, particularmente el derecho al trabajo, pues allí se encuentra desempleado.

En esas condiciones, en armonía con el artículo 37 del Decreto 2591 de 1991, el primer servidor que recibió la acción de tutela contra la empresa COLTEJER, debió atender la elección del accionante pues no obstante evidenciar la presunta afectación de los derechos fundamentales en el municipio de Rionegro, que es donde el actor al parecer desarrolla sus actividades, no le era permitido al Juez Primero Promiscuo Municipal de Marinilla apartarse de las diligencias, pues como se viene de explicar, predomina la elección del accionante.

Conforme a lo que se viene de exponer, la acción de tutela presentada por el señor JUAN DE DIOS SÁNCHEZ HENAO, contra la empresa COLTEJER, retornará al funcionario del municipio de Marinilla, Antioquia.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia, Sala Mixta de Decisión, administrando Justicia en nombre de la República y por autoridad de la Constitución y la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO: Remitir las diligencias ante el JUZGADO PRIMERO PROMISCOU MUNICIPAL DE MARINILLA, ANTIOQUIA, a fin de que asuma el conocimiento de la solicitud de protección constitucional en primera instancia y proceda a resolverla sin ningún tipo de dilación.

SEGUNDO: Comuníquese lo aquí resuelto a los interesados por el medio más expedito.

CÚMPLASE Y DEVUÉLVASE

PLINIO MEDIETA PACHECO

PUNO ALIRIO CORREAL BELTRÁN

**CLAUDIA BERMÚDEZ CARVAJAL
(Magistrada en permiso).**

Firmado Por:

Plinio Mendieta Pacheco
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 002 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

**Puno Alirio Correal Beltran
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Restitución 002 De Tierras
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: **d41ff1c304095ed52e54c6849c2669952bd30b706b9dc38709998c9f1b94115c**

Documento generado en 28/06/2022 04:11:58 PM

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

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós

**Magistrado Ponente
RENÉ MOLINA CÁRDENAS**

Aprobado en Acta 55

Proceso	Tutela
Instancia	Primera
Accionante	Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso
Accionado	Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro
Tema	Tutela contra decisión judicial
Radicado	05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)
Decisión	Niega amparo

ASUNTO

La Sala decidirá en primera instancia la acción de tutela presentada por Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso en contra del Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros Antioquia, por la presunta vulneración de sus derechos fundamentales al debido proceso y la libertad.

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y otro
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

HECHOS

Afirma la parte accionante haber solicitado la libertad condicional ante el Juez Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia en varias oportunidades recibiendo una respuesta negativa por la gravedad de la conducta. La última solicitud fue negada el pasado 30 de noviembre 2021 debido a que los hechos por los que fue condenado no han variado. Decisión que fue confirmada por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros Antioquia

Advierte que la Juez de Ejecución afecta el debido proceso al realizar una nueva valoración de la conducta que el juzgado fallador no realizó, y el Juez Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros Antioquia requirió la indemnización de la víctima, a pesar de que el padre renunció a la reparación por parte de su hijo.

PRETENSIÓN CONSTITUCIONAL

Se deje sin efectos el auto del 30 de noviembre de 2021 emitido por el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia y el auto del 20 de abril de 2022 emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros Antioquia, amparando su derecho al debido proceso.

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

RESPUESTA DE LA AUTORIDAD ACCIONADA

La Juez Segunda de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Antioquia mediante auto interlocutorio 2719 del 23 de octubre de 2018, le negó a LUIS OERLI TABORDA MENESES solicitud de LIBERTAD CONDICIONAL, en atención a la grave entidad del delito cometido. El proceder delictivo del condenado evidencia un carácter violento y peligroso, pasando por alto los lazos de consanguinidad que lo unían con la víctima atentó contra la vida de su padre y amenazó de paso a su madre por auxiliar al progenitor. La decisión fue recurrida por el sentenciado y el JUZGADO PROMISCOUO DEL CIRCUITO DE SAN PEDRO DE LOS MILAGROS–ANT, en sede de segunda instancia confirmó la negativa de concesión de libertad condicional con auto del 1° de febrero de 2019.

Conocido el resultado de la apelación, el Despacho RECHAZÓ DE PLANO tres solicitudes más de pedimento de LIBERTAD CONDICIONAL presentadas por el condenado, concretamente el 6 de febrero de 2020, el 17 de septiembre de 2020 y 16 de abril de 2021.

Frente a la una nueva solicitud de libertad condicional, el 30 de noviembre de 2021 resolvió de fondo y negó según lo señalado en el auto del 23 de octubre de 2018, por la grave entidad de las infracciones, y no se desconoció el hecho de haber descontado las tres quintas partes de la pena ni se puso en duda el éxito de su proceso de resocialización, tópicos que en ningún momento se han cuestionado porque todo indica que su comportamiento intramural ha sido el adecuado hasta el momento.

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

La valoración negativa de la entidad del hecho punible por parte del Juez impide el acceso a la gracia, en tanto, el artículo 64 del C. Penal, impone al Funcionario Judicial un análisis previo a ese respecto a la hora de evaluar la pertinencia de autorizar el regreso anticipado del condenado a la comunidad por vía del otorgamiento de la libertad condicional y ese análisis es desfavorable.

El Juzgado no ha hecho otra cosa que ejercer en forma oportuna su legítima competencia y en desarrollo de los principios de autonomía e independencia judicial, resolvió lo que estimó pertinente y ajustado a derecho acudiendo a criterios lógicos y a pronunciamientos jurisprudenciales que avalaban su modo de proceder.

El Juez Promiscuo del Circuito de San Pedro de Los Milagros Antioquia solicitó se niega la tutela por improcedente ya que el accionante pretende convertir la acción en una tercera instancia.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

De conformidad con el numeral 5° del artículo 1° del decreto 1983 del 30 de noviembre de 2017, le corresponde a esta Sala conocer la acción objeto de estudio.

En relación con las garantías constitucionales fundamentales que informó la parte actora como vulneradas, la procedencia ha de cifrarse en la

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas

de Seguridad de Antioquia y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

configuración de los presupuestos generales¹ que deben concurrir de manera conjunta, pues a falta de uno de ellos la pretensión de amparo constitucional deviene en improcedente. Lo anterior respecto a la objeción del auto interlocutorio del 30 de noviembre de 2021 que negó la libertad condicional por la gravedad de la conducta y el auto del 20 de abril de 2022 que confirmó la negativa.

Queda claro que la queja de la parte accionante es que los juzgados accionados hayan negado la solicitud de libertad condicional por la gravedad de la conducta.

Según la Corte Constitucional² la acción de tutela contra decisiones judiciales resulta procedente cuando se pretenda proteger los derechos constitucionales fundamentales de las personas que se hayan visto amenazados o vulnerados con una decisión judicial. Se observa a simple vista que concurren los presupuestos para la procedencia de la acción de tutela: de la narración de los hechos se infiere que se acusan los autos del 30 de noviembre de 2021 y el del 20 abril de 2022 de presentar un defecto fáctico. Reviste relevancia constitucional en tanto se afirma vulnerados derechos fundamentales como el debido proceso y la libertad con las decisiones cuestionadas. La parte accionante no cuenta con otro mecanismo de defensa judicial para la protección de los derechos que

¹ Sentencia SU116-18 "los requisitos generales para la procedencia de la acción de tutela establecidos por la Corte son: a) La relevancia constitucional del asunto bajo examen. b) Los efectos decisivos que de la irregularidad denunciada se desprendan y que tengan la entidad de vulnerar las garantías fundamentales de la parte actora. c) Que no se trate de sentencias de tutela. d) Que sea un deber del actor agotar todos los recursos judiciales ordinarios para la defensa de sus derechos fundamentales. e) La inmediatez".

² Sentencia T-356 de 2007.

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas

de Seguridad de Antioquia y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

invoca, ante el agotamiento del recurso legal en contra de la decisión cuestionada ha finalizado el trámite ante los jueces naturales.

La Sala conocerá el fondo del asunto para detectar si se ha incurrido en alguno de los presupuestos específicos³ que configuren una causal especial de procedibilidad.

El Juzgado Segundo de Ejecución de Penas de Antioquia a través de auto interlocutorio 2719 del 23 de octubre de 2018 estudio de fondo solicitud de libertad condicional y consideró en esa oportunidad que a pesar de cumplirse con el requisito objetivo de las 3/5 partes de la pena no era suficiente para conceder el subrogado y en su lugar negó la solicitud por la gravedad de la conducta. La decisión fue apelada y confirmada en su integridad por medio de auto del 1º de febrero de 2019 emitido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de San Pedro de los Milagros Antioquia.

Ahora, en vista de la nueva solicitud del condenado, el Juzgado Ejecutor mediante auto del 30 de noviembre de 2021 luego de reconocer la progresividad del tratamiento penitenciario, citó el auto del 23 de octubre

³ Sentencia T-367/18." **a.** Defecto orgánico, que se presenta cuando el funcionario judicial que profirió la providencia impugnada, carece, absolutamente, de competencia para ello. **b.** Defecto procedimental absoluto, que se origina cuando el juez actuó completamente al margen del procedimiento establecido. **c.** Defecto fáctico, que surge cuando el juez carece del apoyo probatorio que permita la aplicación del supuesto legal en el que se sustenta la decisión. **d.** Defecto material o sustantivo, como son los casos en que se decide con base en normas inexistentes o inconstitucionales o que presentan una evidente y grosera contradicción entre los fundamentos y la decisión. **f.** Error inducido, que se presenta cuando el juez o tribunal fue víctima de un engaño por parte de terceros y ese engaño lo condujo a la toma de una decisión que afecta derechos fundamentales. **g.** Decisión sin motivación, que implica el incumplimiento de los servidores judiciales de dar cuenta de los fundamentos fácticos y jurídicos de sus decisiones en el entendido que precisamente en esa motivación reposa la legitimidad de su órbita funcional. **h.** Desconocimiento del precedente, hipótesis que se presenta, por ejemplo, cuando la Corte Constitucional establece el alcance de un derecho fundamental y el juez ordinario aplica una ley limitando sustancialmente dicho alcance. En estos casos la tutela procede como mecanismo para garantizar la eficacia jurídica del contenido constitucionalmente vinculante del derecho fundamental vulnerado. **i.** Violación directa de la Constitución".

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

de 2018 para ingresar a ponderar los demás elementos que ya habían sido estudiados anteriormente, es decir, el cumplimiento de las 3/5 partes de la pena y la valoración de la conducta, para finalmente sustentar la negativa de libertad condicional por la gravedad de la conducta cometida por el condenado.

Se equivoca la parte accionante, la Juez Segunda de Ejecución de Penas no realizó una nueva valoración de la conducta diferente a la ofrecida por el Juez fallador, se constató que la valoración referida, es la misma que se realizó en auto del 23 de octubre de 2018 que fue confirmada en segunda instancia por el Juez fallador mediante auto del 1° de febrero de 2019, decisión que se encuentra debidamente ejecutoriada.

Así fue como se describió la valoración de la conducta en del 23 de octubre de 2018⁴:

“En el caso particular, las circunstancias fácticas que estructuraron el delito, revelan la necesidad de responder negativamente a la petición formulada en nombre del condenado quien fue capturado y posteriormente sentenciado porque con el propósito de darle muerte, accionó un arma de fuego contra su padre sin que mediara altercado previo ninguno, impidiendo por varios minutos y bajo amenazas dirigidas a su madre presente en el hecho, que se trasladara a la víctima a un centro médico asistencial en el que pudo ser finalmente atendido impidiendo que se produjera la muerte. Por lo demás, el homicida huyó, llevando consigo el arma de fuego, con el evidente propósito de evadir la acción de la justicia. Un proceder delictivo de esta naturaleza pone en evidencia el carácter violento y peligroso de su autor quien, pasando por alto los lazos de consanguinidad que lo unían con la víctima atentó contra su vida y amenazó de paso a la progenitora para impedir que el padre fuera auxiliado”.

⁴ Página 4, Auto del 23 de octubre de 2018 “RespuestaJuzgadoEjecución”

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

Valoración que se extrae de la sentencia condenatoria⁵ y se reitera en el auto el 30 de noviembre de 2021 cuestionado por el accionante⁶.

De acuerdo con lo anterior, observa la Sala que no es cierto lo manifestado por la parte actora: el juez ejecutor no realizó un nuevo estudio de la gravedad de la conducta, en su lugar valoró tanto los requisitos objetivos como el subjetivo, para luego darle mayor relevancia a la gravedad de la conducta. Decisión que fue confirmada por el juez fallador.

Debe señalar la Sala que, para conceder la libertad condicional, el Juez de Ejecución de Penas debe atenerse a las condiciones contenidas en el artículo 64 del C.P.. Esta norma, entre otras exigencias, impone valorar la conducta punible del condenado de conformidad con lo establecido en la sentencia C-757 de 2014 de la Corte Constitucional que declaró exequible la mencionada disposición⁷ al reconocer que la redacción del artículo 64 del C.P. no establece qué elementos de la conducta punible deben tener en cuenta los jueces de ejecución de penas, ni establece los parámetros a seguir para asumir las valoraciones que de ella hicieron previamente los jueces penales en la sentencia. La Corte Constitucional señaló en sentencias C-233 de 2016, T-640/2017 y T-265/2017 que, para facilitar la labor de los jueces de ejecución de penas ante tan ambiguo panorama, estos deben tener en cuenta, siempre, que la pena no ha sido pensada únicamente para lograr que la sociedad y la víctima castiguen al condenado y que con ello

⁵ "017SentenciaCondenatoria"

⁶ Página 3, Auto el 30 de noviembre de 2021 "RespuestaJuzgadoEjecución"

⁷ C-757 de 2014"en el entendido de que las valoraciones de la conducta punible hechas por los jueces de ejecución de penas y medidas de seguridad para decidir sobre la libertad condicional de los condenados tengan en cuenta las circunstancias, elementos y consideraciones hechas por el juez pena en la sentencia condenatoria, sean éstas favorables o desfavorables al otorgamiento de la libertad condicional".

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

vean sus derechos restituidos, sino que responda a la finalidad constitucional de la resocialización como garantía de la dignidad humana.

Bajo este entendido, en casos similares la Sala de Casación Penal en decisiones STP 15806-2019, STP10556-2020, STP9109-2021 y STP13293-2021⁸ ha considerado que no es procedente analizar la concesión de la libertad condicional a partir solo de la valoración de la conducta punible, en tanto la fase de ejecución de la pena debe ser examinadas por los jueces ejecutores, en atención a que ese periodo debe guiarse por las ideas de resocialización y reinserción social, lo que también debe ser analizado.

Es evidente que las autoridades accionadas no incurrieron en falencias al motivar sus decisiones, pues analizaron los requisitos objetivos, luego los ponderaron con el requisito subjetivo, para finalmente negar la solicitud por la gravedad de la conducta; en concordancia con lo establecido en el artículo 64 del C.P. y el desarrollo que de esa norma han realizado la Corte Constitucional y la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia.

En consecuencia, como la decisión que negó la libertad condicional el 30 de noviembre de 2021 confirmada el 20 de abril de 2022, están soportadas en criterios de la Sala de Casación Penal de la Corte Suprema de Justicia, se descarta su irregularidad por manera que no queda camino distinto que denegar el amparo constitucional solicitado.

Aunque el Juez fallador en auto del 20 de abril de 2022 consideró necesario certificar la reparación a la víctima, este requisito no determina una

⁸ Sentencia con radicado interno N.º 119348 del 5 de octubre de 2021. En esta oportunidad fue la Sala que preside quien resolvió un caso parecido siendo confirmado por la Sala de Casación Penal.

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso

Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro

Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

irregularidad en la decisión, la prohibición se encuentra consagrada en la Ley⁹, además no se demostró que efectivamente la víctima renunció a la reparación cuestionada.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE

PRIMERO: NEGAR la protección constitucional solicitada por Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso.

SEGUNDO: La presente decisión admite el recurso de impugnación que deberá ser interpuesto dentro del término de ley. Para el efecto, dese cumplimiento a los artículos 16 y 30 del Decreto 2591 de 1991 y 5° del reglamentario 306 de 1992. De no ser impugnada la misma, remítase a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

⁹ Inciso 3° artículo 64 del Código penal.

Tutela primera instancia

Accionante: Edgar Eduardo Acero Acosta a través de agente oficioso
Accionado: Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas
de Seguridad de Antioquia y otro
Radicado: 05000-22-04-000-2022-00245 N.I. (2022-0798-5)

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas

Magistrado

Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome

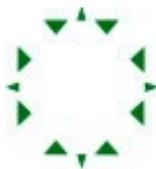
**Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia**

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: **efe566f5b266be5150f81167623cdbbfc219a811b1ccdd6294ad20251df18e41**

Documento generado en 25/06/2022 01:57:53 PM

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



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 55

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Accionante	Isabel Velandia
Accionado	UARIV
Radicado	05 615 31 04 001 2022 00036 (N.I. TSA: 2022-0704-5)
Decisión	Confirma

ASUNTO

La Sala resolverá la impugnación presentada por la accionante contra la decisión proferida el 11 de mayo de 2022 por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, mediante la cual negó por hecho superado el amparo constitucional solicitado.

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

1. Relata la accionante que, la Unidad de Atención y Reparación integral a las Víctimas mediante oficio con radicado No. 20137200217261 le reconoció la calidad de víctima por violación de los derechos humanos bajo los parámetros del Decreto 1290 de 2008.

Sin embargo, el 2 de diciembre de 2015 mediante oficio con radicado No. 201572018462721 la UARIV le informó que mediante Resolución No. 2014-589271 del 29 de agosto de 2014, no le reconoce la calidad de víctima, ni el hecho victimizante de homicidio dentro del caso de su hijo GERMAN VELANDIA.

Informa que el 14 de febrero de 2022 mediante el correo servicioalciudadano@unidadvictimas.gov.co, presentó solicitud de revocatoria directa frente al acto administrativo antes mencionado. Solicitó se reponga la decisión inicial de la resolución del 29 de agosto de 2014 y en su defecto se ordene el reconocimiento de su calidad de víctima y su inclusión en el RUV de manera inmediata, así como el pago de las compensaciones de ley.

Solicita se protejan sus derechos de petición y debido proceso. La UARIV no ha emitido respuesta a la fecha.

2. El Juzgado de primera instancia negó por hecho superado el amparo solicitado. Advirtió que la UARIV en respuesta a la acción de amparo mediante Resolución No. 20222123 del 10 de marzo de 2022, dio respuesta a la solicitud de la accionante debidamente notificada. Resolvió no revocar el acto administrativo recurrido y realizó el proceso administrativo de notificación mediante comunicación que le fue reenviada el 6 de abril del 2022 a la última dirección suministrada. Con ocasión al presente trámite constitucional, le emitió nuevamente

comunicación con radicado de salida N° 202272010003531 del 29 de abril de 2022.

DE LA IMPUGNACIÓN

La parte actora impugnó la decisión.

Realizó un recuento de los hechos y del proceso administrativo llevado ante la UARIV. Informó que la accionada no le ha dado respuesta de fondo a la solicitud de revocatoria directa.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, le corresponde la competencia para decidir la impugnación.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si la UARIV vulneró el derecho fundamental al debido proceso de Isabel Velandía.

3. Valoración y resolución del problema jurídico

Según lo expuesto por el Juzgado de primera instancia y las respuestas emitidas por la accionada, se constató que la UARIV brindó respuesta de fondo a la solicitud presentada por la afectada en aras de proteger su derecho de petición. Mediante Resolución No. 20222123 del 10 de marzo de 2022 resolvió: *“NO REVOCAR la decisión contenida en el 2014-589271 de 29 de agosto de 2014, respecto del caso N° 279055, a la señora ISABEL VELANDIA, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente Resolución.”* Decisión que fue comunicada a la

accionante.

Sin embargo, observa la Sala que, los reparos de la afectada van dirigidos a cuestionar el proceso administrativo llevado por la entidad, razón por la que insiste se resuelva de fondo la solicitud de revocatoria directa.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 86 de la Carta y el Decreto 2591 de 1991, la tutela sólo procede cuando el afectado no disponga de otro medio judicial de defensa, salvo que éste no pueda ser calificado como idóneo y eficaz o, aun así, cuando el actor se encuentre ante un inminente perjuicio irremediable.

En principio, las instancias jurisdiccionales ordinarias son las autorizadas para salvaguardar los derechos de los asociados cualquiera sea su naturaleza.

No es posible acceder a la pretensión de la parte actora. La negativa de inclusión en el Registro Único de Víctimas deviene de una actuación de la administración ajustada al debido proceso. La decisión administrativa que pretende controvertir se encuentra en firme luego de haberse agotado los recursos de ley, no obstante, puede ser debatida a través de las acciones contenciosas correspondientes. Con la decisión no se ha generado un perjuicio que amerite una protección transitoria por esta vía.

Constatados los elementos allegados a la actuación no se cuenta con los medios de conocimiento suficientes que permitan afirmar que, debido a la decisión proferida por la UARIV, ciertamente se conculcaron los derechos fundamentales de la accionante. No se observa que Isabel Velandia haya intentado agotar las acciones ordinarias pertinentes previo a presentar la demanda de tutela.

En este orden de ideas, esta acción como mecanismo subsidiario no puede usurpar funciones que no le corresponde, pues precisamente la legalidad o no de los actos administrativos tienen asignada su competencia en lo contencioso administrativo. Lo anterior ha sido reiterado en diferentes decisiones por la Corte Constitucional.¹

Esta Sala **CONFIRMARÁ** la decisión del Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia, pero por lo expuesto en este proveído.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 del 16 de marzo de 2020 prorrogado, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

Por lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA**, Sala Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

¹ Corte Constitucional, sentencia T-957 del 16 de diciembre de 2011, M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo "La jurisprudencia constitucional ha señalado, de manera reiterada y uniforme que, en principio, la acción de tutela no es el mecanismo judicial idóneo para resolver las controversias que surgen en el desarrollo de las actuaciones administrativas, toda vez que la competencia en estos asuntos ha sido asignada de manera exclusiva, por el ordenamiento jurídico, a la jurisdicción de lo contencioso administrativo, juez natural de este tipo de procedimientos, cuya estructura permite un amplio debate probatorio frente a las circunstancias que podrían implicar una actuación de la administración contraria al mandato de legalidad. Sin embargo, excepcionalmente, es posible tramitar conflictos derivados de actuaciones administrativas por vía de la acción de tutela, bien sea porque se acredite la amenaza de un perjuicio irremediable, caso en el cual cabe el amparo transitorio, o porque se establece que los medios de control ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo son ineficaces para la protección del derecho a la luz de las circunstancias de cada caso en particular, evento en el que opera como mecanismo definitivo..."

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el fallo de primera instancia proferida por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Rionegro (Antioquia).

Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

Rene Molina Cardenas
Magistrado
Sala 005 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - 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: **d08f031231a0aede9d08dbce8b1d74e6e6df1469b7466f19e083b8e74b4e5c41**

Documento generado en 25/06/2022 01:56:16 PM

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Sonia del Socorro Ríos García a través de apoderada

Accionado: Colpensiones y otras

Radicado: 05 615 31 04003 2022 00031

(Radicado TSA: 2022-0692-5)



TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veinticuatro (24) de junio de dos mil veintidós

Magistrado Ponente

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Aprobado en Acta N° 55

Proceso	Tutela
Instancia	Segunda
Apoderado	Sonia del Socorro Ríos García a través de apoderada
Accionado	Colpensiones y otras
Radicado	05 615 31 04003 2022 00031 (Radicado TSA: 2022-0692-5)
Decisión	Revoca por hecho superado

ASUNTO

La Sala resolverá la impugnación presentada por Colpensiones contra la decisión proferida el 29 de abril de 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia que concedió la protección de amparo solicitada por la parte accionante.

Tutela segunda instancia

Accionante: Sonia del Socorro Ríos García a través de apoderada

Accionado: Colpensiones y otras

Radicado: 05 615 31 04003 2022 00031

(Radicado TSA: 2022-0692-5)

FUNDAMENTOS DE LA ACCIÓN Y DECISIÓN IMPUGNADA

1. Expone la accionante que fue diagnosticada con enfermedad de origen común “desprendimiento de retina”. Debido al diagnóstico estuvo incapacitada desde el 4 de abril de 2021 hasta el 7 de enero de 2022. Los primeros 180 días de incapacidad fueron pagados por la EPS Sura. A partir de entonces le corresponde al fondo de pensiones cubrir el pago, pero Colpensiones aún no le ha cancelado las incapacidades. Solicita se ordene a Colpensiones proceda a pagar las incapacidades médicas adeudadas.

2. El Juzgado de primera instancia concedió el amparo. Ordenó a Colpensiones realizar el pago de las incapacidades a partir del día 181, esto es, las generadas entre el 7 de octubre de 2021 hasta el 7 de enero de 2022.

DE LA IMPUGNACIÓN

El fallo proferido en primera instancia fue impugnado por Colpensiones. Adujo lo siguiente:

La accionante no ha presentado toda la documentación necesaria para el trámite. Lo anterior, resulta indispensable para dar inicio al estudio de la solicitud.

Tutela segunda instancia

Accionante: Sonia del Socorro Ríos García a través de apoderada

Accionado: Colpensiones y otras

Radicado: 05 615 31 04003 2022 00031

(Radicado TSA: 2022-0692-5)

Solicita se revoque la orden. La tutela es improcedente, es un mecanismo residual que no puede ser elegido al arbitrio por los ciudadanos. Solo debe ser procedente cuando no exista otro mecanismo de defensa judicial, y excepcionalmente a pesar de existir, cuando sea utilizada para evitar un perjuicio irremediable.

La Sala estableció comunicación con la abogada Sara María Zuluaga Madrid quien informó que Sonia del Socorro Ríos García recibió el pago de las incapacidades solicitadas desde el pasado 1º de junio.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Por ser la Sala superior funcional del juzgado de primera instancia, la reviste de competencia para decidir la impugnación interpuesta por la parte actora.

2. Problema jurídico planteado

La Sala determinará en esta oportunidad si se ha configurado un hecho superado en relación con la pretensión de amparo constitucional.

3. Solución del problema jurídico.

La presente acción tenía por objeto que Colpensiones pagara las incapacidades adeudadas a Sonia del Socorro Ríos García.

Sin embargo, según información brindada por la parte actora, ya se resolvió el amparo solicitado.

Colpensiones realizó el pago de las incapacidades adeudadas a Sonia del Socorro Ríos García. La Sala estableció comunicación con la abogada Sara María Zuluaga Madrid quien informó que Sonia del Socorro Ríos García recibió el pago de las incapacidades solicitadas desde el pasado 1° de junio.

Colpensiones cumplió con la orden emitida en primera instancia. De esta manera, es claro que se ha configurado un hecho superado por carencia actual de objeto respecto de la pretensión constitucional.

Acerca de la carencia de objeto de protección constitucional por hecho superado, ha dicho la Corte Constitucional que¹:

“La Corte Constitucional, en reiterada jurisprudencia, ha indicado que la carencia actual de objeto se configura cuando frente a las pretensiones esbozadas en la acción de tutela, cualquier orden emitida por el juez no tendría algún efecto o simplemente “caería en el vacío.”

¹ Corte Constitucional, sentencia T-038, del 1° de febrero de 2019.

Tutela segunda instancia

Accionante: Sonia del Socorro Ríos García a través de apoderada

Accionado: Colpensiones y otras

Radicado: 05 615 31 04003 2022 00031

(Radicado TSA: 2022-0692-5)

(...)

Este escenario se presenta cuando entre el momento de interposición de la acción de tutela y el fallo, se evidencia que como consecuencia del obrar de la accionada, se superó o cesó la vulneración de derechos fundamentales alegada por el accionante. Dicha superación se configura cuando se realizó la conducta pedida (acción u abstención) y, por tanto, terminó la afectación, resultando inocua cualquier intervención del juez constitucional en aras de proteger derecho fundamental alguno, pues ya la accionada los ha garantizado".

Siendo así, se REVOCARÁ el fallo impugnado por hecho superado.

Finalmente, cabe advertir que en virtud del artículo segundo del acuerdo PCSJA20-11518 de 16 de marzo de 2020, la rotación de esta ponencia a la Sala de decisión, se realiza de manera virtual a través del correo institucional des05sptsant@cendoj.ramajudicial.gov.co; y su aprobación se efectúa de acuerdo a la aceptación del contenido de la sentencia por cada uno de los revisores por medio de sus correos oficiales.

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

Tutela segunda instancia

Accionante: Sonia del Socorro Ríos García a través de apoderada

Accionado: Colpensiones y otras

Radicado: 05 615 31 04003 2022 00031

(Radicado TSA: 2022-0692-5)

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro Antioquia según lo expuesto en parte motiva.

SEGUNDO: Una vez enteradas las partes de esta decisión, se remitirá el expediente a la Corte Constitucional, para la eventual revisión de la sentencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Magistrado

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA

Magistrado

Firmado Por:

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

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

**Gustavo Adolfo Pinzon Jacome
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 007 Penal
Tribunal Superior De Antioquia - 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: **ddda292bdba9bf4a5c6c8745ccefa4cd9ff414322944d8c5b70f159ba1845ab5**

Documento generado en 25/06/2022 01:56:47 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintiocho de junio de dos mil veintidós

Sentencia de Segunda Instancia ley 1826 de 2017

Acusado: Carlos Uriel Gafaro Boada y otro

Delito: Hurto calificado y agravado tentativa

Radicado: 05148 60 000002021 00001

(N.I. 2022-0157-5)

Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país ante la presencia del COVID-19. La emergencia de ha prorrogado y a la fecha está vigente.

El Ministerio de Salud y Protección Social con la Circular 018 recomendó “disminuir el número de reuniones presenciales o concentración de varias personas en espacios reducidos de trabajo y con baja ventilación para reducir el riesgo de contagio de enfermedades respiratorias y COVID-19 por contacto cercano. Evitar áreas o lugares con aglomeraciones en los que se pueda interactuar con personas enfermas”.

El edificio donde funciona la sala de audiencias del Tribunal Superior de Antioquia es un sitio concurrido por el público que reúne las características de riesgo precitadas, siendo necesario adoptar medidas que disminuyan el impacto que pueda generar en relación con la actual emergencia de salud la presencia innecesaria de usuarios en el Palacio de Justicia.

Este Tribunal, en armonía con lo expuesto, decidió evitar la lectura pública de las providencias penales y establecer otros mecanismos para que las partes conozcan su contenido.

En este particular asunto, se fija fecha para la lectura de la decisión que resuelve la segunda instancia para el **OCHO (8) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS CATORCE (14:00) HORAS.**

Se informa a las partes que en la fecha fijada para la lectura de la sentencia en la Secretaría de la Sala Penal se dejará a disposición la providencia para su conocimiento sin necesidad de hacer lectura pública, entendiéndose surtida la notificación en estrados de lo cual se levantará la respectiva acta que firmará el suscrito Magistrado.

Las partes suministrarán una cuenta de correo electrónico por medio de la cual se les remitirá el día y hora indicados en este auto, copia de la providencia a notificar, en el evento en que no puedan ingresar al edificio y la carpeta del proceso se dejará a su disposición de manera virtual para su consulta con fines de interposición del recurso procedente.

No se solicitará en remisión a los detenidos (si los hay) y en su lugar se comisionará al director de la penitenciaría para que haga efectiva la notificación de la providencia y le entregue copia al procesado.

Los recursos de ley serán presentados por escrito dentro de los términos dispuestos para cada caso. Los términos para los recursos se cuentan a partir del día siguiente de la notificación de la providencia ya sea por estrados en la Secretaría de la Sala Penal o sea que se haya recibido la copia de la providencia a través del correo electrónico.

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

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: **ead6eccb0ee28b8e5c810edcfae176d6a9ffa18dfcb8d5273d581f9dfc69bcc**

Documento generado en 28/06/2022 09:37:53 AM

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

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

TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA

SALA PENAL

Medellín, veintiocho de junio de dos mil veintidós

Sentencia segunda instancia Ley 906

Procesada: María Celia Román Quintero y otra

Delito: Contrato sin cumplimiento de requisitos legales

Radicado: 05-001-60-00000-2015-00483

(N.I.2021-1277-5)

Mediante la Resolución 385 del 12 de marzo de 2020, el Gobierno Nacional declaró la Emergencia Sanitaria en todo el país ante la presencia del COVID-19. La emergencia de ha prorrogado y a la fecha está vigente.

El Ministerio de Salud y Protección Social con la Circular 018 recomendó “disminuir el número de reuniones presenciales o concentración de varias personas en espacios reducidos de trabajo y con baja ventilación para reducir el riesgo de contagio de enfermedades respiratorias y COVID-19 por contacto cercano. Evitar áreas o lugares con aglomeraciones en los que se pueda interactuar con personas enfermas”.

El edificio donde funciona la sala de audiencias del Tribunal Superior de Antioquia es un sitio concurrido por el público que reúne las características de riesgo precitadas, siendo necesario adoptar medidas que disminuyan el impacto que pueda generar en relación con la actual emergencia de salud la presencia innecesaria de usuarios en el Palacio de Justicia.

Este Tribunal, en armonía con lo expuesto, decidió evitar la lectura pública de las providencias penales y establecer otros mecanismos para que las partes conozcan su contenido.

En este particular asunto, se fija fecha para la lectura de la decisión que resuelve la segunda instancia para el **OCHO (8) DE JULIO DE DOS MIL VEINTIDÓS (2022) A LAS CATORCE Y TREINTA (14:30) HORAS.**

Se informa a las partes que en la fecha fijada para la lectura de la sentencia en la Secretaría de la Sala Penal se dejará a disposición la providencia para su conocimiento sin necesidad de hacer lectura pública, entendiéndose surtida la notificación en estrados de lo cual se levantará la respectiva acta que firmará el suscrito Magistrado.

Las partes suministrarán una cuenta de correo electrónico por medio de la cual se les remitirá el día y hora indicados en este auto, copia de la providencia a notificar, en el evento en que no puedan ingresar al edificio y la carpeta del proceso se dejará a su disposición de manera virtual para su consulta con fines de interposición del recurso procedente.

No se solicitará en remisión a los detenidos (si los hay) y en su lugar se comisionará al director de la penitenciaría para que haga efectiva la notificación de la providencia y le entregue copia al procesado.

Los recursos de ley serán presentados por escrito dentro de los términos dispuestos para cada caso. Los términos para los recursos se cuentan a partir del día siguiente de la notificación de la providencia ya sea por estrados en la Secretaría de la Sala Penal o sea que se haya recibido la copia de la providencia a través del correo electrónico.

COMÚNIQUESE Y CÚMPLASE

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

Magistrado

Firmado Por:

**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: **fb547202165fb01e51e9eece8aa806f255e6fcc89c38d994c370acb7897a6a03**

Documento generado en 28/06/2022 09:38:15 AM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 05368318900120220009500

NI: 2022-0682-6

Accionante: RAÚL DE JESÚS BOLÍVAR RODRÍGUEZ

Accionados: NUEVA EPS

Decisión: Modifica y confirma

Aprobado Acta Ni: 95 del 23 de junio del 2022

Sala N°: 6

Magistrado Ponente

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, junio veintitrés del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Antioquia), en providencia del pasado 13 de mayo de 2022, concedió el amparo Constitucional invocado por el señor Raúl de Jesús Bolívar Rodríguez en contra de la Nueva EPS.

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS S.A., interpuso recurso de apelación, que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

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

“Manifiesta el Sr. RAÚL DE JESÚS BOLÍVAR RODRÍGUEZ ser un adulto mayor de 66 años, residente en el Municipio de Pueblorrico y estar afiliado al Régimen contributivo del sistema general de seguridad social en salud a través de la NUEVA EPS S.A.

Que fue diagnosticado con ESPONDILITIS ANQUILOSANTE hace aproximadamente veinte (20) años, con tratamiento de ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO, medicamento que según el galeno tratante debe ser suministrado por la EPS cada veintiocho (28) días y aplicado cada ocho (8) días, siendo indispensable para evitar el fuerte dolor que genera su enfermedad.

Informa que desde el 5 de abril de 2022 solicitó a la NUEVA EPS S.A el suministro de dicho medicamento, sin embargo, la entidad promotora de salud le ha contestado con evasivas y realizando nuevas radicaciones de solicitud. Finalmente, el 25 de abril de 2022 le responde que no hay medicamento.

Arguye que debe asistir constantemente a citas médicas por fuera de su municipio de residencia para el control y seguimiento de su patología.

Con base en lo anterior, solicita que se protejan los derechos fundamentales por él invocados y, en consecuencia, se ordene a la NUEVA EPS S.A. la entrega pronta y oportuna del medicamento ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO en la ESE HOSPITAL SAN VICENTE DE PAÚL DE PUEBLORRICO y no en la ciudad de Medellín por falta de recursos económicos para su desplazamiento.

Además de que se conceda el tratamiento integral para los diagnósticos que presenta, teniendo en cuenta que, ocasionalmente requiere de revisión por parte de especialistas.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el pasado 6 de mayo de la presente anualidad, se ordenó la notificación de la Nueva EPS, vinculando a su vez a la ESE Hospital San Vicente de Paúl de Pueblorrico (Antioquia), la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES y a la

Superintendencia Nacional de Salud - Supersalud. Informándoles del inicio de la misma para que realizaran las explicaciones frente a los hechos relacionados en el escrito de tutela.

La subdirectora adscrita a la subdirección de defensa jurídica de la Superintendencia Nacional de Salud, manifestó que el señor Raúl de Jesús Bolívar Rodríguez se encuentra afiliado a la Nueva EPS en el régimen contributivo como cotizante.

Señaló que el objeto de la presente acción de tutela no es atribuible a la Superintendencia de Salud, pues la violación de los derechos que se alegan como conculcados, no deviene de una acción u omisión a ellos atribuible. En este caso es competencia de las EPS como aseguradoras en salud, responsables de la calidad, oportunidad, eficiencia y eficacia de la prestación de los servicios de salud.

Por último, solicitó la desvinculación de la presente acción de tutela, por falta de vulneración de derechos fundamentales al señor Raúl de Jesús Bolívar.

La Oficina Jurídica de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, manifestó que es función de la EPS la prestación de los servicios de salud, y no de esa entidad, pues tampoco tiene funciones de inspección, vigilancia y control para sancionar a las Entidades Promotoras de Salud, lo que fundamenta la falta de legitimación en la causa por pasiva de esta entidad.

Añadió: “Si bien, esa entidad es la encargada de garantizar el adecuado flujo de recursos de salud, específicamente de la financiación de los servicios no financiados por la UPC, el anterior artículo se debe interpretar con el artículo 240 de la Ley 1955 de 2019, el cual estableció el mecanismo de financiación denominado “PRESUPUESTO MÁXIMO”, cuya finalidad es que los recursos de salud se giren ex ante a la prestación de los servicios, para que las EPS presten los servicios de salud de manera integral.”

Finalmente solicita desvincular de la presente acción de tutela a ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio es evidente que la entidad no ha desplegado ninguna conducta que vulnere los derechos fundamentales del demandante, así mismo, negar cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS.

El Dr. Andrés Felipe Franco Quintero apoderado especial de la Nueva Es, manifestó que se encuentran en revisión del caso con el área encargada para determinar las presuntas demoras en el trámite, una vez el área encargada emita el concepto lo estarán remitiendo al juez de primera instancia por medio de respuesta complementaria junto con los respectivos soportes.

Resaltó que la Nueva EPS no presta el servicio de salud directamente sino por medio de sus IPS contratadas, las cuales son avaladas por la secretaria de salud del municipio respectivo; dichas IPS programan las citas, cirugías y demás procedimientos de los usuarios de acuerdo con su disponibilidad.

Aseguró que la Nueva EPS no ha negado ningún servicio de salud al usuario por lo que no es posible amparar servicios que aún no se han solicitado. Sobre el principio de integralidad no puede entenderse de manera abstracta, lo cual supone que las órdenes de tutela que reconocen atención integral en salud se encuentran sujetas solo a los conceptos que emita el personal médico.

Finalmente solicitó declarar la improcedencia de la presente acción de tutela, eximiendo a la Nueva E.P.S. de toda responsabilidad, pues ha cumplido con todas sus obligaciones y ante la falta de vulneración de derechos fundamentales al accionante. Además, negar la solicitud de tratamiento integral, pues no se puede cubrir atención integral y suministros de tratamientos y medicamentos a futuro sin ser ordenados por el médico tratante o profesional adscrito a la red de servicios.

El Gerente de la ESE Hospital San Vicente de Paul de Pueblorrico (Antioquia), señaló que el demandante no menciona que fue atendido en ese hospital, pues esa entidad es de primer nivel de atención, es decir, no cuenta con especialistas, ni con equipos de un nivel superior de complejidad.

Culmina su intervención manifestando que se opone a cada una de las pretensiones de la presente acción de tutela, toda vez que la entidad que representa no ha ocurrido ni está en riesgo de ocurrir en un perjuicio irremediable que amerite la protección de los derechos fundamentales reclamados.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción constitucional y el trámite impartido, el derecho a la salud, luego la *a-quo* procede a analizar el caso en concreto.

Señala que, de la normatividad y material suministrado por las entidades demandadas, se desprende que la entidad responsable de autorizar servicios y procedimientos médicos prescritos a los usuarios del Sistema General de Seguridad Social en Salud son las Entidades Promotoras de Salud (EPS), de acuerdo con los servicios y tecnologías ordenadas por el profesional médico.

En consecuencia, consideró la vulneración de los derechos invocados por el señor Raúl de Jesús Bolívar Rodríguez por parte de la Nueva EPS S.A., entidad encargada de suministrar y garantizar los servicios y procedimientos médicos sin dilatar e imponer barreras administrativas al afiliado. Por ende, ordenó a la Nueva EPS S.A., que, dentro de las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, autorizara y entregara el medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO* en el municipio de Pueblorrico (Antioquia). Concediendo el tratamiento integral solicitado, dado que cumplió los supuestos establecidos en la normatividad, para cubrir una atención integral que garantice para el accionante todo cuidado,

suministro de medicamentos, intervenciones quirúrgicas, prácticas de rehabilitación, exámenes de diagnóstico y seguimiento.

En cuanto a la facultad para autorizar el recobro, *“ha de decirse que es un tema económico ajeno a las pretensiones de la tutela, el cual se encuentra claramente determinado en la normatividad ya existente y que brinda a las EPS los instrumentos necesarios para acudir a dichos reconocimientos ante el Ministerio de Salud y Protección Social, a través de la administradora de los recursos del SGSSS –ADRES, en caso del régimen contributivo y ante las Direcciones Territoriales, en caso del régimen subsidiado, situación que solamente demanda su ADVERTENCIA.”*

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primera instancia, la apoderada especial de la Nueva EPS, impugnó la misma en los siguientes términos:

Pregona que la Nueva EPS ha dado cumplimiento a la orden judicial, generándose una carencia actual de objeto por hecho superado. Por cuanto no existe acción u omisión de la Nueva EPS que vulnere o amenace derechos fundamentales al señor Raúl de Jesús Bolívar.

Resalta que no observa ningún soporte probatorio donde se evidencie que el accionante requiera otro tipo de medicamentos o procedimientos a los solicitados, por lo que no es posible que el Juez Constitucional imparta una orden futura e incierta que indetermina el alcance del fallo de tutela.

Finalmente solicita revocar el numeral segundo de la sentencia impugnada y en su lugar se nieguen las pretensiones del accionante en contra de la Nueva EPS, por carencia actual de objeto por hecho superado, con relación al suministro del medicamento *ETANERCEPT 50 MG (SOLUCION INYECTABLE)*. Así mismo, solicita revocar el tratamiento integral concedido.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó el señor Raúl de Jesús Bolívar Rodríguez, la protección de sus derechos fundamentales, presuntamente vulnerados por parte de la Nueva EPS, al omitir suministrar el medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCION INYECTABLE 50 MG SUBCUTANEO*.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar la presunta vulneración de derechos fundamentales del señor Raúl de Jesús Bolívar Rodríguez por parte de la Nueva EPS, al omitir el suministro del medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCION INYECTABLE 50 MG SUBCUTANEO* prescrito por el médico tratante. Además, establecer la pertinencia de conceder el tratamiento integral.

3. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios

derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

Verificando los datos suministrados en el escrito tutelar, como resultado de la búsqueda en la página web del Adres, el señor Raúl de Jesús Bolívar se encuentra como cotizante en el régimen contributivo de la Nueva EPS.

En efecto, el señor Raúl de Jesús Bolívar invoca en su favor la protección de los derechos fundamentales a la salud, vida y dignidad humana, en el entendido de que se le ordene a la Nueva EPS el suministro de medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCION INYECTABLE 50 MG SUBCUTANEO* prescrito por el médico tratante, sin ningún tipo de dilaciones ni barreras administrativas. Así como el tratamiento integral para su patología. Además, asegura el actor que no cuenta con los recursos económicos para sufragar los gastos de traslado para reclamar los medicamentos.

En consecuencia, al verificar el material probatorio aportado por el demandante, da cuenta que existe orden médica emitida por un médico general, en la cual prescribe entre otros el medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO*. No obstante, asegura el actor que a la fecha de interponer la presente acción de tutela la Entidad Promotora de Salud encausada no había suministrado el aludido fármaco.

La Juez *a-quo*, concedió el amparo deprecado, ordenando a la Nueva EPS, autorizar y materializar la entrega del medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO*, concediendo a su vez el tratamiento integral.

La apoderada de la Nueva EPS, en su escrito de impugnación informó sobre el suministro del medicamento requerido al demandante, presentándose la carencia actual de objeto por hecho superado. Solicitando a su vez, revocar el

tratamiento integral concedido, por tanto, no es preciso amparar derechos futuros e inciertos.

En este punto, es preciso señalar que se marcó al abonado telefónico 310 392 94 84 número establecido en el escrito tutelar para las notificaciones judiciales, donde atendió la llamada el señor Raúl de Jesús, manifestando que la Nueva EPS le había proporcionado el medicamento ordenado por su médico tratante, añadiendo que su motivo de inconformidad es que la Nueva EPS omite entregar el medicamento en la fechas establecidas.

En consecuencia, debe indicarse que, del material probatorio allegado a la presente acción Constitucional, se evidencia que, frente al requerimiento del suministro del medicamento aludido, nos encontramos ante un hecho superado, como quiera que la circunstancia que dio origen a la solicitud ha sido enmendada, lo cual torna improcedente el amparo.

Frente a este tema la Corte Constitucional en sentencia T-017 del 23 de enero del 2020, señaló:

“E. Carencia actual de objeto - Modalidades. Reiteración de jurisprudencia⁽⁷⁸⁾.”

“113. Durante el trámite de la acción de tutela, hasta antes de que se profiera sentencia, pueden presentarse tres situaciones: (i) que los hechos que dieron origen a la acción persistan, y el asunto amerite emitir un pronunciamiento de fondo, porque se encuentran satisfechos los requisitos generales de procedencia, y 1. puede evidenciarse la configuración vulneración alegada, caso en el cual es procedente amparar los derechos invocados, o 2. no pudo comprobarse la afectación de un derecho fundamental, y debe entonces negarse la protección deprecada; (ii) que persistan los hechos que dieron origen al amparo, pero el caso no cumpla los requisitos generales de procedencia, caso en el cual debe declararse improcedente la acción de tutela; y (iii) que ocurra una variación sustancial en los hechos, de tal forma que desaparezca el objeto jurídico del litigio, porque fueron satisfechas las pretensiones, ocurrió el daño que se pretendía evitar o se perdió el interés en su prosperidad. Estos escenarios, han sido conocidos en la jurisprudencia como el hecho superado, daño consumado y situación sobreviniente, y son las modalidades en las que puede darse la carencia actual de objeto.”

“114. Al respecto, este tribunal ha reconocido, que antes de emitir un pronunciamiento de fondo en el marco de un proceso de tutela, pueden presentarse ciertas circunstancias que, por encajar en alguna de las hipótesis antes mencionadas, hacen desaparecer el objeto jurídico de la acción, de tal forma que cualquier orden que pudiera emitirse al respecto “caería en el vacío” o “no tendría efecto alguno”⁽⁷⁹⁾.”

“115. La primera modalidad, conocida como el hecho superado, se encuentra regulada en el artículo 26 del Decreto 2591 de 1991⁽⁸⁰⁾, y consiste en que, entre la interposición de la acción de tutela, y el momento en que el juez va a proferir el fallo, se satisfacen íntegramente las pretensiones planteadas, por hechos atribuibles a la entidad accionada. De esta forma, pronunciarse sobre lo solicitado carecería de sentido, por cuanto no podría ordenarse a la entidad accionada a hacer lo que ya hizo, o abstenerse de realizar la conducta que ya cesó. En este caso, el juez no debe emitir un pronunciamiento de fondo, ni realizar un análisis sobre la vulneración de los derechos, pero ello no obsta para que, de considerarlo necesario, pueda realizar un llamado de atención a la parte concernida, por la falta de conformidad constitucional de su conducta, conminarla a su no repetición o condenar su ocurrencia⁽⁸¹⁾.”

“116. De esta manera, para que se configure la carencia actual de objeto por hecho superado, deben acreditarse tres requisitos, a saber: (i) que ocurra una variación en los hechos que originaron la acción; (ii) que dicha variación implique una satisfacción íntegra de las pretensiones de la demanda; y (iii) que ello se deba a una conducta asumida por la parte demandada, de tal forma que pueda afirmarse que la vulneración cesó, por un hecho imputable a ésta. Así, esta Corte ha procedido a declarar el hecho superado, por ejemplo, en casos en los que las entidades accionadas han reconocido las prestaciones solicitadas⁽⁸²⁾, el suministro de los servicios en salud requeridos⁽⁸³⁾, o dado trámite a las solicitudes formuladas⁽⁸⁴⁾, antes de que el juez constitucional emitiera una orden en uno u otro sentido.”

Se reitera entonces, en este caso nos encontramos frente al fenómeno denominado carencia actual de objeto por hecho superado, pues que para este momento ha variado la situación que originó la acción constitucional, toda vez que, en el trámite de esta acción constitucional, la Nueva EPS ha gestionado lo necesario para conseguir se ejecute el objeto de esta solicitud de amparo, por lo que perdería entonces eficacia dar una orden en tal sentido. Esto conforme a la entrega del medicamento aludido.

Por otra parte, en cuanto al *tratamiento integral*, es necesario indicar que los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, el artículo 49 de la Carta Política consagra la salud bajo una doble connotación: como un derecho constitucional y como un servicio público esencial que impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como garantizar el acceso a la misma conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, esta Sala considera acertada la determinación de la juez *a-quo* en el entendido de conceder el tratamiento integral al señor Raúl de Jesús Bolívar para la patología *M45X ESPONDILITIS ANQUILOSANTE*. Además, se insiste, la entrega del medicamento deberá efectuarse en el municipio de Pueblorrico, en las fechas establecidas sin ninguna clase de dilación.

En consecuencia, no le queda más a esta Sala que **MODIFICAR** el fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Antioquia) del día 13 de mayo de 2022, en el entendido de declarar el hecho superado en cuanto a la materialización del suministro del medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO*. En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: Se **MODIFICA** el fallo de tutela proferido el pasado 13 de mayo de 2022, por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Jericó (Antioquia), en el entendido de declarar hecho superado por la materialización del suministro del medicamento *ETANERCEPT AUTOINYECTOR SOLUCIÓN INYECTABLE 50 MG SUBCUTÁNEO*; de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

TERCERO: La notificación de la presente providencia, se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **f0af40c52694c0b36295bf7d61333147f70520d464d1aa1744f24e75a1299dc7**

Documento generado en 24/06/2022 05:07:05 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso N°: 05045310400120220009200

NI: 2022-0716-6

Accionante: ESTEFANÍA RESTREPO RESTREPO

Afectada: EMILIANA PASTRANA RESTREPO

Accionado: DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD DEL EJÉRCITO NACIONAL

Decisión: Modifica y confirma

Aprobado Acta No.: 94 del 28 de junio del 2022

Sala No: 6

Magistrado Ponente:

Dr. GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Medellín, junio veintiocho del año dos mil veintidós

VISTOS

El Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en sentencia del 19 de mayo de la presente anualidad, concedió el amparo constitucional frente a los derechos a la seguridad social, a la salud y a la vida, invocados por la señora Estefanía Restrepo Restrepo quien actúa en representación de la menor de edad Emiliana Pastrana Restrepo, en contra de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional.

Inconforme con la determinación de primera instancia, el Mayor Danny Vicente Reyes Murcia director del Establecimiento de Sanidad Militar N 23 de Pasto y el director de Sanidad del Ejército Nacional, interpusieron el recurso de apelación que esta Corporación resolverá como en derecho corresponda.

LA DEMANDA

Los hechos materia de esta acción constitucional fueron sintetizados por el Despacho de primera instancia de la siguiente manera:

“La representante legal de la accionante manifiesta que su hija Emiliana Pastrana Restrepo es afiliada al régimen contributivo de Sanidad Militar, tiene 3 años, nació en Pasto donde recibía su tratamiento de forma cumplida por parte de sanidad militar, tiene diagnóstico Epilepsia y síndrome epilépticos sintomáticos relacionados con parálisis cerebral infantil, sin otra especificación y disfagia desde su nacimiento; el médico tratante le ordenó radiografía de cadera comparativa, faringografía o esofagograma (estudio de la deglución), consulta de primera vez por nutrición y dietética, consulta de primera vez por especialista de odontopediatria, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de control o de seguimiento por especialista en neurología pediátrica, consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría, electroencefalograma convencional, potenciales visuales evocados multifocales, potenciales evocados auditivos de corta latencia medición de integridad, pañales desechables etapa 3, y el medicamento Vigabatrina 500mg tableta, la EPS solo le entregó 180 cuando la fórmula dice 270 tabletas (3 meses), y le negó los pañales desechables.

Considera que se le están vulnerando los derechos fundamentales a la vida y a la salud.

Pide tutelar a favor de su hija los derechos fundamentales citados, ordenándole a Sanidad Militar, autorice radiografía de cadera comparativa, faringografía (estudio de la deglución), consulta de primera vez por nutrición y dietética, consulta de primera vez por especialista de odontopediatria, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de control o de seguimiento por especialista en neurología pediátrica, consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría, electroencefalograma convencional, potenciales visuales evocados multifocales, potenciales evocados auditivos de corta latencia medición de integridad, entregue pañales desechables etapa 3 y el medicamento Vigabatrina 500 mg tableta 90 capsulas pendientes de entregar, y garantice tratamiento integral y reconocimiento de gastos de hospedajes y transporte ida y regreso, para la niña y su acompañante.”

TRÁMITE Y MATERIAL PROBATORIO RECAUDADO

Admitida la acción de tutela el día 2 de mayo de 2022, se notificó a la Dirección General de Sanidad Militar del Ejército Nacional, al tiempo que se ordenó la vinculación del Dispensario Médico 6030 Brigada XVII Ejército Nacional, Batallón de Aspc N° 17 “Clara Elisa Narváez Arteaga”, Hospital Militar de Medellín – Homme – Tc. Jairo Flórez Coronado y al Dispensario Médico de Medellín, para que se pronunciaran frente a los hechos denunciados en la solicitud de amparo. En el mismo auto se accedió a la medida provisional solicitada ordenando a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional suministrarle a la menor de edad el medicamento Vigabatrina 500mg tableta 270 y los pañales desechables cantidad 380, tal como fue ordenado por el médico tratante.

Posteriormente el 13 de mayo de 2022, el juzgado primigenio decretó la nulidad del auto calendado el 2 de mayo de 2022 por medio del cual admitió la acción de tutela, por cuanto omitió vincular a una parte en el trámite, al Establecimiento de Sanidad Militar del Batallón de ASPC N 23 “GR. Ramón Espina” de Pasto, ordenando el avoque del trámite constitucional desde el 13 de mayo de 2022, con la nueva vinculación al contradictorio junto a las demás dependencias demandadas, es decir, la Dirección Sanidad Militar del Ejército Nacional, Dispensario Médico 6030 – Brigada XVII Ejercito Nacional, Batallón de ASPC No. 17 “Clara Elisa Narváez Arteaga”, Batallón de APEC No. 23 “GR. Ramón Espina” de Pasto, Hospital Militar de Medellín – Homme – TC. Jairo Flórez Coronado y el Dispensario Médico de Medellín.

RESPUESTA DE LAS ACCIONADAS

La Dirección General de Sanidad Militar, señaló que la menor Emiliana Pastrana Restrepo se encuentra activa dentro del sistema de salud de las fuerzas militares a cargo de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional. Aseveró no tener competencia alguna respecto de la prestación de los servicios asistenciales de los usuarios, pues sus funciones son de carácter

administrativa y no asistenciales, por ende, no tiene competencia para autorizar o programar citas, exámenes, o procedimientos médicos, ni la entrega de insumos a los usuarios del subsistema de salud de las fuerzas militares.

Relató que la Dirección General de Sanidad Militar y la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional son dos dependencias diferentes, sin ningún tipo de relación jerárquica. En ese entendido es la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional la competente por medio de los establecimientos de sanidad militar de prestar los servicios de salud a los afiliados. Por su parte, la Dirección General de Sanidad Militar trasfiere los recursos a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional al inicio de cada vigencia, para que esta distribuya a sus establecimientos de sanidad la prestación de los servicios de salud.

Se opone a la entrega de pañales, estos no son elementos que buscan beneficiar el estado de salud de los afiliados, pues no son medicamentos o insumos médicos, son elementos de aseo que no tiene fin terapéutico, razón por la cual se encuentran por fuera del plan de servicios y su autorización solo procederá previa presentación ante el comité técnico científico conforme a la prescripción médica. En la resolución 2273 de 2021 expedida por el Ministerio de Salud, se excluye la entrega de dichos elementos ya que no pueden estar a cargo de los recursos públicos, por lo tanto, debe evaluarse la capacidad económica del núcleo familiar para solventar dichos gastos.

Ahora, relacionado con la entrega del medicamento *Vigabatrina* 500mg tableta por 270 unidades, se trata de un medicamento que requiere aprobación del comité técnico científico por cuanto se encuentra por fuera del plan de servicios de sanidad militar.

Finalmente solicita desvincular a la Dirección General de Sanidad Militar de la presente solicitud de amparo.

El Teniente Coronel Carlos Mauricio Peña Jiménez Oficial de Gestión Jurídica de la DISAN Ejército, señaló que la menor Emiliana Pastrana Restrepo se encuentra en estado activa contado con los servicios de acuerdo a los protocolos y reglamento interno.

Así mismo, se encuentra adscrita al Establecimiento de Sanidad del Batallón ASPC N 23 "Gr. Ramón Espina" de Pasto como responsable de la atención medica del paciente. En ese sentido, es el Establecimiento de Sanidad de ese batallón el competente para la prestación de los servicios médicos que requiera la paciente.

Relató que no se trata de una misma entidad, pues la Dirección de Sanidad del Ejército es un ente administrativo y los Establecimientos de Sanidad Militar son entes asistenciales y descentralizados de la Dirección de sanidad.

Aseveró que al verificar la base de datos del proveedor de medicamentos no observa medicamento que se encuentre pendiente por autorizar, pues relacionado al fármaco *vigabatrin* de 500mg por 180 formulado el 27 de abril del 2022, se realizó la primera entrega el 27 de abril del 2022 de 120 quedando pendiente 60, posteriormente el día 2 de mayo del 2022 le entregaron las 60 faltantes.

Respecto al suministro de pañales, estos son considerados insumos de aseo, por lo cual deben ser costeados por la accionante o núcleo familiar, teniendo en cuenta que no probó la falta de recursos, teniendo en cuenta que la menor es beneficiaria del señor Jesús Alberto Pastrana Restrepo que es pensionado, por lo que cuenta con los recursos económicos para costearlos, conforme al principio de solidaridad social. Sucede lo mismo con el suministro de transporte es improcedente, por no demostrar la falta de recursos económicos.

Finalmente solicita se declare la improcedencia de la acción constitucional ante la ausencia de vulneración del derecho a la salud de la menor de edad, solicitando la desvinculación del presente trámite.

El director ESM BAS 23 de Pasto, manifestó que la paciente mientras se encontraba en la ciudad de Pasto le fueron debidamente autorizados los servicios médico asistenciales requeridos. Además, que deben realizar el respectivo cambio del municipio donde se encuentra domiciliada para la continuación en la prestación de servicios de salud.

Así las cosas, es el Establecimiento de Sanidad Militar donde se adscriba a quien le asiste la responsabilidad para llevar a cabo los trámites médico asistenciales que requiera la paciente, y no al Establecimiento de Sanidad Militar BAS 23 de Pasto, dependencia que no puede entrar a prestar servicios por la ubicación de la paciente, lo anterior de acuerdo delegación y descentralización territorial que maneja el Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.

Culminó su intervención solicitando se desvincule del trámite tutelar, teniéndose en cuenta naturaleza subsidiaria y residual de la acción de tutela, pues no ha vulnerado derecho fundamental alguno, configurándose una falta de legitimación en la causa por activa.

LA SENTENCIA IMPUGNADA

Contiene un recuento de los antecedentes que motivaron la acción Constitucional y el trámite impartido, se efectuó un repaso a los derechos fundamentales invocados, para luego de plantear el problema jurídico a resolver, el señor juez *a-quo* analizó el caso concreto.

Precisa que la señora Estefanía Restrepo Restrepo, solicita tutelar en favor de su hija los derechos fundamentales a la vida y salud, y en ese sentido se ordene a Sanidad Militar autorizar y materializar los servicios médicos prescritos por

el médico tratante, garantizando el tratamiento integral, y el reconocimiento de gastos de hospedajes y transporte ida y regreso para la niña y su acompañante.

Por su parte, el Establecimiento de Sanidad Militar N 23 de Pasto informó que la paciente se trasladó de domicilio, así que se puede adscribir al Establecimiento de Sanidad Militar más cercano a su residencia, donde puedan prestarle los servicios médicos requeridos, en virtud de los principios de descentralización y desconcentración.

La menor de edad se encuentra afiliada al subsistema de salud de las Fuerzas Militares es una menor de 3 años de edad, considerada persona de especial protección constitucional, quien tiene diagnóstico de *“epilepsia y síndrome epilépticos sintomáticos relacionados con localizaciones (focales) (parciales) y con ataques parciales simples; parálisis cerebral infantil, sin otra especificación, disfagia, no control de esfínteres, secundario a patología de base”*, quien recibía tratamiento médico en el Establecimiento de Sanidad BASPC23 de Pasto.

Relata que en la actualidad tiene su domicilio en el municipio de Chigorodó, pero no se ha podido realizar el traslado de EPS de Pasto para el citado municipio, y el médico tratante desde el 26 de abril de 2021, ordenó una serie de servicios de salud, los cuales no se han realizado. Considerando vulneración a los derechos fundamentales a la vida digna, la salud y la seguridad social que le asisten a la menor accionante. Estos servicios deben ser autorizados y suministrados por el Establecimiento de Sanidad Militar BASPC23 de Pasto y la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, mientras que la representante legal gestione el traslado respectivo, pues es una carga que le corresponde adelantar a fin de que el Establecimiento de Sanidad Militar del lugar de su residencia asuma las prestaciones de salud correspondientes.

En consecuencia, ordenó al Establecimiento de Sanidad Militar BASPC23 de Pasto, y a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional DISAN, que dentro de

las 48 horas siguientes a la notificación del fallo de primera instancia, efectuaran todas las gestiones necesarias para autorizar y materializar los servicios prescritos por el médico tratante y el tratamiento integral que de estos se derive a favor de la menor Emiliana Pastrana Restrepo.

En caso de que el tratamiento médico se autorice para un municipio distinto al del lugar de residencia, suministren los viáticos de transporte intermunicipal para ella y un acompañante.

LA APELACIÓN

Inconforme con la determinación de primer grado el Director ESM BAS 23 de Pasto, y la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, impugnaron la misma en los siguientes términos:

El Director ESM BAS 23 de Pasto, denota su inconformidad con el fallo de primera instancia, pues la menor se encuentra adscrita al Establecimiento de Sanidad Militar BAS 17, donde pueden prestarle los servicios médicos que requiera, conforme a los principios de descentralización y desconcentración.

Por ende, es al Establecimiento de Sanidad Militar BAS 17 a quien le asiste la responsabilidad para llevar a cabo los trámites medico asistenciales que requiera la paciente. Pues el Establecimiento de Sanidad Militar BAS 23 de Pasto, no puede entrar a prestar servicios por la ubicación y el domicilio de la paciente.

Por lo anterior, solicita se revoque el fallo de primera instancia, pues al encontrarse la menor adscrita al ESM BAS 17 en Carepa, lo que genera una imposibilidad jurídica y fáctica por su parte para actuar.

El Teniente Coronel Carlos Mauricio Peña Jiménez, Oficial Gestión Jurídica DISAN Ejército, señalo que, al verificar la base de datos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares, observa el cambio de adscripción del

Establecimiento de Pasto al Batallón de ASPC N 17 “Clara Elisa Narvárez Arteaga” de Carepa como responsable de la atención médica. Así mismo, verificó que a la menor le están autorizando los servicios médicos requeridos. que se pronuncie frente al caso de la menor y realice lo pertinente.

Relata que, a la menor Emiliana Pastrana, le suministraron el medicamento *vigabatrina* por 180, medicamento formulado el 27 de abril del 2022 la primera entrega de 120 el mismo 27 de abril y la segunda el 2 de mayo del 2022 completando la cantidad prescrita.

Denota su inconformidad en cuanto a la pretensión de obtener el suministro de pañales desechables, pues estos son elementos o insumos de aseo y no pueden autorizarse con el rubro asignado a la salud. Pues según el principio de solidaridad, el cual establece que los familiares son los primeros llamados a suplir esas necesidades, además al no demostrar la falta de recursos para sufragarlos. Así mismo, solicita negar el suministro de transporte por el mismo motivo, pues no se demostró la falta de recursos económicos por parte de la accionante o de su núcleo familiar.

Finalmente, considera que al no estar vulnerando derecho fundamental alguno a la menor, solicita se modifique o revoque el fallo impugnado.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Solicitud de amparo

En el caso analizado solicitó la señora Estefanía Restrepo Restrepo quien actúa en representación de la menor de edad Emiliana Pastrana Restrepo, se ordene a la entidad demandada, proceda autorizar y materializar los servicios médicos denominados: *“radiografía de cadera comparativa, faringografía o esofagograma (estudio de la deglución), consulta de primera vez por nutrición y dietética, consulta de primera vez por especialista de odontopediatría, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación,*

consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de control o de seguimiento por especialista en neurología pediátrica, consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría, electroencefalograma convencional, potenciales visuales evocados multifocales y potenciales evocados auditivos de corta latencia medición de integridad”.

Así mismo, se ordene el suministro de pañales desechables etapa 3, junto al medicamento *vigabatrina* 500mg tableta por 90 capsulas, las cuales se encuentran pendientes por entregar para completar el tratamiento prescrito por el médico pediatra, solicitando a su vez el tratamiento integral para las patologías diagnosticadas a la menor de edad. Además del suministro del servicio de hospedaje y transporte de ida y regreso para ella y su acompañante.

2. Problema jurídico

En el caso *sub examine*, corresponde a la Sala determinar si en este caso se vulneran los derechos fundamentales de la menor de edad Emiliana Pastrana Restrepo, por parte de las entidades demandadas, al omitir el suministro de medicamentos y autorizaciones de servicios en salud prescritos por el médico tratante. Así mismo, establecer si es procedente concederle el tratamiento integral para la patologías diagnosticadas a la menor de edad. Al igual que la procedencia del servicio de transporte para la menor junto a un acompañante.

3. Del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de Policía

Como se dijo, en el caso *sub examine* la accionante solicita se protejan en favor de su hija menor de edad, los derechos fundamentales a la salud, a la seguridad social y a la vida, que estima vulnerados por parte de las entidades demandadas, las cuales hacen parte del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, entre otros.

Dicha organización se estableció mediante la Ley 352 de 1997 que reestructuró el Sistema de Salud en materia de Seguridad Social para las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, con el objeto de “prestar el servicio integral de salud en las áreas de promoción, prevención, protección, recuperación y rehabilitación del personal afiliado y sus beneficiarios y el servicio de sanidad inherentes a las operaciones militares y policías”.

A su vez, el artículo 9° de la citada normatividad establece que la Dirección General de Sanidad Militar, es “una dependencia del Comando General de las Fuerzas Militares, cuyo objeto será administrar los recursos del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares e implementar las políticas, planes y programas que adopte el CSSMP y el Comité de Salud de las Fuerzas Militares respecto del Subsistema de Salud de las Fuerzas Militares.”

Por su parte el artículo 23 ibidem se refiere al plan de servicios de sanidad militar y policial y señala que “Todos los afiliados y beneficiarios al SSMP, tendrán derecho a un Plan de Servicios de Sanidad, en los términos y condiciones que establezca el CSSMP. El plan permitirá la protección integral de los afiliados y beneficiarios a la enfermedad general y maternidad, en las fases de promoción y fomento de la salud y la prevención, diagnóstico, tratamiento y rehabilitación, para todas las patologías, según la intensidad de uso y los niveles de atención y complejidad que se definan. Mediante el Plan de Servicios de Sanidad, los afiliados y beneficiarios tendrán derecho a que el SSMP les suministre dentro del país asistencia médica, quirúrgica, odontológica, hospitalaria, farmacéutica y demás servicios asistenciales en hospitales, clínicas y otras unidades prestadoras de servicios o por medio de contratos de tales servicios con personas naturales o jurídicas”

De lo anterior resulta claro, que es deber de la Entidad demandada otorgar la atención médica y la asistencia necesaria a las personas que sufran afecciones de salud y que se encuentren como afiliados o beneficiarios del Sistema de Salud de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional. Desprendiéndose de ello, la responsabilidad que tiene la accionada frente a la atención en salud que en

la actualidad requiere la menor de edad afectada, con el fin de manejar su diagnóstico.

A su vez, tampoco se puede desconocer que la máxima Corporación Constitucional ha concluido que si bien el sistema de seguridad social en salud de la Policía Nacional y las Fuerzas Militares, no se rige por la Ley 100 de 1993, sino por los Decretos 1795 y 1796 de 2000, y demás normas reglamentarias, dicha normativa sigue los mismos principios del régimen general de seguridad social en salud y, en consecuencia, aplicará para este caso las mismas reglas jurisprudenciales esbozadas para el primero.

4. Del Caso en Concreto

El artículo 86 de la Constitución de 1991, propuso la acción de tutela como un instrumento de protección de los derechos fundamentales, toda vez que, ante su eventual amenaza o vulneración por las acciones u omisiones de las autoridades o particulares en los casos señalados en la ley, la persona puede acudir a instancias judiciales a fin de propender por su salvaguarda.

De esta acción se predica entonces no sólo la subsidiariedad, en virtud de la cual únicamente procede cuando quiera que el ciudadano no cuente con otros mecanismos de defensa judicial o que de existirlos no sean idóneos para evitar la configuración de un perjuicio irremediable; sino que igualmente se deben cumplir algunos requisitos para su procedencia, siendo uno de ellos y sin duda el más esencial la existencia real de la ofensa o amenaza a uno o varios derechos fundamentales que hagan necesaria la intervención del Juez constitucional en aras de su protección, pues que de lo contrario se tornaría improcedente la solicitud de amparo.

En el caso que ocupa la atención de la Sala, se tiene que la señora Estefanía Restrepo Restrepo quien actúa en representación de la menor de edad Emiliana Pastrana Restrepo, apunta a que su hija padece las patologías denominadas *G401 epilepsia y síndrome epiléptico sintomáticos relacionados*

con Loc, G809 parálisis cerebral infantil. Sin otra especificación y R13X disfragia. Así pues, el médico tratante le ordenó los siguientes servicios médicos, *“radiografía de cadera comparativa, faringografía o esofagograma (estudio de la deglución), consulta de primera vez por nutrición y dietética, consulta de primera vez por especialista en odontopediatra, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de control o seguimiento por especialista en neurología pediátrica, consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría, electroencefalograma convencional, potenciales visuales evocados multifocales, potenciales evocados auditivos de corta latencia medición de integridad”.* El medicamento denominado Vigabatrina 500mg por 270 unidades por 3 meses, y los pañales desechables etapa 3 por 360 unidades.

El juez *a-quo* tuteló los derechos fundamentales a la salud, seguridad social y a la vida invocados por la señora Estefanía Restrepo Restrepo en favor de su hija menor de edad, ordenándole al director del Establecimiento de Sanidad Militar de ASPC23 *“Ramón Espina”* de Pasto en coordinación con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, procedieran a autorizar los servicios médicos prescritos por el médico tratante, y el tratamiento integral en favor de la menor accionante para la patología de *epilepsia y síndrome de epiléptico sintomáticos relacionados con Loc, parálisis cerebral infantil sin otra especificación y disfagia.*

Debe señalarse, que esta Sala no se ha percatado del cumplimiento de los servicios de salud requeridos por la menor de edad, por parte de las entidades demandadas, por el contrario, no se puede excusar la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional con la simple manifestación de que los servicios se están autorizando, si aún no existe la materialización efectiva de los mismos, es decir la programación de cada uno de los servicios médicos. Conforme a los pañales desechables no existe evidencia de la debida entrega, concerniente al medicamento *Vigabatrina*, esa dirección asegura haber entregado la totalidad de las unidades prescritas por el médico tratante, es decir, en el escrito de

impugnación la dirección de sanidad aseguró la entrega de 180 unidades; no obstante se avizora en la fórmula 1020381 del 26 de abril de 2022 la médica pediatra recetó ese fármaco por la cantidad de 270 unidades, lo que denota que le asiste razón a la demandante y aun falta unidades pendientes por entregar.

Al respecto se tiene que para asegurar el cumplimiento de la obligación no es suficiente la expedición de la autorización para la prestación de los servicios de salud, pues que sin duda alguna se hace necesario la verificación de que efectivamente la Institución Prestadora de los Servicios a la cual se remite el afiliado, programe y practique de forma real y oportuna el servicio ordenado por el médico tratante; que es precisamente lo que pretende la actora con la presentación del amparo constitucional.

Lo cierto es que el Sistema de Seguridad Social en Salud, tanto en el régimen general como en los especiales, debe de estar orientado al principio de continuidad, es por esto, que corresponde a la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, por medio del establecimiento asignado para ello, prestar el servicio de salud de manera oportuna a sus afiliados y beneficiarios, siempre que el paciente se encuentre recibiendo un tratamiento médico indispensable para su vida y su integridad física, o para la recuperación de la salud perdida.

Derivado de ello, y conforme al material probatorio recopilado, se evidencia que la menor de edad Emiliana Pastrana Restrepo se encuentra adscrita al Batallón de ASPC N17 "Clara Elisa Narváez Arteaga" de Carepa (Antioquia), batallón que debe encargarse de la prestación del servicio de salud de la menor de edad.

Conforme a lo anterior, es dable concluir que se advierte vulneración del derecho fundamental invocado por la accionante, pues la entidad demandada no demostró que ha efectuado lo pertinente para darle cabal cumplimiento a lo pretendido por la señora Estefanía Restrepo Restrepo en favor de su descendiente.

En cuanto al *tratamiento integral*, concedido es necesario indicar que los principios de integralidad y continuidad en la prestación del servicio de salud, el artículo 49 de la Carta Política consagra la salud bajo una doble connotación: como un derecho constitucional y como un servicio público esencial que impone al Estado la obligación de organizar, dirigir y reglamentar su prestación, así como garantizar el acceso a la misma conforme los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Así las cosas, esta Sala estima acertada la decisión del juez *a-quo* de conceder el tratamiento integral para las patologías de *EPILEPSIA Y SÍNDROME EPILÉPTICO SINTOMÁTICO RELACIONADO CON LOC, PARÁLISIS CEREBRAL INFANTIL SIN OTRA ESPECIFICACIÓN Y DISFAGIA* en favor de la afectada por cuanto es una menor de edad, persona de especial protección constitucional, a la cual se le están interrumpiendo el tratamiento médico, indispensable para el mejoramiento de las condiciones o la recuperación de la salud perdida. Aunado a ello, con el fin de evitar que tenga que acudir nuevamente a la acción de tutela para la protección de derechos fundamentales, aunado a ello, de constituirse en una obligación de la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional, brindar una atención integral y de alta calidad, debido a que la salud debe de protegerse de manera total y no parcial respecto de los afiliados, esto permite que las afecciones sean más llevaderas en términos de dignidad humana.

En ese orden de ideas, esta Sala **MODIFICA** el fallo de tutela proferido por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia) el pasado 19 de mayo de 2022, en el entendido de ordenarle al Batallón de ASPC N 17 “Clara Elisa Narváez Arteaga” de Carepa (Antioquia) en coordinación con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional si aún no lo han realizado, procedan dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo a autorizar y programar los servicios médicos denominados “*radiografía de cadera comparativa, faringografía o esofagograma (estudio de la deglución), consulta de primera vez por nutrición y dietética, consulta de primera vez por especialista en odontopediatra, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta de primera vez por especialista en*

ortopedia y traumatología, consulta de control o seguimiento por especialista en neurología pediátrica, consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría, electroencefalograma convencional, potenciales visuales evocados multifocales, potenciales evocados auditivos de corta latencia medición de integridad". Así como la entrega de los pañales desechables en la cantidad y periodicidad en que fue recetado por el médico tratante. En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

Providencia discutida y aprobada por medios virtuales.

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

RESUELVE

PRIMERO: Se **MODIFICA** el fallo de tutela proferido el pasado 19 de mayo de 2022, por el Juzgado Primero Penal del Circuito de Apartadó (Antioquia), en el entendido de ordenarle al Batallón de ASPC N 17 "Clara Elisa Narvárez Arteaga" de Carepa (Antioquia) en coordinación con la Dirección de Sanidad del Ejército Nacional si aún no lo han realizado, procedan dentro de las cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación del presente fallo a autorizar y programar los servicios médicos denominados "*radiografía de cadera comparativa, faringografía o esofagograma (estudio de la deglución), consulta de primera vez por nutrición y dietética, consulta de primera vez por especialista en odontopediatra, consulta de primera vez por especialista en medicina física y rehabilitación, consulta de primera vez por especialista en ortopedia y traumatología, consulta de control o seguimiento por especialista en neurología pediátrica, consulta de control o de seguimiento por especialista en pediatría, electroencefalograma convencional, potenciales visuales evocados multifocales, potenciales evocados auditivos de corta latencia medición de integridad*"; de acuerdo a las consideraciones expuestas en precedencia.

SEGUNDO: En lo demás rige la sentencia de primera instancia.

TERCERO: La notificación de la presente providencia, se realizará conforme al artículo 30 del Decreto 2591 de 1991.

CUARTO: Envíese a la Corte Constitucional para su eventual revisión.

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario.

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **30b88bac25899dc03f3f68a5b72bc39e1c9a7c1ead99da4efe6c043aae07069f**

Documento generado en 28/06/2022 01:56:24 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA

SALA DE DECISIÓN PENAL

Proceso No. 0539061002352020001

NI: 2022-0149

Acusado: CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL

Delito: Acto sexual violento

Motivo: Apelación sentencia absolutoria

Decisión: Revoca

Aprobado Acta No.: 90 de junio 21 del 2022

Sala No: 6

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

Medellín, Junio veintiuno del año dos mil veintidos

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la Fiscalía contra la sentencia emitida el pasado 20 de Enero del año en curso por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Barbara, en la que se absolvió a CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL del delito de acto sexual violento.

2. HECHOS

Fueron presentados así en la sentencia de primera instancia, conforme a lo narrado en la acusación:

“Tuvieron ocurrencia en la madrugada del día 13 de enero del 2020 a eso de las 00:30 horas en el barrio Pueblo Nuevo de la Pintada, Antioquia exactamente en la residencia del señor CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL quien al interior de la misma acaricia en varias

oportunidades las partes íntimas del adolescente D. E. M.H. de 14 años de edad para esa época, esto es su pene y sus testículos a lo cual el menor hace repulsa , sin embargo CRISTIAN lo besó en la boca , le acarició el cuerpo por encima de la ropa y trataba de quitarle de manera violenta la chaqueta, causándole un chupado en el lado derecho del cuello, igualmente el agresor le manifestó que era Concejal de La Pintada y que le podía ayudar en el deporte con un equipo de futbol , además de ayudarle económicamente a su familia.”

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Mediante sentencia proferida el pasado 20 de enero del 2022, el Juez Promiscuo del Circuito de Santa Barbara, llegó a la conclusión que no se contaba con los parámetros señalados por el artículo 381 del Código de Procedimiento Penal que acreditaran más allá de toda duda razonable, la responsabilidad del acusado en los hechos, por lo que debía procederse con una sentencia absolutoria en favor de CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL

Indicó que si bien es cierto, quedo debidamente acreditado que el menor D.E.M.H, si estuvo en la madrugada el 13 de enero del año en curso, en la casa del acusado CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL, y este no solo tocó en su pene y testículos al menor, sino que también lo besó y acarició, no aparece acreditado que tales acto se ejecutaran precedidos de la violencia, y toda vez que aquí el adolescente es mayor de 14 años indispensable es que se demuestre la violencia para considerar punible el tipo de tocamientos que menciona el menor recibió.

Señaló que la presencia del denominado “chupado”, en el cuello del menor no indica necesariamente que se hubiere ejercitado violencia para lograr los actos sexuales, pues tal lesión se puede producir en relaciones plenamente consentidas y causarse simplemente

por el fragor de las mismas, de otra parte, el menor solo se percató de dicha lesión cuando llegó a su casa y su progenitora que si lo avizoró le preguntó por la causa del mismo.

Se precisa que del dicho del menor no queda claro si en efecto existió una violencia previa a los hechos o como se avizora al comparar la versión del menor en el juicio con la que le dio a la Comisaria de Familia, de otra parte señala que si se hicieron ofrecientes económicos o el acusado por su condición de concejal, logró con esto lograr su cometido sexual, indudable es que se configuraría el delito del artículo 2017 A del Código Penal, pero por él no se acusó, y no puede ahora hacerse, por cuanto es un tipo penal con pena mayor lo que daría al traste con el principio de congruencia.

Consideró entonces que al existir una duda sobre la configuración del elemento violencia el único camino posible es el de arribar a la absolución.

4. DEL RECURSO

La representante de la Fiscalía General de la Nación interpone recurso de apelación solicitando la revocatoria de la sentencia absolutoria señalado que del dicho de la menor rendida en el juicio, contrario a lo señalado por la falladora de primera instancia, refulge sin duda alguna la violencia que ejerció el acusado para lograr los tocamientos y el beso que le dio al menor, actos estos de un indiscutible matiz sexual, que permite demostrar la ocurrencia del delito de acto sexual violento.

Resalta varios apartes de la declaración el menor para poner de presente que él hizo actos de repulsa, pero dada la mayor edad y contextura del procesado este logró doblegarlo y ejecutó los tocamientos indebidos que el menor no quería ni consentía con lo que se configura el punible de acto sexual violento por el que se acusó, violencia que además dejó

no solo rastros en el cuello del menor, sino también una afectación que pudo verificar la psicóloga que lo valoró.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Conforme lo reglado por el artículo 34 numeral primero de la Ley 906 de 2004, es competente la Sala para conocer el recurso de alzada en tanto es superior funcional del Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Barbara, despacho que profirió la providencia que hoy se recurre, determinando si le asiste la razón a la representación de la Fiscalía General de la Nación, en el sentido de que con lo arrimado al debate probatorio se hace posible desvirtuar la presunción de inocencia que cobija al acusado, o en su defecto se debe mantener la absolución.

En ese orden de ideas nos ocuparemos de verificar si se probó el delito de acto sexual violento.

Lo primero que debemos advertir es que como ocurre en la mayoría de los delitos sexuales no existe testigos presenciales de la ocurrencia de los mismos, pues sus perpetradores generalmente buscan efectuar tales conductas alejado de la vista de otras personas, y precisamente los hechos que aquí nos ocupan no son diversos, pues los mismos según se desprende de la acusación, y lo corrobora posteriormente el menor ofendido, se presentaron en horas de la madrugada en casa de habitación de CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL.

Ahora bien, la Juez de Primera instancia, a la hora de valorar el testimonio del menor D.E.M.J., señaló que lo encontraba claro, completo y digno de crédito en relación a su narración de los motivos por los cuales llegó a casa del procesado, lo que allí sucedido, y que en efecto ROLDAN CAÑAVERAL, lo besó, tocó sus testículos y pene, sobre la ropa e

incluso le hizo un hematoma en el cuello, conocido popularmente como “*chupado*”, sin embargo no encontró que tales hechos se ejecutaron de forma violenta y concluyó que existían dudas que impedían demostrar el elemento violencia indispensable para que la conducta fuera punible, visto que D.E.M.H es mayor de 14 años.

Al respecto encuentra la Sala que la narración que hace el menor en el juicio, no solo es clara y completa en mencionar los pormenores de porque llegó a altas horas de la noche a casa del señor ROLDAN CAÑAVERAL a, y que hizo una vez estuvo en ella, sino también en la descripción que hace de cómo fue abordado sexualmente por el procesado, y la repulsa que el hizo a tales actos, por lo que contrario a lo que concluye la falladora de primera instancia, no se encuentra razón suficiente para creerle en parte al menor y dudar de otra parte se su dicho por las siguientes razones :

Sobre los motivos por los que D.E.M.H. terminó en casa de ROLDAN CAÑAVERAL, como se anticipó no solo se cuenta con el dicho del adolescente, sino también con el de la señora GLORIA PATRICIA DIAZ ZAPATA con que laboró hora previas a los hechos en unos juegos inflables del parque de la Pintada.

Ahora bien, el menor el pasado 10 de marzo del 2021 en la segunda sesión en la que compareció a declarar pues en la primera se presentaron múltiples inconvenientes con los equipos a través de los cuales era interrogado manifestó lo siguiente como se percibe a partir del minuto 0 29. 36— del registro de la audiencia.

“P. Recuerda de que temas trato la conversación que tuviste con CRISTIAN ROLDAN. C. Me pregunto que si me dijo que si lo conocía me dijo que era un concejal, me dijo que me podía ayudar con su situación económica, que me podía poner a estudiar y meterme a un equipo de futbol, me dijo que me daba cincuenta mil si me dejaba tocar. Durante cuanto tiempo se quedó con CRISTIAN ROLDAN—no se escucha, se repite la pregunta Cuanto tiempo se quedó

en la casa del señor CRISTIAN ROLDAN . C. aproximadamente una hora. P. Que actividades realizaste al interior...no se escucha... díganos que actividades realizaste al interior de esa casa. No se oye. P. Que hiciste mientras estabas allá. C. Me puse a ver las caratulas de unas películas mientras él se cambiaba para despacharme para mi casa. – interrupción..... para que la Fiscalía presente otras preguntas.... Después de despacharse negativamente algunas objeciones de la defensa sigue el interrogatorio así. P. Used había conversado con el señor antes del 12 de enero del 2020. C. No P En respuesta anterior dijo usted que cuando llegó la señora GLORIA usted se escondió, en donde se escondió. C. En el baño. P. porque lo buscaba la señora GLORIA. C. porque era muy tarde. P. que hizo Cristian Duván después – interrumpe a fiscal, discute con la comisaria. Continúa el interrogatorio. Que hizo Cristian Duván después de hablar con gloria y su hija. C. Salió con ellas a buscarme. P. Sabe porque Gloria y su hija no ingresaron a la casa cuando lo estaban buscando. C. No las dejo entrar P. Cuando dijo que Cristian Duván dijo que le iba a dar cincuenta mil si se deja tocar sus partes a que se refiere. C. A los testígalos y pene P. Que tenía usted en el cuello. C. Un chupón. P. cómo se le hizo. C me la hizo cristina un chupón en el cuello. P. en qué lado. En el cullo lado derecho. P. en que se la hizo. Con la boca. P. Usted dice que usted vio un caratulas no puede explicar de que eran. Con. Unas películas .P. Que paso después. C. Me pare y ahí fue donde le me cogió y me hizo un chupón en el cuello. – nuevamente se interrumpe, para que la Fiscalía presente otras preguntas.... Cuando Cristian Duván le ofreció la suma de cincuenta mil si se dejaba tocar sus partes, este es el pene h testículos, díganos, esta persona le tocó los testículos y su pene. C. S. P explíquenos la forma como lo toco el pene y los testículos C, me repite la pregunta. P. Se repite la pregunta. Me tocó con las manos, ósea.....no se oye. P. Donde estaba como fue. C. yo etapa parado frente a la vetona, el me toco y me hizo el chupan. P. Con que parte del cuerpo el señor Cristino lo tocó en el pene. C Cn las manos. P. Fuera de la cuenta al peso que otros ofrecientes le hizo esta persona. C Que me podía ayudar con la situación, económica, y en una escuela de micro. P. Sabe usted porque Cristian daban no quería que lo vieran con él al interior de su residencia. C. porque se supone que ya me había mando par la casa por es no me dejo entrar. P. Donde está la casa de Cristian daba

para enero del 2020. C. En pueblo nuevo, pertenece a la pintada P. Explíquenos qué tipo de violencia ejerció Cristian Duván en su contra para tocar sus testículos y le hiciera el chupan en el cuello en el lado derecho. C. Ejercer fuerza, así fue cuando me tocó las partes, yo empecé a empujarle la mano, y ahí fue cuando me empujó y me hizo el chupado en el lado derecho del cuello.-.....se formula nuevo interrogatorio. Díganos que parte de su cuerpo le toco Cristian Duván cuando lo tenía abrazado y Ud. no se podía soltar. El empezó a besarme en la boca y me tocó el pene y los testículos y me hizo un chupón en el cuello. P porque le dijo la señora Gloria qué tuviera mucho cuidado con CRISTIAN DUVAN. C. porque era marica y le gustaban los pollos, hay que dolor. P. díganos si cuando Cristian Duván le toco los testículos, el pene y le hizo el chupón, fue contra su voluntad. C repítame. P se repite la pregunta. C. Si yo nunca quise y a mí no me gustan los hombres.”

En el contrainterrogatorio de la defensa al respecto manifestó. Con que mano presuntamente le toco sus genitales. C. Con la derecha. Cuanto tiempo se los toco. C. No fue ni mucho, bajo la mano y se la quite de una. P. En qué parte específicamente le toco los genitales. C. En qué parte como así. P. se repite la pregunta. C. no entiendo. La comisaria pregunta que se reformule .P. Realizado alguna oposición frente al presunto tocamiento. C. Si. P. En qué momento se enteró del chupado. C. Cuando mi mama me dijo que tenía en el cuello. P. Que le dijo su familia. C. – Se pide replantear. Nuevo interrogatorio. P. En qué lugar de la casa concretamente le toco los genitales. C. Frente a la ventana cuando me hizo el chupón.

En el redirecto de la Fiscalía. P. Que oposición realizó usted frente los tocamientos que le hizo el señor CRISTIAN DUVAN. C. Le hice repulsa, como es le hice repulse le manotee (sic), tirándole como es no me acuerdo la palabra, Pere(sic).....P. si no te acuerda lo que ya sabe, te repito la pregunta. P. Que oposición realizó usted frente a los tocamientos que le hizo el señor CRISTIAN DUVAN. C. Le hice repulsamiento (sic), mejor dicho, me lo estaba tratando de quitar de encima, como él es más grande más alto que yo, él tiene más fuerza.

De lo expuesto por el menor refulge sin ninguna duda que el aquí procesado, lo besó, le tocó el pene y los testículos, conductas estas claramente constitutivas de un acto sexual que ejecutó después de que llevó al menor a su casa, y previo a esto le hizo algunos ofrecimientos económicos y ayudas para su familia y para ingresar a un equipo de fútbol para que consintiera en ser besado y tocado, lo que de por sí constituye ya la conducta punible descrita en el artículo 2017 A que establece: *“DEMANDA DE EXPLOTACIÓN SEXUAL COMERCIAL DE PERSONA MENOR DE 18 AÑOS DE EDAD. <Artículo adicionado por el artículo 3 de la Ley 1329 de 2009. El nuevo texto es el siguiente:> El que directamente o a través de tercera persona, solicite o demande realizar acceso carnal o actos sexuales con persona menor de 18 años, mediante pago o promesa de pago en dinero, especie o retribución de cualquier naturaleza, incurrirá por este sólo hecho, en pena de prisión de catorce (14) a veinticinco (25) años.”*, por la cual la Sala debe advertir como lo resaltó la Juez de Primera Instancia no se formuló acusación, pero además, el menor como lo reconoce en el juicio, enfáticamente se negó hacer tocado, le hizo repulsa al procesado, pero este por su contextura física, logró besarle, tocarlo y hasta hacerle un hematoma en el cuello coloquialmente conocido como chupado, conductas estas que contrario a lo expuesto por la falladora de primera instancia, para esta Sala si constituyen violencia, pues enfáticamente el menor dijo no a las insinuaciones sexuales, y el procesado se itera aprovechándose de su mayor contextura, lo abrazó, y lo doblegó para besarle y tocarlo, sin que en nada importe que el denominado chupado, se produjere más por el fragor del beso que por la violencia misma, pues lo cierto es que tal y como se parecía en la transcripción de su dicho el joven D.E.M.H. sí fue violentado, y de esto dejó constancia al declarar al decir: *“Ejercer fuerza, así fue cuando me tocó las partes, yo empecé a empujarle la mano, y ahí fue cuando me empujó y me hizo el chupado en el lado derecho del cuello.-.....”*

La Sala no debe dejar de lado que aquí la visita es un adolescente de 14 años que llega a la casa del procesado, que indiscutiblemente como él lo narra es físicamente inferior, en peso

y altura, y que además está siendo tentado con ofrecimientos económicos para aceptar ser tocado y besado, pese a esto, dice no, pero su agresor insiste, lo empuja y finalmente lo besa y lo toca pese a su negativa y repulsa, hechos estos que indiscutiblemente constituyen violencia, que hace punible el acto sexual que se ejecuta sobre una persona mayor de 14 años.

No encuentra la Sala tampoco que del hecho que el menor se escondiera como el mismo lo admite al momento de llegar la señora GLORIA PATRICIA DIAZ ZAPATA, o que no le contara inicialmente a su mamá el verdadero motivo del “chupado”, que tenía en el cuello y le dijera primera que se lo había hecho una niña, implique que el menor mienta al contar como fue violentado sexualmente, pues indudable es que él, siente temor de lo que vivió, de ser tachado de homosexual, aspecto que enfatiza en su declaración en el juicio cuando dice que a él no le gustan los hombres, y los eventos que padeció como lo evidenció el psicólogo que lo valoró lo afectaron en gran medida, no podemos pasar por alto que aquí la víctima es un joven de apenas 14 años, con poca experiencia, de escasos recursos y migrante, que puede y en efecto fue fácilmente embaucado por el procesado que como concejal, le hizo buenos ofrecimientos, lo invitó a su casa, lo pretendió sexualmente y pese a que el menor se negó a consentir en lo solicitado lo violentó para lograr finalmente su objetivo, que no pidiera auxilio a pesar de que la señora Gloria llegó a la casa, no implica que en efecto no estuviere siendo coaccionado para acceder a los tocamientos y besos, y aquí vuelve y se insiste, no se trata de una persona mayor de edad, sino de un adolescente de 14 años, el cual no necesariamente reacciona como se espera de una persona mayor de edad.

Ya la jurisprudencia de la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia en eventos de violencia sexual ha precisado que para que este se configure no es indispensable que la víctima en efecto haga repulsa, grite, pida auxilio, como parece insinuarlo la falladora de primera

instancia al cuestionar porque si llego una ercerá persona a la casa, el joven no pidió auxilio, al respecto el Alto Tribunal precisa¹:

“Por lo mismo, insiste, resulta contrario a la lógica confundir la falta de reacción con la permisión, toda vez que el tipo penal correspondiente exige como elemento la violencia y no que la víctima tenga la obligación de oponerse, precisamente por las múltiples reacciones que una imagen violenta pueda generar en ella. Aplicable al caso, por tanto, emana la misma regla de experiencia derivada del hurto calificado por la violencia (art. 240 nos. 1-2 del C.P.) y agravado por atacar bienes móviles como celulares (Art. 241 nos. 5-10 ib.), “comúnmente denominado raponazo”, de corriente acontecer y que tienen en alerta y peligro a cualquier ciudadano por cuanto han trascendido incluso hasta la muerte de la víctima, “muchas, pero muchísimas veces, el agredido al perder su bien (celular), considera que no haber sido lesionado, resulta mejor que haber opuesto resistencia, que le hubiera causado por retaliación un resultado peor. No pone denuncia alguna, ni avisa a las autoridades y pasa a engrosar el inmenso número de afectados, Jaque en que se encuentra toda una nación. Pero no por ello (que no haya resistencia) el delito no existe o el agredido lo permitió (aun cuando se hace entrega del bien por miedo) o; como en este caso que lo consienta”.

Debe aquí también indicarse que la Juez de instancia, señala que al corroborar las versiones de los hechos que dio el menor tanto a la psicóloga que lo valoró en la Comisaria de Familia, como al médico legista EDUARDO JOSE CAMEJO, surgen una serie de dudas, sobre la forma como se voló de la casa de su supuesto agresor por el techo, o si la violencia se ejerció después de tomar el vaso de agua, o cuando estaba viendo las caratulas, ejercicio de confrontación que no se hizo en el juicio, pues al menor ningún sujeto procesal le impugnó credibilidad con sus declaraciones previas, y el análisis que ahora hace la juez de primera instancia para encontrar dudas en lo dicho por el menor no parte de que este se contradiga con lo que en algún momento previo dijo a la psicóloga o al médico legista y esto se puede deber a que el menor no fue interrogado por tal tópico, o el tema no resultó de interés para quien ahora rememora lo que oyó decir al joven cuando lo examinaba, lo que no puede entonces usarse como se hace en el fallo de primera instancia, para decir que el dicho del menor no es digno de crédito.

¹ Radicado 43880 del 2015.

Se insiste revisada la declaración rendida por la menor en el juicio no aprecia la Sala que se, hubiera hecho uso de versiones anteriores para impugnar la credibilidad de la menor, simplemente al momento de valorarse en primera instancia el testimonio del adolescente se procede hacer un ejercicio de constatación para atacar su credibilidad lo que no resulta admisible, pues se itera si pretendía utilizar dichas versiones previa se debió como lo precisa la jurisprudencia hacer uso de las mismos en el escenario preciso como lo es el del contrainterrogatorio.

Al Respecto en sentencia con el radicado 51914 de 01 de julio de 2020, M.P. GERSON CHAVERRA CASTRO), señaló:

“6. Pese al restringido margen del reproche, como se dijo orientado a evidenciar que la sentencia falseó la prueba sustento de la condena, dadas las vicisitudes probatorias que determinaron la solución de este caso, lo primero que se impone precisar, tomando como referente necesario la depurada técnica que la jurisprudencia ha decantado sobre este particular (Sentencias No. 25.738 de 2006, No. 26411 de 2007, No. 44950 de 2017, No. 43651 de 2018, No. 48959 de 2018 y No.49509 de 2019, entre otras), es el tema relacionado con las reglas orientadas a regular la incorporación y valoración de declaraciones anteriores al juicio, cuando quiera que, como sucede en este caso, el testigo de cargo se retracta o cambia su versión.

A este respecto, dentro del modelo judicial en materia penal adoptado en la Ley 906 de 2004, como bien se sabe, la sentencia solamente puede fundarse en pruebas aportadas en desarrollo del debate oral, esto es, aquellas practicadas y controvertidas en presencia del juez. De esta especie participan tanto las pruebas directas, como el uso de declaraciones anteriores dirigidas a refrescar memoria (Art. 392 d.) o impugnar credibilidad (Art. 393 b.), los cuales se constituyen en instrumentos que dinamizan tanto el interrogatorio como la impugnación de credibilidad del relato de un testigo.

Pero excepcionalmente se admiten declaraciones anteriores como medios de prueba, en las hipótesis de prueba anticipada (Art. 284 id.), prueba de referencia (Art. 438 id.) y en el supuesto de declaraciones anteriores inconsistentes con aquello que el testigo declara dentro del juicio (Art. 347 id.); esto es, cuando modifica su versión original, caso en el cual debe ser valorado como medio de prueba siempre y cuando el

testigo se haya retractado o cambiado su versión y esté disponible para ser contrainterrogado.

7. En efecto, así sintetiza la Corte su pensamiento sobre esta materia en la referida decisión 43651 de 2018:

*En ese escenario, la Sala ha señalado que 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 forma resumida, de acuerdo con lo establecido por la Corte, la admisibilidad de las declaraciones anteriores **como medio de prueba**, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el contrainterrogatorio.*

En cuanto a las razones que fundamentan, en tales condiciones, el empleo de las declaraciones previas como prueba, precisa la Corte lo siguiente:

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de contrainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

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

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.³”

*Así las cosas, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté **disponible**⁴ en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el contrainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia⁵; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte⁶, para que pueda ser valorada por el juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones⁷, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente”.*

Es cierto que dichas entrevistas a pesar de que la menor declaraba personalmente en el juicio fueron indebidamente introducidas al juicio, sin que se avizorara cual era la razón para hacerlo dado que adolescente comparecía al juicio y sin que en momento alguno se le impugnara credibilidad o se utilizaran para refrescar memoria, y también es cierto que la falladora de primera instancia, decidió contrastar tales entrevistas para concluir que tenía dudas en lo dicho previamente frente a lo afirmado en el juicio , sin embargo porque indebidamente se haga eso no puede ahora esta instancia, mantener el error y realizar un

³ Ib. Sentencia citada

⁴ La disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el contrainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

⁵ Sentencia citada Rad. 44950

⁶ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

⁷ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario

confrontación que no se hizo con la técnica y en la oportunidad debida por algún de los sujetos procesales, y mucho menos entrar a concluir que porque su narración fue más corta que la que hizo en el juicio, surgen dudas de si lo allí afirmado es cierto, cuando lo evidente es que si fue tocado, si fue besado, esto se hizo contra su voluntad y el procesado lo logró a través de su superioridad física, a que lo empujó, lo abrazo y al final lo besó y lo tocó.

Además, se insiste, si el acto sexual no hubiere sido violento sino consentido, no sería lógico que se encontrara secuelas en la psiquis del menor como las que evidencia la psicóloga ANA MARIA BAHENA ROJAS, de la Comisaria de Familia que pone de manifiesto la gran afectación que percibió en el joven D. E. M.H, los hallazgos de los profesionales de la salud que valoran al joven no hacen menos probable su dicho como lo concluye la falladora de primera instancia, sino por el contrario hacen que en efecto el mismo si sea probable. No debemos pasar por alto Sobre lo que aprecian los profesionales de la salud cuando valoran a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“En particular, impera señalar que lo referido por la víctima ante dichas profesionales de la psicología y la medicina, ingresa directamente como elemento de juicio menesteroso de considerar, pues, en tanto fundamento de las experticias por ella rendidas, hacen parte integral de la misma, como claramente lo dejó sentado la Sala en oportunidad anterior⁸:”

“Impera destacar que mientras el testigo, en estricto sentido y por regla general, suministra una declaración acerca de su experiencia en hechos pasados que haya percibido directamente bajo el influjo de sus sentidos, el perito al rendir su dictamen, entendido en los dos actos que lo componen, puede emitir su opinión y transmitir su conocimiento acerca de cuestiones pasadas, presentes o futuras.

(...)

El mismo arquetipo de solución reflexiva se adopta ahora jurisprudencialmente para Colombia, donde también es una realidad, como en todas las latitudes, que los peritos — no solo médicos— tienen como parte de sus elementos de trabajo información obtenida

⁸ Sentencia del 17 de septiembre de 2008, Radicado N 29.609.

por fuera de la audiencia pública. La experticia médica es uno de los ejemplos más sobresalientes a ese respecto, pero no el único.

El fundamento lógico del anterior aserto, en el caso de las pericias médicas, consiste en que si en la vida cotidiana los profesionales de la salud toman decisiones importantísimas para la vida de los pacientes, guiados por lo dicho en la historia clínica, lo explicado por otros médicos y lo relatado por el mismo paciente o por terceros, no se vislumbran argumentos razonables para descartar o enervar, por ese mismo motivo, la opinión pericial en el juicio oral basada en aquel tipo de información.”⁹

En relación entonces a los informes que elaboraron tanto médicos, como la psicólogos, encuentra la Sala que, los mismos dan dos tipos de información, una que evoca lo que la menor les comentó a los profesionales de la salud, y por lo tanto es una prueba indirecta, pues estos no presenciaron lo que la menor narra, y otra distinta lo que ellos si percibieron, y que por lo mismo es prueba directa, pues pudieron constatarlo directamente en ese orden de ideas lo que apreció directamente la psicóloga, fue un adolescente temeroso de ser juzgado por los hechos ocurridos, tal y como lo percibió de su lenguaje corporal y de las respuestas que daba a la entrevista, y este aspecto fue el que expuso cuando fue llamada a juicio, aspecto que como se viene indicando permite entender entonces porque inicialmente no quiso contar lo ocurrido a su madre, pero después si informó los hechos, actitud esta que resulta lógica para un joven que deben afrontar este tipo de experiencias.

Por último debe resaltarse que ampliamente se ocupó la Juez de primera instancia, en valorar las pruebas de descargo para considerar que un supuesto interés económico indebido no aparecía probado para decir que la acusación que lanza el adolescente contra el procesado no sea verdad, y lo que se busque simplemente es aprovecharse de su condición de concejal y obtener un provecho económico, si aparece entonces que el dicho del menor no está imbuido de un interés indebido, si lo narrado por él es claro, coherente, completo, porque no se le cree que los actos sexuales de los que fue víctima e produjeron

⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Sentencia del 21 de septiembre de 2012, radicado. 36827 M.P. Julio Enrique Soca Salamanca

en contra de su voluntad, no aprecia la Sala razón alguna para creer buena parte de su dicho, pero dudar de lo referente a la violencia de la que fue víctima, por ende no se comparte el planteamiento final de la falladora de primera instancia, que considera que no se probó el elemento violencia.

En consecuencia, como lo reclama la parte recurrente deberá revocarse la sentencia de primera instancia, pues efectivamente si se probó que los actos sexuales de los que fue víctima el joven D. E. M. H, si estuvieron precedidos de violencia ejercida por parte del acusado y por lo mismo estos son punibles.

Ahora bien, está también como ya se evidenció la conducta descrita en el artículo 217 A del Código Penal de demanda de explotación sexual, pero por tal hecho que se describió fácticamente en la acusación, no se hizo imputación jurídica alguna, lo que impide en irrestricto respeto al principio de congruencia entrar ahora a emitir una sentencia condenatoria por tal delito, inexplicablemente omitido por el Ente instructor al presentar la acusación, por lo que la sentencia de primera instancia, será revocada pero para condenar única y exclusivamente por el delito de acto sexual violento.

De la tasación de la pena

El delito de acto sexual violento es sancionado con una pena que va de 8 a 16 años de prisión, el cuarto mínimo en consecuencia va hasta los 10 años los cuartos medios hasta los 14 años y el cuarto máximo hasta los 16 años, no se imputaron circunstancia de mayor punibilidad, y la falta de antecedentes del procesado, hace presumir su buena conducta anterior por lo que aparece una causal de menor punibilidad lo que nos ubica entonces en el cuarto mínimo y en este encuentra la Sala procedente fijar la pena en el mínimo previsto por el legislador esto es 8 años vista la forma de ejecución de la conducta punible.

Por el mismo término de la pena privativa de la libertad se impone la pena accesoria de inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones públicas conforme a lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 906 del 2004.

De la libertad del procesado.

Teniendo en cuenta el monto de la pena impuesta y las prohibiciones establecidas en la ley de la infancia y la adolescencia, la pena impuesta se deberá cumplir de forma intramural, debiendo tenerse como parte de pena cumplida el tiempo que el procesado estuvo privado de la libertad durante el trámite de esta actuación. Líbrese en consecuencia la respectiva orden de captura.

Otras determinaciones.

En firme esta sentencia se dará curso al incidente de reparación integral en el despacho de primera instancia, y se remitirá copia de la actuación a los Juzgados de Ejecución de Penas y medidas de seguridad para la vigilancia del apena aquí impuesta.

Como aquí hay una sentencia condenatoria que se emite por primera vez en segunda instancia contra lo aquí resuelto procede la impugnación especial conforme a los lineamientos trazados tanto por la Sala Penal de la Corte Suprema de Justicia, como por la Corte Constitucional sobre la doble acordada.

Sentencia discutida y aprobada por medios virtuales.

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial 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 absolutoria proferida por el Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Barbara del pasado 20 de enero del año en curso y en su lugar condenar a CRISTIAN DUVAN ROLDAN CAÑAVERAL por el delito de acto sexual abusivo e imponerle una pena de 8 años de prisión e inhabilitación para el ejercicio de derechos y funciones publicas por el mismo término. Pena que deberá descontar en el establecimiento penitenciario que a tal fin establezca el INPC, para lo cual se deberá librar la respectiva orden de captura en su contra.

SEGUNDO: Esta decisión se notifica en estrados y contra la misma procede tanto la impugnación especial, conforme al principio de doble acordada como el recurso extraordinario de casación.

A la ejecutoria de esta providencia DEVUÉLVASE al Juzgado de origen, para que se de tramite al incidente de reparación integral y se remita la actuación a los juzgados de ejecución de penas y medidas de seguridad debiéndose previamente librar las comunicaciones de rigor para publicitar la presente sentencia condenatoria.

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

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

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

Código de verificación: **c4d6ec28011c039d3380d6a8777efebf3f7e143f359d604eea34d3035e7fb4bbe**

Documento generado en 21/06/2022 03:53:07 PM

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

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE ANTIOQUIA
SALA DE DECISIÓN PENAL

CUI: 056156099153201 801349-00
PROCESADO: AURELIANO LOPEZ LOPEZ
DELITO: ACTO SEXUAL ABUSIVO
DECISION: CONFIRMA SENTENICA CONDENATORIA
Aprobado mediante acta 91 de junio 22 del 2022.

N.I. 2022-0264

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

Medellín, Junio veintidós de dos mil veintidós.

1. OBJETO DEL PRONUNCIAMIENTO

Resolver el recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia emitida el pasado 9 de febrero del 2022 por el Juzgado Tercero Penal del Circuito de Rionegro.

2. HECHOS

En la audiencia de formulación de acusación, procedió la Fiscalía a reseñar los hechos jurídicamente relevantes bajo los siguientes términos:

“Se inicia por una denuncia instaurada por la señora Dora Astrid Cartagena el día 08 de agosto de 2018 en contra de Aureliano López, por cuanto cometió actos sexuales abusivos consistentes en tocamientos de la vagina por encima de la ropa, de su hija V.E.C. de 11 años de edad, el día 16 de julio de 2018 fecha en la que fueron de visita a casa de éste ubicada en la vereda Barro Blanco de Rionegro, sector Alto Vallejo.

También se ha dicho que los hechos ocurren en otra oportunidad cuando la menor tenía cuatro años, aunque no precisa la fecha exacta, Aureliano realizó tocamientos de la

misma manera en su vagina. Solamente se puede precisar que, este último evento, ocurre en el año 2011, en su lugar de residencia.”

3. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA.

Inicia con una relación de los hechos jurídicamente relevantes, para luego narrar los pormenores del proceso y referirse a la prueba aportada en el juicio para llegar a la conclusión que con la versión de la menor ofendida aparece debidamente acreditada la ocurrencia de los diversos eventos de abuso sexual que sufrió la menor V. E. C.

Advirtió eso sí que los testigos Kelly Johana Echeverri Cartagena y Dora Cartagena Henao no presenciaron el Injusto penal de actos sexuales con menor de 14 años; éstos testigos al igual que el médico Óscar David Morales Zapata y el relato de la menor en la entrevista forense, no son en consecuencia pruebas de los hechos materia de juzgamiento. El valor probatorio que se asigna a estas declaraciones, se concreta solo en cuanto a la credibilidad del testimonio de la menor víctima, en tanto que, con ellos, se puede establecer la ausencia de contradicciones en la revelación del hecho victimízatele otra parte, se resalta también que, del testimonio de Dora Astrid Cartagena Henao, madre de la menor víctima, se extrae la prueba de corroboración periférica necesaria también para la credibilidad o fiabilidad del testimonio de la niña.

Señaló que pese a no evidenciarse ninguna huella física en la menor al momento de la valoración sexológica y que la misma niña se haya negado al examen visual de su cuerpo, ello no constituye un dato de refutación de los hechos a demostrar en esta vista pública. Ya el médico forense Oscar David Morales Zapata había dado cuenta de lo innecesario de someter a la niña a una observación directa de sus genitales, al tratarse de un delito de actos sexuales, en los que el tocamiento de su vagina fue por encima de la ropa, pues con ello se busca evitar la revictimización, sin embargo, la contundencia y claridad del testimonio de la víctima del delito resulta suficiente para la emisión de una sentencia

condenatoria.

En conclusión, entró satisfechos los requisitos de ley para la emisión de una sentencia condenatoria, y en consecuencia hizo destinatario al acusado de una pena de 108 meses de prisión, negando cualquier subrogado o beneficio de libertad en razón de la pena impuesta y la prohibición establecida para este tipo de conductas punibles.

4. MOTIVOS DE LA APELACION

La defensa del procesado solicita la revocatoria de la sentencia condenatoria de primera instancia por las siguientes razones:

El dicho de la menor no resulta plenamente creíble, ella narra dos eventos de abuso sexual uno ocurrido años atrás sin poder precisar fechas y otro que sin dubitación alguna fija haber ocurrido el día 16 de junio del 2018, sin embargo cuando en desarrollo del juicio se expone un DVD que contiene una entrevista que rindió la menor, esta aparece en la misma señalando que los hechos se presentaron en septiembre del año 2018 lo que resta credibilidad al dicho de la menor, pues evidente es la falta de consistencia en la fecha de ocurrencia de los hechos .

La menor enfatiza que el día en que se presentaron los hechos estaba vestida con un pantalón y una blusa, sin embargo, su progenitora al declarar mención que la niña ese día usa un vestido y no tenía pantalones.

La hermana mayor de la ofendida comparece al juicio e indica que el procesado también en una oportunidad la trato de besar, sin embargo, ella que entonces fue víctima cambien de un abuso sexual, nunca reportó ese evento y solo se viene a conocer en desarrollo del juicio,

si esto era cierto, ella porque guardó silencio y no brindó protección a su hermana contando lo sucedido para evitar que tan reprochable hecho se repitiera.

La menor referenció otro evento de abuso sexual ocurrido cuatro años atrás, sin embargo, no entregó detalles del mismo, que permitan establecer como ocurrido, no puede darse crédito a una versión que no explicita como se presentaron los hechos, de otra parte, la menor se negó a que el médico legista la revisara.

No se tuvo en cuenta de otra parte la separación de los padres de la menor lo que generó en ella varios conflictos, pensamientos suicidas que se hiciera laceraciones en su cuerpo y una situación de rebeldía, que indudablemente afectan su psiquis y que ponen en duda si en efecto ella este relatado hecho que padeció.

5. PARA RESOLVER SE CONSIDERA

Procede la Sala a ocuparse de los planteamientos de la defensa con los que busca se revoque la sentencia condenatoria emitida en contra de AURELIANO LOPEZ LOPEZ, anunciando desde ya que los mismos no tiene ninguna vocación de prosperar.

Lo primero que debemos advertir es que pese a que en la acusación se referenciaron dos eventos de abuso sexual, uno ocurrido el mes de julio del año 2018 y otro para el año 2011, inexplicablemente la Fiscalía General de la Nación solo formuló acusación por una conducta de abuso sexual, omitiendo considerar el concurso, omisión esta que no puede ahora subsanarse sin dar al traste con el principio de congruencia, pese a la indiscutible falencia del ente instructor en la presentación de la acusación.

Ahora bien, la defensa, fustiga fundamentalmente el dicho del a menor, única testigo de los hechos, pues como es de común ocurrencia en este tipo de condutas sexuales, no hay

testigos presenciales de los mismos, sin embargo, los argumentos que presentan no tienen como se viene anunciando vocación de prosperidad, y por el contrario ante la concordancia y solidez del dicho de la menor el mismo resulta suficiente para fundamentar una sentencia condenatoria.

En primer lugar, se debe indicar que como lo que se notició por la menor fueron tocamientos sobre su ropa, lógico es entonces como lo expuso el médico FELIPE EDUARDO CASTRILLON, que no queden señales en el cuerpo de la menor, por lo mismo en nada afecta la credibilidad de su dicho que ella se negara inicialmente a permitir se examinada físicamente.

De otra parte no entiende la Sala porque el defensor considera que si la menor tuvo problemas psicológicos por la separación de sus padres, tuviera en ese momento pensamiento depresivos, rebeldía o se autolesionara, y por esto ella llegará a inventar un supuesto evento de abuso sexual, no desarrolla el recurrente ningún argumento que permita concluir esto, por el contrario pretende echando mano de un argumento *ad hominen*, atacar a la menor ofendida, por los problemas familiares que ella hubiere vivido, y decir que porque no es una niña "normal", de un hogar feliz, su dicho no puede ser digno de crédito.

Tampoco entiende la Sala en que afecta la credibilidad del dicho de V. E. C, que su hermana KELLY JHOANAN que al parecer también fue víctima de un abuso sexual por parte del procesado, no denunciara oportunamente lo ocurrido, y resulta por demás exótico, decir que no se puede creer en la aquí ofendida, porque su hermana no hizo nada para evitar que la experiencia traumática que ella padeció, se repitiera años después en su consanguínea.

Tampoco le resta credibilidad al dicho de la menor ofendida, que su narración de los eventos ocurridos en el año 2018, sea fluido y completa, pero del evento del año 2011 no

lo sea, pues evidente es que ella recuerda con más claridad lo ocurrido pocos años atrás y no lo que tiene que rememorar casi diez años después en desarrollo del juicio.

Se debe tener en cuenta igualmente la forma cómo debe valorarse el testimonio de los niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales; para lo cual la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

“Una adecuada valoración del testimonio exige al funcionario tener en cuenta los principios de la sana crítica y para ello habrá de apreciar lo percibido por el declarante, su estado de sanidad y los sentidos por los cuales tuvo la percepción, así como las circunstancias de tiempo y modo de la captación y su personalidad.

Cuando dentro de un proceso una misma persona rinde varias versiones, la regla de experiencia enseña que bien pueden no coincidir en estricto sentido unas y otras. Es más, una perfecta coincidencia podría conducir a tener el testimonio como preparado o aleccionado. Las posibles contradicciones en que haya incurrido no son suficientes para restarle todo mérito, pues “en tales eventos el sentenciador goza de la facultad para determinar, con sujeción a los parámetros de la sana crítica, si son verosímiles en parte, o que todas son increíbles o que alguna o algunas de ellas tienen aptitud para revelar la verdad de lo acontecido”¹. Por manera que, si el declarante converge en los aspectos esenciales, el juzgador no podrá descartar sus dichos”²

Aquí la menor presenta un relato claro y completo de lo ocurrido, en dos momentos diversos, y su dicho no tiene contradicciones, ni vacíos que le reste credibilidad de otra parte, aparece corroborado en tiempo y espacio con el dicho de su progenitora sobre la posibilidad que tuvo el procesado por la cercanía con la familia de estar en contacto con la menor lo que implica que si hay corroboración periférica de lo ocurrido.

Ahora bien, señala la defensa que hay una contradicción entre el dicho de la menor y la madre sobre que prendas usaba esta última el día de los hechos, sin embargo encuentra la Sala que la madre de la menor no presenció los hechos, no estaba con su hija al momento

¹ Sentencia de casación del 11 de octubre de 2001, radicado 16.471.

² Sentencia de Casación del 5 de noviembre del 2008 Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez. Radicado 30305

de los mismos, sino que se entera de forma posterior de la ocurrencia de los mismos, pues la menor estaba al cuidado del a soñera MARIA DEL ROSARIO, por lo tanto, no se puede decir que en efecto ella supiera cual era la ropa que usaba la menor al momento de los mismos , pues se itera ella no estaba con su hija en ese momento, ni siquiera estaba bajo su cuidado, por estar ella laborando y tener otra persona que se hacía cargo de la menor.

El otro argumento que trae el recurrente es que confrontando la versión de V. E. C en el juicio, con una entrevista previa que se incorporó en desarrollo del juicio, en un disco que contenía la grabación en audio video de la misma, se evidencia, que la joven cambia el mes de ocurrencia de los hechos en el año 2018, lo que le resta toda credibilidad a su dicho, frente a esto se debe indicar que revisada la declaración rendida por la menor en el juicio no aprecia la Sala que se, hubiera hecho uso de versiones anteriores para impugnar la credibilidad de la menor, simplemente al momento interponerse el recurso de apelación se procede hacer un ejercicio de constatación para atacar su credibilidad lo que no resulta admisible, pues si pretendía utilizar dichas versiones previa se debió como lo señala la jurisprudencia hacer uso de las mismos en el escenario precisó como lo es el del contrainterrogatorio, a fin de impugnar la credibilidad del dicho de la declarante, y no como un ejercicio posterior de contrastación que es lo que ahora realiza la defensa.

Al Respecto en sentencia con el radicado 51914 de 01 de julio de 2020, M.P. GERSON CHAVERRA CASTRO, señaló:

“6. Pese al restringido margen del reproche, como se dijo orientado a evidenciar que la sentencia falseó la prueba sustento de la condena, dadas las vicisitudes probatorias que determinaron la solución de este caso, lo primero que se impone precisar, tomando como referente necesario la depurada técnica que la jurisprudencia ha decantado sobre este particular (Sentencias No. 25.738 de 2006, No. 26411 de 2007, No. 44950 de 2017, No. 43651 de 2018, No. 48959 de 2018 y No.49509 de 2019, entre otras), es el tema relacionado con las reglas orientadas a regular la incorporación y valoración de declaraciones anteriores al juicio, cuando quiera que, como sucede en este caso, el testigo de cargo se retracta o cambia su versión.

A este respecto, dentro del modelo judicial en materia penal adoptado en la Ley 906 de 2004, como bien se sabe, la sentencia solamente puede fundarse en pruebas aportadas en desarrollo del debate oral, esto es, aquellas practicadas y controvertidas en presencia del juez. De esta especie participan tanto las pruebas directas, como el uso de declaraciones anteriores dirigidas a refrescar memoria (Art. 392 d.) o impugnar credibilidad (Art. 393 b.), los cuales se constituyen en instrumentos que dinamizan tanto el interrogatorio como la impugnación de credibilidad del relato de un testigo.

Pero excepcionalmente se admiten declaraciones anteriores como medios de prueba, en las hipótesis de prueba anticipada (Art. 284 id.), prueba de referencia (Art. 438 id.) y en el supuesto de declaraciones anteriores inconsistentes con aquello que el testigo declara dentro del juicio (Art. 347 id.); esto es, cuando modifica su versión original, caso en el cual debe ser valorado como medio de prueba siempre y cuando el testigo se haya retractado o cambiado su versión y esté disponible para ser conainterrogado.

7. En efecto, así sintetiza la Corte su pensamiento sobre esta materia en la referida decisión 43651 de 2018:

*En ese escenario, la Sala ha señalado que 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 testimonial³), 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 forma resumida, de acuerdo con lo establecido por la Corte, la admisibilidad de las declaraciones anteriores **como medio de prueba**, está sujeta principalmente a dos requisitos: i) que la declaración anterior sea inconsistente con lo declarado en juicio, y ii) que la parte contra la que se aduce el testimonio tenga la oportunidad de ejercer el conainterrogatorio.*

En cuanto a las razones que fundamentan, en tales condiciones, el empleo de las declaraciones previas como prueba, precisa la Corte lo siguiente:

³ Ello sin que pueda descartarse la posibilidad de que la parte que presenta al testigo se vea compelida a impugnar su credibilidad. [lo] cual puede suceder, por ejemplo, si durante el interrogatorio el fiscal o el defensor se percatan de que han sido engañados por el testigo.

Ante esta realidad, la admisión excepcional de declaraciones anteriores inconsistente con lo declarado en juicio es ajustada al ordenamiento jurídico, siempre y cuando se garanticen los derechos del procesado, especialmente los de contradicción y confrontación.

En ese sentido debe interpretarse el artículo 347 de la Ley 906 de 2004, en cuanto establece que una declaración anterior al juicio oral “no puede tomarse como una prueba por no haber sido practicada con sujeción al interrogatorio de las partes”. Visto de otra manera, cuando se supera la imposibilidad de ejercer el derecho a la confrontación (que tiene como uno de sus elementos estructurales la posibilidad de conainterrogar al testigo), desaparece el principal obstáculo para que el juez pueda valorar la declaración rendida por el testigo por fuera del juicio oral, cuando éste se ha retractado o cambiado su versión en este escenario.

La anterior interpretación permite desarrollar lo establecido en el artículo 10 de la Ley 906 de 2004 (norma rectora), que establece que “la actuación procesal se desarrollará teniendo en cuenta el respeto de los derechos fundamentales de las personas que intervienen en ella y a la necesidad de lograr eficacia en el ejercicio de la justicia”, bajo la idea de la prevalencia del derecho sustancial.

De esta manera se logra un punto de equilibrio adecuado entre los derechos del procesado (puede ejercer a cabalidad los derechos de confrontación y contradicción) y las necesidades de la administración de justicia frente al fenómeno recurrente de la retractación de testigos, que ha sido enfrentado de manera semejante en otros ordenamientos jurídicos, inclusive en aquellos que tienen una amplia trayectoria en la sistemática procesal acusatoria, según se señaló párrafos atrás.⁴

*Así las cosas, la posibilidad de ingresar como prueba las declaraciones anteriores al juicio oral está supeditada a que el testigo: i) se haya retractado o cambiado la versión; ii) esté **disponible**⁵ en el juicio oral para ser interrogado sobre lo declarado en este escenario y lo que atestiguó con antelación, si no está disponible para el conainterrogatorio, la declaración anterior quedará sometida a las reglas de la prueba de referencia⁶; iii) por otra parte, que la declaración se incorpore mediante lectura; iv) por solicitud de la respectiva parte⁷, para que pueda ser valorada por el*

⁴ Ib. Sentencia citada

⁵ La disponibilidad del testigo no puede asociarse únicamente a su presencia física en el juicio oral. Así, por ejemplo, no puede hablarse de un testigo disponible para el conainterrogatorio cuando, a pesar de estar presente en el juicio oral, se niega a contestar las preguntas, incluso frente a las amonestaciones que le haga el juez.

⁶ Sentencia citada Rad. 44950

⁷ No puede ser por iniciativa del juez. Esta facultad oficiosa le está vedada en la sistemática procesal regulada en la Ley 906 de 2004.

juez. En tales condiciones, el sentenciador contará con las dos versiones⁸, que le permitirán con mayor criterio adoptar la determinación correspondiente”.

Es cierto que dichas entrevista a pesar de que la menor declaraba personalmente en el juicio fueron indebidamente introducidas al juicio, sin que se avizora cual era la razón para hacerlo dado que adolescente comparecía al juicio y sin que en momento alguno se le impugnara credibilidad o se utilizaran para refrescar memoria, y sin embargo porque indebidamente se incorporó dicha entrevista no resulta posible ahora esta instancia, entrar entonces hacer un ejercicio de confrontación con la declaración previa, cuando lo cierto es que la misma nunca se usó para tal fin en desarrollo del interrogatorio a la V. E. C.

En este orden de ideas la Sala no encuentra que existan motivos para entrar a revocar la sentencia materia de impugnación por lo que la misma será confirmada.

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: CONFIRMAR la sentencia materia de impugnación de conformidad a lo señalado en el cuerpo motivo de esta sentencia.

SEGUNDO: Contra lo aquí resuelto procede el recurso extraordinario de casación que debe interponerse dentro de los 5 días siguientes a la notificación de esta sentencia.

⁸ La rendida por fuera del juicio oral y la que el testigo entrega en ese escenario

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Gustavo Adolfo Pinzón Jácome
Magistrado Ponente

Edilberto Antonio Arenas Correa
Magistrado

Nancy Ávila de Miranda
Magistrada

Alexis Tobón Naranjo
Secretario

Firmado Por:

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

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

Tribunal Superior De Antioquia - Antioquia

Edilberto Antonio Arenas Correa

Magistrado

Sala 001 Penal

Tribunal Superior De Medellin - Antioquia

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

Código de verificación: **d37e74c9e68a83ebe2c83ef01c97b5f885a45394d42150949f091f66cb60cfb5**

Documento generado en 22/06/2022 01:27:51 PM

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

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