

RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

ESTADO ELECTRÓNICO 062

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

Radicado Interno	Tipo de Proceso	ACCIONANTE/SOLICITANTE DELITO	ACCIONADO / ACUSADO	Decisión	Fecha de decisión
2023-0485-1	Tutela 2° instancia	YOVANY ALEXIS SÁNCHEZ MÚNERA	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Abril 13 de 2023
2023-0511-1	Tutela 1° instancia	VANESSA ANDREA RÍOS CAÑAS	FISCALIA 42 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO ANTIOQUIA Y OTROS	Niega por improcedente	Abril 13 de 2023
2023-0405-1	Tutela 1° instancia	FERNANDO FERRELL	JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS	Concede recurso de apelación	Abril 13 de 2023
2023-0529-4	Decisión de Plano	TRAFICO, FABRICACION O PORTE DE ESTUPEFACIENTES	ROGELIO DE JESÚS CORTES	Declara infundado impedimento	Abril 13 de 2023
2021-0871-4	auto ley 906	LESIONES PERSONALES	LUIS MIGUEL ORTIZ ATEHORTÚA	Ordena devolver diligencias al Juzgado de origen	Abril 13 de 2023
2023-0485-1	Tutela 2° instancia	YOVANY ALEXIS SÁNCHEZ MÚNERA	NUEVA EPS Y OTROS	Confirma fallo de 1° instancia	Abril 13 de 2023

FIJADO, HOY 14 DE ABRIL DE 2023, 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, doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 064

PROCESO	: 05579 31 04 001 2023 00020 (2023-0485-1)
ASUNTO	: ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE	: YOVANY ALEXIS SÁNCHEZ MÚNERA
ACCIONADO	: NUEVA EPS Y OTROS
PROVIDENCIA	: FALLO SEGUNDA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve el recurso de apelación interpuesto por la jefe de la Oficina Asesora Jurídica del INVIMA contra la sentencia del 09 de marzo de 2023, a través de la cual el Juzgado Penal del Circuito de puerto Berrio, Antioquia, decidió conceder el amparo de los derechos invocados el señor YOVANY ALEXIS SÁNCHEZ MÚNERA.

LA DEMANDA

Informó el accionante que se encuentra afiliado al Sistema General de Seguridad Social en Salud en la Nueva EPS régimen contributivo, con 35 años de edad, presenta un diagnóstico de TUMOR MALIGNO DE LOBULO TEMPORAL, por lo cual le fue medicado BEVACIZUMAB¹ (AVASTIN) 100 MG/4 SOLUCION INYECTABLE, sin que fuera

¹ Medicamento que se une a una proteína llamada factor de crecimiento endotelial vascular (VEGF) para ayudar a prevenir la formación de vasos sanguíneos nuevos y se usa para el tratamiento de muchos tipos diferentes de cáncer

autorizado por la Nueva EPS. Por lo anterior, acude a la acción de tutela, solicitando que se protejan los derechos fundamentales a la vida, la salud, a la dignidad humana y a la Seguridad social, y se ordene a la NUEVA EPS la autorización y entrega inmediata del medicamento antes referido tal como lo dispuso el médico tratante.

LA RESPUESTA

1.- La NUEVA EPS, refirió que, de acuerdo con lo manifestado por el accionante, y conforme se puede verificar en las pruebas allegadas, el medicamento BEVACIZUMAB, solicitado no se encuentra autorizado por el INVIMA para ser utilizado en la patología que padece el actor, por lo que se requiere que el accionante sea valorado nuevamente para que su médico tratante prescriba una alternativa terapéutica.

Indicó que no se encuentra prueba ni siquiera sumaria que respalde o permita evidenciar una acción u omisión alguna desplegada por Nueva EPS que vulnere o amenace los derechos fundamentales de quien actúa como parte accionante, y, en consecuencia, solicitó declarar improcedente la solicitud de tutela.

Pidió que en caso de un posible fallo de tutela con órdenes judiciales dirigidas a Nueva EPS, deberán ser adelantadas por parte del área de salud que se encuentra en cabeza de la doctora Adriana Patricia Jaramillo Herrera, en calidad de Gerente Regional Noroccidente (encargada) en el departamento de Antioquia, y su superior jerárquico, es el doctor Alberto Hernán Guerrero Jácome, en calidad de Vicepresidente Nacional de Salud de NUEVA EPS.

Expresó que en virtud de la resolución 205 de 2020, por medio de la

cual se establecieron unas disposiciones en relación al presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la UPS, se ordene al ADRES reembolsar todos aquellos gastos en que incurra Nueva EPS en cumplimiento del presente fallo de tutela y que sobrepasen el presupuesto máximo asignado para la cobertura de este tipo de servicios.

2.- La Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES adujo que, de acuerdo con la normativa, es función de la EPS, y no de la ellos, la prestación de los servicios de salud, por lo que la vulneración a derechos fundamentales se produciría por una omisión no atribuible a esa Entidad, situación que fundamenta una clara falta de legitimación en la causa por pasiva de la Entidad.

Preciso recordar que las EPS tienen la obligación de garantizar la prestación integral y oportuna del servicio de salud a sus afiliados, para lo cual pueden conformar libremente su red de prestadores, por lo que en ningún caso pueden dejar de garantizar la atención, ni retrasarla de tal forma que pongan en riesgo su vida o su salud, máxime cuando el sistema de seguridad social en salud contempla varios mecanismos de financiación de los servicios, los cuales están plenamente garantizados a las EPS.

Solicitó negar el amparo solicitado por el accionante en lo que tiene que ver con la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud –ADRES, pues de los hechos descritos y el material probatorio enviado con el traslado resulta innegable que la entidad no ha desplegado ningún tipo de conducta que vulnere los derechos fundamentales del actor, y en consecuencia desvincular a

esa Entidad del trámite de la acción constitucional.

Por último, dijo que se niegue cualquier solicitud de recobro por parte de la EPS, en tanto los cambios normativos y reglamentarios demuestran que los servicios, medicamentos o insumos en salud necesarios se encuentran garantizados plenamente, ya sea a través de la UPC o de los Presupuestos Máximos; además de que los recursos son actualmente girados antes de cualquier prestación y petición modular las decisiones que se profieran en caso de acceder al amparo solicitado, en el sentido de no comprometer la estabilidad del Sistema General de Seguridad Social en Salud con las cargas que se impongan a las entidades a las que se compruebe la vulneración de los derechos fundamentales invocados, por cuanto existen servicios y tecnologías que escapan al ámbito de la salud, y no deben ser sufragadas con los recursos destinados a la prestación del mencionado servicio público.

3.- El Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos (INVIMA), guardó silencio ante la vinculación que se le hiciera, mediante auto del 6 marzo de 2023, lo cual impide ahondar en las razones que se tiene para que el medicamento BEVACIZUMAB (AVASTIN) no cuente con indicación INVIMA para el diagnóstico relacionado.

Posteriormente, se encuentra respuesta emitida por la entidad que indicó, que con fundamento en las competencias legales del Invima y como quiera que los hechos hacen referencia al estado de salud del accionante, y el tratamiento ordenado por el médico tratante, no le compete hacer un pronunciamiento expreso de los hechos debatidos ante el Juez Constitucional, por cuanto la competencia del INVIMA se circunscribe principalmente a otorgar el Registro Sanitario a los

productos descritos en el artículo 245 1 de la Ley 100 de 1993, y realizar las actividades de inspección, vigilancia y control de los productos objeto de su atención, por lo tanto, consideró pertinente aclarar que no le corresponde el suministro, entrega y/o autorización de medicamentos independientemente de que estos se encuentren o no en el POS.

Aclaro que las pretensiones del accionante se centran en que se proceda con la autorización, suministro y entrega de los medicamentos que requiere para tratar la enfermedad que padece, por ende, precisó que, de prosperar alguna petición, esta deberá ser satisfecha por Nueva EPS, teniendo en cuenta la necesidad del paciente.

Afirmó que el INVIMA no ha omitido deber legal alguno con ocasión de los hechos presentados en la tutela, siendo improcedente alguna actuación de responsabilidad o acción en su contra, toda vez que no ha existido vulneración por acción u omisión de ese Instituto.

Por último, solicitó desvincular al Invima de la acción, pues ha quedado probado que no ha violentado derecho fundamental alguno y en caso de prosperar alguna pretensión, esta debe ser satisfecha por la EPS accionada.

EL FALLO IMPUGNADO

El Juez de primera instancia concedió el amparo a los derechos fundamentales invocados, con los siguientes argumentos:

“...Se encuentra plenamente establecido en el plenario que el paciente YOVANY ALEXIS SANCHEZ MUNERA de 35 años de edad, ha sido diagnosticado con TUMOR MALIGNO DE LOBULO TEMPORAL; asimismo, se sabe que el accionante

se encuentra afiliado a la NUEVA EPS, régimen contributivo y que, en la actualidad, su médico tratante el DR. LEON DARIO ORTIZ, Neurólogo Oncólogo, según prescripción médica del 23 de noviembre de 2022, ordenó el medicamento BEVACIZUMAB (AVASTIN) 100 MG/4 SOLUCION INYECTABLE, el cual resulta importante para realizar un adecuado tratamiento de su enfermedad, y poder sobrellevar y contrarrestar su afección, lograr la estabilización de su salud y el mejoramiento de su vida en condiciones dignas, y ante la demora en la autorización y entrega del mismo, se ve afectada su salud y calidad de vida, lo que compromete el ámbito básico del derecho fundamental invocado en la demanda, que es lo que según la Corte Constitucional constituye su fundamentalidad, y es por ello que se debe acudir a la normatividad que permite ordenar el suministro de un medicamento que carece de registro INVIMA.

(...) bajo la justificación de necesidad del mismo, lo cual encuentra sustento en que el 6 de marzo de los corrientes, como prueba de oficio, se solicitó al médico tratante DR. LEON DARIO ORTIZ, Neurólogo Oncólogo, informara la necesidad del medicamento BEVACIZUMAB (AVASTIN) 100 MG/4 SOLUCION INYECTABLE y si el mismo puede ser sustituido por otro, requerimiento al que se dio respuesta precisando:

“Yovany Alexis Sanchez Munera cc 1.039.680.890 35años, nació en puerto berrio, reside en vereda minas del vapor de Puerto berrio, casado, 1 hija, 9 años, pensionado por discapacidad. En el 2013 cefalea y mareos y visión borrosa y le diagnosticaron tumor cerebral en Medellín en Saludcoop y recibe Rt y Qt y beva por glioma de alto grado por imagen aunque la patología mostró oligoastro II. Esta semana mucho mareo y crisis parcial motora derecho. Se inicia levetiracetam y se pide RM.

PATOLOGÍA Glioma de alto grado por imagen aunque la patología mostró oligoastro II, pero por imagen es un grado IV (los gliomas son tumores heterogeneos y la toma de decisión se basa en la patología y la imagen)

MANEJO ONCOLÓGICO Resección 2013 y reintervención en 2014

RT y temozolomida (sept 2013)

Temozolomida hasta 2015.

Bevacizumab en clínica vida (no recuerda fecha)

2022 temozolomida (feb 2022) bevacizumab (julio 2022 hasta octubre 2022 suspendido por trámite administrativo)”

Con todo ello, no cabe duda que el paciente padece TUMOR MALIGNO DE LOBULO TEMPORAL y por lo tanto, su médico tratante en la justificación acerca de la existencia de otro medicamento que tuviera la misma efectividad que el prescrito, señaló: “En mi concepto requiere el medicamento bevacizumab para manejo de glioma en progresión y radionecrosis y no tengo otro medicamento con el cual reemplazarlo” (negritas y subrayado fuera del texto), de esta manera se avizora que, sí existe justificación absoluta de la necesidad del medicamento para el paciente, el criterio del médico tratante no puede ser desestimado bajo presupuestos de ineficacia y, lo más importante, que no existe otro medicamento con el cual reemplazarlo, lo que hace evidente y necesario el ordenado, esto es el BEVACIZUMAB (AVASTIN) en los términos en que fue prescrito; (iii) en cuanto al último de los requisitos, si bien no se ahondó en la incapacidad del usuario para asumir el medicamento por su cuenta, lo cierto es que, como ya se precisó, es que la EPS no ha autorizado su entrega porque no cuenta con indicación INVIMA para el diagnóstico relacionado.

(...)

Adicionalmente, debe resaltarse que el INVIMA guardó silencio, dejó de valorar la situación particular del solicitante al no hacer uso de su derecho de defensa, lo cual impide ahondar en las razones que se tiene para que el medicamento BEVACIZUMAB (AVASTIN) no cuente con indicación INVIMA para el diagnóstico relacionado, lo cual puede constituir verdadero obstáculo para el acceso a medicamentos de pacientes con enfermedades crónicas.

Bajo dichas circunstancias, se tutelarán los derechos constitucionales fundamentales invocados, y se concederá el amparo Constitucional solicitado por el señor YOVANY SANCHEZ MUNERA, y en consecuencia, se ordenará a la NUEVA

EPS que en el término no superior de cuarenta y ocho (48) horas siguientes a la notificación de este fallo, en asocio con el INVIMA realice los trámites administrativos y financieros pertinentes para autorizar la compra del medicamento BEVACIZUMAB (AVASTIN), en favor del afectado, cuantas veces y en la dosificación que sea ordenada por el médico tratante

Una vez la EPS tenga el medicamento, lo suministre al señor SANCHEZ MUNERA, en el término perentorio de cuarenta y ocho (48) horas.

Igualmente, se negará la solicitud de recobro de parte de la NUEVA EPS ante la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES, como quiera que a través de las Resoluciones 205 y 206 del 2020, el Ministerio de Salud estableció disposiciones sobre el presupuesto máximo para la gestión y financiación de los servicios y tecnologías en salud no financiados con cargo a la unidad de pago por capitación - UPC y no excluidos de la financiación con recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (SGSSS), eliminando así los recobros a partir del primero de marzo de 2020.

Finalmente, Por ser la NUEVA EPS la Entidad Promotora de Salud a la cual se encuentra afiliado el accionante en salud y ser la encargada directamente de la prestación de los servicios de salud a través de su red de instituciones prestadoras del servicio con la cuales tiene convenio, no se emitirá pronunciamiento alguno contra LA ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES, en consecuencia, se desvinculará por cuanto no se acreditó que estuvieran vulnerando derechos fundamentales de la accionante...”

LA IMPUGNACIÓN

La Jefe de la Oficina Asesora Jurídica del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos INVIMA manifestó que si la entidad tiene el deber de soportar la carga de suministrar para un caso específico un medicamento que cuenta con registro sanitario, conforme ha sido ordenado por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio (Antioquia), como quiera que a través del fallo de tutela, vulnera no solo los derechos fundamentales al debido proceso y al derecho a la defensa, sino que se incurre en un defecto material o sustantivo. Si bien la acción de tutela es un mecanismo que tiene como fin la protección de los derechos constitucionales fundamentales del accionante, ello no da cabida para que el Juez constitucional vulnere los derechos del accionado.

Afirmó que se tiene certeza que el Invima ejecuta políticas en materia de vigilancia sanitaria y control de calidad de los productos de su

competencia y posteriormente, el Decreto 2078 de 2012, reguló la competencia del Instituto, de conformidad con el marco legal de las competencias expuestas, resulta palmaria la ausencia de responsabilidad del INVIMA por la presunta vulneración de los derechos invocados por el accionante, en tanto la misión del INVIMA está enfocada a garantizar la salud pública en Colombia, ejerciendo inspección, vigilancia y control sanitario de carácter técnico científico sobre los asuntos y productos de su competencia.

Informó que le corresponde al INVIMA ejecutar las políticas en materia de vigilancia sanitaria y de control de calidad de medicamentos, productos biológicos, alimentos, bebidas, cosméticos, dispositivos y elementos médico–quirúrgicos, odontológicos, productos naturales, homeopáticos y los generados por biotecnología, reactivos de diagnóstico y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva, la competencia del INVIMA en el caso que nos ocupa se circunscribe a verificar el cumplimiento de los requisitos técnicos y legales establecidos en el Decreto 677 de 1995 que aseguren la calidad, seguridad y eficacia del medicamento y proceder a expedir el correspondiente Registro Sanitario con el cumplimiento de esos requisitos, para que de esa forma se ejerza la inspección, vigilancia y control sobre esos, sin que ello implique que el INVIMA deba realizar trámites administrativos y financieros pertinentes para autorizar la compra de un medicamento.

Aseveró que, el Invima se encuentra ante una imposibilidad material y jurídica por falta de competencia para dar cumplimiento a lo ordenado por el juzgado. Y aun, siendo la entidad competente de acuerdo a la normatividad ya citada, no sabrían a qué acciones hace referencia el despacho de primera instancia, ya que la orden judicial no es clara.

Precisó que son las Entidades Promotoras de Salud –EPS y Administradoras de Régimen Subsidiado –ARS, hoy EPS-S, debidamente autorizadas por la Superintendencia Nacional de Salud, las obligadas a garantizar la prestación de los servicios de salud a que tiene derecho todo afiliado, quienes a su vez deberán garantizar los tratamientos médicos o terapéuticos conforme a los principios de equidad, integralidad, igualdad, calidad y solidaridad, pero tendrán derecho a repetir el valor de los gastos al ADRES o a la Entidad Territorial cuando éstos se encuentren fuera del POS.

Señaló que en principio el médico tratante debe atenerse al momento de recetar a los medicamentos comercializados nacionalmente, puede excepcionalmente recurrir a algunos que aún no hayan sido aprobados, siempre y cuando (i) no exista una alternativa medicinal, sí contemplada y (ii) exista evidencia científica suficiente en la comunidad médica acerca de la calidad, seguridad, eficacia y comodidad del medicamento en cuestión. (...).

Manifestó que, en un lamentable yerro interpretativo, el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio (Antioquia), ha desbordado sus competencias, asignando funciones al Invima y ordenando dentro del fallo de 1ª instancia de la referida acción de tutela, realizar trámites administrativos y financieros para autorizar la compra de un medicamento. Se han atribuido los juzgadores constitucionales competencias propias del legislador, que de conformidad con la Constitución corresponden al Congreso de la República.

Adujo que frente a la irregularidad del fallo, que ordena al Invima la compra y entrega de un medicamento, se genera una irregularidad de tal estirpe, con la inmediatez que requiere el presente asunto a efectos de evitar que la accionante inicie un incidente de desacato ante el

evidente incumplimiento de la medida tomada por el juez que ocasione la imposición de una multa pecuniaria e incluso orden de arresto contra el Director General y en el presente caso, nos encontramos ante la violación directa de la Constitución y la ley, por defecto sustantivo y material, por aplicar consideraciones en la parte motiva que carecen de fundamento normativo; más aún, no se señala una sola norma sustantiva que hubiere sido transgredida por el Instituto y ordena juicios inexistentes teniendo como resultado una aplicación indebida y por ello se ordena la entrega del medicamento en asocio con la EPS.

Indicó que de manera infortunada, por un error de digitación al momento de enviar la contestación no se incluyó la primera letra del correo electrónico lo que ocasionó que el despacho no la recibiera dentro del término que ordenó en el auto admisorio; sin embargo, por el derecho de defensa y contradicción es posible impugnar el fallo aclarando que las pretensiones del accionante se centran en que se proceda con la autorización, suministro y entrega de los medicamentos que requiere para tratar la enfermedad que padece.

Aludió que, de prosperar alguna petición, esta deberá ser satisfecha por Nueva EPS, teniendo en cuenta la necesidad del paciente y aclaró que de acuerdo con el pronunciamiento del grupo asesor de la comisión revisora de la dirección de medicamentos y productos biológicos: “Sobre la indicación del paciente, es preciso señalar que, de conformidad con la normativa aplicable y la información brindada sobre el medicamento consultado, es claro que la competencia del Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-, se relaciona con el análisis de la calidad, seguridad y eficacia de un medicamento para la obtención de un permiso de comercialización, tal como se menciona en la Ley 100 de 1993 y el Decreto 2078 de 2012, este instituto tiene como objetivo actuar como institución de referencia nacional en materia sanitaria y ejecutar las políticas formuladas por

el Ministerio de Salud y Protección Social en materia de vigilancia sanitaria y de control de seguridad y calidad de los medicamentos, productos biológicos y otros que puedan tener impacto en la salud individual y colectiva de conformidad con lo señalado en el artículo 245 de la Ley 100 de 1993.

Sin embargo, de acuerdo con las facultades otorgadas por ley, no le compete el análisis de patologías de pacientes o la formulación de medicamentos; así como tampoco es posible legalmente que el Instituto avale o se pronuncie en concreto sobre la pertinencia o no de la prescripción realizada por el profesional de salud a cargo del manejo del paciente. Por tanto, corresponderá al médico tratante ponderar a la luz de la ciencia y la técnica, conforme a la particularidad del presente caso, prescribir el producto o medio diagnóstico que ofrezca una respuesta a la patología que padece el accionante, en virtud del principio de autonomía médica consagrado en el artículo 17 de la Ley Estatutaria de salud 1751 de 2015 “Por medio de la cual se regula el derecho fundamental a la salud y se dictan otras disposiciones”

Por último, solicitó se revoque la orden impartida al Instituto lo referente al numeral segundo del resuelve del fallo de primera instancia, proferido el 9 de marzo de 2023, emitido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrio (Antioquia), teniendo en cuenta las competencias del Instituto y los argumentos presentados.

CONSIDERACIONES

La Honorable Corte Constitucional en abundante y reiterada jurisprudencia (ver entre otras, sentencias T-144 de 2008, T-760 de 2008 y T-415 de 2009) ha considerado el derecho a la salud un derecho fundamental susceptible de ser amparado por medio de la acción de tutela, comprendiendo, entre otros, el derecho a acceder a servicios de salud de manera oportuna, eficaz y con calidad. Así es claro que la legislación y la jurisprudencia constitucional han precisado, en sus ámbitos de competencia, las obligaciones estatales

derivadas del derecho a la salud, para garantizar un sistema de salud que preste efectivamente, en condiciones de universalidad, eficiencia y solidaridad, los servicios de salud que requieran las personas para alcanzar el nivel más alto de salud posible.

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

La Corte Constitucional en reiterados pronunciamientos, ha considerado que en aquellos eventos en los que una Entidad Promotora de Salud niegue a un usuario el suministro de un medicamento, tratamiento o procedimiento excluido del Plan Obligatorio de Salud, generándose en consecuencia la vulneración de derechos fundamentales, el juez constitucional deberá verificar el cumplimiento de los requisitos dispuestos por la jurisprudencia constitucional, con el fin de inaplicar las normas que prevén determinada exclusión, dando aplicación directa a las normas constitucionales, con el fin de ordenar la prestación médica requerida. Estas reglas dispuestas por la jurisprudencia de la Corte son:

“a. Que la falta del medicamento o tratamiento excluido por la reglamentación legal o administrativa, amenace los derechos constitucionales fundamentales a la vida o a la integridad personal del interesado², pues no se puede obligar a las Entidades Promotoras de Salud a asumir el alto costo de los medicamentos o tratamientos excluidos, cuando sin ellos no peligran tales derechos;

b. Que se trate de un medicamento o tratamiento que no pueda ser sustituido por uno de los contemplados en el Plan Obligatorio de Salud o que, pudiendo sustituirse, el sustituto no obtenga el mismo nivel de efectividad que el

² SU-111 de 1997, M. P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

excluido del plan, siempre y cuando ese nivel de efectividad sea el necesario para proteger el mínimo vital del paciente;

c. Que el paciente realmente no pueda sufragar el costo del medicamento o tratamiento requerido, y que no pueda acceder a él por ningún otro sistema o plan de salud (el prestado a sus trabajadores por ciertas empresas, planes complementarios prepagados, etc.).

d. Y, finalmente, que el medicamento o tratamiento haya sido prescrito por un médico adscrito a la Empresa Promotora de Salud a la cual se halle afiliado el demandante.³

Al respecto, la Sala observa que el médico tratante, Dr. León Darío Ortiz Gómez, especialista en oncología Clínica entre otras, indicó que el señor Yovany Alexis Sánchez Múnera cuenta con diagnóstico de **tumor maligno del lóbulo temporal**, razón por la cual le prescribió “BEVACIZUMAB (AVASTIN) AMP 100 mgs N 10 950 mgs IV día 1”, según lo consignó el médico en la respuesta enviada al Juzgado A quo, donde expresó que: “...En mi concepto requiere el medicamento bevacizumab para manejo de glioma en progresión y radionecrosis y no tengo otro medicamento con el cual reemplazarlo”, lo que implica que es imposible realizar el cambio de dicho medicamento que tenga registro INVIMA para ese tipo de tratamiento, como pretende la EPS.

Es claro entonces, que la EPS desconoce por completo lo ordenado por el médico tratante, dejando de lado la especial protección que el ordenamiento Superior pretende con todos sus coasociados cuando se encuentran en vilo sus derechos fundamentales. Es claro entonces, que el medicamento ordenado se constituye en un servicio necesario para proteger de manera efectiva la salud, vida digna e integridad personal del afectado.

Por lo que como en la misma jurisprudencia de la Corte ha indicado que la idoneidad del medicamento puede ser determinada por el médico tratante y no por el INVIMA de manera excluyente. Es claro

³ T-406 de 2001, M. P. Rodrigo Escobar Gil.

que, el INVIMA expide el registro relativo a los medicamentos cuyo alcance en la práctica es autorizar su producción, envase y comercialización. No obstante, la idoneidad del mismo, depende es de los criterios médico-científicos, de los cuales es titular no sólo el INVIMA sino principalmente el personal médico.

De ahí que en la resolución N° 5061 de 1997, en su artículo 4, que señala:

“...ARTICULO 4o. CRITERIOS PARA LA AUTORIZACION. El Comité deberá tener en cuenta para la autorización de los medicamentos no incluidos en el listado de medicamentos esenciales. los siguientes criterios:

(a) La prescripción de medicamentos no incluidos en el listado de Medicamentos Esenciales. sólo podrá realizarse por el personal autorizado.

(b) Debe existir un riesgo inminente para la vida y salud del paciente, el cual debe ser demostrable y constar en la historia clínica respectiva.

(c) La prescripción de estos medicamentos será consecuencia de haber utilizado y agotado las posibilidades terapéuticas que éste consagra. sin obtener respuesta clínica y/o paraclínica satisfactoria en el término previsto de sus indicaciones, o del observar reacciones adversas intoleradas por el paciente, o porque existan contraindicaciones expresas sin alternativa en el listado de lo anterior deberá dejar constancia en la historia clínica.

(d) Sólo podrán prescribirse medicamentos que se encuentren debidamente autorizados para su comercialización y expendio en el país

(e) Cuando se trate de la prescripción de medicamentos para atender enfermedades de alto costo en tratamientos hospitalarios o ambulatorios. estos deben ser asumidos por la entidad de aseguramiento con cargo al reaseguro de las mismas...”

Así entonces, la orden de prestación del servicio de salud expedida por el médico tratante adscrito a la EPS, prevalece respecto del concepto emitido por el CTC. De modo que no basta que el Comité Técnico Científico aduzca que no suministrará la medicación porque el INVIMA no relacionó la patología que aqueja al afectado, cuando el médico tratante es el único facultado para señalar qué es lo más conveniente para el paciente y en tal sentido, la EPS inexcusablemente deberá suministrar los servicios que señale la orden dada por aquél.

Y es así como es claro que prevalece el criterio del médico tratante

con respecto al criterio aportado por el INVIMA, ya que es más importante salvaguardar la vida y el único que está capacitado para determinar el procedimiento a seguir es el médico tratante, es así como la Sentencia T 061 de 2014, estableció:

“...Sexta. El concepto del médico tratante como principal criterio para otorgar los servicios en salud

La jurisprudencia constitucional, teniendo en cuenta que la prestación médica ordenada puede o no estar dentro del Plan Obligatorio de Salud, ha determinado que, en principio, debe ser prescrita por el galeno tratante, quien conoce al paciente y está adscrito a la respectiva empresa prestadora de salud.

No obstante, la EPS correspondiente puede estar obligada a acoger la prescripción de un médico no adscrito a ella, si la entidad tiene noticia de dicha fórmula médica y no la descartó con base en información científica⁴, pues la falta de adscripción de un profesional calificado no ha de constituir una barrera para acceder a los servicios de salud requeridos.

Adicionalmente, esta Corte ha estimado que cuando surja un conflicto entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de la respectiva EPS, se puede acudir a la acción de tutela, teniendo en cuenta que “*mientras no se establezca un procedimiento expedito para resolver con base en criterios claros los conflictos entre el médico tratante y el Comité Técnico Científico de una EPS, la decisión de un médico tratante de ordenar una droga excluida del POS, por considerarla necesaria para salvaguardar los derechos de un paciente, prevalece y debe ser respetada, salvo que el Comité Técnico Científico, basado en (i) conceptos médicos de especialistas en el campo en cuestión, y (ii) en un conocimiento completo y suficiente del caso específico bajo discusión, considere lo contrario*”⁵.

También se ha advertido que “*frente a un caso límite, donde exista duda acerca de la protección de un derecho fundamental, resulta pertinente la aplicación del principio pro homine*”⁶, que constituye una valiosa pauta hermenéutica, que conduce a que se adopte la interpretación que mejor se ajuste al amparo de los derechos fundamentales en juego.

En conclusión, una entidad encargada de garantizar la prestación de los servicios de salud a una persona, vulnera sus derechos si se niega a suministrar lo prescrito por el médico tratante, sin fundamentarse en una razón científica clara, expresa y debidamente sustentada.

Séptima. El suministro de medicamentos no registrados en INVIMA

Se ha establecido por parte de este tribunal que el suministro de medicamentos que no están registrados en INVIMA, o que están en etapa experimental, depende de la mejor evidencia científica, aplicada al caso

⁴ Cfr. T-760 de 2008, precitada.

⁵ Cfr. T-344 de mayo 9 de 2002, M. P. Manuel José Cepeda Espinosa.

⁶ Cfr. T-285 de abril 14 de 2011, M. P. Nilson Pinilla Pinilla.

específico⁷.

También se ha expresado⁸ que “para conceder el amparo por vía de tutela, la negativa de suministro debe poner en grave riesgo la vida del paciente, así como también, debe estar acreditado por el médico tratante adscrito a la EPS que el medicamento es el único que puede producir efectos favorables en el paciente y que no se trata de una droga en etapa experimental; lo cual se presume, si el médico tratante prescribe el medicamento y el diagnóstico no es controvertido en dicho sentido. Por último, se debe verificar que el paciente carezca de capacidad de pago para asumir el costo del mismo”.

En la sentencia T-173 de febrero 28 de 2003, con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, se refirió que frente al suministro de medicamentos que no estén registrados en INVIMA ni incluidos en el POS, para que pueda inaplicarse la normativa atinente se debe acreditar (i) que el no suministro realmente pone en riesgo al afiliado al sistema en sus derechos fundamentales, (ii) que el medicamento excluido es el único efectivo para el tratamiento de la enfermedad, o carece de sustituto si incluido en el POS, de la misma idoneidad, (iii) que el paciente no puede sufragar el costo del medicamento y (iv) que haya sido prescrito por un médico de la EPS, lo cual debe observarse dentro de la connotación antes expuesta.

Por similares razones a las expuestas, en otras varias providencias⁹ esta Corte ha ordenado el suministro de medicamentos que no tienen registro sanitario, constituyendo así una línea jurisprudencial en la cual se otorga la correspondiente supremacía a la Constitución Política sobre normas legales y reglamentarias, en la imperativa defensa de los derechos fundamentales...”

Por lo que es claro que el concepto del médico tratante *prevalece* cuando se encuentra en contradicción con el de funcionarios de la EPS: la opinión del profesional de la salud debe ser tenida en cuenta prioritariamente por el juez. Así acontece en el caso a estudio, debiendo predominar el concepto del médico sobre cualquier otro que no lo sea.

Nótese que el ente administrativo que justificó su negativa en suministrar la medicación, no hay recomendación INVIMA para la enfermedad que padece el paciente; pero dicho estamento no sugirió una mejor alternativa médica que consiga contrarrestar los efectos de

⁷ Cfr. T-418 de mayo 17 de 2011, M. P. María Victoria Calle Correa.

⁸ T-884 de septiembre 10 de 2004, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto. Sobre la etapa experimental a que se hace referencia en esta sentencia, es necesario constatar que en la T-418 de 2011 se especificó que “un medicamento no puede ser considerado experimental cuando, pese a ser novedoso, se emplee frecuentemente por los médicos, y sus efectos secundarios se conozcan, sean previsibles y controlables en los pacientes”.

⁹ Cfr. T-945 de octubre 1° de 2004 M. P. Rodrigo Escobar Gil; T-1328 de diciembre 15 de 2005, M. P. Humberto Antonio Sierra Porto; T-975 de diciembre 2 de 1999, M. P. Álvaro Tafur Galvis, entre otras.

la enfermedad que aqueja al afectado, quedando incólume la presunción de veracidad e idoneidad que se cierne sobre su facultativo tratante.

Para el caso concreto, se tiene que el Juez de primera instancia le ordenó a la NUEVA EPS que en el término de 48 horas siguientes a la notificación del fallo en asocio con el INVIMA realicen los trámites administrativos y financieros pertinente para autorizar la compra del medicamento BEVACIZUMAB (AVASTIN), en favor del señor Yovany Alexis Sánchez Múnera, cuantas veces y en la dosificación que sea ordenada por el médico tratante.

Conforme con la impugnación, se discute la orden brindada al Instituto Nacional de Vigilancia de Medicamentos y Alimentos –INVIMA-, ya que afirmó que no son los competentes para autorizar u ordenar la compra de medicamentos, ya que dicha labor es única y exclusiva de las entidades promotoras de salud.

Observa la Sala que el Juez de instancia hizo un análisis de lo ordenado por su médico tratante y lo expresado por la EPS indicando que la EPS está obligada a brindar los medicamentos formulados por el médico tratante, aunque dicha formulación a prestar el servicio requerido por el usuario YOVANY ALEXIS SÁNCHEZ MÚNERA, pero a su vez dispuso que dicha prestación era con asocio del INVIMA.

Es de anotar que, frente al directamente obligado para el cumplimiento de lo ordenado por el médico tratante no hay punto de discusión pues es claro que la llamada a responder por el bienestar de los usuarios es la EPS, pero si es de extrañeza que el Juez A quo haya ordenado que el INVIMA realice trámites administrativos y financieros pertinentes para autorizar la compra del medicamento requerido por el usuario,

cuando está entidad no tiene incidencia en la compra de los medicamentos por parte de las entidades promotoras de salud, ya que lo único que realizan la entidad es brindar una licencia de comercialización independiente para que tratamientos o no, aquí lo que prima es lo ordena por el médico tratante y éste fue muy claro a indicar que no tiene otro tratamiento para variar la prescripción realizada al señor YOVANY ALEXIS SÁNCHEZ MÚNERA.

De lo expuesto, puede verse fácilmente que el A quo acertó parcialmente en su decisión con relación a la orden impartida para la Nueva EPS con respecto a realizar todos los trámites necesarios para autorizar y efectivizar la entrega del medicamento “BEVACIZUMAB (AVASTIN) AMP 100 mgs N 10 950 mgs IV día 1”, con el fin de que continúe el tratamiento prescrito por su médico tratante, pero no fue así con la orden impartida al INVIMA por lo que se modificará parcialmente el numeral segundo del fallo de primera instancia, con el fin de dar la orden exclusivamente a la EPS, quien es la encargada de suministrar los medicamentos ordenados por sus galenos adscritos, de ahí se desvincule al INVIMA del presente fallo.

En ese orden de ideas, se confirmará la decisión de primera instancia con la modificación que la entidad responsable del cumplimiento del fallo es única y exclusivamente la Nueva EPS, y se desvincula del mismo al INVIMA.

Con fundamento en lo expuesto, el Tribunal Superior de Antioquia en Sala de Decisión Penal, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de naturaleza, fecha y origen indicados en la parte motiva de esta providencia, con la **MODIFICACIÓN** en su numeral segundo ya que la entidad responsable del cumplimiento del fallo es única y

exclusivamente la NUEVA EPS en los mismos términos del fallo de primera instancia, y se desvincula del mismo al INVIMA, en lo demás se deja incólume el fallo proferido por el Juzgado Penal del Circuito de Puerto Berrío Antioquia.

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

CÓPIESE, NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
Magistrado

NANCY ÁVILA DE MIRANDA
Magistrada

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **3f2a0b1cc45f1e6bd2cb3ca8458dbbbe0f867a6ecfdb4985cdb75db4f702434**

Documento generado en 12/04/2023 06:55:49 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, doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha, Acta 064

PROCESO : **05000-22-04-000-2023-00139 (2023-0511-1)**
ASUNTO : ACCIÓN DE TUTELA
ACCIONANTE : VANESSA ANDREA RÍOS CAÑAS
ACCIONADO : FISCALÍA 042 SECCIONAL DE PUERTO
BERRIO ANTIOQUIA Y OTRO
PROVIDENCIA : FALLO PRIMERA INSTANCIA

ASUNTO

La Sala resuelve la acción de tutela presentada por la señora VANESSA ANDREA RÍOS CAÑAS en contra de la FISCALÍA 042 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO, ANTIOQUIA y la SECRETARIA DE MOVILIDAD TRÁNSITO Y TRANSPORTE DE PUERTO BERRIO ANTIOQUIA.

LA DEMANDA

Indicó la accionante que el 07 de octubre del 2021 perdió la vida su hermano Niver Alain Ríos Cañas (Q.E.P.D) como consecuencia del

accidente de tránsito ocurrido en la vía cruz de la Milla II del Municipio de Puerto Berrio.

Afirmó que le correspondió el reparto al delegado de la Fiscalía el Dr. Julián Ricardo Barrera Rincón bajo el SPOA Nro. 05001 60 00206 2021 16280 e informe de Tránsito Nro. 000516205.

Expresó que el 07 de febrero del 2023 mediante derecho de petición radicado al correo electrónico del delegado de la Fiscalía german.lopera@fiscalia.gov.co solicitó lo siguiente:

“...PRIMERO: Respetuosamente acudo a usted para que me sea atendida y resuelta la presente Petición de Interés Particular, para lo cual, solicito copia del Certificado Civil de Defunción del occiso NIVER ALAIN RIOS CAÑAS (Q.E.P.D), quien en vida se identificó con cedula de ciudadanía No. 1.039.706.231.

SEGUNDO: Respetuosamente acudo a usted para que me sea atendida y resuelta la presente Petición de Interés Particular, para lo cual, solicito copia del Informe de Transito No. 000516205 con fecha del 07 de octubre del 2021, toda vez que, mediante respuesta No. 2022106372 del 23 de noviembre del 2022 La Secretaria de Movilidad de Puerto Berrio indicó el envió el Proceso en mención con su respectivo croquis original con fecha del 12 de octubre del 2021 a su Despacho.

Lo anterior, debido a que no ha sido posible obtener el mismo...”

Señaló que actualmente, los términos se encuentran vencidos sin que la entidad accionada conteste el derecho de petición, por lo que vulnera sus derechos fundamentales de acceso a la información, intimidad y debido proceso.

Solicitó tutelar sus derechos fundamentales de acceso a la información, habeas data y debido proceso que se me han vulnerado por la Fiscalía 042 Seccional de Puerto Berrio y/o la Secretaría de Movilidad, Tránsito y Transporte, en consecuencia, se ordene a la Fiscalía 042 Seccional de Puerto Berrio que, dentro del término de 24 horas no prorrogables, dar respuesta completa al derecho de petición formulado, debidamente radicado y recibido el 08 de febrero 2023, toda vez que los términos se encuentran vencidos.

Por último, se ordene a la Secretaría de Movilidad, Tránsito y Transporte mediante su representante legal, certificar el envío del Informe de Tránsito Nro. 000516205 al delegado de la Fiscalía el Dr. Julián Ricardo Barrera Rincón y/o a la Fiscalía local con su respectivo acuse de recibido por la asistente Gabriela Upegui.

LA RESPUESTA

1.- La Secretaría de Movilidad Tránsito y Transporte de Puerto Berrio indicó que remitió a la Fiscalía Local de Puerto Berrío, original del accidente de tránsito Nro. 000516205 el día 12 de octubre de 2021 en dieciséis (16) folios, dicho expediente fue recibido por la asistente Gabriela Upegui el día 12/10/2021 a las 04:00 PM. Se adjunta copia del oficio remitario.

Informó que la acción de tutela anterior del 09/02/2023 interpuesta por la señora Vanessa Andrea Ríos Cañas, obedeció a la presunta no respuesta del despacho de certificaciones solicitadas por la misma; respuesta que se entregó oportunamente y en la cual el Juzgado Promiscuo Municipal de Puerto Berrío ratificó la improcedencia de la acción. No obstante, adjuntó a la presente respuesta se entregó copia del oficio remitario a la Fiscalía Local de Puerto Berrío.

Revisado el archivo de solicitudes que ingresan a la Secretaría de Movilidad, Tránsito y Transporte, no se encontró solicitud alguna de la señora Vanesa Ríos donde solicite de copia o certificación de la remisión que realizó el despacho del accidente de tránsito Nro. 000516205.

Refirió que la acción no es procedente toda vez que no se encuentra vulnerado ningún derecho fundamental de acceso a la información, habeas data y debido proceso, debido a que la señora Vanesa Andrea Ríos Cañas no ha solicitado hasta la fecha de la recepción de la acción de tutela copia o certificación de la remisión del expediente del accidente de tránsito Nro. 00516205.

2-. La Fiscalía 42 Seccional de Puerto Berrio Antioquia manifestó que ese delegado Fiscal 42 Seccional de Puerto Berrio fue nombrado como encargado de ese despacho mediante resolución N° 0211 del 17/06/2022, ya que el fiscal titular anterior, el Dr. German Lopera, salió de esa entidad por pensión de vejez en mayo de 2022; es por ello que ese suscrito desconoce del derecho de petición presentado por la señora Ríos Cañas puesto que fue enviado al correo del fiscal Lopera y no al suscrito encargado.

No obstante, con el fin de dar una respuesta futura a los usuarios, el correo institucional del titular de la Fiscalía 42 Seccional de Puerto Berrio es: Julian.barrera@fiscalia.gov.co.

PRUEBAS

La Secretaría de Movilidad Tránsito y Transporte de Puerto Berrío, adjunto copia del oficio entregado ante la Fiscalía Local de Puerto Berrío con el respectivo recibido de la asistente de dicha entidad.

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:

“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

¹ Ver Sentencia T- 608 de 2013

² Sentencia T-957 de 2004

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 la señora VANESSA ANDREA RÍOS CAÑAS solicita se ordene a la FISCALIA 42 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO, ANTIOQUIA, dé respuesta a la petición radicada el 07 de febrero de 2023 en el correo electrónico german.lopera@fiscalia.gov.co mediante la cual solicita se le expidan copia del certificado civil de defunción del occiso Nivel Alain Ríos Cañas, además de copia del informe de Tránsito No. 000516205 del 07 de octubre de 2021, además que la Secretaria de Movilidad aporte la respectiva constancia de entrega del informe de tránsito a la Fiscalía, pero a la fecha de presentación de la acción constitucional no ha obtenido respuesta alguna.

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 42 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO - ANTIOQUIA, en tanto aportó copia del envío de un correo electrónico remitido desde consultajudicialabogadosgz@gmail.com al german.lopera@fiscalia.gov.co; sin vislumbrarse constancia de recibido de la entidad accionada.

Es de advertir, que la solicitud realizada dentro de la acción de tutela con respecto a la entidad identificada como Secretaría de Movilidad de

Puerto Berrio se limita a que aporte constancia de haber entregado el respectivo informe de tránsito ante la Fiscalía, donde dicha entidad indicó no tener ninguna petición pendiente de respuesta presentada por la accionante, sin embargo, allegó la respectiva constancia de entrega.

De otro lado la Fiscalía accionada informó que el correo: german.lopera@fiscalia.gov.co; corresponde al correo del anterior Fiscal 42 Seccional el cual salió jubilado desde mayo del 2022. Indicó además que la petición no fue radicada en esa Unidad.

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 la accionante no acreditó que hubiese radicado en el correo electrónico que tiene la FISCALIA 42 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO ANTIOQUIA, ya que si bien envió un correo, éste 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 la actora 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 la accionante, existen trámites previos a agotar que en este caso no se han surtido, siendo necesario por parte de la actora 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 42 SECCIONAL DE PUERTO BERRIO ANTIOQUIA no ha vulnerado derecho fundamental alguno a la 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 la señora VANESSA ANDREA RÍOS CAÑAS en contra de las entidades accionados.

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

MARÍA STELLA JARA GUTIÉRREZ
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

Maria Stella Jara Gutierrez
Magistrada
Sala Penal
Tribunal Superior De 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: **9788529805d31785b9efe38e61d4d5621969915b124278ea73203058c6313f86**

Documento generado en 12/04/2023 06:55:38 PM

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

RADICADO: 05 000-22-04-000-2023-00110 (N.I. 2023-0405-1)

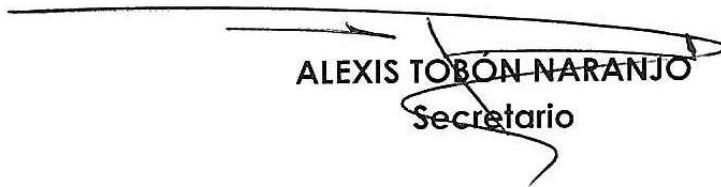
ACCIONANTE: FERNANDO FERRELL

ACCIONADO: JUZGADO 2° DE E.P.M.S. DE ANTIOQUIA Y OTROS

CONSTANCIA SECRETARIAL: Para los fines correspondientes, pongo en conocimiento del H. Magistrado EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA expediente digital de la acción constitucional de primera instancia, dentro de la cual el accionante interpone oportunamente recurso de apelación frente al fallo de primera instancia¹.

Es de anotar que el trámite de notificación culminó el día 24 de marzo de 2023²; así las cosas, se computaron los términos para impugnar la decisión desde el siguiente día hábil a la última notificación, es decir los términos transitaron desde las ocho de la mañana (08:00 a.m.) del día veintisiete (27) de marzo de 2023 hasta las cinco de la tarde (05.00 p.m.) del día veintinueve (29) de marzo de 2023.

Medellín, abril once (11) de 2023.


ALEXIS TOBÓN NARANJO
Secretario

¹ Archivo 33-35

² Archivo 31-32

**REPUBLICA DE COLOMBIA
RAMA JURISDICCIONAL DEL PODER PÚBLICO**



**TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA
SALA PENAL**

Medellín, abril doce (12) de dos mil veintitrés

Para que sea desatado ante la Sala de Casación Penal de la Honorable Corte Suprema de Justicia, se concede el recurso de apelación interpuesto de forma oportuna por el accionante FERNANDO FERRELL, contra la sentencia de tutela de primera instancia, proferida en esta Corporación con ponencia del suscrito Magistrado.

Remítase el expediente para tal fin.

CÚMPLASE

**EDILBERTO ANTONIO ARENAS CORREA
MAGISTRADO**

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: **533cbe8fec9241d9fe4e13d106ceafcef94b7175f961299bfacf86a9e6bb160**

Documento generado en 12/04/2023 05:43:37 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, doce (12) de abril de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes
Decisión : Declara infundado

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 085

M.P. Isabel Álvarez Fernández

Procede la Sala de conformidad con lo preceptuado en materia de impedimentos, por el *artículo 57* de la legislación procesal penal *-Ley 906 de 2004-*, modificado por el *artículo 82, Ley 1395 de 2010*, a resolver en torno de la manifestación que en tal sentido efectuara el titular del *Juzgado Promiscuo del Circuito de Abejorral (Ant.)*, Dr. Sergio Zapata Patiño la cual no fue aceptada por el señor *Juez Penal del Circuito de La Ceja (Ant)*, a quien le fueron remitidas las diligencias.

ANTECEDENTES

En audiencia del 06 de diciembre de 2022, el Juez Penal del Circuito de Abejorral se pronunció sobre la solicitud de

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

preclusión elevada por el delegado del ente fiscal, desestimando la pretensión puesta de presente. La actuación regresó al delegado fiscal el cual, el 13 de diciembre de ese mismo año radicó escrito de acusación con identidad de supuestos fácticos y jurídicos, correspondiéndole nuevamente su trámite.

Conforme con ello, mediante auto del 20 de febrero de 2023 el titular del Juzgado en comento, consideró que, la haber conocido de la solicitud de preclusión se configura el numeral 14 del artículo 56 del Código de Procedimiento Penal, razón por la cual, sin más argumentos, se declaró impedido para adelantando la actuación puesta en su conocimiento.

Bajo ese escenario, procedió a remitir las diligencias ante el *Juzgado Penal del Circuito de La Ceja (Ant.)*, por ser el más cercano a su jurisdicción para que, continuara con la etapa de conocimiento.

Por su parte, el señor *Juez Penal del Circuito de La Ceja (Ant.)*, no aceptó el impedimento propuesto pues, según criterio de la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia, para que se estructure la mencionada causal, se hace necesario que la intervención del Juez sea sustancial o trascendente.

En su criterio, la intervención del juez en la audiencia de solicitud de preclusión no versó sobre aspectos esenciales que permitieran anticipar un criterio definido de valoración y conforme con ello, no resulta procedente aceptar la tesis planteada.

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

Indicó que, en el marco de la decisión el juez no valoró de fondo elementos materiales probatorios de cara a determinar y comprometer su criterio en cuanto la existencia o no el hecho jurídico objeto de acusación; tampoco valoró los elementos materiales probatorios para determinar y comprometer su criterio en cuanto a la autoría o participación de acusado en el hecho jurídico atribuido sino que, la razón central de su negativa de preclusión se debe a que la Fiscalía no le aportó elementos probatorios de cara a establecer si el imputado era o no adicto a sustancia estupefaciente.

Conforme con ello, no expuso su criterio en cuanto a que el acusado sea o no un probable autor responsable del hecho objeto de imputación y así las cosas, no se estructuró la figura jurídica del impedimento.

En razón de lo anterior, y por no compartir las razones esbozadas por el *Juez Penal del Circuito de Abejorral*, ordenó, remitir la actuación ante esta Corporación para que se tomara la decisión pertinente.

CONSIDERACIONES DE LA SALA

1. Competencia

Según el artículo 57 de la Ley 906 de 2004, la Sala de Decisión es competente para resolver el impedimento declarado por el Juez Penal del Circuito de Abejorral, al amparo de la causal 14 del artículo 56 ibídem, y no aceptado por el Juzgado Segundo Penal del Circuito de La Ceja.

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

2. Del impedimento

Corresponde a la Sala en esta oportunidad, decidir si efectivamente el Juez Penal del Circuito de Abejorral, se encuentra incurso en la causal de impedimento contemplada en el numeral 14° del artículo 56 de la Ley 906 de 2004.

Es preciso indicar que en materia de impedimentos rige el principio de taxatividad, por lo tanto, sólo constituye motivo impeditivo aquel que de manera expresa señala la ley. Las causas que dan lugar a separarse del conocimiento de un determinado asunto a un funcionario judicial, no pueden deducirse por similitud ni ser objeto de interpretaciones subjetivas, en tanto se trata de reglas de garantía de la independencia judicial y de vigencia del principio de imparcialidad del juez.

Al respecto, en el AP1893 de 22 de mayo de 2019, Radicación N° 55.340, la Corte Suprema de Justicia, refirió:

“...La finalidad del régimen de los impedimentos y las recusaciones, no es otro que la satisfacción de la garantía fundamental de juez natural, independiente e imparcial que garantice a los ciudadanos una recta y cumplida administración de justicia, esto es, que la ponderación del funcionario judicial llamado a resolver el conflicto jurídico no se encuentren perturbadas por alguna circunstancia ajena al proceso.

Al respecto, esta Sala ha señalado de manera pacífica y reiterada que la manifestación de impedimento está sujeta al particular arbitrio de quien la declara y vinculada inevitablemente a la taxatividad de las causales, sin que sea posible acudir a la analogía o a la extensión de los motivos estrictamente señalados por la ley, en aras de sustentar su procedencia”

En el presente caso, el Juez Penal del Circuito de Abejorral, considera que se encuentra inmerso en la causal 14°

de que trata el artículo 56 de la Ley 906 de 2004 para conocer de la etapa de juzgamiento que se sigue en contra de Rogelio de Jesús Cortes.

El numeral 14 del artículo 56 de la Ley 906 de 2004, señala que es causal de impedimento y recusación, “Que el juez haya conocido de la solicitud de preclusión formulada por la Fiscalía General de la Nación y la haya negado, caso en el cual quedará impedido para conocer el juicio en su fondo.”

Norma que armoniza con lo previsto en el inciso final del artículo 335 ídem, que expresa: “el juez que conozca de la preclusión quedará impedido para conocer del juicio”.

Con respecto a la causal en cita, la Sala de Casación Penal de la H. Corte Suprema de Justicia tiene establecido que:

“(…)

2. De acuerdo con los parámetros atrás indicados, el impedimento contenido en el texto legal transcrito es procedente cuando el conocimiento de la preclusión compromete de alguna manera el criterio del juez en relación con la posible participación o responsabilidad del procesado. (En similar sentido puede verse CSJ AP 29 ago. 2006, radicado 25775; AP 15 may. 2008, rad. 29779; AP 18 mar. 2009, rad. 31242; y AP629-2015, rad. 45280).

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

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

También, en pronunciamiento de 22 de agosto de 2012, en el radicado 39.687, expresó la Alta Corporación que:

(...) el motivo de impedimento no surge automático del solo hecho de que el juez o corporación hayan intervenido en la decisión anterior de preclusión, pues, se hace menester consultar no solo el tipo de intervención realizado, de cara a la nueva decisión o participación de la cual buscan apartarse, sino la teleología del instituto, para, finalmente, verificar si objetiva y materialmente se pone en tela de juicio la imparcialidad y neutralidad de los funcionarios o la confianza de la comunidad en la administración de justicia.

Precisamente, en la decisión del 25 de julio de 2007, la Corte precisó:

“Es claro que el legislador, al instituir la causal expresa contemplada en el inciso segundo del artículo 335 del C. de P.P., ha querido preservar esos valores de imparcialidad e independencia tan caros a la sistemática acusatoria y por ello, en el entendido de que por lo general las causales de preclusión operan previas al adelantamiento de la fase del juicio –tanto que el artículo 331 de esta normatividad directamente consagra que el fiscal debe hacer la solicitud cuando no “existiere mérito para acusar”, y sólo por excepción se faculta en la etapa del juicio plantear la cuestión, incluso por la defensa o el Ministerio Público, respecto de dos específicas causales, como lo establece el parágrafo del artículo 332 ibídem-, estatuye que el funcionario a quien correspondió resolver sobre el tópico, no puede ser el mismo que adelante el juicio.

Y la razón aparece evidente, en tanto, como se anotó atrás, en la generalidad de los casos ya el funcionario ha evaluado los elementos materiales probatorios, evidencia física e informes recopilados por las partes, arriesgando una consideración concreta respecto de sus efectos en punto de la materialización del delito y la participación en este del procesado sobre el cual se continúa el trámite, así que mal podría entenderse imparcial para que adelante la más crucial de las etapas del proceso, que en su decurso reclama de intervención profunda del funcionario en las audiencias de formulación de acusación, preparatoria y del juicio oral” .

Es decir, no siempre que un funcionario niegue una preclusión queda impedido para conocer de las fases

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

procesales subsiguientes, ya que en cada caso particular, debe analizarse si en su intervención inicial anticipó su juicio sobre la materialidad de los delitos y la responsabilidad del procesado, con la potencialidad de afectar su imparcialidad.

En el caso objeto de estudio, el Juez Penal del Circuito de Abejorral manifestó estar impedido para seguir conociendo de las diligencias, toda vez que profirió decisión por medio de la cual negó el decreto de preclusión pretendida por la Fiscalía.

Al escuchar el registro de la audiencia tramitada el 06 de diciembre de 2022, se evidencia que el representante del ente acusador formuló su petición de preclusión de conformidad con lo normado en el numeral 4o del artículo 332 del Código Penal indicando que, si bien al procesado Rogelio de Jesús Cortes le fueron incautados 53 gramos de cocaína lo cierto es que no tienen elementos de prueba que permitan predicar que, la misma esa sustancia se estaba portando con fines de comercialización.

Acto seguido, el titular del Juzgado Penal del Circuito de Abejorral realizó un recuento de los hechos que dieron inicio al trámite penal, señaló los argumentos brindados por el delegado fiscal en el marco de su solicitud y llevo a cabo un análisis jurisprudencial respecto a la necesidad de establecer el elemento subjetivo del porte de sustancia estupefacientes.

Posteriormente, se refirió al caso en concreto bajo los siguientes términos:

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

“...Con todo respeto por la Fiscalía y la posición que asume la Defensa, en estos momentos con los elementos materiales probatorios que ha exhibido la Fiscalía no se tiene para este servidor, una amplia información que conlleve a invocar esa causal de atipicidad de la conducta.

Porque solamente se tiene el informe de captura y lo que allí refieren los policiales, pero hasta este momento salvo que la fiscalía lo hubiese tenido y no lo haya aportado para el estudio del Despacho, no se tiene ninguna información relacionada si estamos en presencia de un adicto o no, porque es que recordemos que, si bien es cierto, esa cantidad que se ha considerado no es elemento determinante para la tipicidad, tampoco podemos olvidar que el ordenamiento jurídico aún vigente, en especial en la Ley 30 de 1986 y demás normas concordantes, en materia de alucinógenos a base de cocaína solamente permite como dosis personal 1 gramo y aquí estamos hablando de 53 gramos que según los policiales encontraron distribuidos en pequeñas cantidades en bolsas herméticas, 110 en total.

Por ello entonces, para el Despacho, sin pretender invadir la competencia de la Fiscalía e imponer su criterio frente a la tipificación de la conducta porque sabemos que los jueces no podemos entrar a hacer controles materiales a la tipificación de la conducta porque ese es un asunto sometido a la fiscalía como representantes de la pretensión punitiva del Estado.

Tampoco podemos olvidar que el artículo 250 de la Constitución Política en armonía con la Ley 906 de 2004, exige que se tengan unos elementos materiales probatorios que permitan llegar a esas inferencias o a esas conclusiones que en este caso, de la tipicidad de la conducta y, ante esa ausencia de esos elementos materiales que puedan llevar a inferir esa posible atipicidad porque la investigación aun es embrionaria, tendrá la Fiscalía que acometer otras labores investigativas adicionales con las que hoy cuenta para poder tener un mayor fundamento frente a la posición hoy asumida.

Son esas las razones pues por las que reitero, con respecto por la posición asumida por la Fiscalía, no encuentra en juzgado en estos momentos que se tenga suficiente información por parte del ente instructor para solicitar la preclusión de la investigación por la causal de atipicidad de la conducta en relación con el posible delito que le fue imputado al señor Rogelio de Jesús Cortes...”

Con tales argumentos, resulta evidente que el Juez Penal del Circuito de Abejorral no ha emitido un juicio sobre

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

la materialidad de la conducta ni sobre la responsabilidad en cabeza de quien hasta hoy funge como imputado. En el marco de su exposición no se realizó un análisis frente a la conducta punible, sólo se limitó a indicar que no se había presentado algún elemento de prueba que permitiera indicar que, la sustancia incautada realmente fuera para el consumo del encausado pues, en su criterio, para proceder a decretar la atipicidad de la conducta investigada -tal y como lo solicitó el delegado fiscal- se hacía necesario material recolectado por el encargado de la persecución penal que acreditara esa situación y el cual se echa de menos.

En ese orden, el funcionario judicial no comprometió entonces su criterio y en consecuencia, como no se presenta una actuación trascendente capaz de afectar su imparcialidad frente a la actuación penal que en la actualidad adelanta, se declarará infundado el impedimento en cuestión.

Sin necesidad de más consideraciones, en mérito de lo expuesto, el **TRIBUNAL SUPERIOR DE ANTIOQUIA EN SALA DE DECISIÓN PENAL**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **DECLARA INFUNDADA LA CAUSAL DE IMPEDIMENTO** invocada por el **titular del Juzgado Penal del Circuito de Abejorral, Antioquia**, para fungir como Juez de Conocimiento dentro de la presente actuación que se adelanta en contra de Rogelio de Jesús Cortes por el delito de tráfico, fabricación o porte de estupefacientes.

En consecuencia, se dispone **DEVOLVER** la actuación a su lugar de origen e informar lo decidido a las partes interesadas.

N° Interno : 2023-0529-4
Impedimento - Ley 906.
CUI : 05 002 60 00320 2022 00021
Imputado : Rogelio de Jesús Cortes
Delito : Trafico, Fabricación o Porte de
Estupefacientes

Por último, **SE SIGNIFICA** que frente a la presente decisión no procede recurso alguno.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

GUSTAVO ADOLFO PINZÓN JÁCOME

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **8cd384ea254c73c726f2a23592eb605d721d3ae618cbd347d0669984711cc4aa**

Documento generado en 12/04/2023 03:41:39 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, abril doce (12) de dos mil veintitrés (2023)

Nº Interno	2021-0871-4
Asunto	Remite al competente
Radicado	050016000206201700249
Procesado	Luis Miguel Ortiz Atehortúa
Delito	Lesiones personales
Decisión	Ordena devolver al Despacho de Origen

Proyecto discutido y aprobado en sesión de la fecha.
Acta N° 084

M.P. Isabel Álvarez Fernández

ASUNTO

Sería del caso pronunciarse sobre el recurso de apelación interpuesto por la Defensa contra la decisión proferida el 20 de mayo de 2021 por medio de la cual, el Juzgado Promiscuo Municipal de Ebéjico Antioquia, negó la preclusión de la acción penal invocada en favor de los intereses del señor Luis Miguel Ortiz Atehortúa sino fuera porque se advierte que, el asunto puesto de presente no corresponde dirimirlo a esta Corporación.

ANTECEDENTES

De acuerdo a lo expuesto en el escrito de acusación, se tiene que, el 01 de enero de 2017 a eso de las 02:30 horas aproximadamente, en la discoteca Santo Tomás junto al parque, ubicado en la zona urbana del municipio de Ebéjico Antioquia, Luis Miguel Ortiz Atehortúa, agredió y lesionó al menor de edad Andrés Felipe Betancur Jaramillo, causándole herida con elemento corto-

punzante, lo que derivó una incapacidad definitiva de 45 días y como secuelas: deformidad física que afecta el rostro de carácter permanente; deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente y perturbación funcional de órgano sistema nervioso periférico de carácter transitorio.

La audiencia de concentrada de que trata el artículo 542 del Código de Procedimiento Penal se realizó el 21 de mayo de 2019 y el juicio oral se tramitó en sesiones del 26 de junio, 13 de agosto, 25 de septiembre y 25 de noviembre de ese mismo año, luego de múltiples solicitudes de aplazamientos por las partes, fue reanudada el 04 de febrero de 2021.

En sesión del 20 de mayo de 2021, el apoderado judicial del acusado sustentó petición de preclusión de acuerdo con los artículos 331 y 332-1 del C.P.P, esto es, imposibilidad de iniciar o continuar el ejercicio de la acción penal, petición frente la cual no se presentó oposición por parte del delegado fiscal ni por parte del representante de víctimas.

El titular del Juzgado Promiscuo Municipal de Ebejicó resolvió no acceder a la solicitud puesta de presente y frente a la misma se interpuso recurso de apelación por parte del apoderado judicial del procesado.

Esa Judicatura dispuso remitir el proceso al Juzgado Promiscuo del Circuito de Santa Fe de Antioquia para que se desatara lo correspondiente, pero ese Despacho mediante auto del 28 de mayo de 2021 decidió no avocar el conocimiento del recurso por falta de competencia y como consecuencia de lo anterior, ordenó remitir las actuaciones ante la Sala Penal del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Antioquia.

MOTIVOS DECLARATORIA INCOMPETENCIA

Le Ley 906 de 2004 establece en el capítulo II Libro I, una serie de criterios con miras a determinar el juez natural de los asuntos que son puestos en conocimiento. Entre esos factores se encuentra el funcional, explicitada por la jerarquía del juzgador que haya de conocer las diligencias bien sea en primera, segunda o única instancia.

En este caso, el Juez Promiscuo Municipal de Ebéjico, emitió la decisión de no preluir la investigación penal que se adelanta en disfavor del señor LUIS MIGUEL ORTIZ ATEHORTÚA.

Conforme al artículo 176 de la Ley 906 de 2004, los autos interlocutorios son susceptibles de impugnación, tanto por la vía del recurso de reposición como mediante el recurso de apelación.

A su vez, el artículo 177 de esa codificación procedimental prevé que la apelación se concederá en el efecto suspensivo, entre otros, contra “*el auto que decreta o rechaza la solicitud de preclusión*”.

Luego, conforme con esas normas y el tratamiento jurisprudencial brindado por la Corte Suprema de Justicia en decisiones AP228-2023, AP5205-2018 y AP324-2016 entre otras, pues la postura ha sido pacífica, la decisión adoptada mediante la cual se negó la solicitud de preclusión es un auto interlocutorio.

Teniendo en cuenta entonces que la decisión objeto de apelación es un auto interlocutorio y que, el artículo 36 numeral 1 del C.P.P. establece que, los Jueces Penales del Circuito deben

conocer del “**Del recurso de apelación contra los autos proferidos por los jueces penales municipales o cuando ejerzan la función de control de garantías...**”, deberá regresarse las diligencias al Juez Penal del Circuito de Santa Fe de Antioquia para que proceda a resolver lo correspondiente, haciendo la salvedad que, en el auto del 28 de mayo de 2021 a través del cual, ese despacho decidió no avocar conocimiento del asunto, se incurrió en una incorrecta interpretación de la norma transcrita, en tanto, aparentemente se desconoció la literalidad del texto que dispone de manera categórica que la apelación de los autos proferidos por los jueces penales municipales, debe resolverla el juez de circuito, mientras que la competencia de los tribunales superiores de distrito judicial, frente a las decisiones de los jueces municipales en materia penal, se limita a resolver el recurso de apelación frente a las sentencias.

Finalmente resulta imperioso señalar, que en la decisión del 28 de mayo de 2021 el Juez penal del circuito de Santa Fe De Antioquia, no propuso conflicto negativo de competencia. Por ello, se itera, se dispone la devolución de la carpeta a ese despacho, para que se pronuncie sobre el recurso de apelación interpuesto contra el auto interlocutorio que negó la preclusión.

CÚMPLASE.

LOS MAGISTRADOS,

ISABEL ÁLVAREZ FERNÁNDEZ

RENÉ MOLINA CÁRDENAS

**GUSTAVO ADOLFO PINZÓN
(EN PERMISO)**

Firmado Por:

Isabel Alvarez Fernandez
Magistrada
Sala 001 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: **089aea657219e28d6b293daa6f3dc7e62cff8e9ca7920cf5ea5beac7d766206f**

Documento generado en 12/04/2023 03:41:31 PM

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